GÜNTHER JAKOBS

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL
Fundamentos y teoría de la imputación

Traducción:
JOAQUIN CUELLO CONTRERAS
JOSE LUIS SERRANO GONZALEZ DE MURILLO
(Universidad de Extremadura)

2.ª edición, corregida

MARCIAL PONS, EDICIONES JURIDICAS, S. A.
MADRID, 1997

La edición de esta obra se ha beneficiado de la ayuda financiera de INTER NATIONES, de Bonn.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

2.ª edición, corregida

© Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (2.ª edición, 1991)

© Walter de Gruyter & Co., Berlín

© MARCIAL PONS
EDICIONES JURIDICAS, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID

ISBN: 84-7248-398-3
Depósito legal: M. 466-1997

Fotocomposición e impresión: Closas-Orcoyen, S. L.
Polígono Igarsa. Paracuellos de Jarama (Madrid)
MADRID, 1997

PROLOGO

Se ha proseguido, sin modificarlo, el programa de la primera edición: El mundo conceptual jurídico-penal ha de organizarse con arreglo a la misión social del Derecho penal y no conforme a datos previos naturales o de cualquier otra clase ajenos a la sociedad. El prólogo a la primera edición —reimpreso en lo principal— esboza lo que se quiere decir con este planteamiento de ordenación.

La presente edición tiene en cuenta la doctrina y la jurisprudencia aparecida hasta el primero de octubre de 1990. Cuando en las publicaciones he encontrado el inicio de nuevos caminos, me he esforzado por analizarlos en el texto y en las notas a pie de página, es decir, no limitándome a citas meramente de referencia (para los que estudian, téngase en cuenta que ésta *es la tarea más secundaria del Tratado), sino entrando en el debate. Tal modo de proceder cuesta espacio. Tachar una línea antigua por cada una nueva introducida habría orientado la obra en exceso hacia la actualidad, de modo que sólo quedó la posibilidad de aumentar la extensión.*

Agradezco cordialmente las ayudas recibidas. Al manuscrito, con algunos miles de modificaciones con respecto a la primera edición, le ha dado con pericia su forma correcta mi secretaria, la Sra. H. Gerharz. *Mi colaboradora científica, la Sra.* B. Dalbkermeyer, *así como mis colaboradores científicos, los Sres.* A. Göbel, U. Mertin, B. Müssig, M. Pawlik *y el Dr.* K.-H. Vehling *han favorecido el trabajo de la nueva edición con inteligentes aportaciones al debate, y han ayudado con empeño en las correcciones. El Sr. Consejero del Gobierno (oficina central)* H. Lesch *ha suscitado numerosas modificaciones en la exposición de la teoría de la participación. La Sra. Dra.* D. Walther, *de la editorial Walter de Gruyter, dio muestras de sobrada comprensión por los ciudados propios de autor.*

Bonn, abril de 1991

Jakobs

PRESENTACION

Siguiendo la tradición existente en nuestro país de ofrecer a la generalidad de los lectores españoles las grandes obras de la dogmática jurídico-penal alemana, presentamos hoy la traducción del *Tratado de Derecho penal Alemán* del Profesor Jakobs, sin duda del máximo interés para la Ciencia del Derecho Penal.

Sólo me resta felicitar, muy cordialmente, a los traductores por el ingente esfuerzo realizado, así como agradecer a la Editorial Marcial Pons la amabilidad con que ha acogido esta publicación.

Manuel Cobo del Rosal
Abogado, Catedrático de Derecho Penal
y Presidente del Instituto Universitario de Criminología
de la Universidad de Madrid

NOTA DE LOS TRADUCTORES

Hemos prescindido de incorporar a la obra anotaciones del Derecho penal español, como asimismo de traducir, para información del lector, los parágrafos de los textos legales alemanes sólo citados por el Profesor Jakobs; lo primero es ya innecesario, debido al altísimo nivel de la Ciencia penal española, lo segundo habría aumentado aún más el volumen de la obra.

En nombre propio, y en el del autor, queremos expresar la más profunda gratitud al Profesor Cobo del Rosal, cuyo prestigio y mediación hicieron posible que la Editorial Marcial Pons decidiera publicar el libro.

DEL PROLOGO A LA PRIMERA EDICION

...

La obra comienza... aludiendo a Welzel, *es decir, a su teoría de que el Derecho penal tiene el valor de «asegurar los valores de acción ético-sociales» (Tratado p. 2). Así hay que comenzar si no se quiere entender los efectos del Derecho penal —al igual que el invierno y el verano— como sucesos de la naturaleza, sino —al igual que el enunciado y la respuesta— como hechos sociales. Desde esta perspectiva, la misión de la Dogmática penal reside en desarrollar las proposiciones que se necesitan para reaccionar ante la infracción penal como acto con significado (acto con contenido expresivo) mediante un acto con significado. Al igual que una lesión externa es la manifestación de la vulneración* de la norma, *también la pena es la manifestación en que tiene lugar la estabilización* de la norma.

Aquí se apartan los caminos. La Dogmática penal ontologista se quiebra, y ello más radicalmente de lo que nunca se ha constatado conscientemente. No sólo los conceptos de culpabilidad y acción (y muchos otros situados a inferior nivel de abstracción), a los que la Dogmática penal ha atribuido siempre expresamente una esencia o —más descoloridamente— una estructura (lógica-objetiva, prejurídica), se convierten en conceptos de los que no cabe decir sencillamente nada sin tener en cuenta la misión del Derecho penal, sino que incluso el concepto de sujeto al que se le imputa se manifiesta como un concepto funcional. Con ello no ha de afirmarse que ahora, con la misión del Derecho penal, se haya encontrado un punto con cuya ayuda se pudieran fijar proposiciones dogmáticas de una vez por todas. Al contrario, cada proposición dogmático-penal adolece de las mismas incertidumbres de que adolece el esclarecimiento de la misión del Derecho penal. La dependencia, obviamente, no es unilateral: Del esclarecimiento de proposiciones dogmáticas cabe inferir la misión del Derecho penal. La gran solidez de la conexión del concepto de culpabilidad con la teoría de los fines de pena (prevención general positiva) puede servir como prueba de esta reciprocidad.

Si se parte de la misión del Derecho penal y no de la esencia (o de las estructuras) de objetos de la Dogmática penal, ello conduce a una (re)normativización de los conceptos. En esta concepción, un sujeto no es aquel que puede ocasionar o impedir un suceso, sino aquel que puede ser responsable por éste. Igualmente, los conceptos de causalidad, poder, capacidad, culpabilidad, etc., pierden su contenido prejurídico y se convierten en conceptos que designan gra-

dos de responsabilidad o incumbencia. Estos conceptos no ofrecen al Derecho penal modelos de regulación, sino que sólo surgen en el contexto de las regulaciones de Derecho penal. La propia suposición de que al menos tras haber surgido así, el concepto ha de referirse a un sustrato prejurídico homogéneo (al ocasionar, al querer, al conocimiento, etc.), se revela como un malentendido (naturalístico). Al (re)normativizar, no se trata de pergeñar sistemas normativos al margen del contexto social (lo que desde luego también puede intentarse), sino que los esfuerzos se orientan a un Derecho penal en el seno de una sociedad de estructura dada, sin que evidentemente haya que renunciar a formular aspiraciones frente a la realidad. El objetivo es la sistematización óptima (no que esté siempre completamente conseguida) del Derecho penal vigente. *Por eso no se encuentra aquí propuesta de solución alguna que no sea viable.*

Desde el punto de vista normativo, desaparecen algunos problemas que ha creado la Dogmática por no apartar la vista de la relación ontológica (o de la relación estructural). Junto a numerosas armonizaciones en el concepto de culpabilidad, sobre todo la oposición de delitos de comisión y de omisión se hace menos tajante; ambos *se basan en responsabilidad por organización o en responsabilidad institucional. En este planteamiento, del estado efectivo de organización del sujeto como sistema psicofísico (actuar u omitir) sólo dependen problemas más bien secundarios. Además, surgen notables reordenaciones en muchos otros lugares, p. ej. en la imputación objetiva, en la teoría de la participación o en cuestiones singulares de la justificación.*

*La obra (*Buch*) constituye un Tratado (*Lehrbuch*) en el sentido de que en ella se desarrolla una doctrina (*Lehre*). Aquí no se recoge de inmediato la cosecha, sino que sólo se realizan las labores de cultivo. Dado que tomar parte en el desarrollo de una doctrina es la única posibilidad de aprender Ciencia del Derecho penal, la obra se dirige también a estudiantes, a pesar de su grado de dificultad notablemente elevado para principiantes. A veces les será necesario leer algunas cosas tres o más veces. En compensación, después sabrán algo más que cómo llevar al granero doctrinas «afianzadas» o incluso «dominantes». Las teorías existentes no se pasan aquí por alto, sino que el gran volumen del libro obedece también al esfuerzo intenso por referir y considerar el estado de la discusión. Y ello no sólo para informar al lector, sino también —más aún— porque las opiniones propias surgen precisamente en la controversia con las teorías existentes.*

INDICE

Pág.

INDICE DE ABREVIATURAS, INCLUIDA LA BIBLIOGRAFIA CITADA ABREVIADAMENTE XXIX

LIBRO PRIMERO

Fundamentos

CAPITULO PRIMERO

La punición estatal

APARTADO 1. CONTENIDO Y MISION DE LA PUNICION ESTATAL. 3

I. Concepto de pena 8
II. La teoría de la prevención general positiva 9

A. La necesidad de vigencia segura de la norma 9
B. El carácter público del conflicto 12
C. El significado de la pena 12
D. La solución de conflictos sin pena 14
E. Resultado 18

III. Las teorías absolutas 20

A. Las teorías de la retribución 20
B. La teoría de la expiación 25

IV. Las teorías relativas (teorías de la prevención) 26

A. Las teorías de las prevención general 26
B. Las teorías de la prevención especial 29

1. La problemática general 29
2. La vulneración del principio del hecho 31
3. Modelos recientes 33

V. Las teorías de la unidad 34

Pág.

VI. Apéndice: Funciones de las medidas de seguridad y corrección 37

A. Teorías acerca de las medidas de seguridad 38
B. La diferenciación de la función de las medidas de seguridad 40

APARTADO 2. LA LEGITIMACION MATERIAL DEL DERECHO PENAL 43

I. El nivel de referencia de la protección jurídico-penal: Las normas como bienes jurídico-penales 44

II. ¿Legitimación material del Derecho penal por medio de la protección de bienes jurídicos? 47

A. Problemas generales 47
B. El concepto de bien jurídico 50
C. Normas no referidas a bienes jurídicos 52

III. Crítica de la teoría de la protección de bienes jurídicos 55

IV. Casos de anticipación 58

V. ¿Subsidiariedad de la punición estatal? 60

APARTADO 3. DELIMITACION DE LA PUNICION ESTATAL CON RESPECTO A OTRAS REACCIONES DE DERECHO PUBLICO 62

I. Las infracciones administrativas (*Ordnungswidrigkeiten*) 62

A. Evolución histórica 63
B. Estado actual 66

II. Las medidas disciplinarias 69

A. La necesidad de medidas disciplinarias 70
B. Delimitación y tratamiento de las zonas de intersección 72

II. Los medios para mantener el orden, y de apremio, de la regulación procesal 75

CAPITULO II

El principio de sujeción a ley y la validez del Derecho penal

APARTADO 4. LA SUJECION A LEY Y LA VALIDEZ TEMPORAL 77

I. Función del principio de sujeción a ley 77

A. Estado de la cuestión 79
B. La sujeción a ley como garantía de objetividad 82

Pág.

II. Efectos del principio de sujeción a ley 85

A. La legalidad de la determinación 88
B. La taxatividad de la ley 89

1. El carácter relativo de la taxatividad con respecto al objeto de regulación 89
2. La necesidad de hipótesis previas del intérprete relativas al objeto de la regulación 92
3. Consecuencias para el legislador 95
4. Consecuencias para quien ha de aplicar la ley 99

a) El problema de la prohibición de generalización 99
b) Necesidad de la formación de sistema 103

5. ¿Derecho consuetudinario? 108

III. La validez temporal; en especial, la prohibición de retroactividad 109

A. Alcance de la validez requerida 111
B. La configuración de la validez temporal y de la prohibición de retroactividad con arreglo al Derecho positivo 113

1. El momento del hecho 113
2. ¿Penas y consecuencias accesorias *contra* medidas de seguridad? 114
3. ¿Sólo el Derecho sustantivo? 115
4. El cambio legislativo coincidente con el momento del hecho.... 116
5. Las leyes temporales 117

C. La ley más favorable 120

1. Determinación de la vigencia continuada 120
2. Determinación de la variante más favorable 125

D. ¿Prohibición de retroactividad de los cambios jurisprudenciales? ... 126

APARTADO 5. LA VALIDEZ ESPACIAL Y PERSONAL 129

I. Principios y posición dogmática 130

A. Principios de la validez 130

1. El tenor literal de la ley en la Parte Especial 130
2. Los principios limitadores de la validez 133

B. La posición dogmática 135

II. La conformación en el Derecho vigente 137

A. La aplicación de los distintos principios 137
B. Problemas relativos al lugar del hecho 142
C. Particularidades procesales 145
D. El Derecho penal interlocal 146
E. La antigua relación con la República Democrática Alemana 147

Pág.

LIBRO SEGUNDO

Teoría de la imputación

TITULO PRIMERO

Contenido y función de la imputación, principalmente en el delito de comisión

CAPITULO PRIMERO

La realización del tipo

APARTADO 6. FUNDAMENTOS Y CONCEPTOS BASICOS DE LA REALIZACION DEL TIPO MEDIANTE ACCION 153

I. El concepto de acción 153

A. Las teorías jurídico-penales de la acción 156

1. La teoría de la acción como parte de la teoría de la imputación 156
2. La posibilidad de una acción no culpable 157
3. Concepto causal de acción 160
4. Concepto final de acción 162
5. ¿La acción como finalidad externa? 167

B. La acción como causación del resultado individualmente evitable... 168

1. La distinción entre dirección de la acción y control del impulso 168
2. Excurso: El concepto social de acción 170
3. La evitabilidad individual 171
4. La separación de acción y omisión 175

a) La distinción 175
b) El supraconcepto común 176
c) ¿Concepto negativo de acción? 177

5. Problemas en supuestos-límite 178
6. Lo inevitable 182

C. ¿Capacidad para delinquir de una asociación, en especial: acciones de una asociación? 182

II. El concepto de tipo 184

A. La realización del tipo como fase de la imputación 187
B. Evolución del concepto de tipo *(Tatbestand)* 188
C. La significación dogmática del tipo 190

1. El concepto de tipo 190
2. Otros conceptos de tipo 191
3. Crítica de la doctrina de los elementos negativos del tipo 192
4. La relación entre tipo e injusto 195

a) El axioma 195
b) Supuestos problemáticos 196

Pág.

III. La relación entre tipo y acción 199

A. La acción como contenido mínimo común de los tipos 199
B. La pertenencia del resultado típico a la acción y al injusto 201

1. El problema 201
2. ¿Imposibilidad de injusto sin resultado típico? 201
3. ¿El injusto siempre desprovisto de resultado típico? 202
4. Conclusión 204

IV. Las formas de los tipos 205
V. Apéndice: La distinción de técnica legislativa entre delitos graves *(Verbrechen)* y menos graves *(Vergehen)* 219

APARTADO 7. LOS PORMENORES DEL TIPO OBJETIVO MEDIANTE ACCIÓN; 1.ª PARTE: EL TIPO OBJETIVO 222

I. El tipo objetivo como objeto de la Parte General 222
II. La imputación objetiva: La causalidad 226

A. La teoría de la equivalencia 226
B. Crítica de la fórmula de la *condicio sine qua non* 227
C. La causalidad como condición 229

III. La imputación objetiva, 1.ª continuación: ¿Adecuación? 237

A. Conceptos básicos 237
B. La teoría de la adecuación 238

IV. La imputación objetiva, 2.ª continuación: Su exclusión en supuestos de riesgo permitido 241

A. Fundamentación del riesgo permitido 243
B. Ubicación dogmática del riesgo permitido 245
C. Pormenores 248

1. Las máximas de valoración 248
2. La base del juicio 250

V. La imputación objetiva, 3.ª continuación: Su exclusión en los supuestos de confianza permitida (principio de confianza) 253

VI. La imputación objetiva, 4.ª continuación: La posición de garante y la exclusión de la imputación en los supuestos de prohibición de regreso 257

A. La necesidad de posición de garante 258
B. Grupos de supuestos en que falta la imputación 259
C. Los llamados delitos de omisión mediante comisión 265
D. Los delitos de infracción de deber 266

VII. La imputación objetiva, 5.ª continuación: Realización del riesgo en supuestos de concurrencia de riesgos 267

A. La necesidad de individualizar el riesgo 269
B. La irrelevancia de hipótesis 270
C. La relatividad de lo no permitido 272
D. Determinación de la realización del riesgo 273

Pág.

1. Regla básica ... 273
2. Riesgos en supuestos de incumbencia de varios ... 278
3. Resultados hipercondicionados ... 278

E. Cuestiones particulares acerca de la realización del riesgo ... 280
F. La consideración de las hipotéticas causas del resultado en la determinación de la pena ... 282

1. Principio general ... 282
2. La posibilidad de atenuar el marco penal por hipotéticas causas del resultado (semejanzas con la puesta en peligro abstracta o con la tentativa) ... 283

G. ¿Incremento del riesgo? ... 285

VIII. La imputación objetiva del resultado, 6.ª continuación: La exclusión de la imputación en casos de acuerdo, consentimiento que excluye el tipo y actuación a riesgo propio *(auf eigene Gefahr)* ... 288

A. El acuerdo ... 289
B. El consentimiento excluyente del tipo y el obrar a riesgo propio ... 293

1. Delimitación entre consentimiento excluyente del tipo y consentimiento justificante ... 293
2. El autorizado a consentir ... 295
3. La objetivación del consentimiento ... 297
4. El consentimiento mediando fuerza y error ... 298
5. Contrariedad a Derecho y a las buenas costumbres del hecho y del consentimiento ... 303
6. El objeto y la intensidad del consentimiento y el obrar al propio riesgo ... 303
7. Otros pormenores ... 307

APARTADO 8. PORMENORES DE LA REALIZACION DEL TIPO MEDIANTE ACCION; 2.ª PARTE: EL TIPO SUBJETIVO COMO DOLO ... 308

I. El momento decisivo para el dolo. Generalidades ... 308
II. El dolo como conocimiento ... 312

A. El fundamento de la separación de dolo e imprudencia y el problema de la ceguera ante los hechos ... 312
B. La distinción entre consecuencias principales y secundarias ... 315
C. La intensidad del conocimiento ... 317

III. Formas del dolo ... 319

A. El dolo en relación con las consecuencias principales ... 321
B. El dolo en relación con las consecuencias secundarias ... 324

1. La constancia *(Wissentlichkeit)* en las consecuencias secundarias 324
2. Dolo eventual o condicionado ... 325

C. Dolo alternativo ... 335
D. La forma del dolo necesaria para la realización del tipo ... 336

Pág.

IV. Objeto del dolo y problemas de desvío 340

A. Generalidades 342
B. El dolo en las leyes penales en blanco 345
1. El problema 345
2. La solución 345

C. Los elementos normativos del tipo como objeto del dolo 347
1. El problema 347
2. La solución 350
a) La diferenciación de los elementos 350
b) Las consecuencias para la separación de dolo y consciencia de la antijuricidad 354
c) Problemas relativos al error 354

D. La causalidad como objeto del dolo 356
1. La realización del riesgo percibido 356
a) Principio: Traslado de las reglas de la imputación objetiva 356
b) Pormenores 358
2. La consumación prematura y el *dolus generalis* 362
3. El error en el objeto 365
4. El error en la individualización y el error en el motivo 367

E. Los elementos típicos atenuantes como objeto del dolo 368

V. Los elementos de tendencia y demás elementos subjetivos del injusto ... 370
VI. El tipo subjetivo desde el punto de vista psicológico 375

APARTADO 9. PARTICULARIDADES DE LA REALIZACION DEL TIPO MEDIANTE ACCION; 3.ª PARTE: EL TIPO SUBJETIVO COMO IMPRUDENCIA Y COMO COMBINACION DOLO-IMPRUDENCIA 378

I. La imprudencia individual 380

A. Generalidades 380
B. La imprudencia como cognoscibilidad de la realización del tipo 383

II. Crítica de la imprudencia objetiva 385
III. Problemas particulares de la imprudencia 389

A. La imprudencia por lo emprendido 389
B. La relevancia para la decisión del riesgo cognoscible 390
C. La cognoscibilidad del riesgo objetivamente imputable 390
D. La imprudencia temeraria *(Leichtfertigkeit)* 392
E. La imprudencia aparente 394
F. Imprudencia y resultado (¿tentativa imprudente?) 394

IV. Los delitos compuestos de dolo e imprudencia (las llamadas combinaciones dolo-imprudencia) 395

Pág.

APARTADO 10. LAS CONDICIONES OBJETIVAS (DE EXCLUSION) DEL INJUSTO O DE SU TIPICIDAD PENAL 403

I. Las condiciones exclusivamente objetivas del injusto o de su tipicidad penal (las llamadas condiciones objetivas de punibilidad) 403

A. El problema 404
B. La dogmática de las condiciones del injusto y de la tipicidad penal. 405

II. Las condiciones, referidas a roles, de la exclusión del injusto o de su tipicidad penal (las llamadas excepciones personales de la punibilidad) ... 410

A. La delimitación con respecto a los obstáculos procesales 411
B. Las condiciones referidas a roles 413
C. La delimitación con respecto a otros obstáculos a la punición de Derecho sustantivo o complejos 414

CAPITULO II

La justificación

APARTADO 11. TEORIA GENERAL 417

I. Principios de la justificación 419
II. El postulado de la «unidad del ordenamiento jurídico» 422
III. La determinación de los elementos de justificación prospectivos y basados en sospecha 424
IV. La concurrencia de causas de justificación 430
V. El aspecto subjetivo de la justificación 431

A. La llamada tendencia a la justificación y el conocimiento de los elementos del tipo de justificación 431
B. Acerca del deber de comprobación 435
C. La representación no segura de una situación justificante 437
D. La justificación en los hechos imprudentes 438
E. El error de subsunción en los elementos del tipo de justificación y el error sobre la existencia de éste (error de prohibición indirecto). 440
F. Las singularidades en los elementos normativos del tipo de justificación 442
G. La suposición errónea de la realización de un tipo de justificación. 444

VI. La justificación relativa 453

APARTADO 12. LA LEGITIMA DEFENSA 454

I. Observaciones preliminares 457
II. Los bienes susceptibles de legítima defensa; el auxilio necesario del Estado 458
III. La agresión antijurídica 463
IV. La actualidad del ataque 468
V. La repulsión del ataque 471
VI. La necesidad de la defensa 472
VII. Limitaciones del derecho a la legítima defensa 476

A. ¿Limitaciones por el Convenio de derechos humanos? 476

Pág.

B. Las normas especiales para el actuar de la autoridad 478
C. La limitación de la legítima defensa junto al actuar de la autoridad. 481
D. La limitación por la garantía de la solidaridad mínima 481
E. La limitación por provocación previa 484
F. La limitación por los deberes derivados de la responsabilidad institucional 488

VIII. Particularidades de la legítima defensa de terceros (auxilio necesario) ... 489
IX. Efectos de la legítima defensa 491

APARTADO 13. EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE 492

I. Panorámica de las clases de estado de necesidad 493
II. El estado de necesidad agresivo del § 34 StGB 497

A. Los bienes susceptibles de preservación mediante estado de necesidad; el auxilio al estado de necesidad del Estado 498
B. El peligro actual 500
C. La necesidad 503
D. La ponderación de intereses contrapuestos 504
E. La cláusula del medio adecuado 514

III. Particularidades del estado de necesidad defensivo 520

APARTADO 14. EL CONSENTIMIENTO JUSTIFICANTE 522

I. Fundamento de la impunidad 523
II. Pormenores 527

APARTADO 15. AMBITOS PROXIMOS A LA LEGITIMA DEFENSA, AL ESTADO DE NECESIDAD Y AL CONSENTIMIENTO 532

I. El derecho de resistencia con arreglo al artículo 20.4 GG 532
II. ¿Derecho a la desobediencia civil? 534
III. El conflicto de deberes 536
IV. La actuación en interés del lesionado y con su consentimiento presunto 541

APARTADO 16. EL EJERCICIO DE CARGO Y OTRAS CAUSAS DE JUSTIFICACION PROPIAS DE ESPECIALES AMBITOS DE REGULACION 546

I. El ejercicio de cargo *(Die Amtsrechte)* 548
II. La actuación bajo mandato (el mandato oficial y la orden militar) 551
III. El ejercicio de potestad delegada (el obrar *pro magistratu)* 554
IV. El permiso de la autoridad (incluido el permiso excluyente del tipo) 557
V. Las noticias parlamentarias 561
VI. El derecho de corrección 561
VII. La salvaguardia de intereses legítimos 563

Pág.

CAPITULO III

La culpabilidad

APARTADO 17. TEORIA GENERAL 565

I. Panorama 566
II. Los conceptos de culpabilidad psicológico y normativo 568

A. El punto de partida psicológico 568
B. Normativización 569
C. La teoría de la culpabilidad del finalismo 572
D. El estado actual 574

III. Concepto funcional de culpabilidad. Fundamentación 575

A. Función del concepto de culpabilidad 579
B. La irrelevancia del libre albedrío 584
C. Grupos de supuestos ejemplificadores 587
D. Significado del principio de culpabilidad para la fundamentación y su medida 588
E. Culpabilidad por el hecho y culpabilidad por la conducción de vida 591

IV. Estructura del concepto de culpabilidad 593

A. ¿Distinción entre culpabilidad y responsabilidad? 594
B. El tipo de culpabilidad 596

1. Necesidad de un tipo de culpabilidad 596
2. Panorama de los elementos del tipo total de culpabilidad: El tipo positivo de culpabilidad 598
3. Panorama, continuación: La inexigibilidad (el tipo negativo de culpabilidad) 601

V. La dependencia del instante de la culpabilidad y del baremo de la culpabilidad con respecto al comportamiento previo 602

A. El problema 604
B. La embriaguez plena *(Vollrausch)* 607
C. *Actio libera in causa* (ALIC): La causa libera como acción ejecutiva *(Tathandlung)* 611
D. La dificultad, por la que se ha de responder, de obedecer a la norma: exigibilidad 615

1. Exigibilidad como responsabilidad 615
2. Distinta responsabilidad del autor y del beneficiado por el hecho 618

VI. El error sobre presupuestos y consecuencias del tipo de culpabilidad; en particular: El error sobre los presupuestos de la exculpación como causa de exculpación 619

A. El error sobre la consecuencia jurídica 620
B. El error sobre los presupuestos 620

Pág.

APARTADO 18. LA INIMPUTABILIDAD Y LOS SUPUESTOS DE INEXIGIBILIDAD REGULADOS EN RELACION CON ELLA (§§ 19, 20 y 21 StGB) 624

I. La inimputabilidad de los niños y en los adolescentes 629
II. La incapacidad de culpabilidad (inimputabilidad e inexigibilidad en determinados ámbitos) según el § 20 StGB 630

A. Panorama 630
B. El trastorno psico-patológico 632
C. La oligofrenia 636
D. La alteración de la consciencia y la anomalía 636

1. De nuevo sobre la distinción entre inimputabilidad e inexigibilidad en el § 20 StGB 636
2. La alteración profunda de la consciencia 638
3. La anomalía psíquica grave 641

E. La consecuencia normativa (la capacidad de comprender y de obedecer) 644

III. La llamada capacidad de culpabilidad disminuida (inexigibilidad parcial) del § 21 StGB 647

APARTADO 19. LA CONSCIENCIA DE LO ILICITO Y EL ERROR DE PROHIBICION 653

I. Panorama de los modelos de regulación. La trayectoria de la jurisprudencia 656

A. Conceptos básicos y evolución histórica 656
B. Bosquejo de la teoría del error de prohibición en un concepto funcional de culpabilidad 659

II. Crítica de los modelos rígidos y de los modelos propios de la teoría del dolo 662
III. La teoría elástica de la culpabilidad 665
IV. La consciencia de lo ilícito 667
V. La ausencia de consciencia del injusto (error de prohibición), formas de error 673
VI. El concepto de evitabilidad del error de prohibición 674

A. La evitabilidad como responsabilidad por el defecto 674
B. Pormenores 677

VII. Consecuencias jurídicas del error de prohibición 681
VIII. El error exculpante sobre el carácter vinculante de una orden 683

APARTADO 20. LA INEXIGIBILIDAD 687

I. El estado de necesidad exculpante (§ 35 StGB) 688

A. Teorías sobre el estado de necesidad 688
B. Requisitos de la exculpación 691
C. Impedimento a la exculpación en caso de responsabilidad del autor por el conflicto 694
D. La atenuación de la pena 696

Pág.

II. La exigibilidad en el autor por convicción (autor por motivos de conciencia) 697

A. Las formas de la convicción 698
B. Los requisitos de la exculpación 702

III. El exceso en la legítima defensa 704

A. La teoría que lo considera causa de exculpación 705
B. Requisitos de la exculpación 706

IV. Particularidades de la exigibilidad en el delito imprudente 709
V. La exculpación en el conflicto de intereses (el llamado estado de necesidad supralegal exculpante) 711
VI. ¿La inexigibilidad inespecífica como causa de exculpación? 714

CAPITULO IV

Complemento a la realización del tipo: La participación

APARTADO 21. LA AUTORIA 717

I. ¿Distinción de los intervinientes o autoría unitaria? 717
II. Presupuestos de la autoría en supuestos especiales (los elementos de la autoría específicos de determinados delitos y la responsabilidad del representante) 722

A. Los elementos de la autoría específicos de determinados delitos 723
B. La responsabilidad del representante 724

III. Tipos de autoría en los delitos de dominio 729

A. Panorama de las formas de autoría 730
B. La problemática de los delitos de propia mano 731
C. Teorías sobre la autoría 733

1. La teoría objetivo-formal 734
2. Primeras teorías materiales 735
3. La teoría subjetiva 735
4. La teoría del dominio del hecho 740

IV. Los tipos de autoría en los delitos de dominio, 1.ª continuación: La comisión por uno mismo, § 25, párrafo 1, 1.er grupo de supuestos, StGB .. 742
V. El tipo de la autoría en los delitos de dominio, 2.ª continuación: La comisión en común (la coautoría), § 25.2 StGB 745

A. La decisión común del hecho 745
B. El aspecto objetivo de la comisión en común 749

1. Determinación del dominio compartido 749
2. Grupos de supuestos problemáticos 753
3. La participación a título de autor en la autolesión 755

C. Consecuencias de la coautoría 759

Pág.

VI. 3.ª continuación: La comisión por medio de otro (autoría mediata), § 25, párrafo 1, 2.ª grupo de supuestos, StGB 761

A. Fundamentación de la responsabilidad predominante del autor mediato (superior dominio de la decisión) 763
B. Grupos de casos de autoría mediata 767

1. La autoría mediata a través de instrumento sin dolo de tipo 767
2. La autoría mediata en la actuación cuasi-dolosa; en especial, la autolesión del instrumento 769
3. La autoría mediata a través de un instrumento que actúa justificadamente 771
4. La autoría mediata a través de un instrumento que actúa cuasi-justificadamente 775
5. La autoría mediata a través de un instrumento que actúa sin culpabilidad 777
6. La autoría mediata en la autolesión de un instrumento cuasi-inculpable 780
7. ¿Otros grupos de casos? 782

C. Consecuencias de la autoría mediata 785

VII. Los tipos de autoría en los delitos de dominio, conclusión 787

A. La autoría simultánea *(Nebentäterschaft)* 787
B. Las formas de intervención de la participación 788
C. La intervención en la imprudencia 788

VIII. La autoría en los delitos de infracción de deber 791

APARTADO 22. LA PARTICIPACION 793

I. Fundamento del castigo de la participación 793

A. Teoría de la corrupción 794
B. Teoría de la participación en el injusto 795
C. Teoría de la causación 795
D. Teoría de la participación en el injusto referida al resultado 796

II. La dependencia de la participación con respecto al hecho principal 799

A. Los requisitos del hecho principal 799
B. La participación externa (cuantitativa) 803

III. La inducción 804

A. La especificidad de la participación mediante inducción 804
B. Pormenores 806

IV. La complicidad 810

A. La causalidad de la complicidad 811
B. El momento de la complicidad 815
C. Otras cuestiones 817

Pág.

APARTADO 23. LA ACCESORIEDAD INTERNA (CUALITATIVA) EN LA INTERVENCION ACCESORIA (COAUTORIA Y PARTICIPACION) 819

I. Problema que se plantea 820
II. Vía de solución 823

A. Crítica a las propuestas de solución doctrinales 823
B. Solución que se propugna: Limitar los especiales elementos personales a los deberes especiales y a la necesidad de ejecución de propia mano 824

1. Contraposición de elementos subjetivos y deberes especiales ... 824
2. La naturaleza personalísima de los elementos subjetivos 826
3. La accesoriedad limitada de los deberes especiales y de la necesidad de ejecución de propia mano; delimitaciones 830

III. Resultado 832

A. Elementos que fundamentan la punibilidad 832
B. Elementos que modifican la punibilidad 834

APARTADO 24. REGLAS COMUNES PARA LA AUTORIA Y LA PARTICIPACION 836

I. La realización del riesgo de la intervención dolosa. Especial referencia al error sobre el papel de los intervinientes 837
II. La llamada participación necesaria (la intervención sin responsabilidad) 840
III. La prohibición de regreso (la participación aparente) 842

A. Estado de la cuestión 842
B. Fundamentación de la prohibición de regreso. Grupos de casos 843

CAPITULO V

Complemento a la realización del tipo y a la culpabilidad: La tentativa y la tentativa de intervención

APARTADO 25. LA TENTATIVA 849

I. Límites de la anticipación de la punibilidad 852
II. Fases del delito 855

A. Conceptos básicos. La tentativa como concepto formal 855
B. Los delitos de emprendimiento 856

1. Los delitos de emprendimiento propios 856
2. Los delitos de emprendimiento impropios 857

C. La preparación 858
D. La terminación 859

III. Fundamento de punición de la tentativa (formal) 859

A. Estado de la cuestión 859
B. La tentativa como infracción normativa puesta de manifiesto y próxima al tipo 863

Pág.

IV. El tipo subjetivo en la tentativa 866

A. La limitación a los delitos dolosos 866
B. La resolución de cometer el hecho 869
C. El hecho como objeto del estar resuelto 872

1. La idoneidad 872
2. Delimitación entre tentativa y delito putativo 873
a) Principio 873
b) Los elementos normativos del tipo 874
c) La suposición errónea de deberes especiales 876
d) Resumen 879

V. El tipo objetivo en la tentativa inacabada; la delimitación entre preparación y tentativa 880

A. El comienzo de la realización del tipo 880
B. La inmediatez 881
C. Trascendencia de la representación del autor de la tentativa 882
D. Concreciones 882

VI. El tipo objetivo en la tentativa acabada 889

A. Problema que se plantea 889
B. Solución 890

VII. Punición de la tentativa 891

A. El alcance de la punibilidad y la atenuación facultativa 891
B. La tentativa burdamente insensata 894

APARTADO 26. EL DESISTIMIENTO 896

I. Posición dogmática y fundamento de la impunidad 898
II. El tipo de desistimiento en el autor ejecutor 902

A. La tentativa inacabada 902
B. El límite entre la tentativa acabada y la inacabada 906
C. La tentativa acabada 909

III. El tipo de desistimiento en la participación 914
IV. La imputabilidad de la conducta de desistimiento: La voluntariedad 917

A. Estado de la cuestión 917
B. Solución de la problemática 920

V. Efectos del desistimiento 926

APARTADO 27. LA TENTATIVA DE INTERVENCION 928

I. Fundamento de punición de la tentativa de intervención 928
II. Los tipos de tentativa de intervención en particular 929

A. La llamada inducción intentada, § 30.1 StGB 929
B. La aceptación del ofrecerse, § 30, párrafo 2, 2.° grupo de casos, StGB 932

Pág.

C. El manifestarse dispuesto, § 30, párrafo 2, 1.er grupo de casos, StGB. 933
D. La conspiración, § 30, párrafo 2, 3.er grupo de casos, StGB 933

III. La punibilidad de la intervención según el § 30 StGB 934
IV. El desistimiento de la tentativa de intervención 935

TITULO II

Contenido y estructura de la imputación, principalmente en el delito de omisión

CAPITULO VI

La imputación en el delito de omisión

APARTADO 28. ACCION Y OMISION 939

I. La distinción entre acción y omisión 940

A. Principios de la distinción 940
B. Grupos de supuestos 942

II. Los tipos *(Tatbestände)* legales de los delitos de omisión 944

III. El problema del deber especial en la omisión equiparable a la comisión 946

APARTADO 29. EL DELITO DE OMISION IMPROPIA 950

I. Alcance de la regulación del § 13.1 StGB 950
II. La imputación objetiva 955

A. El hecho del resultado 955
B. Las posiciones de autor 956
C. La capacidad de evitación 956
D. La causalidad hipotética 959
E. Riesgo permitido, contexto del fin de la norma 961

III. La imputación objetiva; 1.ª continuación: Las posiciones de garante 965

A. Panorámica 968
B. Los deberes en virtud de responsabilidad por organización 972

1. Los deberes de aseguramiento en los deberes de relación y en la injerencia 972

a) Fundamentación de estos deberes 972
b) Cuestiones próximas 978

2. Los deberes de salvación en los deberes de relación y en la injerencia 981
3. La asunción de deberes, obligaciones y disposiciones a actuar, así como la liberación del primariamente obligado mediante asunción 987
4. Los deberes en virtud de responsabilidad por organización para impedir autolesiones 991

Pág.

C. Los deberes en virtud de responsabilidad institucional 993
1. El problema 993
2. La relación paterno-filial 995
3. El matrimonio 996
4. Las relaciones sustitutivas 998
5. La confianza especial 999
6. Los deberes genuinamente estatales 1004
a) Relaciones estatales de poder 1004
b) Fines estatales 1005

IV. La imputación objetiva; 2.ª continuación: La cláusula de correspondencia. 1009
V. El tipo subjetivo 1012
A. El dolo de omitir 1012
B. La imprudencia omisiva 1018

VI. La antijuricidad 1019
VII. La culpabilidad 1020
VIII. Complemento a la realización del tipo: Las peculiaridades de la intervención por omisión 1022
A. Deberes en virtud de responsabilidad por organización 1023
B. Deberes en virtud de responsabilidad institucional 1027

IX. Complemento a la realización del tipo: La intervención en la omisión... 1028
X. Complemento a la realización del tipo y a la culpabilidad: La tentativa y la tentativa de intervención mediante omisión 1031
A. La tentativa 1031
B. El desistimiento 1035
C. La tentativa de intervención 1036

IX. La atenuación facultativa de la pena 1036

APARTADO 30. EL DELITO DE OMISION PROPIA 1040
A. La consumación 1040
B. Tentativa y desistimiento 1041

TITULO III

El concurso

CAPITULO VII

Concurso aparente y concurso auténtico

APARTADO 31. EL CONCURSO APARENTE (EL LLAMADO CONCURSO DE LEYES)

I. Conceptos y modelos básicos de la doctrina del concurso 1043
II. Principios del concurso de leyes 1047
A. La especialidad como forma del concurso de leyes 1048
1. Principio 1048

Pág.

2. La limitación del concurso de leyes a grupos de casos de un delito ... 1050

B. Fundamentos para la apreciación de concurso de leyes ... 1052

III. Grupos de casos, en particular, del concurso de leyes ... 1055

A. La especialidad en virtud de intensidad de la descripción ... 1055
B. La especialidad en virtud de concreción de la consumación o de intensidad de la intervención o del resultado (subsidiariedad) ... 1059
C. La especialidad relativa al hecho concomitante (consunción) ... 1061
D. La especialidad en virtud de intervención previa (hecho posterior copenado) ... 1064

IV. Efectos del concurso de leyes ... 1067

APARTADO 32. LA UNIDAD DEL COMPORTAMIENTO EN EL CONCURSO AUTENTICO Y EN LA REALIZACION DEL TIPO SINGULAR, AMPLIADA CUANTITATIVAMENTE ... 1072

I. La unidad de acción en el sentido del § 52 StGB ... 1074

A. La unidad de acción en sentido «natural» ... 1074
B. La unidad jurídica de acción como ampliación de la unidad «natural» de acción ... 1076

II. La relación del número de acciones con el número de delitos ... 1079

A. Teoría de la pluralidad ... 1079
B. No hay infracción plural de la ley en la mera intensificación cuantitativa ... 1081

III. Los tipos que enlazan acciones ... 1085
IV. La unidad del comportamiento en el delito de omisión ... 1087
V. ¿Otras manifestaciones de la unidad jurídica de acción? ... 1089

A. La infracción penal conjunta ... 1089
B. La unidad natural de acción ... 1090
C. La relación de continuidad ... 1091

APARTADO 33. EL CONCURSO IDEAL Y EL CONCURSO REAL ... 1100

I. El concurso ideal ... 1100

A. La imputación conjunta ... 1100
B. Grupos de casos del concurso ideal ... 1102
C. Crítica del efecto de enlace ... 1105

II. El concurso real ... 1107

A. El principio de formación de pena global ... 1108
B. Procedimiento de formación de la pena global ... 1110

INDICE DE LAS ABREVIATURAS, INCLUIDA LA BIBLIOGRAFIA CITADA ABREVIADAMENTE

En las *publicaciones periódicas*, las cifras de cuatro dígitos indican el año, las de menos dígitos el número de volumen o el número del año. Las referencias a *leyes*, cuando es indispensable, se mencionan en las notas a pie de página. Las citas de *Comentarios* figuran en las notas sin *indicación de título*; por lo demás, los títulos de libros se reproducen abreviados. Las citas sin añadido especial se refieren a la última *edición* indicada del la obra.

Abegg Lehrbuch: *J. F. Abegg,* Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft, 1836.
AcP: Archiv für die zivilistische Praxis.
AE: *J. Baumann et al.*, Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches, AT (Proyecto Alternativo de Código Penal, Parte General), 1966.
AE Sterbehilfe: *J. Baumann et al.*, Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe (Proyecto Alternativo de Ley de Eutanasia), 1986.
AE Wirtschaftsstrafrecht: *E. J. Lampe et al.*, Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches BT, Straftaten gegen die Wirtschaft (Proyecto Alternativo de Código Penal, Parte Especial. Delitos Económicos), 1977.
AG: Amtsgericht.
AIFO: AIDS-Forschung (revista).
a.l.i.c.: Actio libera in causa.
ALR: Allgemeine Landsrecht für die Preußischen Staaten (1794) (Derecho territorial general de los Estados prusianos).
AK-Colaborador: Kommentar zum Strafgesetzbuch, t. I, elaborado por *W. Hassemer et al.*, 1990; t. III, elaborado por *H. Jung et al.,* 1986 (Serie Alternativkommentare).
AO: Ley Tributaria.
AöR: Archiv des öffentlichen Rechts.
Archiv für Strafrecht: Archiv für preußisches Recht, *vid.* GA.
Arndt-Festschrift: *H. Ehmke et al.* (editores), Festschrift für Adolf Arndt, 1969.
ARSP: Archiv für Recht- und Sozialphilosophie.
art.: artículo.
Arzt und Krankenhaus: Arzt und Krankenhaus, Fachzeitschrift für das Krankenhauswesen.
Arzt-Weber BT: *G. Arzt, U. Weber,* Strafrecht Besonderer Teil, t. I, 3.ª ed., 1988; t. II, 1983; t. III, 2.ª ed., 1986; t. IV, 2.ª ed., 1989; t. V, 1982.
AT: Allgemeiner Teil (Parte General).

AtomG: Ley de energía atómica.
Bärmann-Festschrift: *M. Lutter et al.* (editores), Festschrift für Johannes Bärmann, 1975.
Baumann-Weber AT: *J. Baumann, U. Weber,* Strafrecht Allgemeiner Teil, 9.ª ed., 1985.
BayObLG: Bayerisches Oberstes Landesgericht; sentencias del Bayerisches Oberstes Landesgericht en materia penal, nueva serie editada por miembros del Tribunal.
BayPAG: Ley sobre funciones y competencias de la policía del Estado de Baviera.
BBG: Ley Federal de funcionarios.
BDG: Tribunal Federal Disciplinario; sentencias del Tribunal Federal Disciplinario, editadas por miembros de este Tribunal.
Beling Grundzüge: *E. Beling,* Grundzüge des Strafrechts, 2.ª ed., 1902; 10.ª ed., 1928; 11.ª ed., 1930.
Bengel-Festschrift: *A. R. Lang* (editor), Festschrift für Karl Benmgel, 1984.
Berner Strafrecht: *A. F. Berner,* Lehrbuch des Strafrechts, 18.ª ed., 1898.
BGB: Código Civil.
BGBl. I, II: Boletín Federal Oficial, parte I, parte II.
BGB-RGRK-Bearbeiter: Das Bürgerliche Gesetzbuch, comentarios editados por miembros del Bundesgerichtshof, t. I, 12.ª ed., 1982.
BGH: Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo), en materia penal; sentencias del Bundesgerichtshof editadas en materia penal, editadas por miembros de ese Tribunal y de la Fiscalía Federal.
BGH bei *Dallinger, Holtz et. al.*: Sentencias del Bundesgerichtshof en materia penal, reeñadas por los autores citados en cada caso.
BGH-Festschrift: *G. Krüger-Nieland* (editor), 25. Jahre Bundesgerichtshof, 1975.
BGHZ: Bundesgerichtshof en materia civil; sentencias del Bundesgerichtshof editadas en materia civil, editadas por miembros de ese Tribunal y de la Fiscalía Federal.
BierStG: Ley sobre tributación de la cerveza.
Binding-Festschrift: Festschrift für Karl Binding, t. I, II, 1911.
Binding Handbuch: *K. Binding,* Handbuch des Strafechts, t. I, 1985.
Binding Lehrbuch: *K. Binding*, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, t. I, 2.ª ed., 1902; t. II (1), 1904; II (2), 1905.
Binding Normen: *K. Binding,* Die Normen und ihre Übertretung, t. I, 1872; 4.ª ed., 1922; t. II, 1877; 2.ª ed. (1), 1914 (2), 1916; t. III, 1918; t. IV, 1919.
BJagdG: Ley Federal de Caza.
Blau-Festschrift: *H.-D. Schwind et al.* (editores), Festschrift für Günter Blau, 1985.
Blei AT, BT: *H. Blei* Strafrecht, t. I, Allgemeiner Teil, 18.ª ed., 1983; t. II, Besonderer Teil, 12.ª ed., 1983.
Blutalkohol: Blutalkohol. Alcohol, Drugs and Behaviour (revista).
Bockelmann-Volk, AT, *Bockelmann,* BT: *P. Bockelmann, K. Volk,* Strafrecht Allgemeiner Teil, 4.ª ed., 1987; *P. Bockelmann*, Strafrecht Besonderer Teil, t. I, 2.ª ed., 1982; t. II, 1977; t. III, 1980.
Bockelmann-Festschrift: *Arthur Kaufmann et al.* (editores), Festschrift für Paul Bockelmann, 1979.
BR: Bundesrat.

BRAO: Reglamento de la Fiscalía Federal.
BRRG: Ley-marco de Derecho Funcionarial.
Bruns-Festschrift: *W. Frisch et al.* (editores), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns, 1978.
R. Bruns-Gedächtnisschift: *J. Baltzer et al.* (editores), Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, 1980.
BScheuG: Ley Federal de Epidemias.
BSHG: Ley Federal de Asistencia Social.
BT: Parte Especial; Bundestag.
BtMG: Ley sobre Tráfico de Estupefacientes.
Bund-gegen-Alkohol-im-Straßenverkehr-Festschrift: *D. Schultz et al.* (editores), Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundes gegen Alkohol im Straßenverkehr, 1982.
BVerfG: Tribunal Constitucional Federal; sentencias del Tribunal Constitucional, editadas por miembros de este Tribunal.
Carstens-Festschrift: *P. Börner et al.* (editores), Einigkeit und Recht und Freiheit. Festschrift Für Karl Cartsens, 1984.
Coing-Festschrift: *N. Horn* (editor), Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Helmut Coing, t. I, 1982.
D.: Digesta.
DAR: Deutsches Autorecht.
Diss.: Tesis doctoral.
DJ: Justicia Alemana, Administración de Justicia y Política Jurídica, órgano del Ministerio Imperial de Justicia.
DJT: Deutscher Juristentag, Congreso de Juristas Alemanes.
DJT-Festschrift: *E. v. Caemmerer et al.* (editores), Hundert Jahre Deutschess Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, t. I, II, 1960.
41. DJT-Festschrift: Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag, 1955.
DÖV: La Administración Pública.
Dohna Aufbau: *A. Graf zu Dohna,* Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4.ª ed., 1950.
DR: Deutsches Recht.
Dreher-Festschrift: *H.-H. Jescheck et al.* (editores), Festschrift für Eduard Dreher, 1977.
Dreher-Tröndle: *E. Dreher, H. Tröndle,* Strafgsetzbuch und Nebengesetze, 44.ª ed., 1988.
DRiG: Ley alemana de la Judicatura.
DRiZ: Deutsche Richterzeitung.
DRZ: Deutsche Rechts-zeitschrift.
DStr.: Deutsches Strafrecht (revista).
Dünnebier-Festschrift: *E.-W. Hanack et al.* (editores), Festschrift für Hanns Dünnebier, 1982.
DVBl.: Deutsches Verwaltungsblatt.
E 1962: Regierungsentwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung (Proyecto de Ley de Código Penal, con Fundamentación), BT-Drucksache IV/650, BR-Drucksache 200/62.

Ebert, AT: *U. Ebert*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1985.
ed.: Edición, editor.
EGGVG: Ley introductoria de la Ley sobre organización de los tribunales.
EGMR: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
EGStGB: Ley introductoria del Código Penal.
Eichenberger-Festschrift: *G. Müller et al.* (editores), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger, 1982.
Einführung: *C. Roxin, W. Stree, H. Zipf, H. Jung*, Einführung in das neue Strafrecht, 2.ª ed., 1975.
Eisenberg, JGG: *U. Eisenberg*, Jugendgerichtsgesetz, 3.ª ed., 1988.
Emge-Festschrift: *U. Klug* (editor), Festschrift zum 70. Geburtstag von Carl August Emge, 1960.
Engisch-Festschrift: *P. Bockelmann et al.* (editores), Festschrift für Karl Engisch, 1969.
Epirrhosis (C. Schmitt-Festgabe): *H. Barion et al.* (editores), Epirrhosis, Festgabe für Karl Schmitt, 1968.
EStG: Ley del Impuesto sobre la Renta.
Faller-Festschrift: *W. Zeidler et al.* (editores), Festschrift für Hans Joachim Faller, 1984.
FamRZ: Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht; Zeitschrift für das gesamte Familienrecht.
Feuerbach Lehrbuch: *A. Ritter v. Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 14.ª ed., editada por *C. J. A. Mittermaier*, 1847.
Forensia: Forensia. Interdisziplinäre Zeitschrift für Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie und Recht.
Frank: *R. Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1897; 3.ª y 4.ª ed., 1903; 18.ª ed., 1931.
Frank-Festgabe: *A. Hegler* (editor), Beiträge zum Strafrechtswissenschaft, Festgabe für Reinhard Frank, t. I, II, 1930.
Franzen-Gast-Samson: *K. Franzen, B. Gast-de Haan, E. Samson*, Steuerstrafrecht mit Steuerordnungswidrigkeiten, 3.ª ed., 1985.
G, Ges.: Ley.
GA: Archiv für Strafrecht, fundado por *Th. Goltdammer*; Goltdammer's Archiv für Strafrecht.
Gallas-Festschrift: *K. Lackner et al.* (editores), Festschrift für Wilhelm Gallas, 1973.
Geilen, AT: *G. Geilen* Strafrecht Allgemeiner Teil, 4.ª ed., 1979.
GG: Ley Fundamental (Constitución) de la República Federal Alemana.
Gleispach-Festschrift: *G. Dahm, W. Gallas, F. Schaffstein, F. Schinnerer, K. Siegert, L. Zimmerl*, Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf W. Gleispach, 1936.
GmbHG: Ley de sociedades de responsabilidad limitada.
Göppinger-Festschrift: *H. J. Kerner et al.* (editores), Kriminalität, Persönlichkeit, Lebensgeschichte und Verhalten. Festschrift für Hans Göppinger, 1990.
Grünhut-Erinnergungsgabe: *Arthur Kaufmann et al.* (editores), Erinnerungsgabe für Max Grünhut, sin indicación de año.

Grützner-Geburtstagsgabe: *D. Oehler et al.* (editores), Aktuelle Probleme des Internationalen Strafrechts, Heinrich Grützner zum... 65. Geburtstag, 1970.
GS: Der Gerichtsaal; Großer Senat.
Güterbock-Festgabe: Festgabe für Dr. Karl Güterbock, 1910.
GVBl.: Gesetz- und Verordnungsblatt.
GVG: Ley orgánica de los Tribunales.
GWB: Ley contra limitaciones de la libre competencia.
Hälschner, Strafrecht: *H. Hälschner,* Das gemeine deutsche Strafrecht, t. I, 1881; t. II (1), 1884; (2), 1887.
Half, AT, BT: *F. Half* Strafrecht Allgemeiner Teil, 4.ª ed., 1990; Besonderer Teil, 3.ª ed., 1988.
Hallermann-Festschrift: *J. Gerchow* (editor), An den Grenzen von Medizin und Recht, Festschrift zum 65. Geburtstag von... Wilhelm Hallermann, 1966.
HansOLG: Hanseatisches Oberlandesgericht.
Hassemer Einführung: *W. Hassemer* Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1988.
Heinitz-Festchrift: *H. Lüttger et al.* (editores), Festschrift für Erenst Heinitz, 1972.
Henkel-Festschrift: *C. Roxin et al.* (editores), Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel, 1974.
HESt.: Sentencias de altos tribunales, colección de sentencias de *Oberlandesgerichte* y Tribunales superiores en materia penal.
v. d. Heydte-Festschrift: *H. Kipp et al.* (editores), Um Recht und Freiheit, Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heydte, t. II, 1977.
HGB: Código de Comercio.
v. Hippel Strafrecht: *R. v. Hippel* Deutsches Strafrecht t. I, 1925; t. II, 1930.
E. Hirsch-Festschrift: Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch, 1968.
Honig-Festschrift: Festschrift für Richard M. Honig, 1970.
HRR: *A. Feisenberger* (editor), Höchstrichterliche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Strafrechts.
Hruschka, AT: *J. Hruschka,* Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2.ª ed., 1988.
Hübner-Festschrift: *G. Baumgärtel et al.* (editores), Festschrift für Heinz Hübner, 1984.
i. e.: id est.
IKV: Asociación Criminalística Internacional.
IRG: Ley sobre auxilio judicial internacional en materia penal.
JA: Juristische Arbeitsblätter.
Jescheck, AT: *H.-H. Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil 1969; 2.ª ed., 1972; 3.ª ed., 1978; 4.ª ed., 1988.
Jescheck-Festschrift: *Th. Vogler et al.* (editores), Festschrift für H.-H. Jescheck, 1985 (t. I hasta página 775; t. II desde página 779).
JGG: Ley sobre Tribunales de Menores.
Jherings Erbe: *F. Wieacker et al.* (editores), Jherings Erbe, Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering, 1970.
JR: Juristische Rundschau.
Jura: Jurstische Ausbildung.
JurBl.: Juristische Blätter.
JuS: Juristische Schulung.

JW: Juristische Wochenschrift.
JWG: Ley de Bienestar Juvenil.
JZ: Juristenzeitung.
Kaiser, Kriminologie: *G. Kaiser,* Kriminologie, 8.ª ed., 1989.
Kastr.Ges.: Ley sobre castración consentida y otros métodos terapéuticos.
Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift: *G. Dornseifer et al.* (editores), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989.
Arthur Kaufmann-Festschrift: *L. Phillipps et al.* (editores), Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989.
H. Kaufmann-Gedächtnisschrift: *H. J. Hirsch et al.* (editores), Gedächtnisschrift für H. Kaufmann, 1986.
Kern-Festschrift: Tübinger Festschrift für Eduard Kern, 1968.
KG(Z): Kammergericht (en materia civil).
Kiesselbach-Festschrift: Festschrift für Wilhelm Kiesselbach, 1947.
KK-Colaborador: *G. Pfeiffer* (editor), Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung, 2.ª ed., 1987.
KKOWiG-Colaborador: *K. Boujong* (editor), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 1989.
Kleinknecht-Festschrift: *K. H. Gössel et al.* (editores), Festschrift für Theodor Kleinknecht, 1985.
Kleinknecht-Meyer: *Th. Kleinknecht, K. Meyer,* Strafprozeßordnung, 37.ª ed., 1985.
Klug-Festschrift: *G. Kohlmann* (editor), Festschrift für Ulrich Klug, 1983 (t. I pp. 1 a 214; t. II desde p. 215).
KO: Ordenanza sobre quiebras.
Kölner Zeitschrift: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie.
Köstlin, System: *G. R. Köstlin,* System des deutschen Strafrechts, 1855.
Kohlrausch-Festschrift: *P. Bockelmann, G. Dahm et al.,* Probleme der Strafrechtserneuerung, 1944.
Kohlrausch-Lange: *E. Kohlrausch, R. Lange,* Strafgesetzbuch, 43.ª ed., 1961.
Krey, BT: *V. Krey,* Strafrecht Besonderer Teil, t. I, 7.ª ed., 1989; t. II, 7.ª ed., 1988.
KRG: Ley del Consejo de Control.
Kriminalistik: Kriminalistik, Zeitschrift für die gesamte kriminalistische Wissenschaft und Praxis.
KriegswaffenG: Ley sobre Control de Armas de Guerra.
KrimJ: Kriminologisches Journal.
KTS: Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (revista).
Lackner: *K. Lackner,* Strafgesetzbuch, 18.ª ed., 1989.
Lackner-Festschrift: *W. Küper et al.* (editores), Festschrift für Karl Lackner, 1987
Lange-Festschrift: G.: *Warda et al.* (editores), Festschrift für Richard Lange, 1986
Langenbecks Archiv: Lasngenbecks Archiv für klinische Chirurgie.
Larenz-Festschrift: *C.-W. Canaris et al.* (editores), Festschrift für Karl Larenz, 1983.
Leferenz-Festschrift: *J. Kerner et al.* (editores), Kriminologie-Psychiatrie-Strafrecht. Festschrift für H. Leferenz, 1983.
LG: Landgericht.

v. Liszt(-Schmidt), Strafrecht: *F. v. Liszt,* Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2.ª ed., 1884; 5.ª ed., 1892; 21.ª y 22.ª eds., 1919; 25.ª ed., a cargo de *Eb. Schmidt*, 1927; 26.ª ed., a cargo de *Eb. Schmidt*, 1932.

LK-Colaborador: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 8.ª ed., editada por *H. Jagusch, E. Mezger, A. Schaefer, W. Werner*, t. I, 1957; t. II, 1958; 9.ª ed., editada por *P. Baldus, G. Willms*, t. I, II, 1974; t. II, 1977; 10.ª ed., editada por *H.-H. Jescheck, W. Ruß, G. Willms*, t. I a III, 1985; t. IV, 1988; t. V, 1989; t. VI, VII, 1988.

LM: *F. Lindenmaier, Ph. Möhring* (editores), Entscheidungen des Bundesgerichtshofes im Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes.

Loc. cit. : lugar citado.

LR-Colaborador: *P. Rieß* (editor), Löwe-Rosenberg. Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 24.ª ed., t. I, 1988; t. II, 1989.

LZ: Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.

Maihofer-Festschrift: *Arthur Kaufmann et al.* (editores), Rechtstaat und Menschenwürde, Festschrift für Werner Maihofer, 1988.

Mallmann-Festschrift: *O. Triffterer et al.* (editores), Festschrift für Walter Mallmann, 1978.

Martens-Gedächtnisschrift: *I. v. Münch et al.* (editores), Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, 1987.

Materialien: Materialien zur Strafrechtsreform, t. I a XV, 1954 a 1962.

Maunz-Dürig-Herzog-Schulz: *Th. Maunz, G. Dürig, R. Herzog, R. Scholz* Grundgesetz, a diciembre de 1989.

Maurach, AT: *R. Maurach,* Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 3.ª ed., 1965; 4.ª ed., 1971.

Maurach-Festschrift: *F.-C. Schroeder et al.* (editores), Festschrift für Reinhart Maurach, 1972.

Maurach-Gössel, AT II; *Maurach-Zipf,* AT I, II: *R. Maurach, H. Zipf,* Strafrecht Allgemeiner Teil, t. I, 7.ª ed., 1988; *R. Maurach, K. H. Gössel, H. Zipf,* Strafrecht Allgemeiner Teil, t. II, 7.ª ed., 1989.

Maurach-Schroeder-Maiwald, BT I; *Maurach-Schroeder,* BT II: *R. Maurach, F.-C. Schroeder, M. Maiwald,* Strafrecht Besonderer Teil, t. I, 7.ª ed., 1988; *R. Maurach, F.-C. Schroeder*, t. II, 6.ª ed., 1981.

H. Mayer, AT: *H. Mayer,* Strafrecht Allgemeiner Teil, 1953.

H. Mayer-Festschrift: *F. Geerds et al.* (editores), Beiträge zum gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer, 1966.

H. Mayer, Strafrecht des deutschen Volkes: *H. Mayer,* Das Strafrecht des deutschen Volkes, 1936.

H. Mayer, Studienbuch: *H. Mayer,* Strafrecht Allgemeiner Teil, 1967.

M. E. Mayer, AT: *M. E. Mayer,* Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915.

MDR: Monatschrift für deutsches Recht.

MedR: Medizinrecht (revista).

Meisner-Festschrift: *G. Brunner et al.* (editores), Sowjetsystem und Ostrecht, Festschrift für Boris Meisner, 1985.

Merkel, Lehrbuch: *A. Merkel,* Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889.

Mezger-Blei, AT: *E. Mezger, H. Blei,* Strafrecht I Allgemeiner Teil, 15.ª ed., 1973 (vid. asimismo *Blei*).

Mezger Strafrecht: E. Mezger Strafrecht, 1931 (3.ª ed., con el mismo título, 1949).

MonSchrKirm.: Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform; für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform; für Kriminologie und Strafrechtsreform.
MonSchrPsychiatrNeurol.: Monatschrift für Psychiatrie und Neurologie.
MRK: Convenio sobre protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.
MStGB: Código Penal Militar.
Musterentwurf: *G. Heise, R. Riegel* (editores), Musterentwurf eines einheitliches Polizeigesetzes, 2.ª ed., 1978.
NArchCrimR: Neues Archiv des Criminalrechts.
Naucke, Strafrecht: *W. Naucke,* Strafrecht, Eine Einführung, 5.ª ed., 1987.
Nervenarzt: Der Nervenarzt (revista).
Nipperdey, AT: *L. Enneccerus, H. C. Nipperdey,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, t. II,m, 15.ª ed., 1960.
NJW: Neue Juristische Wochenschrift.
Noll, Strafrecht AT: *P. Noll,* Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil, I, 1981.
Noll-Gedächtnisschrift: *R. Hauser et al.* (editores), Gedächtnisschrift für Peter Noll, 1984.
Nowakowski, Grundzüge: *F. Nowakowski,* Das Österreichische Strafrecht in seinen Grunzügen, 1955.
NStZ: Neue Zeitschrift für Strafrecht.
NStWehr: Neue Zeitschrift für Wehrrecht.
núm. marg.: número marginal.
Oehler-Festschrift: *R. D. Herzberg et al.* (editores), Festschrift für Dietrich Oehler, 1985 (t. I, pp. 1 a 240, t. II desde p. 241).
ÖJZ: Österreichische Juristenzeitung.
ÖsterrZStr.: Österreichische Zeitschrift für Strafrecht.
OGH: Tribunal Supremo de la Zona Británica; sentencias del Tribunal Supremo de la Zona Británica en materia penal, editadas por los miembros del Tribunal y por la Fiscalía de éste.
OLG(Z): Oberlandesgericht (en materia civil).
OLG en *Janiszewski et al.*: Sentencias del Oberlandesgericht que se indique, con arreglo a la reseña del autor mencionado.
OLG Celle-Festschrift: Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle, 1961.
OLGSt.: *M. Kohlhaas et al.* (editores), Sentencias de los Oberlandesgerichte en materia procesal-penal.
Olshausen: *J. v. Olshausen,* Kommentar zum Strafgesetzbuch, puestos al día por *H. Freiersleben et al.*, 12.ª ed., 1942.
Otto, Grundkurs AT, BT: *H. Otto,* Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 3.ª ed., 1988; Die einzelnen Delikte, 2.ª ed., 1984.
OWiG: Ley de Contravenciones.
p., pp.: página, páginas.
Pallin-Festschrift: *W. Melnizky et al.* (editores), Strafrecht, Strafprozeßrecht und Kriminologie, Festschrift für Franz Pallin, 1989.
p. ej.: Por ejemplo.
Peters-Festgabe: *K. Wasserburg et al.* (editores), Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren. Festgabe für Karl Peters, 1984.

Pfeiffer-Festschrift: *O. F. Freiherr v. Gamm et al.* (editores), Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht. Festschrift für G. Pfeiffer, 1988.
ProdHaftG: Ley sobre responsabilidad por productos defectuosos.
PStG: Ley de estado civil.
Psychiat. Prax.: Psychiatrische Praxis (revista).
Radbruch-Gedächtnisschrift: *Arthur Kaufmann* (editor), Gedächtnisschrift für Gustav Radruch, 1968.
recht: recht. Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Suiza).
Rebmann-Festschrift: *H. Eyrich et al.* (editores), Festschrift für Kurt Rebmann, 1989.
Rechtstheorie: Rechtstherorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts.
RG: Reichsgericht en materia penal; sentencias del Reichsgericht en materia penal, editadas por los miembros del Tribunal y de la Fiscalía.
RGBl. I, II: Reichsgesetzblatt parte I, parte II.
RG-Festgabe: *O. Schreiber* (editor), Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben t. V, Strafrecht und Strafprozeßrecht, 1929.
RGZ: Reichsgericht en materia civil; sentencias del Reichsgericht en materia civil, editadas por los miembros del Tribunal y de la Fiscalía.
Rittler, Lehrbuch: *Th. Rittler,* Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts, t. I Allgemeiner Teil, 2.ª ed. 1954.
Rittler-Festschrift: *S. Hohenleitner et al.* (editores), Festschrift für Theodor Rittler, 1957.
Richterakademie-Festschrift: *W. Schmidt-Hieber et al.* (editores), Justiz und Recht. Festschrift aus Anlaß des 10jährigen Bestehens der Deutschen Richterakademie, 1983.
ROW: Recht in Ost und West, Zeitschrift für Rechtsvergleichung und innerdeutsche Rechtsprobleme.
Roxin, Strafverfahrensrecht: *C. Roxin,* Strafverfahrensrecht, 21.ª ed., 1989.
RuStG: Ley de nacionalidad del imperio y estado alemán.
Sarstedt-Festschrift: *R. Hamm* (editor), Festschrift für Werner Sarstedt, 1981.
Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre: *W. Sauer,* Allgemeine Strafrechtslehre, 3.ª ed., 1949.
Sauer-Festschrift: Festschrift für Wilhelm Sauer, 1949.
Schaffstein-Festschrift: *G. Grünwald et al.* (editores), Festschrift für Friedrich Schaffstein, 1975.
Schelsky-Festschrift: *F. Kaulbach et al.* (editores), Recht und Gesellschaft, Festschrift für Helmut Schelsky, 1978.
Schmidhäuser, AT: *E. Schmidhäuser,* Strafrecht Allgmeiner Teil, 1970; 2.ª ed., 1975.
Schmidhäuser, BT: *E. Schmidhäuser,* Strafrecht Besonderer Teil, 2.ª ed. 1983.
Schmidhäuser, Studienbuch: *E. Schmidhäuser,* Strafrecht Allgemeiner Teil. Studienbuch (con la colaboración de *H. Alwart*), 2.ª ed., 1984.
Eb. Schmidt-Festschrift: *P. Bockelmann et al.* (editores); Festschrift für Eberhard Schmidt, 1961.
Eb. Schmidt, Lehrkommentar: *Eb. Schmidt,* Lehrkommentar zum Strafprozeordnung und zum Gerichtsverfassunsgesetz, parte I, 2.ª ed., 1964.
Kurt Schneider-Festschrift: *H. Kranz* (editor), Psycopathologie heute, Festschrift für Kurt Schneider, 1962.

Schönke-Schröder(-colaborador): *A. Schönke, H. Schröder,* Strafgesetzbuch, 15.ª ed., 1970; 17.ª ed. 1974; 23.ª ed., puesta al día por *Th. Lenckner, P. Cramer, A. Eser, W. Stree,* 1988.

Schröder-Gedächtnisschrift: *W. Stree et al.* (editores), Gedächtnisschrift für Horst Schröder, 1978.

Schultz, AT (Suiza): *H. Schultz,* Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, 3.ª ed., 1977.

Schultz-Festgabe: *H. Walder et al.* (editores), Lebendiges Strafrecht, Festgabe zum 65. Geburtstag von Hans Schultz, 1977.

D. Schultz-Gedächtnisschrift: *G. Jahr* (editor), Gedächtnisschrift für Dietrich Schultz, 1987.

Schweizer Juristentags-Festgabe: Rechtsquellenprobleme im Schweizerischen Recht, Festgabe... für den schweizerischen Juristenverein, 1955.

SchwZStr.: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht.

scil.: scilicet (es decir, a saber).

Scupin-Festschrift: *N. Achterberg et al.* (editores), Recht und Staat im sozialen Wandel, Festschrift für Hans Ulrich Scupin, 1983.

SeemannsG: Ley de la marinería.

SGB I: Código Laboral. Parte General.

SJZ: Süddeutsche Juristenzeitung.

SK-Colaborador: *H.-J. Rudolphi, E. Horn, E. Samson, H.-L. Schreiber,* Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, t. I, 2.ª ed., 1977; *H.-J. Rudolphi, E. Horn, E. Samson,* Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, t. I, 5.ª ed., a junio de 1989; t. II, 4.ª ed., a octubre de 1989.

Smend-Festgabe: *K. Hesse et al.* (editores), Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolph Smend, 1962.

Soergel-Colaborador: *Th. Soergel, W. Siebert,* Bürgerliches Geseztbuch, t. I, 12.ª ed., 1987.

SoldatenG: Ley sobre la situación jurídica de los soldados.

Sonderausschuß V: Sesiones de la Comisión Especial de Reforma Penal, Bundestag alemán, 5.ª legislatura.

SprengstG: Ley sobre sustancias explosivas.

St.: En materia penal.

Staudinger-Colaborador: J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, t. I, 12.ª ed., 1980.

StGB: Código Penal (*vid.* 1/nota 2).

StPO: Ordenanza Procesal.

Stock-Festschrift: *G. Spendel* (editor), Studien zur Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Ulrich Stock, 1966.

StrÄndG: Ley de reforma penal.

StrandungsO: Ordenanza de naufragios.

Stratenwert, AT: *G. Stratenwerth,* Strafrecht Allgemeiner Teil, parte I, 1971; 2.ª ed., 1976; 3.ª ed., 1981.

Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht: *G. Stratenwerth,* Schweizerisches Strafrecht AT I: Die Straftat, 1982.

StrRG: Ley de reforma del Derecho penal.

StV: Abogado defensor.

StVG: Ley de la Circulación.

StVollzG: Ley penitenciaria (sobre ejecución de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad y mejora privativas de libertad).

t.: tomo, tomos (numeración arábiga entre paréntesis: número del volumen).
TierschutzG: Ley sobre protección de los animales.
Tjong-Gedächtnisschrift: *H.-H. Jescheck et al.* (editores), Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong, 1985.
Trager-Festschrift: Festschrift für Ludwig Traeger, 1926.
Trechsel, SchwStGB: *St. Trechsel,* Schweizerisches Strafgesetzbuch, 1989.
Triffterer, AT: *O. Triffterer,* Österrichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Con la colaboración de *K. Schmoller*, 1985.
Tröndle-Festschrift: *H.-H. Jescheck et al.* (editores), Festschrift für Herbert Tröndle, 1989.
Universität Heidelberg-Festschrift: Richterliche Fortbuildung. Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahre-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1986.
Universität zu Köln-Festschrift: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahre-Feier der Universität zu Köln, 1988.
UPR: Umwelt- und Planungsrecht (revista).
UZwG: Ley sobre uso directo de la violencia en ejercicio de cargo por los agentes de la Federación.
VDAT, VDBT: *K. Birkmeyer et al.* (editores), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, t. I a VI, Besonderer Teil, t. I a IX, 1905 a 1909.
Venzlaff-Festschrift: *H. Polmeier et al.* (editor), Forensische Psychiatrie heute. U. Venzlaff... gewidmet, 1986.
VersG: Ley reguladora del derecho de reunión.
VGS: Gran Senado (Pleno).
VO: Reglamento.
VOR: Zetischrift für Verkehrs- und Ordnungswidrigkeitenrecht.
VRS: Verkehrrechtssammlung.
VS: Senado penal (Pleno).
VVDStL: Publicaciones de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho Penal.
VwArch.: Verwsaltungsarchiv.
WaffG: Ley de armas.
Wassermann-Festschrift: *Chr. Broda et al.* (editores), Festschrift für Rudolph Wassermann, 1985.
WDO: Reglamento disciplinario del Ejército.
v. Weber-Festschrift: *H. Welzel et al.* (editores), Festschrift für Hellmuth von Weber, 1963.
v. Weber, Grundriß: *H. v. Weber,* Grundri des deutschen Strafrechts, 2.ª ed., 1948.
Wegner, Strafrecht: *A. Wegner,* Strafrecht Allgemeiner Teil, 1951.
Welzel, Abhandlungen: *H. Welzel,* Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1965.
Welzel-Festschrift: *G. Stratenwerth et al.* (editores), Festschrift für Hans Welzel, 1974.
Welzel, Strafrecht: *H. Welzel,* Das Deutsche Strafrecht, 3.ª ed., 1954; 7.ª ed., 1960; 11.ª ed., 1969.
Wessels, AT, BT (1, 2): *J. Wessels,* Strafrecht Allgemeiner Teil, 20.ª ed., 1990; Strafrecht Besonderer Teil (1), 14.ª ed., 1990; (2) 13.ª ed., 1990.

Wiener Kommentar-Colaborador: *E. Foregger et al.* (editores), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1979 ss. (hasta la 35.ª entrega, 1989).
WiStG: Ley de Simplificación del Derecho Penal Económico.
wistra: wistra, Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht.
E. Wolf-Festschrift: *Th. Würtenberger et al.* (editores), Existenz und Ordnung, Festschrift für Erik Wolf, 1962.
Ernst Wolf-Festschrift: *D. Bickel et al.* (editores), Recht und Rechtserkenntnis. Festschrift für Ernst Wolf, 1985.
WStG: Ley penal militar.
Würtenberger-Festschrift: *R. Herren et al.* (editores), Kultur, Kriminalität, Strafrecht, Festschrift für Thomas Würtenberger, 1977.
Z: En materia civil.
ZAkDR: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.
ZBR: Zeitschrift für Beamtenrecht.
ZDG: Ley sobre prestación social sustitutoria.
Zipf Kriminalpolitik: *H. Zipf* Kriminalpolitik, 2.ª ed., 1980.
ZPO: Ordenanza procesal civil.
ZRP: Zeitschrift für Rechtspolitik.
ZRV: Zeitschrift für Rechtsvergleichung.
ZSchwR: Zeitschrift für schweizerisches Recht.
ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

LIBRO PRIMERO

Fundamentos

CAPITULO PRIMERO

La punición estatal

APARTADO 1

Contenido y misión de la punición estatal

BIBLIOGRAFIA SOBRE I A V: *V. Achter,* Geburt der Strafe, 1951; *M. Adams* y *St. Shavell,* Zur Strafbarkeit des Versuchs, GA, 1990, pp. 337 ss.; *P.-A. Albrecht,* Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen, ZStW, 97, pp. 831 ss.; *M. Ancel,* Die neue Sozialverteidigung. Eine Bewegung humanistischer Kriminalpolitik, 1970; *F. Arloth,* Strafzwecke im Strafvollzug, GA, 1988, pp. 403 ss.; *G. Arzt,* Der Ruf nach Recht und Ordnung, 1976; *el mismo,* Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre, 1970; *J. L. Austin,* Ein Plädoyer für Entschuldigungen, en: *G. Meggle* (ed.), Analytische Handlungstheorie, t. I, 1977, pp. 8 ss.; *P. Badura,* Generalprävention und Würde des Menschen, JZ, 1964, pp. 337 ss.; *A. Baratta,* Integrations-Prävention. Eine systemtheoretische Neubegründung der Strafe, KrimJ, 1984, pp. 132 ss.; *J. Baumann,* Der Schuldgedanke im heutigen deutschen Strafrecht und vom Sinn staatlichen Strafens, JurBl., 1965, pp. 113 ss.; *el mismo,* Strafe als soziale Aufgabe, Noll-Gedächtnisschrift, pp. 27 ss.; *M. Baurmann,* Zweckrationalität und Strafrecht, 1987; *E. Beling,* Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht, 1908; *E. Benda,* Resozialisierung als Verfassungsauftrag, Faller-Festschrift, pp. 307 ss.; *Chr. Bertel,* Die Generalprävention, Pallin-Festschrift, pp. 31 ss.; *H. Bielefeldt,* Strafrechtliche Gerechtigkeit als Anspruch an den endlichen Menschen, GA, 1990, pp. 108 ss.; *G. Blau,* Diversion und Strafrecht, Jura 1987, pp. 25 ss.; *el mismo* y *E. Franke,* Diversion und Schlichtung, ZStW, 96, pp. 485 ss.; M. BleulerSühne und ärztliche Behandlung in ihrer heilenden Bedeutung, en: *E. R. Frey* (ed.) Schuld, Verantwortung, Strafe, 1964, pp. 103 ss.; *L. Böllinger,* Generalprävention als Sozialisationsfaktor?, KrimJ, 1987, pp. 32 ss.; *J. Bohnert,* Paul Johann Anselm Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, 1982; *E. Brandt,* Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips für Entpoenalisierungen im Kriminalrecht, 1988; *H.-J. Bruns,* Alte Grundfragen und neue Entwicklungstendenzen im modernen Strafzumessungsrecht, Welzel-Festschrift, pp. 739 ss.; *el mismo,* Strafzumessungsrecht, 2.ª ed., 1974; *R.-P. Calliess,* Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1973; *el mismo,* Strafzwecke und Strafrecht, Zeitschrift für Evangelische Ethik, 33 (1989), pp. 109 ss., y NJW, 1989, pp. 1338 ss.; *D. Dölling,* Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion?, ZStW, 102, pp. 1 ss.; *E. Dreher,* Über die gerechte Strafe, 1947; *J. Driendl,* Zur Notwendigkeit und Möglichkeit einer Strafgesetzgebungswissenschaft in der Gegenwart, 1983; *E. Durkheim,* Kriminalität als normales Phänomen, en: *F. Sack* y *R. König* (ed.), Kriminalsoziologie, 1968, pp. 3 ss.; *U.*

Ebert, Das Vergeltungsprinzip im Strafrecht, en: *H.-H. Krummacher* (ed.), Geisteswissenschaften wozu?, 1988, pp. 357 ss.; *el mismo*, Talion und Spiegelung im Strafrecht, Lackner-Festschrift, pp. 399 ss.; *K. Engelhardt*, Psychoanalyse der strafenden Gesellschaft, 1976; *A. Eser*, Resozialisierung in der Krise? Peters-Festschrift, pp. 505 ss.; *F. Exner*, Die Theorie der Sicherungsmittel, 1914; *L. Festinger*, Theorie der kognitiven Dissonanz, ed. von *M. Irle*, y *V. Möntmann*,, 1978; *P. J. A. v. Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, 1799, reimpresión, 1966; *O. K. Flechtheim*, Hegels Strafrechtstheorie, 2.ª ed., 1975; *N. Forster*, Positionen der schweizerischen Lehre in der Diskussion um die Straftheorien, SchwZStr. 101 (1984), pp. 242 ss.; *E. Foth*, Bemerkungen zur Generalprävention, NStZ, 1990, pp. 219 ss.; *D. Frehsee*, Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1987; *E. R. Frey*, Schuld-Verantwortung-Strafe als kriminalpolitisches Problem, en: *el mismo* (ed.), Schuld, Verantwortung, Strafe, 1964, pp. 297 ss.; *M. Frommel*, Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweckdiskussion, 1987; *W. Gallas*, Gründe und Grenzen der Strafbarkeit. Gedanken zum Begriff des Verbrechens, en: *Universitäts-Gesellschaft Heidelberg* (ed.), Heidelberger Jahrbücher, t. IX, 1965, pp. 1 ss.; *H. Garfinkel*, Bedingungen für den Erfolg von Degradierungszeremonien, en: *K. Lüderssen* y *F. Sack* (ed.), Seminar: Abweichendes Verhalten, t. III, 1977, pp. 31 ss.; *A. Gehlen*, Urmensch und Spätkultur. Philosophische Ergebnisse und Aussagen, 2.ª ed., 1964; *U. Gephart*, Strafe und Verbrechen. Die Theorie Emile Durkheims, 1990; *H. Giehring*, Sozialwissenschaftliche Forschung zur Generalprävention und normative Begründung des Strafrechts, KrimJ, 1987, pp. 2 ss.; *K. H. Gössel*, Wesen und Begründung der strafrechtlichen Sanktionen, Pfeiffer-Festschrift, pp. 3 ss.; *F. Gramatica*, Grundlagen der defense sociale, 1965; *E. Hanack*, Probleme des Vikariierens und der Unterbringung in einer Erziehungsanstalt (§§ 67, 64 StGB), JR, 1978, pp. 399 ss.; *G. Hanak*, Kriminelle Situationen. Zur Ethnographie derAnzeigeerstattung, KrimJ, 1984, pp. 161 ss.; *B. Haffke*, Tiefenpsychologie und Generalprävention, 1976; *el mismo*, Hat emanzipierende Sozialtherapie eine Chance, en: *K. Lüderssen* y *F. Sack* (ed.), Seminar: Abweichendes Verhalten, t. III, pp. 291 ss.; *W. Hassemer*, Generalprävention und Strafzumessung, en *Hassemer, K. Lüderssen, W. Naucke* (ed.), Hauptprobleme der Generalprävention, 1979, pp. 29 ss.; *el mismo*, Resozialisierung und Rechtsstaat, KrimJ, 1982, pp. 161 ss.; *el mismo*, Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht, en: *el mismo et al.* (ed.), Fortschritte im Strafrecht durch Sozialwissenschaften?, 1983, pp. 1 ss.; *el mismo*, Prävention im Strafrecht, JuS, 1987, pp. 257 ss.; *G. W. F. Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821; *J. Hellmer*, Über die Glaubwürdigkeit des Strafrechts und die Bedeutung des zwischen menschlichen Verhältnisses für die Kriminalitätsbekämpfung, JZ, 1981, pp. 153 ss.; *J. Herrmann*, Diversion und Schlichtung in der Bundesrepublik Deutschland, ZStW, 96, pp. 457 ss.; *F. Herzog*, Die dritte Dimension der Verbrechensbekämpfung: Abschöpfung von Verbrechensgewinn, KJ, 1987, pp. 321 ss.; *el mismo*, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, 1987; *E. E. Hirsch*, Die Steuerung menschlichen Verhaltens, JZ, 1982, pp. 41 ss.; *O. Höffe*, Kategorische Rechtsprinzipien, 1990; *N. Hoerster*, Aktuelles in Arthur Schopenhauers Philosophie der Strafe, ARSP, 58, pp. 555 ss.; *el mismo*, Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens, GA, 1970, pp. 272 ss.; *H. Horstkotte*, Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über die Strafbemessung, JZ, 1970, pp. 122 ss.; *J. Hruschka*, Strafe und Strafrecht bei Achenwall. Zu einer Wurzel von Feuerbachs psychologischer Zwangstheorie, JZ, 1987, pp. 161 ss.; *G. Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976; *el mismo*, Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?, en: *D. Henrich* (ed.), Aspekte der Freiheit, 1982, pp. 69 ss.; *el mismo*, Über die Aufgabe der subjektiven Deliktseite im Strafrecht, en: *H. Witter* (ed.), Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht, 1987, pp. 271 ss.; *el mismo*, Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern, ZStW, 101, pp. 516 ss.; *H.-H. Jescheck*, Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik im Spiegel der Zeitschrift für die

gesamte Strafrechtswissenschaft, ZStW, 93, pp. 3 ss.; *G. Kaiser*, Verkehrsdelinquenz und Generalprävention, 1970; *el mismo*, Die Fortentwicklung der Methoden und Mittel des Strafrechts, ZStW, 86, pp. 349 ss.; *el mismo*, Kriminalisierung und Entkriminalisierung in Strafrecht und Kriminalpolitik, Klug-Festschrift, pp. 579 ss.; *el mismo*, Gewinnabschöpfung als kriminologisches Problem und kriminalpolitische Aufgabe, Tröndle-Festschrift, pp. 685 ss.; *el mismo*, Die Freiheitsstrafe bei Franz v. Liszt im Lichte der modernen Kriminalpolitik, Klug-Festschrift, pp. 257 ss.; *I. Kant*, Metaphysik der Sitten, 1.ª parte, 2.ª ed., 1798; *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 1961; *el mismo*, Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, JZ, 1967, pp. 553 ss.; *el mismo*, Schuldstrafrecht und Resozialisierung, en: *el mismo*, Strafrecht zwischen Gestern und Morgen, 1983, pp. 43 ss.; *el mismo*, Über die gerechte Strafe, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 425 ss.; *H. Kaufmann*, Gramaticas System der Difesa Sociale und das deutsche Schuldstrafrecht, v. Weber-Festschrift, pp. 418 ss.; *H. Kelsen*, Vergeltung und Kausalität, 1941; *H. J. Kerner* (ed.), Diversion statt Strafe? Probleme und Gefahren einer neuen Strategie strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1983; *W.-H. Kiehl*, Strafrechtliche Toleranz wechselseitiger Ehrverletzungen, 1986; *M. Killias*, Muß Strafe sein? Überlegungen zur Funktion von Sanktionen aus sozial-psychologischer Sicht, SchwZStr., 97 (1980), pp. 31 ss.; *U. Kindhäuser*, Personalität, Schuld und Vergeltung, GA, 1989, pp. 493 ss.; *P. Klose*, Jus puniendi und Grundgesetz, ZStW, 86, pp. 33 ss.; *U. Klug*, Abschied von Kant und Hegel, en: *J. Baumann* (ed.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968, pp. 36 ss.; *W. Köberer*, Läßt sich Generalprävention messen?, MonSchrKrim., 1982, pp. 200 ss.; *M. Köhler*, Comentario a BGH, JZ, 1982, pp. 771 ss., loc. cit., pp. 772 ss.; *el mismo*, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, *1983; el mismo,* Der Begriff der Strafe, 1986; *el mismo*, Strafbegründung im konkreten Rechtsverhältnis, Lackner-Festschrift, pp. 11 ss.; *D. Kratzsch*, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985; *el mismo*, Unrecht und Prävention-eine Replik, GA, 1989, pp. 49 ss.; *L. Kuhlen*, Diversion im Jugendstrafverfahren, 1988; *K. L. Kunz*, Prävention und gerechte Zurechnung, ZStW, 98, pp. 823 ff; *K. Lackner*, Über die Entwicklungen in der Strafzumessungslehre und ihre Bedeutung für die richterliche Praxis, 1978; *P. Landau*, Das Unrecht als Stufe des abstrakten Rechts in Hegels Rechtsphilosophie, Arthur Kaufmann-Festschrift, pp. 143 ss.; *Th. Lenckner*, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, en: *H. Göppinger* y *H. Witter* (ed.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, t. I, 1972, pp. 3 ss.; *H. von der Linde*, Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht, 1988; *R. Lippold*, Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin, 1989; *F. v. Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW, 3, pp. 1 ss.; *el mismo*, Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe, ZStW, 13, pp. 325 ss.; *el mismo*, Kriminalpolitische Aufgaben, en: *el mismo*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, t. I, 1905, pp. 290 ss.; *el mismo*, Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, en: *el mismo*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, t. II, 1905, pp. 75 ss.; *K. Lüderssen*, Strafrecht und «Dunkelziffer», 1972; *el mismo*, Die generalpräventive Funktion des Deliktssystems, en: *W. Hassemer, K. Lüderssen, W. Naucke* (ed.), Hauptprobleme der Generalprävention, 1979, pp. 54 ss.; *el mismo*, Vergeltung und Sühne vor dem Forum christlicher Ethik- kein Platz mehr für absolute Strafzwecke, en: *L. Vallauri* (ed.), Christentum und modernes Recht, 1982, pp. 1261 ss.; *el mismo,* Der Freiheitsbegriff der Psychoanalyse und seine Folgen für das moderne Strafrecht, en: *W. Hassemer et al.* (ed.), Fortschritte im Strafrecht durch Sozialwissenschaften, 1983, pp. 39 ss.; *el mismo*, Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs, 1989; *D.-M. Luzon*, Generalprävention, Gesellschaft und Psychoanalyse, GA, 1984, pp. 393 ss.; *N. Luhmann*, Rechtssoziologie, t. I y II, 1972; *W. Maihofer,* Rechtsstaat und menschliche Würde, 1968; *M. Maiwald*, Die Verteidigung der Rechtsordnung- Analyse eines Begriffs, GA, 1983, pp. 49 ss.; *el mismo*, Gedanken zu einem sozialen Schuldbegriff, Lackner-Festschrift, pp. 149 ss.; *H. Marquardt*, Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vi-

kariierens von Strafe und Maßregel, 1972; *H. Mayer*, Kant, Hegel und das Strafrecht, Engisch-Festschrift, pp. 54 ss.; *M. Meker*, Die Neue Sozialverteidigung und die deutsche Strafrechtsreformdiskussion, 1970; *el mismo*, Die Neue Sozialverteidigung- ein neuer Begriff in der deutschen Strafrechtsreformdiskussion?, JZ, 1970, pp. 764 ss.; *Menzel*, Protagoras als Kriminalist, Österreichische Zeitschrift für Strafrecht 1910, pp. 389 ss.; *A. Merkel*, Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts, 1899; *J. Meyer et al.* (ed.), Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten, 1989; *el mismo*, Gewinnabschöpfung durch Vermögensstrafe?, ZRP, 1990, pp. 85 ss.; *E. Mezger*, Strafzweck und Strafzumessungsregeln, Materialien, t. I, pp. 1 ss.; *S. Mir Puig*, Die Funktion der Strafe und die Verbrechenslehre im sozialen und demokratischen Rechtsstaat, ZStW, 95, pp. 413 ss.; *R. Moos*, Positive Generalprävention und Vergeltung, Pallin-Festschrift, pp. 283 ss.; *H. Müller*, Der Begriff der Generalprävention im 19. Jahrhundert, 1984; *H. Müller-Dietz*, Vom intellektuellen Verbrechensschaden, GA, 1983, pp. 481 ss.; *el mismo*, Integrationsprävention und Strafrecht, Jescheck-Festschrift, pp. 813 ss.; *E. Müller-Luckmann*, Zur begrifflichen und diagnostischen Problematik von Gesinnung und Reue, en: *H. Göppinger* y *P. H. Bresser* (ed.), Tötungsdelikte, 1980, pp. 113 ss.; *A. Nagler*, Die Verständigung der Strafrechtsschulen, GS, 70, pp. 6 ss.; *J. Nagler*, Die Strafe, 1918; *W. Naucke*, Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, 1962; *el mismo*, Die Reichweite des Vergeltungsstrafrechts bei Kant, Schleswig-Holsteinische Anzeigen, 1964, pp. 203 ss.; *el mismo*, Paul Johann Anselm von Feuerbach. Zur 200. Wiederkehr seines Geburtstages am 14. November 1975, ZStW, 87, pp. 861 ss.; *el mismo*, Generalprävention und Grundrechte der Person, en: *W. Hassemer, K. Lüderssen, W. Naucke* (ed.), Hauptprobleme der Generalprävention, 1979, pp. 9 ss.; *el mismo*, Die Kriminalpolitik des Marburger Programms, 1882, ZStW, 94, pp. 525 ss.; *el mismo*, Die Sozialphilosophie des sozialwissenschaftlich orientierten Strafrechts, en: *W. Hassemer et al.* (ed.) Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?, 1983, pp. 3 ss.; *U. Neumann*, Die Stellung des Opfers im Strafrecht, en: *W. Hassemer* (ed.), Strafrechtspolitik, 1987, pp. 225 ss.; *U. Neumann* y *U. Schroth*, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980; *P. Noll*, Die ethische Begründung der Strafe, 1962; *el mismo*, Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, H. Mayer-Festschrift, pp. 219 ss.; *F. Nowakowski*, Freiheit, Schuld, Vergeltung, Rittler-Festschrift, pp. 55 ss.; *H. Ostendorf*, Auf Generalprävention kann noch nicht verzichtet werden, ZRP, 1976, pp. 281 ss.; *el mismo*, Alternativen zur strafverurteilenden Konfliktserledigung, ZRP, 1983, pp. 302 ss.; *K. Peters*, Die ethischen Voraussetzungen des Resozialisierungs- und Erziehungsvollzugs, Heinitz-Festschrift, pp. 501 ss.; *H. Pfander*, Der zentrale Begriff «Strafe», SchwZStr., 61 (1946), pp. 173 ss.; *H. Popitz*, Über die Präventivwirkung des Nichtwissens, 1968; *W. Preiser*, Das Recht zu strafen, Mezger-Festschrift, pp. 71 ss.; *el mismo*, Vergeltung und Sühne im altisraelitischen Strafrecht, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 7 ss.; *J. Primoratz*, Banquos Geist. Hegels Theorie der Strafe, 1986; *G. Radbruch*, Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben, 3.ª ed., sin fecha; *A. Rieg*, Die modernen Tendenzen des französischen Strafrechts, ZStW, 81, pp. 411 ss.; *D. Rossner* y *R. Wulf*, Opferbezogene Strafrechtspflege, sin fecha (1984); *C. Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS, 1966, pp. 377 ss.; *el mismo*, Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs, ZStW, 81, pp. 613 ss.; *el mismo*, Strafzumessung im Lichte der Strafzwecklehre, Schultz-Festgabe, pp. 463 ss.; *el mismo*, Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke, en: *H. Schöch* (ed.), Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987, pp. 37 ss.; *F. Schaffstein*, Spielraum-Theorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen, Gallas-Festschrift, pp. 99 ss.; *el mismo*, Überlegungen zur Diversion, Jescheck-Festschrift, pp. 937 ss.; *W. Schild*, Soziale und rechtliche Verantwortungen, JZ, 1980 pp. 597 ss.; *el mismo*, Strafe- Vergeltung oder Gnade, SchwZStr., 99 (1982), pp. 364 ss.; *el mismo*, Ende und Zukunft des Strafrechts, ARSP, 1984, pp. 71 ss.; *el mismo*, Das Verständnis des Mis-

setäters im normativen Wandel des Politischen, en: *E. V. Heyern* (ed.), Vom normativen Wandel des Politischen, 1984, pp. 117 ss.; *el mismo*, Entschuldigungen und Rechtfertigungen im Alltag, en: *B.-O. Bryde* (ed.), Rechtsproduktion und Rechtsbewußtsein, 1988, pp. 195 ss.; *E. Schlüchter*, De nihilo nihil oder: Der Erziehungsgedanke im Jugendstrafrecht, GA, 1988, pp. 106 ss.; *E. Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, 1963; *Eb. Schmidt*, Zur Theorie des unbestimmten Strafurteils, SchwZStr., 45 (1931), pp. 200 ss.; *el mismo*, Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen Strafgesetzbuch, Materialien, t. I, pp. 9 ss.; *el mismo*, Vergeltung, Sühne und Spezialprävention, ZStW, 67 pp. 177 ss.; *el mismo*, Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform, ZStW, 69, pp. 359 ss.; *el mismo*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3.ª ed., 1965; *K. Schmoller*, Irrgarten der strafrechtlichen Gewinnabschöpfung, ÖJZ, 1990, pp. 257 ss., 300 ss.; *H. Schöch*, Strafzumessungspraxis und Verkehrsdelinquenz, 1973; *el mismo*, Empirische Grundlagen der Generalprävention, Jescheck-Festschrift, pp. 1081 ss.; *H.-L. Schreiber*, Widersprüche und Brüche in heutigen Strafkonzeptionen, ZStW, 94, pp. 279 ss.; *B. Schünemann*, Das strafrechtliche Dunkelfeld- Stabilisator der Rechtstreue?, en: *M. Irle*, (ed.), Durchsetzung des Rechts, 1984, pp. 39 ss.; *el mismo*, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, en: *el mismo* (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pp. 153 ss.; *el mismo*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA, 1985, pp. 341 ss., GA, 1986, pp. 293 ss.; *H. Schultz*, Abschied vom Strafrecht?, ZStW, 92, pp. 611 ss.; *M. Scott* y *St. Lymann*, Verantwortungen, en: *H. Steinert* (ed.), Symbolische Interaktion, 1973, pp. 294 ss.; *R. F. Schumann*, Positive Generalprävention, 1989; *K. Seelmann*, Hegels Straftheorie in seinen «Grundlinien der Philosophie des Rechts», JuS, 1979, pp. 687 ss.; *el mismo*, Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht, JZ, 1989, pp. 670 ss.; *K. Sessar*, Schadenswiedergutmachung in einer künftigen Kriminalpoliik, Leferenz-Festschrift, pp. 145 ss.; *R. Sieverts*, Würde sich für ein neues Strafgesetzbuch die Einführung der unbestimmten Verurteilung empfehlen und in welchem Umfange? Wie wäre sie auszugestalten? Materialien, t. I, pp. 107 ss.; *G. Smaus*, Technokratische Legitimierungen des Strafrechts, Zeitschrift für Rechtssoziologie, 1985, pp. 90 ss.; *P. Strasser*, Verbrechenserklärungen und Strafkonzeptionen, KrimJ, 1979, pp. 1 ss., *G. Stratenwerth*, Leitprinzipien der Strafrechtsreform, en: *L. Brandt* (ed.), Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Geisteswissenschaft, número 162, 1970, pp. 7 ss.; *el mismo*, Tatschuld und Strafzumessung, 1972; *F. Streng*, Schuld, Vergeltung, Generalprävention, ZStW, 92, pp. 637 ss.; *el mismo*, Tiefenpsychologie und Generalprävention, KrimJ, 1987, pp. 48 ss.; *K. Tiedemann*, Die Fortentwicklung der Methoden und Mittel des Strafrechts unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung der Strafgesetzgebung, ZstW, 86, pp. 303 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, JZ, 1975, pp. 183 ss., loc. cit., pp. 185 ss.; *V. Vanberg* Verbrechen, Strafe und Abschreckung, 1982; *Th. Vogler*, Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung, ZStW, 90, pp. 132 ss.; *K. Volk*, Der Begriff der Strafe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZStW, 83, pp. 405 ss.; *M. Walter* Wandlungen in der Reaktion auf Kriminalität, ZStW, 95, pp. 32 ss.; *el mismo*, Über Alternativen zum Strafrecht, Universität zu Köln-Festschrift, pp. 557 ss.; *el mismo*, Über die Bedeutung des Erziehungsgedankens für das Jugendstrafrecht, en: *el mismo* (ed.), Beiträge zur Erziehung im Jugendkriminalrecht, 1989, pp. 59 ss.: *M. Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 5.ª ed., 1976; *Th. Weigend*, Das Opferschutzgesetzkleine Schritte zu welchem Ziel?, NJW, 1987, pp. 1170 ss.; *K. Weis*, Staatliches Strafen. Markierungen, Degradierungen und Rituale auf einer Reise ohne Wiederkehr, Blau-Festschrift, pp. 405 ss.; *D. Westphalen*, Karl Binding, 1989; *E. A. Wolff*, Das neue Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW, 97, pp. 787 ss.; *G. Wolfslast*, Comentario a BGH,

NStZ, 1982, pp. 112, loc. cit., pp. 112 ss.; *Th. Würtenberger*, Die unbestimmte Verurteilung, Materialien, t. I, pp. 89 ss.; *H. Zipf*, Kriminalpolitik, 2.ª ed., 1980; *R. Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989.

I. CONCEPTO DE PENA

1 A. 1. El contenido y la función de la pena no se pueden configurar (ni siquiera limitándose a la pena estatal) con independencia de la existencia del orden en el que se pune, ni de la comprensión de su sentido. Así, por lo que se refiere a la existencia del orden, un Estado que deba concentrar sus fuerzas para el aseguramiento de su existencia (p. ej., en guerra) empleará la pena de modo que al menos a corto plazo garantice la eficacia (p. ej., intimidación por medio de penas severas), mientras que un Estado sin problemas agudos de existencia puede asumir la inefectividad a corto plazo, para conseguir con largueza de miras la paz interna (p. ej., evitando las penas severas para no embotar la sensibilidad ante la violencia). Por lo que se refiere a la comprensión del sentido del orden, de ésta depende que se entienda a la pena, p. ej., desde la teoría de conflictos, como medio de lucha de la clase dominante o, en general, de grupos dominantes en la sociedad, o como medio de defensa frente a pretensiones de dominio ilegítimas (o intempestivas), que hiera la «espada» de la «superioridad» guiada según ideas religiosas, o que el autor sea castigado por su propia voluntad, porque también él es parte en el contrato social, etc.

2 2. Las notas comunes, que existen a pesar de todas las diferencias, y que permiten hablar unitariamente de pena, teniendo en cuenta los distintos órdenes y sus diversos entendimientos, son las siguientes [1]: *La pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma* (por «a costa de» se entiende en este contexto la pérdida de cualquier bien). Se trata de un problema normativo: de la asignación de un suceso perturbador a quien ha de soportar aquellos costes que son necesarios para eliminar la perturbación.

Los conceptos empleados para caracterizar a la pena dependen del contexto, especialmente los de «infracción de la norma» y «responsabilidad». Ejemplos: En qué medida se sujeta una infracción de la norma objetivamente a la configuración externa (el resultado) de una conducta y hasta qué punto hay que tener en cuenta la constitución subjetiva del autor depende de la medida en que para la existencia de la sociedad basten pocos contactos, acuñables previamente, o en que para posibilitar contactos diferentes haya que ceder su con-

[1] *Achter* (Geburt, pp. 9 ss., 13 ss.) considera que únicamente cabe hablar de pena cuando no sólo se reacciona para «tapar una fisura en el universo (*Weltgebäude*)» (*op. cit.*, p. 18), sino cuando en la reacción ante el autor se realiza un reproche o censura. Sin embargo, esta censura —lo que *Achter* no ignora— es necesaria únicamente cuando el motivo de la reacción, la infracción de la norma, ya no tiene lugar en el «universo», sino en la mente del autor (se podría reservar también el concepto de infracción de la norma para este rechazo subjetivo). De todos modos, la reacción reprobatoria y la no reprobatoria surten efecto funcionalmente de modo equivalente, es decir, restableciendo la reciprocidad, y ello a costa de alguien responsable (*zuständig*). Acerca de la conexión de la pena con el trueque y con la víctima, en el elemento de la reciprocidad, *vid. Gehlen*, Urmensch, pp. 45 ss., 48.

formación al miembro individual. Para una sociedad que se agota en el intercambio de objetos estándares y en el ejercicio ritualizado de la religión rigen reglas distintas que para una sociedad con complejas conexiones de comportamiento entre sus miembros. Cuando hoy se considera evidente que sólo puede hacerse responsable de una infracción normativa a quien por sí mismo ha participado en ella, activamente o no impidiendo, este punto de vista presupone —junto a otras numerosas condiciones— que los miembros de la sociedad pertenecen a ella directamente (y no mediatamente, como p. ej., a través de una estirpe o clan).

B. Este contorno, que en lo sucesivo debe completarse respecto al Dere- 3
cho vigente —el *Código penal*— [2], se distingue de una imagen de la pena trazada comúnmente: El injusto es un mal y el deber de cargar con los costes también es un mal, pero a pesar de ello no cabe definir la pena como infligir un mal a causa del mal cometido [3]: Sería absurdo «querer un mal porque ya se ha dado otro mal», y este seguir un mal a otro describe a la pena sólo según su «carácter superficial» [4]. La pena hay que definirla positivamente: Es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada.

II. LA TEORIA DE LA PREVENCION GENERAL POSITIVA [5]

A. La necesidad de vigencia segura de la norma

1. Así como los hombres en su relación con la naturaleza sólo se orientan 4
en la medida en que pueden encontrar regularidades, del mismo modo en los contactos sociales —los únicos que aquí interesan— [5a] sólo resulta posible la orientación si no hay que contar a cada momento con cualquier comportamiento imprevisible de la otra persona. De lo contrario cada contacto social se convertiría en un riesgo impredecible [6]. El mero hecho de iniciar un contacto social es ya una señal de que no se espera ningún desenlace indeterminado. Si se

---

[2] De 15 de mayo de 1871, RGBl, p. 127, en la redacción de la publicación de 10 de marzo de 1987, BGBl, I, pp. 945, 1160, últimamente modificada por el artículo 1 de la 25P StrÄndG de 20 de agosto de 1990, BGBl, I, p. 1764.

[3] Así la definición de *Grocio* De iure belli ac pacis, liber II, caput XX, De poenis: «Poena est malum passionis, quod infligitur propter malum actionis».

[4] *Hegel,* Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlín, 1821, § 99.

[5] El modelo subsiguiente de relación entre infracción de la norma y afianzamiento de la norma por medio de la pena no comprende a todas las variantes de la punición estatal del Derecho vigente, pero sí sus rasgos principales.

[5a] No se trata de contactos —naturales, no sociales— con salvajes *pre*morales o de otros marginados de la sociedad; tampoco se trata aquí el *origen* de la socialidad, sino una condición de su existencia; críticamente, *Kindhäuser,* GA, 1989, pp. 493 ss., 503.

[6] Ahí no se establece por anticipado el límite entre el trato con la naturaleza, por una parte, y los contactos sociales, por otra: Sino que se desplaza en favor del ámbito social, en tanto que se concibe la naturaleza como algo que actúa como persona (acerca de ello, *Kelsen,* Vergeltung *passim*), y en favor del ámbito natural, en tanto que se concibe a las personas como meros lugares por donde pasan procesos naturales.

decepciona esa expectativa[7], para el decepcionado surge una conflicto frente al que debe reaccionar [8], pues con la decepción se pone de manifiesto que el balance entre los sucesos en cuya producción está interesado y aquellos otros que se realizan ya no cuadra: el modelo de orientación del decepcionado debe someterse a revisión.

5 2. *a)* Ahora bien, en los contactos sociales pueden surgir decepciones también del mismo modo que en la relación con la naturaleza. Toda persona sabe que su semejante es también «de carne y hueso» y por tanto está sometido a leyes naturales, es decir, que se ahoga en el agua si es profunda cuando no sabe nadar, que cae cuando se le golpea enérgicamente, o que es presa de convulsiones cuando sufre un ataque epiléptico. En ese ámbito sólo se espera de la otra parte en el contacto social que su estado o situación siga las reglas de la naturaleza, pero no que respete las normas jurídicas. Estas expectativas son de carácter cognoscitivo, lo que quiere decir que en caso de decepción se ha errado el cálculo y hay que volver a aprender, o sea *calcular mejor pro futuro* —llegar a ser juicioso por medio de la experiencia—, a menos que la decepción pueda considerarse *quantité négligeable*. Pero no se debe afirmar que el Derecho nunca pueda, o nunca le esté permitido, ordenar a quien no sabe nadar medidas de salvación donde cubre el agua, o a personas que se tambalean violentamente prohibirles caer sobre vitrinas de cristal, o a quienes son sorprendidos por un ataque espasmódico el dar golpes en torno a sí mismos; lo único que se afirma es que en una sociedad moderna estas situaciones se tratan como algo natural (no excluyéndose que en su caso hayan de adoptarse precauciones jurídicamente impuestas para no caer en tales estados). El tratamiento de estas situaciones como algo natural ocurre porque la imputación de dichas situaciones podría convertir potencialmente a cualquiera en autor en sentido penal, sin posibilidad de revisión, y consiguientemente anularía tanta seguridad en las expectativas como la que puede garantizar. Por dónde discurren los límites de esta clase de expectativa con la siguiente es el problema del concepto de acción (*infra* 6/1 ss.), y en parte también un problema de la culpabilidad (*infra* 17/1 ss.).

6 *b)* Una decepción específica en el ámbito de los contactos sociales afecta a aquellas expectativas que se derivan de la pretensión frente a la otra parte de que respetará las normas vigentes, pudiendo la pretensión contradecir al juicio cognitivo. Ejemplo: Tampoco quien ve cómo el conductor bebe renuncia a su pretensión a un viaje seguro. A una expectativa normativa no se ha de renunciar ni siquiera en casos de decepción, sino que ésta puede mantenerse (contrafácticamente), si como fallo decisivo no se define la expectativa del decepcionado, sino la infracción de la norma por parte del que decepciona. Ejem-

---

[7] Se da una defraudación o frustración cuando no se cumple una expectativa; el que ocurra sorprendentemente o se hubiese previsto es irrelevante para el concepto.

[8] En relación con el texto siguiente, *vid. Luhmann*, Rechtssoziologie, t. I, pp. 40 ss., 106 ss.; *Festinger*, Theorie der kognitiven Dissonanz, pp. 15 ss., 177 ss. y *passim*; además, *Schild*, JZ, 1980, pp. 597 ss.; *Killias*, SchwZStr, 7 (1980), pp. 31 ss.; *Jakobs*, Schuld und Prävention, pp. 8 ss.; *el mismo*, en: Aspekte der Freiheit, pp. 69 ss., 72 ss.; *vid.* asimismo *von der Linde*, Rechtfertigung, pp. 219 ss. En relación con las técnicas de solución de conflictos, *vid.* además *Scott* y *Lymann*, en: Symbolische Interaktion, pp. 294 ss., 295 ss.; *Schild*, en: Rechtsproduktion, pp. 195 ss.; *AK-Schild*, núm. marg. 116 ss., 124 ss. ante § 13; menos fructífero desde la perspectiva jurídica, *Austin*, en: Analytische Handlungstheorie, pp. 8 ss.

plo: Se encierra al malhechor para poner de manifiesto lo incorrecto de su conducta.

c) Dado que las personas pueden conformar (organizar) el mundo, pero con todo viven en un mundo ya conformado (en un mundo con instituciones), las expectativas normativas estables, imprescindibles para posibilitar los contactos sociales —con independencia de los diversos contenidos de las normas— pueden referirse a dos distintos ámbitos de objetos. Por una parte es necesaria una expectativa de que todos mantengan en orden su círculo de organización, para que no se produzcan efectos exteriores mediante los que podrían resultar dañados otros. La estabilidad de esta expectativa no es imprescindible sólo porque nadie *puede* dominar todos los círculos de organización en conjunto, sino también porque, debido al derecho a la propia organización respectiva, a nadie *le está permitido* jurídicamente dominar de una manera tan amplia. Esta expectativa tiene un contenido exclusivamente negativo: Los círculos de organización deben permanecer separados. La decepción de la expectativa conduce a delitos que se denominan delitos de dominio *(Herrschaftsdelikte)* o delitos en virtud de la responsabilidad por organización (*infra* 7/56 ss.; 21/16 ss.; 28/14 ss.; 29/29 ss.). Por otra parte, es necesaria una expectativa de que las instituciones elementales funcionen ordenadamente. Esta expectativa tiene un contenido positivo, es decir, que las instituciones están en armonía con las esferas de organización de los individuos singulares. La decepción de esta expectativa conduce a delitos que se denominan delitos de infracción de un deber *(Pflichtdelikte)* o delitos en virtud de la responsabilidad institucional (*infra* 7/70 ss.; 21/115 ss.; 25/43 ss.; 28/15 ss.; 29/57 ss.). 7

3. La sola expectativa consistente en que quien participa en el contacto social va a querer respetar las normas no hace planificables tales contactos, ya que la otra parte no sólo debe tener la buena voluntad de respetar el orden, sino que debe también saber cuándo está ante el comportamiento normativamente regulado. Ejemplo: Quien quiere no poner en peligro a otros sólo puede comportarse no peligrosamente si además sabe qué modos de comportamiento son peligrosos. No es posible respetar la norma sin el conocimiento de cómo está conformado el mundo y de según qué reglas están interrelacionados los cambios, a pesar de lo cual sólo está garantizada jurídicamente la voluntad de respetar la norma, pero no así el conocimiento pertinente para considerar aplicable la norma. Esta limitación tiene el siguiente fundamento [8a]: Sin el conocimiento necesario para orientarse en el mundo nadie puede vivir metódicamente; el esforzarse suficientemente por conseguir este conocimiento viene ya garantizado por el hecho de que en caso contrario amenaza producirse un fracaso vital como *poena naturalis*. A la disposición a observar la norma le falta una garantía «natural» de ese tipo; tal es el motivo de que sea necesaria una sanción. Por poner un ejemplo: A quien no sigue las normas elementales de las Matemáticas se le considerará tonto, pero no así al que descuida las reglas elementales de la convivencia: a este último sólo mediante la pena se le declarará incompetente (*vid. infra* 8/5). 7a

[8a] Con más detalle, *Jakobs*, en: Sachverständige, pp. 271 ss., 277 s.; *el mismo*, ZStW, 101, pp. 516 ss., 522 ss.

B. El carácter público del conflicto

8 Evidentemente las decepciones exclusivamente individuales de alguna de las partes en los contactos sociales no constituyen asuntos públicos y por ello no representan motivo para reacciones estatales. Incluso si el Estado asumiera la persecución del infractor de la norma [9] en representación del individuo decepcionado, p. ej., para evitar la justicia al estilo de Lynch, ello daría lugar a un interés público sólo indirecto en la decepción. Pero no hace falta ese rodeo, pues de la infracción de las normas jurídico-penalmente garantizadas surge también un conflicto público [10], si es que se trata de normas legítimas de Derecho penal. Jurídico-penalmente sólo se garantizan aquellas normas a cuya observancia general no se puede renunciar para el mantenimiento de la configuración social básica. La decepción, el conflicto y la exigencia de una reacción a la infracción de la norma, por ello, no pueden interpretarse como una vivencia del sistema individual «persona singular», sino que han de interpretarse como sucesos en el sistema de relación social. Ejemplo: La propiedad tiene para muchos el valor propio de los bienes existenciales, mientras que por el contrario la respetan muy poco algunas personas, naturalmente menos numerosas; no obstante, la protección jurídico-penal de la propiedad tiene lugar sin atender precisamente al propietario, y desde luego no sólo por la necesidad, ineludible en la práctica, de generalizar al concebir las normas jurídicas, sino también y previamente por la orientación de la protección al significado de la propiedad para la sociedad en su conjunto. Esta perspectiva pública no excluye que se considere, en un delito contra la propiedad, la afección individual de la víctima, pero esta afección debe ser demostrable a su vez como asunto público (como el efecto coactivo del hurto), si es que ha de influir al menos en la medida de la pena.

C. El significado de la pena

9 1. La infracción de la norma no representa un conflicto penalmente relevante por sus consecuencias externas, ya que el Derecho penal no puede sanar tales consecuencias. La pena no determina una reparación del daño; además muchas infracciones de la norma se completan antes de que se produzca un daño exterior, como sucede con los delitos que tienen carácter material de tentativa y, por lo demás, siempre en la tentativa y la preparación (*infra* 25/1 ss.). Sin embargo, un comportamiento humano no es sólo un suceso que surta efectos en el mundo exterior, sino que en la medida en que la persona domina o

---

[9] Al respecto, *Arzt*, Ruf, pp. 39 ss., 60 ss.

[10] Lo cual no significa que la infracción sea pública únicamente en su calidad de conflicto. Acerca de la necesidad de que haya infracciones, básico *Durkheim* (1895), ahora en: Kriminalsoziologie, pp. 3 ss. (una sociedad en la que las normas comunes, garantizadas jurídico-penalmente, ya no se infringieran, tendría que producir, y lo haría, sentimientos colectivos intensos hasta el punto de que, debido a esos sentimientos, se percibirían como crímenes hechos que de otro modo pasarían inadvertidos como nimiedades, o poco más); pormenorizadamente, *Gephart*, Strafe, pp. 21 ss. (también 142 ss.); otras remisiones bibliográficas en *Naumann* y *Schroth* Theorien, pp. 109 ss., *AK-Hassemer*, núm. marg. 52 ante § 1.

puede dominar su comportamiento, éste *significa* también algo, al igual que una frase dicha significa algo (acerca de la necesidad de tener en cuenta el poder de dominio por parte del sujeto al determinar el significado, *vid. infra* 6/24 ss.). A un autor que actúa de determinado modo y que conoce, o al menos puede conocer, los elementos de su comportamiento, se le imputa que considere a su comportamiento como la conformación normativa. Esta imputación tiene lugar a través de la responsabilidad por la propia motivación: si el autor hubiera sido motivado predominantemente por los elementos relevantes para evitar un comportamiento, se habría comportado de otro modo; así pues, el comportamiento ejecutado pone de manifiesto que al autor en ese momento no le importaba la evitación predominantemente. Ejemplo: Quien conduce un vehículo sabiendo que está bebido y no tiene en cuenta las consecuencias perjudiciales —cognoscibles por él—, p. ej., para la vida de otros participantes en el tráfico, expresa con su conducta que él, en la situación en que se encuentra, tiene otras cosas por más importantes que respetar ante todo la vida de los participantes en el tráfico. Tal afirmación, que se le atribuye al autor como su punto de vista, es justo lo contrario de las afirmaciones que se mantienen en los §§ 316 y 322 del StGB. *Esta contradicción a la norma por medio de una conducta es la infracción de la norma.* Una infracción normativa es, por tanto, una desautorización de la norma. Esta desautorización da lugar a un conflicto social en la medida en que se pone en tela de juicio la norma como modelo de orientación. La determinación exacta de cuándo concurre una contradicción a la norma es el problema de la teoría de la imputación, en especial de la imputación en calidad de comportamiento típico y antijurídico.

2. *a)* Así se pone también de relieve ya cómo ha de entenderse la pena en cuanto reacción al conflicto: La pena —como la infracción de la norma— no debe ser considerada sino como un suceso no exterior (dado que entonces sólo aparece la sucesión irracional de dos males), sino que también la pena significa algo, es decir, que la significación del comportamiento infractor no es determinante y que lo determinante sigue siendo la norma. Se demuestra así que el autor no se ha organizado correctamente: Se le priva de medios de organización [10a]. *Esta réplica ante la infracción de la norma, ejecutada a costa de su infractor, es la pena.* 10

b) Correlativamente a la ubicación de la infracción de la norma y de la pena en la esfera del significado, y no en la de las consecuencias externas de la conducta, no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma [11], debiendo 11

[10a] Sobre la degradación del autor (en relación con *Garfinkel* y *Goffmann*), *vid. Weis,* Blau-Festschrift, pp. 405 ss.

[11] *Luhmann,* Rechtssoziologie, t. I, p. 43; *Naumann* y *Schroth,* Theorien, p. 105. El que sólo haya que castigar en caso de conflictos sociales imputables plenamente —también a título de culpabilidad— se expone en el apartado 17; críticamente, *Lippold,* Rechtslehre, p. 308, nota 67. *Kratsch* objeta que el planteamiento aquí seguido es «demasiado estrecho de miras» (GA, 1989. pp. 49 ss., 53; Verhaltenssteuerung, pp. 92 ss.). De acuerdo con su modelo, autor y víctima, legislador y aplicador del Derecho se consideran titulares de una organización dinámica de acción; el injusto es el mal estado del sistema; el buen estado, hacia el que ha de tender la organización, es la protección efectiva de los bienes jurídicos, incluida la evitación de daños fortuitos. La lucha contra el injusto se lleva a cabo primordialmente mediante la «estructuración del comportamiento de peligro del autor potencial, del comportamiento de evitación del peligro del sistema normativo, así

equipararse, a tal efecto, vigencia y reconocimiento. El reconocimiento también puede tener lugar en la consciencia de que la norma es infringida [12]; la expectativa (también la del autor futuro) se dirige a que resulte confirmado como motivo del conflicto la infracción de la norma por el autor, y no la confianza de la víctima en la norma. En todo caso, la pena da lugar a que la norma siga siendo un modelo de orientación idóneo [13]. Resumiendo: *Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma.*

D. La solución de conflictos sin pena

12 1. No a toda norma (promulgada) le sigue pena. Así, se puede prescindir de la pena si cabe discutir la competencia del autor para desautorizar la norma (el autor es un niño o está enajenado: en todo caso es incompetente), o si la situación en que actúa puede definirse como una situación especial (obró en peligro de muerte, sin tener que responder de ello). La sistematización de tales posibilidades de apartar al autor de su infracción de la norma tiene lugar en la teoría de la culpabilidad (*vid. infra* 17/43).

13 2. *a)* Además, hay otras posiblidades de reacción [14]: la pena puede sustituirse por equivalentes funcionales [14a]; es más, no hay por qué esperar al caso conflictivo: También la *evitación* del conflicto convierte a la pena en superflua.

---

como de las relaciones mutuas entre ambos» (GA, 1989, p. 77). La diferencia decisiva de este planteamiento —absolutamente clarificador en algunos aspectos parciales— en relación con el aquí propugnado seguramente resida en que *Kratsch*, a través del aspecto naturalístico de la acción, descuida su aspecto comunicativo (lo que se evidencia, p. ej., en la determinación de la tentativa, Verhaltensorganisation, pp. 436 ss., 444 ss.) y por eso sobreestima el ámbito de conflictos sociales a resolver por el Derecho penal.

[12] *Luhmann*, Rechtssoziologie, t. I, p. 106; *vid.* ya *M. Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1.ª parte, capítulo I, § 3, 2, 2.ª parte, capítulo I, § 1, 3.er párrafo.

[13] *Müller-Dietz*, GA, 1983, pp. 481 ss., 485 ss., señala acertadamente que la idea de que importa mantener la norma como muestra de organización cabe encontrarla ya en el siglo XIX, en la teoría del «daño intelectual del delito» que se trataba de compensar. El efecto (¿función?) en ocasiones atribuido a la pena, consistente en el reforzamiento de la solidaridad del grupo («forma secularizada de comunión mística», *Garfinkel*, en: Abweichendes Verhalten, t. III, pp. 3 ss., 33) es dudoso por lo que se refiere a la solidaridad que va más allá del nivel existente al infringir la norma. Remisiones bibliográficas en *Neumann* y *Schroth*, Theorien, pp. 103 ss.; *Herzog*, Prävention, pp. 125 ss. En relación con el afianzamiento de los sentimientos colectivos de *Durkheim*, pormenorizadamente, *Gephart*, Strafe, pp. 120 ss.

[14] El sustitutivo de la pena se celebra en ocasiones, como la llamada descriminalización (o despenalización), y de hecho puede serlo. Desde luego, se suele pasar por alto que la elección de otras vías no punitivas para resolver la criminalidad no sólo exonera al autor de la pena, sino que puede también conducir a que entonces las nuevas vías estigmaticen a *todo* lo que se solucione a través de ellas. Con detalle sobre la descriminalización, *Vogler*, ZStW, 90, pp. 132 ss.; *Kaiser*, Klug-Festschrift, pp. 580 ss.; *Walter*, Universität zu Köln-Fetschrift, pp. 557 ss.; *Brandt*, Bedeutung, pp. 169 ss., en cada caso con bibliografía.

[14a] *Jakobs*, Schuld und Prävention, p. 33; *Schünemann*, Generalprävention, p. 9. En la teoría de la prevención general positiva no se trata, pues, de considerar en todo caso adecuada únicamente la pena y no otra reacción (lo cual lo malinterpreta *Schünemann*, en: Grundfragen, pp. 153 ss., 181, y *Baratta*, KrimJ, 1984, pp. 132 ss., 140 ss.

Pero antes de la implantación —al menos actualmente— de ordenaciones utópicas, tanto para los equivalentes funcionales de la pena como para la evitación de conflictos (en el sentido de pérdidas de cualquier clase), surgen costes que deben repartirse (sobre la naturaleza subsidiaria de la pena, *vid. infra* 2/26 ss.).

Toda reacción perjudicial que se sigue necesariamente tiene consecuencias no formales: Quien asume la carga de tales costes evidencia su incapacidad para regirse a sí mismo, es decir, evidencia falta de competencia. Así pues, todas las variantes de solución necesarias ponen en peligro el estatus del autor.

Algunos modelos de posibilidades de solución [14b] son:

b) a') El conflicto puede trasladarse a la víctima, como sucede cuando se le puede censurar que ella misma ha contribuido a la conformación agresiva de la situación (en el exceso en la legítima defensa, a tenor del § 33 del StGB; en la legítima defensa provocada; en la atenuación de la pena según la parte mencionada en el § 213 del StGB; en la retorsión según los §§ 199 y 233 StGB) [14c]. 13a

b') Se puede quitar importancia a la expectativa defraudada, aunque no sea por haber captado su falta de justificación, sino por la imposibilidad fáctica de estabilizarla. Algunos ejemplos los proporcionan la derogación del llamado Derecho penal relativo al ejercicio del derecho de manifestación mediante la tercera ley de reforma del Derecho penal [14d], numerosos casos de interrupciones de embarazo presuntamente indicados de acuerdo con el § 218 *a*, párrafo 2, número 3 del StGB, así como los ámbitos en que de hecho no se persigue, en los delitos contra la propiedad (hurto de bicicletas). En cuanto que —como en el último caso— no son posibles medidas cognitivas de aseguramiento (que dificulten la delincuencia en la práctica: autoprotección), la pérdida de importancia jurídica amenaza, dado que es repetible, a la fiabilidad de la orientación.

c') Se puede aprender del conflicto, pero comportarse como si no se le hubiera percibido [14e]. También esta negación constituye una reacción. De nuevo la solución tiene lugar amenazando la orientación general, pues el mundo se sigue conformando selectivamente. En el ámbito de las normas no formales es usual pasar por alto errores magnánimamente. En las normas penales los ejemplos se encuentran sobre todo en el ámbito de las infracciones de bagatela. Más importante fue la delincuencia en las universidades en la época de los disturbios estudiantiles que comenzó en 1968: coacciones e injurias masivas, e inclu-

---

[14b] Acerca de las estrategias de que dispone la víctima individual, *vid. Hanak*, KrimJ. 1984, pp. 161 ss., 166 ss., con bibliografía.

[14c] Sobre ello, *Kiehl*, Toleranz, pp. 898 ss. y *passim*; *Neumann*, en: Strafrechtspolitik, pp. 225 ss., 227 ss.

[14d] De 20 de mayo de 1970, BGBl, I, p. 505; sobre ello, *LK-v. Bubnoff*, núm. marg. 1 ss., ante § 125, con bibliografía.

[14e] A toda la delincuencia, en la práctica, se la persigue jurídico-penalmente sólo de modo selectivo. Se discute si la selección, que deja al margen una cifra negra, sólo se deriva de la limitada posibilidad de persecución —sobre todo en el Estado de Derecho— o bien tiene la función latente de velar la ubicuidad de la delincuencia; básico sobre la función de la cifra negra, *Popitz*, Präventivwirkung, p. 20 y *passim*; acerca de las consecuencias penales de este planteamiento. *Lüderssen*, Strafrecht, pp. 20 ss.; críticamente, *Schünemann* en: Durchsetzung, pp. 39 ss., 46 ss., con bibliografía.

so detenciones ilegales y lesiones no fueron registradas, porque se temía que ya el hecho de registrarlas actuaría provocando ulteriores delitos.

13b *d')* La óptima protección cognitiva privada contra la delincuencia es costosa: O debe sustraerse al tráfico el bien protegido, de modo que por lo general pierde su función (el dinero enterrado no produce intereses), o requiere gastos de control (¿quién puede permitirse un vigilante o un guardaespaldas?). El *topos* más esclarecedor de la teoría del Estado tiene por contenido que esta debilidad de la protección privada se basa en que se ha cedido al Estado la misión de protección *(Hobbes)*; si el Estado cumple su función óptimamente, destruye aquellos sistemas (los individuos) a quienes precisamente debe proteger de la destrucción (se convierte en un Estado totalitario).

Estas objeciones contra la protección óptima, tanto privada como pública, no representan motivo suficiente para no intentar antes una protección sub-óptima destinada a evitar conflictos. Por ello ni la negligencia de la víctima ni la falta de controles policiales adecuados constituyen fundamento para atenuar la pena, sino que especialmente son legítimas las medidas de seguridad y corrección siempre que estén limitadas por la idea de proporcionalidad.

Toda protección de orden cognoscitivo, si es que no se queda en una cuestión provisional, está respaldada normativamente (se convierte en deber): Esta decoloración de la configuración histórica real de la sociedad *(Ist-Gestalt)* con respecto a su configuración ideal *(Soll-Gestalt)* es lo que se denomina la fuerza normativa de lo fáctico.

13c *e')* Otras numerosas reacciones no punitivas oscilan, al igual que algunas mencionadas anteriormente, entre las medidas de aseguramiento de expectativas cognoscitivas y fácticas.

— Ello es aplicable a la influencia aseguradora o educativa de la delincuencia mediante medidas de seguridad (*infra* 1/53 ss.). Las medidas de seguridad siguen a la verificación de un comportamiento incorrecto del autor; contienen el anuncio de una desaprobación más acentuada en el sentido de que a personas sin imputabilidad disminuida se imputa tal comportamiento incorrecto como culpable.

— En el supuesto de la desaprobación pública con la amenaza de intensificar tal desaprobación a costa del autor (condena condicional, § 56 del StGB; reprensión con reserva de pena, § 59 del StGB) se trata de una solución parcialmente cognoscitiva (debe forzarse el buen comportamiento futuro mediante la concreta conminación penal) y a la vez parcialmente normativa (de todos modos tiene lugar una condena pública). Con mayor similitud a la pena está configurada la suspensión en los términos del § 153 a del StGB.

— Las reacciones jurídico-civiles tras una declaración jurídico-penal de culpabilidad reiteran la desaprobación, y pueden tener lugar también en vez de una declaración de culpabilidad. Especialmente, la indemnización resarcitoria para reparar las consecuencias del delito (y con mayor energía la indemnización por daño personal: *Schmerzensgeld*) [14f] confirma la vigencia de la norma

[14f] Acerca de ello, *Arzt*, Intimsphäre, pp. 311 ss.

infringida. Además, los costes operarán por lo general haciendo desistir al obligado a satisfacerlos.

La cualidad que también se atribuye a la indemnización, consistente en generar un reconocimiento de la víctima, puede realizarse en el caso concreto; sin embargo, este resultado no es en todo caso obligado. La importancia de la infracción de la norma no depende de la magnitud de los daños que han de resarcirse (esa magnitud, en caso de tentativa de asesinato, es igual a cero, y no puede alcanzar, ni siquiera para normas jurídico-penalmente sancionadas —p. ej., para la prohibición de los daños imprudentes— dimensiones que aniquilen la existencia). A pesar de ello, el deber de resarcimiento puede bastar en el caso concreto como consecuencia del delito; incluso, en algunos delitos puede ser para la víctima más adecuado que prevalezca el deber de resarcimiento sobre la pena [14g]. Además, se tiene en cuenta una amplia compensación autor-víctima —que excede al marco puramente civil— [14h].

— El Derecho penal juvenil contempla dos tipos de reacción sancionatoria: la pena juvenil y el grupo de los medios disciplinarios. Junto a ellos se encuentran las reacciones no sancionatorias (que se imponen no sólo «a causa» del hecho, sino también «con ocasión» del mismo) en el grupo de las medidas de seguridad educativas (§ 5, párrafos 1 y 2 JGG). En la medida en que hay un tratamiento especial de los no adultos, recientemente, como es natural, reforzado y abierto, hay intentos de desarrollar «formas procedimentales y modos de reacción alternativos e informales que permitan, sin efecto estigmatizador, una reacción más rápida a los hechos punibles menores y medianos y a las faltas juveniles, apartándose del procedimiento penal «normal» previsto en las StPO y JGG [14i] (desviación antes de llegar a la solución jurídico-penal: *diversion* [14j]). El espectro comprende desde la inactividad de la policía en los casos de bagatela *(diversion to nothing)* hasta los programas de educación intensiva.

— Incluso la *poena naturalis,* «mediante la que en el pecado se lleva la penitencia» [14k], tiene el efecto de una desaprobación: No se trata de las consecuencias de cualquier comportamiento (ello sería simplemente una desgracia), sino de un comportamiento especialmente incorrecto. Quien define un daño

---

[14g] En la doctrina: básico, *Frehsee,* Schadenwiedergutmachung *passim*, con bibliografía muy amplia; sobre los efectos preventivos, *vid. Roxin* en: Wiedergutmachung, pp. 37 ss.; además, *Sessar,* Leferenz-Festschrift, pp. 145 ss.; *Seelmann,* JZ, 1989, pp. 670 ss., 672 s.; *de lege ferenda, Lüderssen,* Krise, pp. 60 ss., y *passim* (compensación y resocialización como únicas reacciones legítimas a la criminalidad). Sobre el aspecto procesal, *vid. Wiegend,* NJW, 1987, pp. 1170 ss., 1176).

[14h] *Vid.* las propuestas en *Rössner* y *Wulf,* Strafrechtspflege, *passim*; *Kaiser,* Kriminologie, § 74.

[14i] *Schaffstein,* Jescheck-Festschrift, pp. 937 ss., 938.

[14j] En la doctrina, *Blau,* Jura, 1987, pp. 25 ss. (¡muy gráfico!); el mismo y *Franke,* ZStW, 96, pp. 485 ss.; *Hermann,* ZStW, 96, pp. 454 ss.; *Schaffstein,* Jescheck-Festschrift, pp. 937 ss.; *Walter,* ZStW, 95, pp. 32 ss.; *Kuhlen,* Diversion, *passim*; la desviación (*diversion*) es objeto de críticas igualmente como reblandecimiento de la forma jurídica y como extensión de la intervención estatalmente controlada (al respecto, las aportaciones en *Kerner,* Diversion, *passim*; *Albrecht,* Jugendstrafrecht, § 5 II).

[14k] *Kant,* Metaphysik der Sitten, 1.ª parte, 2.ª ed., Königsberg, 1798, II parte, 1.er apartado, consideración general, E, con el añadido, que no se ha de aceptar, de que el legislador «no lo tiene en cuenta en absoluto».

como *poena naturalis* desaprueba el motivo del daño. Acerca del peligro de una *poena naturalis* en la imprudencia, *vid. infra* 8/5.

— Lo contrario de la *poena naturalis* es la ganancia obtenida por medio del delito. Su «confiscación» es, por tanto, una reacción sancionatoria [141].

E. Resultado

14 1. En las categorías de la problemática usualmente denominada «teorías de la pena», esto quiere decir: La réplica ante la infracción de la norma por medio de pena no tiene lugar por sí misma, porque sí, sino porque en la vida social no se puede renunciar a orientaciones garantizadas. Así pues, la pena tiene una función que debe surtir efectos finalmente en el nivel en el que tiene lugar la interacción social, y que no se agota en significar algo: La pena debe proteger las condiciones de tal interacción y tiene, por tanto, una función *preventiva*.

15 2. La protección tiene lugar reafirmando al que confía en la norma en su confianza. La reafirmación no tiene por contenido el que posteriormente no vaya nadie más a infringir la norma, porque la pena haga desistir a los delincuentes potenciales, ni menos aún se trata de cualquier pronóstico especialmente referido al comportamiento futuro del autor. Destinatarios de la norma no son primariamente algunas personas en cuanto autores potenciales, sino todos, dado que nadie puede pasar sin interacciones sociales y dado que por eso todos deben saber lo que de ellas pueden esperar. En esta medida la pena tiene lugar para *ejercitar en la confianza hacia la norma*. Además, la pena grava al comportamiento infractor de la norma con consecuencias costosas, aumentando la probabilidad de que ese comportamiento se aprenda en general a considerarlo como una alternativa de comportamiento a no tener en cuenta. En esa medida la pena se despliega para *ejercitar en la fidelidad al Derecho*. Al menos, sin embargo, mediante la pena se aprende la conexión de comportamiento y deber de asumir los costes, aun cuando la norma se haya infringido a pesar del que ha aprendido; en esta medida se trata de *ejercitar en la aceptación de las consecuencias*. Los tres efectos mencionados cabe resumirlos como ejercicio en el reconocimiento de la norma. Dado que tal ejercicio debe tener lugar en relación con todos y cada uno, en el modelo descrito de la función de la punición estatal se trata de *prevención general mediante el ejercicio en el reconocimiento de la norma* [15] (la llamada prevención positiva general o colectiva [16] —es decir, no sólo intimidatoria).

---

[141] *Vid. Kaiser*, Tröndle-Festschrift, pp. 685 ss.; sobre el Derecho alemán y extranjero, pormenorizadamente, *Meyer et al.*: Gewinnabschöpfung, *passim*, con bibliografía; *Herzog*, KJ, 1987, pp. 321 ss.; en relación con el Derecho austríaco, *Schmoller*, ÖJZ, 1990, pp. 257 ss., 300 ss.; sobre la «pena patrimonial», *vid. Meyer*, ZRP, 1990, pp. 85 ss., 87 ss.

[15] *Jakobs*, Schuld und Prävention, pp. 10 s., 32 s., si bien atendiendo sólo al ejercitamiento en la lealtad al Derecho y dejando de lado el efecto conformador de confianza y posibilitador de la aceptación de las consecuencias. *Hassemer* remite acertadamente a la proximidad con la teoría de *Welzel* (Strafrecht, § 1, I, p. 4) de la «protección (penal) de los valores (de acción) de actitud elementales de carácter ético-social», *AK-Hassemer*, núm. marg. 253, 429, ante § 1. Obviamente, reprocha a la posición aquí defendida que «la limitación, fundamentada en el Derecho estatal, de las instituciones penales al ejercitar en el reconocimiento de la norma (hay que) completarla desde

3. Secundariamente, la pena puede impresionar de tal modo al que la sufre o a terceros que éstos se abstengan de realizar hechos futuros. Estos efectos producidos, no por reconocimiento de la norma, sino por miedo, son algo que cabe desear que se dé por añadidura en la pena, pero no es función de la pena provocar tales efectos. Habrá que exponer obviamente aún que resulta imprescindible una medida mínima de respaldo cognoscitivo de las normas para la estabilización de su validez (*vid. infra* acerca de las medidas de seguridad 1/56). 16

fuera» (loc. cit., núm. marg. 254; *vid.* también *el mismo,* Einführung, pp. 286 s.). Ahí es correcto que esta limitación no se halla en el concepto de la pena, sino en la configuración concreta de la sociedad de la que el Derecho penal es parte.

[16] Esquemas semejantes en *Noll,* H. Mayer-Festschrift, pp. 219 ss. (con indicaciones sobre cómo la culpabilidad aparece teñida por la prevención general, pp. 220 ss.); *el mismo,* AT, § 5, apartados 4 y 5; *Hassemer,* en: Hauptprobleme, pp. 29 ss., 51 ss.; *el mismo,* en: Fortschritte, pp. 39 ss., 57 ss. (también *el mismo,* JuS, 1987, pp. 257 ss.); *AK-Hassemer,* núm. marg. 129 ss., ante § 1; *Lüderssen,* en: Hauptprobleme, pp. 54 ss. (con limitación de la prevención general a través de la prevalencia de la prevención especial, p. 80); *Schünemann,* GA, 1986, pp. 239 ss., 305, con bibliografía; pormenorizadamente, *Moos,* Pallin-Festschrift, pp. 283 ss., 300 ss. Exposición de los distintos modelos en *Neumann,* y *Schroth,* Theorien, pp. 33 ss.; *Schumann,* Generalprävention, pp. 2 ss. y 4 ss., y, pp. 26 ss., acerca de las posibilidades de verificar empíricamente tales teorías (al respecto asimismo infra en esta nota); *Schumann* señala acertadamente que los modelos de este género simplifican (p. 50). El resultado se acerca a la interpretación de *Schmidhäuser,* AT, 3/16 (lo que aquí se llama reconocimiento de la norma se corresponde con la evitación de la infracción *abierta* de la norma en *Schmidhäuser*). *El mismo,* Sinn, pp. 48 ss., 52; *el mismo,* Studienbuch, pp. 2/15 ss. También existe amplio acuerdo con algunas interpretaciones desde la perspectiva de la Psicología profunda sobre la punición estatal como «eficaz factor latente de socialización» (*Haffke,* Tiefenpsychologie, pp. 80, 167) o «reforzamiento del orden de valores anclado en el super-yo» (*Streng,* ZStW, 92, pp. 67 ss., 674, y *passim*; *el mismo,* ZStW, 101, pp. 273 ss.). La vinculatoriedad de la conformidad a leyes presupuesta en estas concepciones de Psicología profunda no necesariamente se ha de aceptar en el modelo que aquí se desarrolla. *Vid.* asimismo *Engelhardt,* Psychoanalyse, pp. 212 ss.; *Baratta,* KrimJ, 1987, pp. 2 ss.; *Giehring,* KrimJ, 1987, pp. 2 ss.; *Böllinger,* KrimJ, 1987, pp. 32 ss.; *Streng,* KrimJ, 1987, pp. 48 ss. Otros planteamientos: *Nowakowski,* Rittler-Festschrift, pp. 55 s.; *H. Mayer,* Studienbuch, § 3, I, 2. Sobre la relación de la prevención general positiva con el Derecho penal vigente, *Arthur Kaufmann,* H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 425 ss., 429 ss. Las principales objeciones, en *Köhler,* Zusammenhang *passim*; acerca de ello, *infra* 1/nota 24; críticamente, además, *Maiwald,* Lackner-Festschrift, pp. 149 ss., 155 ss.; *Calliess,* Zeitschrift für Evangelische Ethik, 33 (1989), pp. 109 ss., 112 ss.; *el mismo,* NJW, 1989, pp. 1338 ss., 1339 s. Acerca de la prevención de integración como defensa del ordenamiento jurídico en el ámbito de la determinación de la pena, *vid. Müller-Dietz,* Jescheck-Festschrift, pp. 813 ss., 817 ss.; *Maiwald,* GA, 1983, pp. 49 ss., 62 ss., con amplia bibliografía. Sobre los fundamentos empíricos, *Schöch,* Jescheck-Festschrift, pp. 1081 ss., con las siguientes conclusiones (pp. 1102, 1104): «Para la media de la población, la comisión de infracciones penales se halla tan lejos, debido a la intensa vinculatoriedad moral de las normas de Derecho penal que incluso en caso de mínimo riesgo de ser descubierto o contando con la praxis de fijación de penas mínimas, no existe una amplia tendencia a cometer delitos... Toda pena que ponga de manifiesto que se ha infringido la norma y no inocuice, resulta apropiada para cumplir la misión de prevención general del Derecho penal.» De este modo, no se enjuicia sobre grupos de delitos especiales o grupos de autores especiales. Acerca de la aceptabilidad criminológica de las suposiciones de efectos en relación con la prevención de integración, *vid.* asimismo *Dölling,* ZStW, 102, pp. 1 ss., 14 ss. Bibliografía detallada sobre la relación entre culpabilidad y prevención general positiva, *infra* 17/nota 45.

III. LAS TEORIAS ABSOLUTAS

A. Las teorías de la retribución

17 1. Los contenidos de las teorías de la pena [17] se reducen, en general, a dos fórmulas: *Punitur, quia peccatum est* (teoría absoluta) y *punitur, ne peccetur* (teoría relativa) [18]. A partir de ese contenido no cabe confrontar ya naturalmente, la mayor parte de las teorías más recientes [18a]. En la actualidad puede considerarse demostrado que sólo se castiga para mantener el orden social, de modo que todas las teorías se insertan en el *ne peccetur*, o, más precisamente: en el interés por la estabilización de la norma. La polémica sólo gira ya en torno a si (y en qué medida) la pena ha de determinarse en virtud de esta función o de si tiene un contenido independiente de su función. En una teoría de la pena se denominan absolutos aquellos elementos cuyo contenido surge, sin consideración a la contribución de la norma a mantener el orden social, exclusivamente de la circunstancia de que se ha lesionado una norma; éstos pueden ser, junto al «si» de la pena, también su medida o límite máximo. Consiguientemente, son relativos aquellos elementos de las teorías de la pena cuyo contenido lo proporciona la función de la pena para el orden social.

18 2. Según el modelo de la prevención general positiva acabado de exponer, la pena debe garantizar la seguridad de las expectativas en los contactos sociales, posibilitando la existencia de la propia sociedad. El modelo no facilita una justificación de por qué ha de procederse así, sino que más bien presupone que el orden social bien vale el coste que se le impone al infractor de la norma [19]. En contra se esgrimen dos objeciones: Por una parte, lo que debe garantizarse no es el estado real de la sociedad, sino la justicia; por otra, la garantía no debe verificarse de modo que se utilice al autor como medio para fomentar el bien de los demás. Es difícil de evaluar el peso de ambas objeciones, pues ya no se defiende en la doctrina penal el fomento de la justicia como fin independiente, e incluso históricamente sólo se ha propugnado en casos aislados. Pero si en el fondo está fuera de duda que el Derecho penal debe servir para el mantenimiento del orden social digno de mantenerse (!), ya no se trata de una legitimación absoluta de la pena, sino sencillamente de una delimitación absoluta de una pena definida relativamente o del respaldo relativo de una

---

[17] Sobre la historia de las teorías de la pena, *vid. v. Hippel*, Strafrecht, t. I, §§ 21 ss.; *Nagler*, Strafe, pp. 120 ss.; *Müller*, Begriff, pp. 64 ss.

[18] Las fórmulas se remontan a *Protágoras*; su forma actual se debe a *Grocio*, que a su vez parte de una sentencia de *Séneca*: «Nam, ut Plato ait, nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur. Revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur». *Vid. v. Hippel*, Strafrecht, t. I, § 21, III, 1; *Menzel*, Österreichische Zeitschrift für Strafrecht, 1910, pp. 289 ss., 398.

[18a] *De otra opinión, Wolff*, ZStW 97, pp. 787 ss., 788. El propio *Wolff* idea, frente a las teorías finales (orientadas a fines), un concepto de pena en el que «los intervinientes se aceptan en su sujeción final (!)» y ordenan sus relaciones de modo «que puede existir la autodeterminación del mismo significado». Consecuencia: «Las expresiones "en aras de la justicia" y "en aras de la autodeterminación general externa (libertad externa)" son uno y lo mismo» (p. 826). De todos modos, no está claro cómo, en esta concepción, se ha de expresar algo más que la mera desaprobación del comportamiento, el pronunciamiento de culpabilidad, o sea, también la pena, el infligir el mal.

[19] *Schmidäuser*, AT, 3/18 s.; *el mismo*, Studienbuch, 2/23.

legitimación absoluta que se percibe como insuficiente [19a]. Así, incluso el principio retributivo más conocido, el del talión —es decir, el principio de la retribución de un mal con otro igual—, es cuando menos una limitación de la pena: El principio «ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie», etc. [20], limita la venganza a la medida de la pérdida del bien ocasionada por el hecho.

3. *a)* La configuración que *Kant* y *Hegel* dieron a la pena retributiva ha 19
ejercido una gran influencia histórica. Según *Kant*, el contenido de la pena [21] es el talión («Si ha matado, debe morir»). La función de la pena consiste en la realización de la justicia. Ello lo fundamenta *Kant* así [22]: Por una parte, la pena sólo *puede* imponerse contra el autor «porque ha delinquido», pues de otro modo, si se persigue la prevención general o especial, «se trata a la persona... meramente como un medio para los propósitos de otro y se la confunde con los objetos de los derechos reales». Por otra parte, también *debe* realizarse la justicia [23]. «La justicia penal es un imperativo categórico», pues si desaparece «la justicia... ya no tendrá valor alguno que vivan los hombres sobre la tierra». Para ilustrar el carácter categórico, *Kant* pone el ejemplo de una sociedad que se disuelve por mutuo acuerdo: También entonces debería «ejecutarse antes al último asesino que se encontrase en prisión»; de lo contrario, el pueblo sería «cómplice en la vulneración pública de la justicia».

b) En cuanto a la confusión del autor con los objetos de los derechos rea- 20
les, ésta no puede ni debe ya ocultarse, en la teoría preventiva aquí representada, aun cuando, como se pondrá de manifiesto al desarrollar la culpabilidad, la pena, según esta teoría, presupone reconocer al autor como un igual (*infra* 17/48). La pena sólo puede legitimarse mediante el valor del orden en favor de cuyo mantenimiento se pune [24]. La teoría absoluta no ahorra plantearse este

[19a] La pena absolutamente justa como socialmente útil; *vid.* sobre ello, acertadamente, *Hassemer*, en: Fortschritte, pp. 39 ss., 50 s. Un giro hacia lo psicológico (la retribución como necesidad elemental) lo aporta *Ebert*, en: Geisteswissenschaften, pp. 35 ss., 49 ss.

[20] 2.° Libro de Moisés 21, versículo 24; sobre ello, *Preiser*, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 7 ss., 27 ss., con bibliografía; acerca de la ley del talión en el pensamiento jurídico medieval, *vid. Eb. Schmidt*, Geschichte, pp. 52 s.; referencias a la praxis de la sanción de la actualidad, en *Ebert*, Lackner-Festschrift, pp. 399 ss., 417 ss.

[21] Acerca del cambio en la teoría de *Kant*, *vid. Welzel*, Strafrecht, § 32, II, 1 *a*. De acuerdo con *Naucke*, Schleswig-Holsteinische Anzeigen, 1964, pp. 203 ss., 205 ss.; *H. Mayer*, Engisch-Festschrift pp. 54 ss., 62, y *Höffe*, Rechtsprinzipien, p. 223, las consideraciones de *Kant* sólo se pueden referir al Derecho criminal en sentido estricto (criminalidad grave), no al Derecho policial (criminalidad leve). Lo cual es cuando menos dudoso a la vista de los ejemplos de *Kant* —p. ej., supuestos de injurias—. Acerca del cambio de *Kant* contra el Estado que gobierna de modo positivista, por una parte, así como del Estado que obliga a la virtud, por otra, *Bielefeldt*, GA, 1990, pp. 108 ss., 110 ss.

[22] Todas las citas están tomadas de la Metaphysik der Sitten, 1.ª parte, 2.ª ed., Königsberg, 1798, II parte, apartado 1.°, consideración general, E.

[23] De acuerdo con *H. Mayer*, Engisch-Festschrift, pp. 54 ss., 69 ss., 73, *Kant* no pretendía proporcionar fundamentación alguna de la imposición de la pena, sino sólo de su medida, lo cual no cabe compaginarlo con las consideraciones de *Kant* acerca del carácter categórico de la punición. De todos modos, *Kant* (loc. cit., 5.° añadido sobre el debate del concepto de Derecho penal, nota) habla también de una pragmática penal de acuerdo con reglas de prudencia; *vid.* sobre ello *Schild*, ARSP, 1984, pp. 71 ss., 76 ss.

[24] En esta medida acertamente *Klug* en: Programm, pp. 36 ss., 40. Los reproches esgrimidos contra el esquema que aquí se propone, considerándolo una «posición conservadora» (*Baratta*,

problema de legitimación, ya que también la punición del autor «porque ha delinquido» es justa sólo si el delito está definido legítimamente. Pero a esta definición nada aporta la teoría absoluta [25]. La legitimidad de la definición más bien la presupone *Kant* al exponer que la ley penal es un «imperativo categórico» [26]. Si el problema de legitimación se soluciona en sentido absoluto, es decir, en favor de las normas que no vienen proporcionadas por una situación social concreta, estas normas, en el caso que *Kant* pone como ejemplo de la disolución de la sociedad, por definición no perderían ya nada de su legitimación, de modo que lo extremadamente categórico de la teoría absoluta sería ineludible para toda teoría relativa: La norma que tras la disolución de la sociedad siguiera siendo necesaria [26a] debería seguir siendo estabilizada [27].

21 4. En *Hegel* [28] la teoría absoluta recibe una configuración que en poco se

KrimJ, 1984, pp. 132 ss., 143) o «justicia clasista» (*Smaus*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1985, pp. 90 ss.) aciertan, pues, si el orden social actual estuviera adecuadamente descrito con los conceptos citados. También es correcta la afirmación (reprobatoria) de *Zaczyk* (Unrecht, p. 34) de que incluso «el orden malo, disvalioso» puede «reclamar el ser un ordenamiento jurídico» (habría que añadir: si funciona) (a semejanza de *Zaczyk*, *AK-Schild*, §§ 20, 21, núm. marg. 73). El propio *Zaczyk* determina, partiendo de *Kant* y *Fichte*, una relación de reconocimiento (constituida por medio del comportamiento correcto en la práctica) entre los individuos como base de todo ordenamiento jurídico (legítimo) (pp. 126 ss.). *Köhler* —siguiendo las huellas de *Kant* y *Hegel*— intenta llevar a cabo una determinación absoluta de la pena vinculada con una determinación absoluta de la infracción penal. La infracción penal es «contradicción consigo mismo ante el foro de la razón práctica» y como norma no puede «quererse consecuentemente en realidad como algo de validez general» (Begriff, p. 31; Zusammenhang, p. 33). En el ámbito jurídico, ello quiere decir: El delincuente niega la libertad del otro y «en ello niega sustancialmente su carácter final autónomo, precisamente mediante la autonegación del sujeto de la acción como alguien que reconoce autónomamente» (Begriff, p. 49). Bien es verdad que la pena es en esa medida heterónoma cuando el propio autor «en su propio defecto en la razón, aún es parcial» (Begriff, p. 51), pero «es necesario para la razón, incluso inmanente, neutralizar el delito» (Begriff, p. 50), y por eso la pena está fundamentada «indirectamente por la razón jurídica del autor» (Begriff, p. 51). Resultado: «... lo que tienen que significar en concreto injusto, delito y pena (se determina) válidamente, en definitiva, por el silogismo autónomo de la razón, o sea, de un saber práctico válido en general de por sí, sobre las circunstancias jurídicas concretas en que se basa la relación jurídica concreta» (Begriff, p. 63). Por razonable que esto sea, se ajusta únicamente a ordenamientos jurídicos a su vez razonables, dada la inteligibilidad absoluta de lo razonable por parte de todos, hasta en los pormenores. Para un ordenamiento que al menos sea *también* producto de intereses y presiones objetivas, origen, hábito y otras causas, la cuestión del aseguramiento de la existencia, e incluso del aseguramiento de una posiblidad de tránsito a mayor razón, no cabe contestarla así. Semejante a los modelos de *Zaczyk* y *Köhler* es el de *AK-Schild*, núm. marg. 49 ss., 74 ss., ante § 13; §§ 20, 231, núm. marg. 50 ss., con crítica al esquema que aquí se propugna, núm. marg. 72 ss. *Vid.* asimismo *supra* 9/nota 7 y 17/20, con nota 45d.

[25] De otra opinión *Baucke*, en: Hauptprobleme, pp. 9 ss., 25 s.; *vid.* también *Kunz*, ZStW, 98 pp. 823 ss., 828.

[26] *Höffe*, Rechtsprinzipien, pp. 225 ss.

[26a] En el ejemplo, *Kant* no se refiere a una renuncia a *toda* forma de sociedad en general, sino a una sociedad concreta; el carácter categórico se corresponde con el principio de legalidad, § 152.2 StPO. Si se liberase al asesino y éste llegase a la República Federal Alemana, ¡se le castigaría por el § 7.2 StGB! La que sí es extraña es la *anterior* afirmación de *Kant* de que, en un mundo regido por personas (no por Dios), la secuencia de delito y pena es «sólo hipotética y toda vinculación directa de los conceptos de infracción y merecimento de pena sirven al gobernante sólo como justificación, no como prescripción para sus resoluciones...» (Carta a Erhard, fechada en 21 de diciembre de 1972).

[27] Ello lo pasa por alto *Klug*, en: Programm, pp. 36 ss., 39 ss., e incluso *Roxin*, JuS, 1966, pp. 377 ss., 383.

[28] Grundlinien der Philosophie des Rechts. En relación con el texto que sigue, *vid. Flecht-*

diferencia de la prevención general positiva aquí representada. El sistema de referencia de *Hegel* para fundamentar la pena es el concepto de Derecho; el sistema de referencia actual lo forman las condiciones de existencia de la sociedad. Por lo demás, se da la siguiente concordancia: *Hegel* interpreta el hecho punible como «algo negativo», es decir, como vulneración del Derecho en el sentido de su negación. Esta vulneración alega una pretensión de validez, pero la pena sale al encuentro de tal pretensión, como «vulneración de la vulneración», y así como «restablecimiento del Derecho» [29]. Esta secuencia es absoluta, ya que el Derecho ha de ser necesariamente, siempre, Derecho impuesto [30]; lo que constituye un argumento es, no la utilidad de la pena, sino solamente la idea del Derecho convertida en concepto [31]. Dado que *Hegel* no interrelaciona hecho y pena como hechos externos, sino como sucesos dotados de significación, ya no se trata —como en *Kant*— de una igualdad de género, sino de igualdad «según el valor de los mismos» [32]. Con lo que *Hegel* se da cuenta de que la pena necesaria corresponde al «poder de la sociedad ya seguro de sí mismo», es decir, que en sociedades consolidadas puede rebajarse la medida de la pena, pues en ellas es más reducida «la peligrosidad de la acción para la sociedad» [33]. «Un Código Penal pertenece, por tanto, ante todo a su tiempo y al estado en que se encuentre la sociedad civil» [34]. Así pues, en *Hegel* la pena es absoluta en lo conceptual, pero en su concreta configuración es relativa al respectivo estado de la sociedad.

5. *a)* En las teorías absolutas más recientes [35], incluidas las teorías de la unidad, la propia pena se halla sometida a la reserva de su necesidad social. 22

heim, Hegels Straftheorie, pp. 78 ss., 82 ss., 91 ss., 102 ss.; *H. Mayer,* Engisch-Festschrift, pp. 54 ss., 74 ss.; *Seelmann,* JuS, 1979, pp. 687 ss.; *Herzog,* Prävention, pp. 75 ss., con el deseo de recuperar para la actualidad la intervención del Derecho objetivo con la «consideración subjetiva del delincuente» (Hegel) (*vid.*, pp. 135); *Köhler,* Lackner-Festschrift, pp. 11 ss., 30 ss., insistiendo enfáticamente en que el delito sólo puede ser una «contradicción consigo mismo» en una «relación derecho-deber (realmente) referida autoconcluyentemente al suceso». Acerca de la evolución en el propio *Hegel, vid. Primorantz,* Geist, pp. 15 ss. Se discute en qué medida *Hegel* desarrolla una teoría de la pena ya en el Derecho abstracto; críticamente, *Schild,* ARSP, 1984, pp. 71 ss., 88 ss.; *Landau,* Arthur Kaufmann-Festschrift, pp. 143 ss., 158. En todo caso, sin teoría de la imputación (como parte de la moralidad, loc. cit., §§ 105 ss., acerca del carácter temporal de la imputación, *vid.* § 118 *in fine*) y sin relación al Estado como instancia punitiva (loc. cit., § 220), únicamente se desarrolla la estructura en que la pena puede tener lugar.

[29] Loc. cit., §§ 99 y 100.

[30] Loc. cit., § 97.

[31] Loc. cit., § 99

[32] Loc. cit., § 101.

[33] Loc. cit., § 218; también anotación marginal al § 96.

[34] Loc. cit., § 218.

[35] Ya *Binding,* Normen, t. I, pp. 430 ss.; a veces se pasa por alto la relativización de la pena en *Binding* como «mantenimiento de la supremacía del Derecho sobre el culpable según la medida de su culpabilidad» (*op. cit.*, p. 423) a los casos «en que es necesario» (*op. cit.*, p. 430) (*vid.* la bibliografía en *Armin Kaufmann,* Normentheorie, p. 229); posteriormente, sobre todo *Nagler,* Strafe, pp. 580 ss., 588 y *passim*, con bibliografía exhaustiva sobre la doctrina de hasta finales de la Primera Guerra Mundial; *Welzel,* Strafrecht, § 32, I, 1 *a* y 2; *Maurach,* AT[4], § 7, I, A y B; *Arthur Kaufmann,* Schuldprinzip, pp. 201 ss., 207 (retribución unida a expiación). Los autores relativizan en ocasiones sólo si ha de haber pena, y en ocasiones si debe haberla y la medida de la pena adecuada a la retribución. En relación con la lucha de escuelas (con *v. Liszt* y *Binding* como protagonistas), sutilmente *Frommel,* Präventionsmodelle, pp. 42 ss.; *Westphalen,* Binding, pp. 221 ss.;

Ello se corresponde también con la posición aquí mantenida; cuando hay equivalentes funcionales de la «vulneración de la vulneración» de *Hegel*, la pena no es necesaria. Este camino conduce a modelos preventivos. Pero, según las teorías absolutas más recientes y las teorías de la unidad, la determinación de la pena independiente de las exigencias sociales, es decir, absoluta, ha de salvarse en la medida en que la pena impuesta a partir de la necesidad social ha de estar *limitada* por la medida de la pena adecuada a la culpabilidad [36]. Así pues, la pena adecuada a la culpabilidad se concibe como una pena absolutamente mensurable, que ciertamente no debe imponerse con carácter absoluto, pero que no puede sobrepasarse en absoluto.

23 *b)* Esta concepción es irrealizable por varios motivos [37]. Por una parte, una pena preventiva, limitada por una pena adecuada a la culpabilidad, si acaso sólo por casualidad seguiría siendo preventivamente idónea si prevención y culpabilidad fuesen dos magnitudes independientes una de otra; pues si no se le da a la prevención lo que necesita, desaparece. Ejemplo: No se puede fundamentar con los fines preventivos «educación» o «intimidación» la imposición de una pena que es demasiado corta para educar o intimidar (pero sí adecuada a la culpabilidad). Además, desde el adiós definitivo al talión con el paso de *Kant* a *Hegel*, ya no cabe afirmar que el peso de una pena se pueda determinar sin consideración a la concreta experiencia valorativa social, es decir, que sea independiente del estadio evolutivo de la sociedad [38]. No cabe determinar de dónde haya de venir la experiencia valorativa, si no es de suposiciones acerca de «la peligrosidad de la acción para la sociedad» (*Hegel*); es más, cualquier nueva orientación conduce a valoraciones que carecen de espacio legítimo en el marco de la punición estatal. En tercer lugar, deviene imposible comprobar y controlar la determinación de la pena. Para el límite superior del marco penal ya no se puede distinguir, en la concepción esbozada, si éste es muy elevado porque sería superflua tanta pena a partir de la medida adecuada a la culpabilidad, o por consideraciones preventivas. Por consiguiente, para todo acto de determinación resulta incierto qué alcance corresponde a la culpabilidad y cuál a la prevención.

24 *c)* Dada esta situación, surge la pregunta de por qué hay que insistir tozudamente, como principio rector de la medida, en un concepto de culpabilidad formado supuestamente sin atención a los fines. Se trata de un problema de legitimación (al igual que en *Kant* en el concepto de delito se oculta un problema de legitimación del Derecho —¿qué se define como delito legítimamente?—, en *Hegel* en el concepto de Derecho —¿qué Derecho positivo satisface el concepto?—). Si hubiese una pena correspondiente a una culpabilidad determinada sin consideración a fines, se exigiría la legitimación de la pena en un doble sentido. Por una parte, a lo sumo se puede castigar inútilmente desde el punto de vista preventivo, pero no de modo en sí injusto, si ya antes de toda

---

ambos con bibliografía. Con respecto a la bibliografía sobre las teorías de la unión, *vid. infra*, nota 70.

[36] Ahí se discute si la culpabilidad únicamente limita a la pena o también —en la medida de lo necesario— la fundamenta; *vid.* sobre ello *Arthur Kaufmann*, JZ, 1967, pp. 553 ss., 555; *Lenckner*, Handbuch, t. I, pp. 3 ss., 18; *Jakobs*, Schuld und Prävention, p. 5.

[37] En relación con el texto que sigue, *vid. Jakobs*, Schuld un Prävention, pp. 3 ss.

[38] Aún no superado: *v. Liszt*, ZStW, 3, pp. 1 ss., 24.

prevención en sí se ha incurrido en una pena, precisamente la pena adecuada a la culpabilidad. Por otra parte, una prevención a la que a través del principio de culpabilidad se le ha privado de sus casos extremos tampoco tiene que legitimarse como una prevención potencialmente extrema, sino sólo como una prevención moderada; así pues, la limitación por medio de la culpabilidad o bien permite ahorrar la legitimación para el concepto inequívocamente preventivo o bien hace superflua una *abierta* limitación de la prevención mediante la primacía de otros fines (la profilaxis del delito no es el fin más alto). Los contenidos preventivos de la culpabilidad se analizan detalladamente *infra* (apartados 17 a 20).

B. La teoría de la expiación

La expiación como comprensión por parte del autor del injusto realizado, así como de la necesidad de pena, con la consecuencia de una reconciliación con la sociedad, ya no se propugna hoy en día como función principal de la pena [39]. En parte se afirma que es legítimo que la pena posibilite la expiación, pero sin que se pretenda la expiación con carácter forzoso [40]. En tanto que se quiere decir que el fenómeno de la punición, incluida la ejecución de la pena, ha de configurarse de modo que se fomente la disposición del autor a la expiación [41], no se trata ya de un problema de la teoría de la pena. En la medida en que entra en juego la idea de que la expiación puede contribuir a la legitimación de la pena como efecto secundario (como, p. ej., también es un efecto secundario el aseguramiento frente al autor mientras dura una privación de libertad), ha de objetarse: **25**

La pena compensa la infracción de la norma. Toda expectativa ante el autor que vaya más allá de la pena apunta a algo más que *únicamente* a la simple compensación. Por ello, la expiación como reconocimiento activo de la norma no constituye motivo para atenuar la pena (*vid.* § 46, párrafo 2, del StGB, último grupo de casos) o para no punir (*vid.* § 24 del StGB), pero la ausencia de expiación es algo propio necesariamente de la infracción de la norma no subsanada y por lo mismo no constituye un fundamento de la pena, junto a la infracción de la norma. Además, la promesa al autor de que puede reconciliarse con la sociedad mediante la aceptación de la pena no tiene en cuenta que las sanciones informales pueden ser independientes de las formales [42]. **26**

---

[39] *Vid.* no obstante, *Preiser,* Mezger-Festschrift, pp. 71 ss., 77 ss.; también *LK*[9]*-Koffka,* núm. marg. 4, ante § 13; desde el punto de vista médico, *Bleuler,* en: Schuld, Verantwortung, Strafe, pp. 103 ss., 113 ss. En relación con el concepto de expiación, acertadamente *Noll,* Begründung, p. 8. Será dudoso si el autor susceptible de expiación es capaz del hecho; *vid.* en torno al arrepentimiento, *Müller-Luckmann,* en: Tötungsdelikte, pp. 119 ss., 128.

[40] *Jescheck,* AT, § 8, I, 2 *a,* y II, 2; *Welzel,* Strafrecht, § 32, I, 1 *a; Arthur Kaufmann,* JZ, 1967, pp. 553 ss., 557 ss.; *el mismo,* en: Strafrecht zwischen Gestern und Morgen, pp. 43 ss., 50 s.; *Baumann,* JurBl, 1965, pp. 113 s., 119; *el mismo,* AT, § 3, II, 2 *b,* ßß; *Frey* en: Schuld, Verantwortung, Strafe, pp. 297 ss.

[41] Así especialmente *Baumann, op. cit.*

[42] Críticamente sobre la expiación también *Stratenwerth,* AT, núm. marg. 15; *Roxin,* JuS, 1966, pp. 377 ss., 379; *Schmidhäuser,* Sinn, p. 52; *Eb. Schmidt,* Materialien, t. I, pp. 9 ss., 11 ss.; *el mismo,* ZStW, 67 pp. 177 ss., 187 ss.;*Maurach-Zipf,* AT, I, § 7, núm. marg. 19; *Lüderssen,* en Christentum, pp. 1261 ss., 1268 s.; *Neumann* y *Schroth,* Theorien, pp. 16 ss.

IV. LAS TEORIAS RELATIVAS (TEORIAS DE LA PREVENCION)

A. Las teorías de la prevención general

27 1. *a)* Ya de entrada se desarrolló el modelo de una *prevención general positiva*, es decir, el modelo de una pena cuya función consiste en ejercitar en el reconocimiento de la norma. También se encuentra en la prevención general la idea de que misión de la pena es hacer desistir (intimidar) a autores potenciales. En esta variante de la prevención general no se trata del significado expresivo de la pena como contradicción de la infracción de la norma, sino del carácter drástico del sufrimiento propio de la pena como consecuencia desalentadora del comportamiento infractor: *prevención general negativa*. La formulación más conocida de las teorías de la prevención general negativa se debe a *Feuerbach*, pero no como teoría de la pena, sino de la conminación penal mediante leyes penales («teoría de la coacción psicológica») [43]. Todas las contravenciones de la ley, según *Feuerbach*, surgen de la «sensualidad», es decir, «el apetito del hombre se ve impulsado a la comisión por el placer en (o procedente de) la acción» [44]. Está prácticamente descartado impedir a los autores la ejecución del hecho mediante la coerción física. Si han de evitarse las infracciones del Derecho, «no le queda al Estado otro medio que intervenir por medio de la sensualidad misma en la sensualidad, y... neutralizar el estímulo sensorial mediante otro estímulo sensorial» [45]. Se neutralizan los impulsos hacia la acción «cuando todo ciudadano sabe con certeza que a la infracción seguirá un mal mayor que aquel que... surge de la no satisfacción de la necesidad tras una acción» [46]. Esta consciencia se le transmite al ciudadano al amenazar una ley con el «mal mayor», la pena, antes del hecho y con una descripción exacta del hecho y de la pena [47], y al poner de manifiesto la seriedad de la amenaza mediante la ejecución en todo caso de infracción (ha de añadirse: en la medida en que se pueda capturar al autor). La efectividad concorde del poder legislativo y ejecutor con el fin de intimidar desalentando constituye la coacción psicológica» [48]. El «poder ejecutor» no debe ciertamente actuar con el fin de la «efectividad concorde», porque, de lo contrario, se abusaría del reo como simple medio para el provecho de otros, lo que *Feuerbach* —como buen *kantiano*— reprueba. La eficacia es, por ello, sólo un efecto secundario —bien recibido— de la pena que ha de fundamentarse absolutamente: la pena es la «consecuencia jurídicamente necesaria» del delito [49]. Pero debe permitirse vincular lo útil con lo necesario en términos ab-

---

[43] *Vid.* sobre ello *Naucke*, Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, 1962; *el mismo*, ZStW, 87, pp. 861 ss., 880 ss.; *Radbruch*, Feuerbach, pp. 44 ss., 85 ss.; *Hruschka*, JZ, 1987, pp. 161 ss., 163 ss.

[44] Lehrbuch, § 13; Revision, p. 44.

[45] Revision, pp. 44 s.

[46] Revision, pp. 45 s.; Lehrbuch, § 13.

[47] *Vid. Bohnert*, Feuerbach, p. 13.

[48] Lehrbuch, § 14.

[49] Revision, p. 49; Lehrbuch, § 28.

solutos y configurar de modo más impresionante la realización de la conminación penal [50].

b) En la teoría de *Feuerbach*, el doble valor de la punición no está nada **28**
claro [51]: Como muestra de que la conminación penal va en serio, la punición debe actuar conforme a fines, mientras que por el contrario como pena al autor debe ser ajena a fin alguno. Por lo demás, el modelo ofrece ciertamente una armonía de los principios penales más importantes: se veda el tratar al autor como un «objeto de los derechos reales» (fundamentación absoluta de la pena), se impiden las infracciones («coacción psicológica de la conminación penal), se evitan las penas innecesarias (la realización de la pena es necesaria para respaldar la conminación penal) y se vincula estrictamente la pena a la ley (conminación precisa y descripción también precisa del comportamiento con anterioridad al hecho). Pero el modelo tiene defectos que lo convierten en inservible: Los hechos no se basan en un cálculo racional de sus consecuencias, y un cálculo racional no se atiene a la secuencia *jurídicamente* necesaria de hecho y pena, sino que tiene en cuenta más bien la probabilidad *efectiva* de resultar castigado o de sustraerse a la pena, lo que puede dar lugar a una diferencia notable.

2. *a)* El principal defecto de esta prevención general negativa y de sus **29**
variantes más recientes [52] que resaltan de diversos modos el efecto intimidante de la pena, no es desde luego su refutabilidad [53]. Contra la refutabilidad cabría objetar que no afecta a aquellos grupos de delitos en los que los autores por lo general actúan racionalmente para conseguir un fin, o sea, los delitos en el ámbito de la criminalidad económica. Es más, el modelo podría «mejorarse» aumentando la intensidad de la persecución hasta una medida en la que la intimidación actúe sobre todas las personas, a menos que sean Eróstratos. La teoría de la prevención general negativa, sin embargo, parte de una base equivocada: Mide el beneficio potencial del delincuente y compensa esta ventaja me-

---

[50] Revision, p. 60.

[51] *Vid.* además la crítica de *Binding*, Normen, t. I, p. 500.

[52] *Hoerster*, GA, 1970, pp. 272 ss.; *el mismo*, ARSP, t. 58, pp. 555 ss.; *Ostendorf*, ZRP, 1976, pp. 281 ss.; *Strasser*, KrimJ, 1979, pp. 1 ss., 16 (al esquema de todos los autores mencionados se ajusta desde luego *también* la prevención general positiva); *Vanberg*, Verbrechen, *passim*; *Luzón*, GA, 1984, pp. 393 ss., invocando teorías psicoanalíticas (pp. 400 ss.); *vid.* también el modelo económico en *Adams* y *Shavell*, GA, 1990, pp. 337 ss., 341 ss. La jurisprudencia maneja la prevención general negativa como guía de determinación de la pena en el marco de la pena determinada (¿cómo?) adecuada a la culpabilidad; BGH, 28, pp. 318 ss., 326 s.; BGH en *Dallinger*, MDR, 1973, pp. 727 s., y 899 s.; BGH JZ, 1975 pp. 1843 ss., con comentario favorable de *Tiedemann*, loc. cit., pp. 185 ss., 186 s.; BGH en *Holtz*, MSDR, 1976, p. 812; BGH NStZ, 1982, p. 112, con comentario acertadamente desfavorable de *Wolfslast*, loc. cit., pp. 112 ss.; BGH StV, 1982, pp. 166 s. y, p. 167; BGH JZ, 1982, pp. 771 s., con comentario desfavorable de *Köhler*, loc. cit., pp. 772 s.; BGH NStZ, 1984, p. 409; 1986, p. 358; en conjunto favorablemente, *LK-G. Hirsch*, § 46, núm. marg. 25; acertadamente crítico sobre la jurisprudencia, *Bruns*, Strafzumessungsrecht, pp. 328 s., con más remisiones.

[53] Acerca de la falsación (o no verificación) de la intimidación (en relación con otros esquemas preventivo-generales, *vid. infra* 1/nota 56) *vid. Kaiser*, Generalprävention, pp. 339 ss., 351 ss.; *Schöch*, Strafzumessungspraxis, pp. 86 ss., 96 ss., 197 ss.; *el mismo*, Jescheck-Festschrift, pp. 1081 ss., 1098 ss., 1104; *Albrecht*, *Dünkel* y *Spie*, MonSchrKrim, 1981, pp. 310 ss., 311, 313, 323; *Köberer*, MonSchrKrim., 1982, pp. 200 ss.; *Maiwald*, GA, 1983, pp. 49 ss., 69 ss.; *Bertel*, Pallin-Festschrift, pp. 31 ss.; *Driendl*, Strafgesetzgebungswissenschaft, pp. 39 ss.; no obstante, en otro sentido, *Vanberg*, Verbrechen, pp. 37 ss.

diante un mal, pero no atiende al daño que el hecho produce en el orden social. Si se quiere que para otros autores deje de ser atractivo el hecho, el mal debe ser más importante que el beneficio del hecho; pero éste es independiente del daño social que el hecho produce.

30 *b)* En la —potencialmente considerable— desproporción de ahí derivada, entre el daño social y el *quantum* de la pena, fracasa cualquier aplicación, aun cuando sólo sea aproximada, del modelo de *Feuerbach* y sus seguidores [54]. Por expresarlo con un ejemplo: En el supuesto de un asesinato para obtener un botín de algunos cientos de marcos puede tener suficiente eficacia preventiva una multa de de algunos miles de marcos, mientras que frente a la difamación *(üble Nachrede)* que el autor comete para mantener sus relaciones personales o para beneficiarse en su carrera sólo podrá ser suficiente mal la perspectiva de una larga pena privativa de libertad. En definitiva, por tanto, deberían suprimirse todos los grupos de delitos de la Parte Especial que se orientan al bien atacado y crearse nuevos grupos en función del *quantum* del beneficio potencial. Entonces, en los grupos que habrían de castigarse con mayor severidad se encontrarían delitos con elevado *quantum* de provecho, resultando indiferente que se cometieran mediante la muerte de una persona, la falsificación documental o un breve allanamiento de morada. Los delitos de traición habría que situarlos en el ámbito de la criminalidad grave, en el caso de autores por motivos ideológicos, y en el de las infracciones patrimoniales cuando éstos actuaran por móviles económicos, etc.

31 *c)* Esta desproporción —potencialmente notable— entre el *quantum* del beneficio del hecho y el *quantum* de su dañosidad social se deriva de que en el modelo de la intimidación no aparecen los destinatarios del funcionamiento de la pena: los miembros de la sociedad, a los que se debe proteger ante infracciones de la norma. Tales miembros no consideran primordialmente al delito como un suceso potencialmente provechoso para el autor, sino potencialmente perjudicial para ellos mismos.

32 *d)* Muchos intentan ocultar este hecho mediante una complementaria limitación de las penas máximas: Tampoco la pena intimidante debe superar la medida de lo adecuado a la culpabilidad o de lo proporcionado, porque de lo contrario se la sentiría como arbitraria y perdería su eficacia intimidatoria. Pero de este modo no se puede aclarar, desde luego, la inadmisibilidad de penas más elevadas en los supuestos de alto beneficio por el hecho, pero de daño social insignificante. Sin embargo, también se percibe como arbitraria la pena extremadamente leve en supuestos de provecho insignificante y alto daño social, de modo que la pena intimidatoria sea como sea hay que modificarla en esa medida. En conclusión, el modelo de la intimidación no es apto como teoría de la pena.

33 *e)* Con ello no queda descartado, sin embargo, que en casos singulares la pena se imponga con el propósito de intimidar. En épocas críticas el estado de

[54] *Kindhäuser*, GA, 1989 pp. 493 ss., 498; algunas soluciones de compromiso ofrece *Hoerster*, GA, 1970, pp. 272 ss., 278 s.

excepción quiebra las limitaciones que se dan por supuestas en épocas de tranquilidad [55].

3. Los modelos que se corresponden en lo esencial con el de la *prevención general positiva* descrito al principio encuentran cada vez más representantes en la bibliografía reciente [56], e incluso acompañan a numerosas variantes de las teorías retributivas. Naturalmente existen diferencias en dos puntos: Primordialmente se entiende el principio de culpabilidad como limitación de la prevención general positiva, mientras que para la concepción defendida aquí es un derivado de esta prevención (detalladamente *infra* 17/18 ss.). Además, el significado de la infracción de la norma y de la pena sólo raras veces se debate. 34

B. Las teorías de la prevención especial

1. *La problemática general*

a) Cuando se considera misión de la pena desalentar al autor con respecto a la comisión de hechos futuros, se habla de prevención especial. No es que se afirme que el contenido del Derecho penal alemán vigente esté concebido a la medida de la prevención especial por entero o si acaso sólo en sus piezas esenciales; lo que sí se postula es que el Derecho penal debe configurarse de *lege ferenda* de modo que sirva a la prevención especial, o sustituirlo por medidas de seguridad idóneas. La exigencia mínima consiste en prescindir de aquellas penas con cuya ejecución incluso se eleva la probabilidad de que el autor cometa ulteriores delitos. 35

b) La influencia sobre al autor debe realizarse de modo que se le impida por la coerción física cometer otros hechos o que se le impulse a no cometerlos por su propia voluntad. Esto último sucede por la vía de la corrección *(Besserung)* del autor, sea esta vía la educación o el adiestramiento, la intervención corporal (p. ej., castración), o la intimidación mediante una pena admonitoria. La función de la pena y de las medidas de seguridad que la acompañan o la sustituyen se puede, por tanto, caracterizar, siguiendo a *v. Liszt*, así: «1. Corrección del delincuente susceptible de corrección y necesitado de ella. 2. Intimidación del delincuente no necesitado de corrección. 3. Inocuización del delincuente no susceptible de corrección» [57]. 36

c) a') La respuesta a la cuestión de si funciona en absoluto un modelo así y por qué, no es evidente. Las dudas sobre su funcionamiento no son oportunas mientras que en el tratamiento que se aplica al autor, corrigiéndole, intimidándole o inocuizándole surja tanto padecimiento que se marque de ese modo al autor como titular de los costes de la infracción ocurrida, pues mientras se asigne un padecer como consecuencia aún siguen siendo posibles los efectos de la prevención general positiva. Incluso la circunstancia de que al autor se le atribuya algo y se reaccione contra él le señala como causa del conflicto, reafirmándose así la norma. Estos efectos se basan en la impresión que susci- 37

---

[55] *Vid. Nagler*, Strafe, pp. 616 s.

[56] Bibliografía *supra* 1/nota 16.

[57] ZStW, 3, pp. 1 ss., 35 ss.; «Programa de Marburgo».

tan en la generalidad el juicio penal de imputación y el tratamiento preventivo, y por ello no tienen nada que ver con las singularidades de la prevención especial; son más bien efectos secundarios de cuño preventivo-general.

38 — Lo específicamente preventivo-especial no es definir como conflicto la lesión efectiva de la validez de la norma mediante la infracción, sino tomar a la infracción de la norma como mero síntoma de futuros delitos del propio autor; el peligro de que se produzcan tales delitos es el conflicto desde un punto de vista preventivo-especial. Ha de renunciarse, por tanto, a la solución de la decepción de la expectativa normativa en favor de la solidez frente a decepciones de futuras expectativas cognoscitivas. Esta renuncia podría producirse si la solución cognoscitiva promete tener éxito y si además los decepcionados pueden definir al autor como diferente, no normal, necesitado de ayuda o algo similar, en todo caso como una persona que —por lo que se refiere a la norma— ocupa una posición especial. En tales casos no se altera la vinculatoriedad de la norma que rige para todos, porque el autor difiere de ese «todos» en un aspecto relevante. El principal caso en que se aplica tal solución de decepciones cognoscitivas es el tratamiento preventivo de aquellos en que resulta verosímil tanto la educabilidad como un déficit de educación, concretamente: el tratamiento de jóvenes y adolescentes. Por ello el Derecho penal juvenil es el reino de la prevención especial, y su sustitución por medidas no punitivas (que en el caso ideal ni siquera han de sentirse como un mal), es una consecuencia preventiva especialmente conveniente, pero sólo si el déficit educativo se pone de manifiesto claramente y cabe solucionarlo en la práctica, pues de lo contrario también el Derecho penal juvenil se suma al modelo de la prevención general positiva [57a].

39 — Sin embargo, si no se puede determinar en el autor ninguna singularidad, la interpretación preventivo-especial del conflicto en el ámbito cognoscitivo tiene como consecuencia necesaria que para el que ha resultado decepcionado también su propio comportamiento se convierte en un asunto de carácter meramente cognoscitivo. Si el comportamiento desviado que cualquiera lleva a cabo constituye una decepción de expectativas cognoscitivas, como lo es una enfermedad, la cuestión de cómo hay que comportarse se transforma para todos en la cuestión de cómo se comporta de hecho la gente. La vida social (así como la vida humana individual) ya no podría ser organizable de producirse esa abstención de la norma, desde luego no si se parte de una sociedad de las características de la actual.

40 *b')* Así pues, existe al menos la sospecha de que la prevención especial sólo funciona mientras vaya acompañada de efectos secundarios de naturaleza preventivo-general. El propio *v. Liszt* tiene en cuenta, incluso en los casos de personas que no muestran particularidades frente a la generalidad, consideraciones tácita aunque claramente preventivo-generales: En los supuestos de adultos reincidentes se trataría no tanto de corrección (lo que en todo caso no sólo

---

[57a] Convincentemente, *Bottke*, Generalprävention, *passim*, donde también habla de los peligros que surgen para las garantías procedimentales del Estado de Derecho cuando se redefine la intervención punitiva como beneficio de carácter preventivo-especial; *Schlüchter*, GA, 1988, pp. 166 ss.; dada la simultánea minimización de las intervenciones estatales, *Walter*, en: Bedeutung, pp. 59 ss.; *Albrecht*, Jugendstrafrecht, §§ 8, 9. Con respecto a las momentos bajos de la praxis, *vid.*, OLG Schleswig, StV, 1985, pp. 420 ss.

le acarrea un mal al autor) como de aseguramiento, y no en una jaula dorada, sino en «sujeción penal» [58]. Probablemente tampoco la insistencia de *v. Liszt* en el principio del hecho se base sólo en los motivos de Derecho público por él ensalzados, sino en la eficacia intimidante de carácter preventivo-general propia de este principio.

2. *La vulneración del principio del hecho*

a) Hay aún reparos más sólidos contra la prevención especial. La objeción principal es que vulnera el principio del hecho. Al menos nominalmente, en la prevención general se puede limitar la responsabilidad a la medida en que el autor haya perjudicado a la validez de la norma (prevención general positiva) o a la expectativa fáctica de que se obedezca la norma (prevención general negativa). Por el contrario, en la prevención especial es desde el principio imposible —a excepción de los autores ocasionales— desalentar al autor, con la sola punición, de que cometa delitos como los que ha ejecutado, pero dejarlo por lo demás sin tratamiento. No hay ningún método que enseñe cómo disuadir al autor de cometer hurtos o estafas de mediana importancia, es decir, sólo de aquellos hechos del mismo tipo que el cometido. Aun cuando no se siguiera un principio como «todo o nada», sino que se aceptase que una persona se halla más o menos adaptada socialmente, resulta ajena a la experiencia, al menos en la mayoría de los casos, la idea de poder adaptar a una persona no adaptada exclusivamente según la clase y la medida del hecho cometido. Por ello, la teoría de la prevención especial debe despedirse del principio del hecho: El hecho no es sino motivo para el tratamiento. 41

b) a') El hecho es desde luego una mala ocasión para la prevención especial, porque —de nuevo a excepción de los autores ocasionales— se comete o se descubre en un momento en que la desviación ya no es reversible. Los procedimientos idóneos para la prevención especial no son las penas u otros tratamientos posteriores a la comisión de los delitos del Código Penal, sino que lo serían por ejemplo las ayudas para los desempleados, para los que no tienen ganas de trabajar, para los endeudados, para los que tienen dificultades en la familia, para los drogadictos, etc. 42

b') La discordancia que supone la vinculación del Derecho penal a un hecho socialmente dañoso (y no a una situación de creciente inclinación al hecho) la percibió ya *v. Liszt*. En virtud de su solución, «el Derecho penal (debe representar)... el límite infranqueable de la Política criminal» [59], lo que significa que la imposición de una pena debe decidirse recurriendo al «Derecho penal», donde rige el principio del hecho, pero para la clase y medida de la pena debe recurrirse a la «Política criminal». De este modo se cumple con ambos lados, pero también se perjudica a ambos: El principio del hecho debe su origen a las teorías de la pena que propugnan graduar la pena según la magnitud del daño causado, pero carece de función en un modelo orientado a la prevención espe- 43

[58] *v. Liszt*, ZStW 3, pp. 1 ss., 42 ss.

[59] Aufsätze und Vorträge, t. II, pp. 75 ss., 80; *vid.* además *el mismo*, ZStW, 13, pp. 325 ss., 354 ss. *Vid.* sobre ello *Roxin*, ZStW, 81, pp. 613 ss., 627 ss.; *Jescheck*, Klug-Festschrift, pp. 257 ss., 264.

cial. Aquí impide la eficacia, así como pierde a su vez la mitad de su función: indicar la medida de la pérdida de validez de la norma y a través de ello indicar la medida de la pena compensatoria [59a].

44 *c')* El apartamiento con respecto al hecho va tan lejos que en numerosos casos llega a ser imposible especificar en el momento del juicio una determinada duración de la consecuencia jurídica, lo que es inocuo desde los principios del Estado de Derecho en consecuencias jurídicas que consisten principalmente en asistencia, pero no así en los casos en que consisten en infligir un mal. El motivo de la indeterminabilidad reside en que el hecho (cometido) es sólo ocasión para una adaptación social (futura) del autor; la mirada dirigida sólo hacia adelante no puede divisar más que el efecto de la adaptación social, y no se puede predecir exactamente nunca cuándo se ha alcanzado este punto; a menudo ni siquiera aproximadamente [60]. Por ello, la admisibilidad de una pena privativa de libertad de duración indeterminada es el signo evidente de un Derecho penal orientado ante todo hacia la prevención especial [61] (*vid.* § 19 JGG).

45 *c)* Además, hay que objetar a este modelo que —al igual que en la prevención general negativa— en él no están vinculados el *quantum* del daño social y el de la reacción, de modo que puede llegarse a desproporciones extremas. Según los principios de la prevención especial, al autor que no deja de reincidir debería «asegurársele», a pesar de los daños sólo medianos derivados de sus delitos (o sea, habría que imponerle una custodia aseguradora que durara años). Desde luego cabe corregir tales resultados con ayuda del principio de proporcionalidad, pero entonces se topa con la dificultad de tener que prescindir de una reacción preventivo-especial por falta de proporcionalidad, y de una reacción preventivo-general, porque la prevención general no puede legitimarse como simple colmadora de lagunas. Dificultades paralelas surgen en los casos de autores de hechos graves que no necesitan adaptación social, o sólo escasamente. Constituyen ejemplo de ello no sólo numerosos asesinos de la época nacional-socialista, que con posterioridad han llevado durante decenios una vida de respeto a la ley, sino también autores en situaciones conflictivas cuya repetición es improbable; en los casos de extranjeros sin derecho al asilo no sería necesario más que la expulsión del territorio nacional. Pero si se renuncia a una reacción que compense los daños a la vigencia de la norma, se refuerza el peligro descrito en general *supra* (1/39), en relación con la prevención especial, de que se pierda absolutamente la posibilidad de orientación por la norma.

[59a] Lo cual valdrá también para el Derecho de medidas referido al hecho (es decir, proporcional a la gravedad del delito) en la concepción de *Baurmann*, Zweckrationalität, p. 16, *passim*, 301 ss.

[60] *v. Liszt*, Aufsätze und Vorträge, t. I, pp. 290 ss., 333, 392.

[61] *Vid. Würtenberger*, Materialien, t. I, pp. 89 ss., con bibiliografía; *Sieverts*, Materialien, t. I, pp. 107 ss.

3. *Modelos recientes*

a) Ciertamente la prevención especial no está definida para siempre en la **46**
forma en que la esbozó *v. Liszt* [62]. Tampoco se reconoce por parte de la generalidad la importancia de las objeciones mencionadas. Los postulados radicales que ya no reconocen al «Derecho penal» como «límite de la Política criminal» representan un ala de la Société Internationale de Défense Sociale [63]; *Grammatica* [64]: De las «"medidas" que han de aplicarse en el sistema de protección de la sociedad» debe requerirse que «1, sustituyan completamente a la pena; 2, que tengan un carácter unitario; 3, que comprendan también medidas preventivas; 4, que posean un carácter indeterminado, para que a lo largo de la ejecución, de acuerdo con el continuo seguimiento de la personalidad, puedan modificarse, sustituirse o incluso concluir; 5, no deben diferenciar en principio entre adultos y menores...; 6, deben adaptarse a la persona y no referirse al hecho objetivamente considerado».

b) a') Esta crítica de la prevención especial no tiene la finalidad de des- **47**
calificar el proceso de adaptación social, sino sólo la absolutización de esa adaptación. Si se parte de un modelo en el que están enlazadas la medida del daño social producido y la medida de la pena, la prevención especial bajo las condiciones arriba apuntadas constituye una estrategia alternativa para la solución del conflicto, y además el único punto de vista desde el que se puede configurar el deber de cargar con los costes por parte del autor de un modo razonable también para éste.

b') El marco disponible para ello es desde luego estrecho, y no sólo por la limitación de la duración de la pena debida a la prevención general y por la limitación fáctica de los medios, sino también por las limitaciones jurídicas de la prevención especial. El Estado no está legitimado para optimizar la disposición moral de los ciudadanos, sino que se ha de conformar con la obediencia externa del Derecho (relegalización) [65]. Sobre todo no es meta de la preven-

---

[62] Presentan un panorama de la marcha de la controversia entre la dirección político-criminal «sociológica» (orientada a los fines) y la dirección clásica (orientada a la retribución) (la llamada lucha de escuelas), *Mezger,* Strafrecht, § 4, 2; *Eb. Schmidt,* Geschichte, §§ 32 s.; *Jescheck,* ZStW, 93, pp. 3 ss., 44 ss. Un acertado análisis del estado actual de la discusión se encuentra en *Albrecht,* ZStW 97, pp. 831 ss. Como preconizador de la prevalencia de la prevención especial en los últimos tiempos ha de mencionarse sobre todo a *Eb. Schmidt,* SchwZStr; 45 (1931), pp. 200 ss.; *el mismo,* ZStW, 67, pp. 177 ss.; *el mismo,* ZStW, 69, pp. 359 s.; *el mismo,* Materialien, t. I, pp. 9 ss., 20 ss.

[63] La posición del ala moderada desemboca en una teoría de la prevención especial a la que se ha hecho practicable, y cuyos elementos esenciales son: (1) protección de la sociedad por medio de (2) un conjunto de medidas principalmente no punitivas con vistas a (3) la resocialización; considerándose (4) al individuo como persona responsable, no sólo como objeto de tratamiento, pero al mismo tiempo (5) investigando exactamente sobre él con todas las ciencias humanas. El programa mantiene la pretensión de ser no sólo tecnológico-social, sino también moral. *Ancel,* Sozialverteidigung, pp. 26 ss., y *passim*; al respecto, *Melzer,* Sozialverteidigung *passim*; *el mismo,* JZ, 1970, pp. 764 ss.; en todos los casos, con bibliografía; *Rieg,* ZStW, 81, pp. 411 ss., 414 ss.; *Zipf,* Kriminalpolitik 3.22.

[64] Grundlagen 2.ª parte, p. 213; *vid.* sobre ello *H. Kaufmann,* v. Weber-Festschrift, pp. 418 ss.; *Zipf,* Kriminalpolitik 3.21.

[65] *Maihofer,* Rechtsstaat, p. 146.

ción especial el crear un miembro útil de la sociedad, sino facilitar al autor el comportarse conforme a la ley. La prevención especial deberá limitarse primordialmente a la «liberación frente a condicionantes externos e internos» [66], es decir, a liberar de las taras *especiales* de la persona, lo que rara vez podrá realizarse sin la colaboración del autor. Con la eliminación de las taras se modifican también las actitudes frente a normas informales que constituyen la estructura de una persona; pero ello sólo con medios que también sean legítimos frente a cualquier otro ciudadano que no haya incurrido en conducta punible [67].

c') Dado que el autor es la causa determinante de conflicto sólo desde un punto de vista normativo —p. ej., desde otro punto de vista pedagógico o psicológico pueden aparecer otras causas determinantes— puede prometer éxito comenzar, a fin de prevenir el delito, reconfigurando por otra parte en vez de por el autor. Los conflictos típicamente sociales no pueden eliminarse efectivamente mediante la prevención especial [67a].

V. LAS TEORIAS DE LA UNIDAD

48 1. Ya pronto se aludió a que los distintos aspectos de las teorías de la pena pueden combinarse entre sí [68]. Lo cual puede tener varios significados [69] [70]:

49 *a)* Al hablar de combinación no se alude a que se pueda suplir una deficiencia de una teoría, que obstaculiza su aplicación práctica, mediante otra teo-

---

[66] *Stratenwerth,* Leitprinzipien, pp. 7 ss., 13. De modo individualista, *Haffke*, en: Abweichendes Verhalten, t. III, pp. 291 ss., 30: «La terapia emancipadora no tiene ningún fin positivo, dotado de contenido (vivir sin infracciones penales), sino que se determina de forma exclusivamente negativa, o sea, como auxilio al librarse de un pasado incomprensible y opresor, casi siempre penoso.» Desde luego, no se ve con claridad la relación de esta liberación precisamente con una infracción penal.

[67] *Vid.* al respecto *Peters,* Heinitz-Festschrift, pp. 505 ss., 512 ss.; *Hassemer,* KrimJ, 1982, pp. 161 ss., 165; *Lüderssen,*, en: Fortschritte, pp. 67 ss., 79 ss.

[67a] Acertadamente *Albrecht,* ZStW, 97, pp. 831 ss., 857.

[68] *A. Merkel,* Gesammelte Abhandlungen, parte II, pp. 1 ss., 10 ss.; *el mismo, op. cit.*, pp. 687 ss., 699 ss., y *passim*; en contra, *A. Nagler,* GA, t. 70, pp. 6 ss., 41 ss.; *Köhler,* Begriff, pp. 72 ss.

[69] La jurisprudencia (con detalles sobre ella, *Bruns,* Strafzumessungsrecht, p. 320) tiene pocos puntos fijos: las consideraciones preventivas no deben desde luego conducir a sobrepasar la pena ajustada a la culpabilidad (BGH, 20, pp. 264 ss., 267), ni siquiera por debajo (BGH, 24, p. 132 ss., 134). Poco clara aparece la posición de la prevención general (al respecto, *Foth,* NStZ, 1990, pp. 219 ss.), lo que no debe sorprender, ya que no cabe separar prevención general positiva y culpabilidad; *vid.,* BGH, 6, pp. 125 ss., 127; 24, pp. 40 ss., 44 ss.; 24, pp. 64 ss., 66; BGH GA, 1976, pp. 113 ss., 114. El Tribunal Constitucional Federal (exposición detallada y crítica de su concepto de pena en *Volk,* ZStW, 83, pp. 405 ss.) ha considerado, repetidas veces, constitucionales las teorías de la unión, partiendo del principio de culpabilidad, sin establecer con más precisión su contenido; BVerfG, 21, pp. 391 ss., 404; 28, pp. 264 ss., 278; 32, pp. 98 ss., 109; 39, pp. 1 ss., 57; 45, pp. 187 ss., 253 ss. En la pena del Derecho penal juvenil, la jurisprudencia rechaza la prevención general negativa: BGH, 15, pp. 224 ss., 226; 16, pp. 261 ss., 263. La pena juvenil en virtud de la gravedad de la culpabilidad (§ 17.2 JGG) sólo sería admisible cuando lo exijan «motivos educativos»; BGH, 16, pp. 261 ss., 263. Sin embargo, recientemente se tiene también en cuenta, en la determinación, la «significación independiente de la gravedad de la culpabilidad»; BGH StV,

ría; en tales supuestos la teoría defectuosa no es apta en absoluto. Ejemplo: las teorías de la retribución que deben complementarse con consideraciones sobre la necesidad de la retribución no son aptas, como teorías de la retribución, para fundamentar la necesidad de la pena; detrás de la combinación se encuentran teorías preventivas vergonzantes [71]. Tampoco se quiere decir con «combinación» que se acumulen varias teorías, ya que la acumulación, en el ámbito de fines divergentes de los modelos combinados, conduce a la indeterminabilidad de la pena; ello se pone de manifiesto, p. ej., en el Proyecto de 1962 (E 1962), que parte de la pena por la culpabilidad, pero que además pretende conseguir la prevención de delitos mediante la intimidación general y especial, así como mediante la resocialización e inocuización del autor [72], sin que fuese posible concebir cómo podían reducirse tales *desiderata* a un denominador común.

b) Mediante la combinación no cabe soslayar la función de desarrollar *una* **50**
teoría para una pena *practicable*. A una teoría de tales características se la ha designado aquí de entrada como prevención general positiva, la cual habrá de detallarse aún con posterioridad, especialmente en relación con la culpabilidad. Pero esta teoría (como cualquier otra) no se extiende a cada sector del proceso punitivo en su totalidad, sino que deja algunos huecos por configurar, que pueden ser colmados por otras teorías, pero *a un nivel inferior*, viniendo en consideración como teoría subsidiaria sólo la prevención especial, pues las teorías de la retribución, la de la expiación y la de la prevención general negativa han de desecharse (*supra* 1/17 ss., 25 s., 27 ss.). Como principal consecuencia, la *ejecución* de la pena, globalmente, a la que la teoría de la prevención general positiva no aporta nada, ha de configurarse lo más eficazmente posible desde el punto de vista de la prevención especial (§§ 2 s. de la StVollzG) [73]. Pero la prevención especial influye también en los marcos penales que ha de elegir el legislador, así como en la determinación de la pena, pues con la teoría de la

---

1982, pp. 121 s.; en el primer sentido, de nuevo BGH en *Böhm*, NstZ, 1984, p. 445; *vid. Eisenberg*, JGG, § 17, núm. marg. 33 ss.

[70] En la doctrina están representadas sobre todo teorías de la unidad en que priman algunas de las teorías unificadas. *Roxin*, JuS, 1966, pp. 377 ss., 387, desarrolla una «teoría dialéctica de la unión», según la cual han de conducirse «los distintos fines de la pena, desde los excesos unilaterales, hacia vías social-constitutivas, equilibrando los puntos de partida individuales mediante un procedimiento de limitación mutua». También según *Gössel*, Pfeiffer-Festschrift, pp. 3 ss., 22 ss., junto a la retribución puede aparecer cualquier prevención («teoría modificada de la unión»). Por una teoría de la unión con el centro de gravedad en la compensación de la culpabilidad abogan *v. Hippel*, Strafrecht, t. I, §, 21 XVI, con bibliografía acerca de la doctrina antigua; *Mezger*, Materialien, t. I, pp. 1 ss., 2 s.; *Jescheck*, AT, § 8, V; *LK-Jescheck*, Introducción, núm. marg. 3 ss.; *Maurach-Zipf*, AT I, § 7, núm. marg. 11 ss., 27 ss.; *Bocklemann-Volk*, AT, § 2, II, 4; *Dreher*, Gerechte Strafe, pp. 127 ss.; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 11 ante § 38. En favor de una teoría de la unión en el marco de lo ajustado a la culpabilidad, con centro en la prevención especial, argumenta *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 30 s.; *el mismo*, Tatschuld, pp. 31 s.; también *Baumann-Weber*, AT, § 3, II, 2 *a* beta (junto a la prevención general); *Benda*, Faller-Festschrift, pp. 307 ss. *Horstkotte*, JZ, 1970, pp. 122 ss., 124, hace saltar el marco de lo adecuado a la culpabilidad. Una teoría en la que la prevención general fundamentaría la institución de la pena, pero no las reglas de la determinación, la aporta *Schmidhäuser*, AT, 3/14 ss. *Vid.* también *Forster*, SchwZStr, 101 (1984), pp. 242 ss., 261 ss.

[71] Acertadamente ya *Exner*, Theorie, p. 36.

[72] Begründung, p. 96.

[73] No obstante, *vid.* también BVerfG, 64, pp. 261 ss.; pormenorizadamente, *Arloth*, 1988, pp. 403 ss.; OLG Frankfurt NJW, 1986, pp. 598 s.

prevención general positiva (como tampoco con otras teorías de la pena) no se pueden calcular *quanta* de pena claramante definidos, sino que ésta indica un marco formado por la reacción que ya puede tomarse en serio y por la reacción drástica que aún no es exagerada. Este marco puede completarse desde la prevención especial, mientras sean posibles medidas eficaces; en otro caso, no se debe sobrepasar la medida mínima de la reacción que ya puede tomarse en serio [74]. Los detalles constituyen el objeto de la teoría de la determinación de la pena.

51 2. *a)* Al margen de este modo de unificar la prevención general positiva con la prevención especial subsidiaria existe siempre una concurrencia de ambas prevenciones como *equivalentes posibles* (junto a otros posteriores) para la solución de conflictos, en la cual se debe determinar la equivalencia en función de la eficacia para solucionar, no presuponiendo dicha equivalencia similitud alguna entre los modos de solucionar (no necesariamente la pena). La respuesta a la cuestión de qué modo de solucionar es el que ha de elegirse no tiene por qué recaer siempre a favor de una única forma de solucionar (p. ej., sólo de la prevención general: § 56, párrafo 3 del StGB), sino que puede asignarle una parte a cada modo de solución, unificando en este sentido tales modos; constituyen ejemplos de ello la suspensión condicional de la pena y las instituciones jurídicas relacionadas (§§ 56, 57, 59 del StGB): Junto a la coerción preventivo-especial hacia el comportamiento conforme a la ley mediante la presión penal concretada, posiblemente vinculada con la imposición de instrucciones de conducta y la asistencia en la condena condicional (§§ 56 *c*, *d* del StGB), interviene la desaprobación pública de tipo preventivo-general, posiblemente vinculada con cauciones (§§ 56 *b* del StGB).

52 *b)* El principal ejemplo de este segunda clase de unificación lo constituye el sistema de *doble vía* de las consecuencias jurídicas del delito en el Derecho vigente: En el marco de la proporcionalidad (§ 62 del StGB) y de la necesidad aparecen las medidas de seguridad y corrección de tipo preventivo-especial (§ 61 del StGB) junto a la pena por el comportamiento culpable. Esta intervención paralela se quebranta a favor de la prevención en un doble sentido (sistema vicarial): El tiempo de la ejecución de la medida, en caso de ejecución anticipada, se computa a efectos del cumplimiento de la pena (§ 67, párrafo 4 del StGB), y en caso de que se alcance la meta de la medida de seguridad, la pena, si al menos se ha cumplido en su mitad, puede ser suspendida condicionalmen-

[74] Teoría del marco o del ámbito de libertad *(Rahmentheorie, Spielraumtheorie)*. El que el marco de la pena adecuada la culpabilidad se pueda sobrepasar por debajo por motivos de prevención especial, es discutido y, de acuerdo con la concepción que aquí se propugna, ha de negarse, teniendo desde luego en cuenta lo al menos necesario para solucionar el conflicto (*vid. infra* en torno a la culpabilidad, 17/31 s.). ¡Si se tolera la reducción de la pena, también *queda atenuada* la culpabilidad! Contra la posibilidad de sobrepasar por debajo, desde el concepto de culpabilidad de la doctrina dominante, *vid.* BGH, 24, pp. 132 ss.; BGH JZ, 1976, pp. 650 s.; *Bruns*, Strafzumessungsrecht, pp. 217 ss., 233; *el mismo*, Welzel-Festschrift, pp. 739 ss., 744; *Schaffstein*, Gallas-Festschrift, pp. 99 ss., 105; *Jescheck*, AT, § 4, I, 3, y § 82, III, 3; *LK-Jescheck*, Introducción, núm. marg. 31. En favor de la admisibilidad de sobrepasar por debajo, *vid. Lackner*, Entwicklungen, pp. 23 ss.; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 18 a ante §§ 38 ss. En favor de la admisibilidad de sobrepasar también por arriba, *vid. Horstkotte*, JZ, 1970, pp. 122 ss., 124.

te, aun cuando no se hayan cumplido los requisitos del § 57, párrafo 2 del StGB [75] (§ 67, párrafo 5 del StGB).

VI. APENDICE: FUNCIONES DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y CORRECCION

BIBLIOGRAFIA: *H.-L. Albrecht,* Empirische Sanktionsforschung und die Begründbarkeit von Kriminalpolitik, MonSchrKrim., 1981, pp. 310 ss.; *J.-B. Bae,* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelrecht des StGB, 1985; *P. Bockelmann,* Studien zum Täterstrafrecht, 1939; *H.-J. Bruns,* Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im StGB-Entwurf, 1956, ZStW, 71, pp. 210 ss.; *H. Dünnebier,* Die Durchführung der Zweispurigkeit bei den freiheitsentziehenden Maßregeln im Entwurf 1960 eines Strafgesetzbuches, ZStW, 72, pp. 32 ss., *E. Dreher,* Die Vereinheitlichung von Strafen und sichernden Maßregeln, ZStW, 65, pp. 481 ss.; *R. Eickhoff,* Die Benachteiligung des psychisch kranken Rechtsbrechers im Strafrecht, NStZ, 1987, pp. 65 ss.; *F. Exner,* Die Theorie der Sicherungsmittel, 1914; *E. R. Frey,* Heilen statt strafen?, 1962; *W. Frisch,* Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung, ZStW, 94 pp. 565 ss.; *el mismo,* Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, ZStW, 102, pp. 343 ss.; *G. Grünwald,* Sicherungsverwahrung, Arbeitshaus, vorbeugende Verwahrung und Sicherungsaufsicht im Entwurf, 1962, ZStW, 76, pp. 633 ss.; *K. A. Hall,* Sicherungsverwahrung und Sicherungsstrafe, ZStW, 70, pp. 41 ss.; *E. Heinitz,* Die Individualisierung der Strafen und Maßnahmen in der Reform des Strafrechts und des Strafprozesses, 1960; *H. Herrmann,* Die mit Freiheitsentzug verbundenen Maßnahmen der Sicherung und Besserung, Materialien, t. II (I), pp. 193 ss.; *H. Horstkotte,* Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über den Rückfall und die Maßregeln der Sicherung und Besserung, JZ, 1970, pp. 152 ss.; *P. Kaenel,* Carl Stooss und das zweispurige System der Strafrechtsfolgen, SchwZStr., 101 (1984), pp. 3 ss.; *M. Köhler,* Der Begriff der Strafe, 1986; *E. Kohlrausch,* Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand, ZStW, 44, pp. 21 ss.; *D. Lang-Hinrichsen,* Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, Gutachten 43. DJT, t. I (3/B), 1960; *Th. Lenckner,* Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, en: *H. Göppinger* y *W. Witter* (ed.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, Bd. I, 1972, pp. 3 ss.; *H. Marquardt,* Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel, 1972; *H. Mayer,* Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962; *E. Mezger,* Die Vereinheitlichung der Strafe und der sichernden Maßnahmen, ZStW, 66, pp. 172 ss.; *P. Mrozynski,* Die Wirkung der Unschuldsvermutung auf spezialpräventive Zwecke des Strafrechts, JZ, 1978, pp. 255 ss.; *J. Nagler,* Verbrechensprophylaxe und Strafrecht, 1911; *W. Naucke,* Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung, 1975; *F. Nowakowski,* Die Maßnahmenkomponente im StGB, en: *el mismo,* Perspektiven zur Strafrechtsdogmatik, 1981, pp. 93 ss.; *el mismo,* Zur Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Maßnahmen, v. Weber-Festschrift, pp. 98 ss.; *el mismo,* Vom Schuldzum Maßnahmenrecht?, en: *H. Göppinger* y *P. H. Bresser* (ed.), Kriminologische Gegenwartsfragen, cuaderno núm. 10, pp. 11 ss.; *W. Sax,* Grundsätze der Strafrechtspflege, en: *K. A. Bettermann, H. C. Nipperdey* y *U. Scheuner* (eds.), Die Grundrechte, Bd. III (2), 2.ª ed., 1972, pp. 909

[75] Con arreglo al § 67.5 StGB, versión anterior, cabía suspender la pena restante sin requerir un mínimo de tiempo ya cumplido. Críticamente al respecto, *LK-Hanack,* § 67, núm. marg. 20 ss., con acertadas referencias al origen del arbitrio: Los participantes en el proceso legislativo temieron decidir entre fines de la pena antinómicos (Protokolle Sonderausschuß V, pp. 2323 ss.; trivial, BT-Drucksache V 4095, p. 32): *Hanack,* JR, 1978, pp. 399 ss., 402; *de otra opinión, Marquardt,* Vikariieren, pp. 164 ss.

ss.; *Eb. Schmidt,* Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3.ª ed., 1965; *H. Schröder,* Die Vereinheitlichung der Strafe und der sichernden Maßnahmen, ZStW, 66, pp. 180 ss.; *el mismo,* Die «Erforderlichkeit» von Sicherungsmaßregeln, JZ, 1970, p. 92 ss.; *C. Stooss,* Strafe und sichernde Maßnahme, SchwZStr., 18 (1905), pp. 1 ss.; *el mismo,* Der «Dualismus» im Strafrecht, SchwZStr., 41 (1928), pp. 54 s.; *el mismo,* Zur Natur der sichernden Maßnahmen, SchwZStr., 44 (1930), pp. 261 ss.; *G. Stratenwerth,* Zur Rechtsstaatlichkeit der freiheitsentziehenden Maßnahmen im Strafrecht, SchwZStr., 82 (1966), pp. 337 ss.; *el mismo,* Strafrechtliche Maßnahmen an geistig Abnormen, SchwZStr., 89 (1973), pp. 131 ss.; *W. Stree,* Deliktsfolgen und Grundgesetz. Zur Verfassungsmäßigkeit der Strafen und sonstigen strafrechtlichen Maßnahmen, 1960.

A. Teorías acerca de las medidas de seguridad

53 1. El Derecho vigente prevé como reacción al hecho punible, junto a la pena o en lugar de ella, también las medidas de seguridad y corrección: § 61 del StGB. Así como la pena es una reacción frente a un menoscabo de la autoridad de la norma, la medida de seguridad es una reacción a un peligro de repetición, objetivado en el hecho. Esta cualidad de la *doble vía* (así designada ya en las teorías de la unificación) en la reacción se impone cuando divergen la pena y lo necesario para la prevención especial; así pues, el anclaje de la doble vía en el Derecho vigente se basa en los intentos de combinar las ventajas de una pena vinculada a la culpabilidad con algunas ventajas del tratamiento eficaz desde el punto de vista de la prevención especial [76]. A causa de la bifurcación de la reacción, se ha alzado el reproche del fraude de etiquetas por parte de los prevencionistas, justificadamente desde su punto de vista [77]. También las modalidades singulares de la pena, en especial la suspensión condicional de la pena (§§ 56 ss. del StGB) y la primacía de la pena pecuniaria (§ 47 del StGB) son medidas de seguridad, pero inseparablemente vinculadas con una pena [78].

54 2. *a)* La doctrina de las medidas de seguridad no se ha desarrollado tan

[76] La primera vez que se puso en práctica el sistema de doble vía fue bajo la infuencia de *E. F. Klein,* en § 5, II, 20, y § 1160, II, 20 ALR. Bibliografía sobre la historia, en *Eb. Schmidt,* Geschichte, § 241; *LK-Tröndle,* núm. marg. 9, ante § 38; *LK-Hanack,* núm. marg. 5 ss. ante § 61; *Frisch,* ZStW, 102, pp. 343 ss. Básico para el reconocimiento actual del sistema de doble vía fue el Anteproyecto de Código Penal suizo de *Carl Stoos* (1893; ley, 1937); *Stooss* SchwZStr., 18 (1905), pp. 1 ss.; *el mismo,* SchwZStr., 41 (1928), pp. 54 s.; *el mismo,* SchwZStr., 44 (1930), pp. 261 ss.; *vid. Kaenel,* SchwZStr., 101 (1984), pp. 3 ss.; *Schultz,* Einführung, pp. 61 ss.; *Stratenwerth,* Schweizerisches Strafrecht, 1/18 ss., ambos con bibliografía. En Alemania, el sistema de doble vía fue indiscutido como principio en los Proyectos de Reforma desde el Anteproyecto de 1909 y el Proyecto de 1913. Llegó a ser Derecho vigente, por vez primera por la Ley de 24 de noviembre de 1933 («Ley sobre delincuentes habituales», BGBl, I, p. 995): §§ 42 a ss., StGB, versión anterior. El resultado fue el principio de *triple* vía (*Bockelmann,* Studien, p. 162), pues junto a la pena por el hecho y la medida de seguridad aparecía en el § 230 StGB, versión anterior, la *pena* para el «delincuente habitual peligroso». *Vid.* además §§ 81 ss. del Proyecto de 1962 y Begründung, pp. 207 s.; §§ 66 ss., AE y Begründung, p. 121.

[77] *Kohlrausch,* ZStW, 44, pp. 21 ss., 33.

[78] En ocasiones se caracteriza a la «condena condicional», no como combinación de pena y medida de seguridad, sino como «tercer pilar» de la Política criminal (*Jescheck,* AT, § 8 VI; *LK-Jescheck,* Introducción, núm. marg. 40 ss.). Bajo la condena condicional se reúnen: la renuncia provisional a la acusación, así como la suspensión provisional del § 153 a StPO, la reprensión o amo-

diferenciadamente desde hace tanto tiempo como la de la pena [79]. Por lo general se conforma uno con la verificación de que una medida de seguridad debe —en el marco de la proporcionalidad (§ 62 del StGB)— mantener el interés común [80]. Con ello no se va lejos, naturalmente, porque no queda claro cómo han de evaluarse los intereses del autor, si tan poco como los intereses de un agresor en la legítima defensa (*infra* 12/30, 46 ss.) o tanto como los intereses de un tercero ajeno en el estado de necesidad agresivo (*aggressiver Notstand*: *infra* 13/20 ss.). Tampoco queda claro en qué consiste el menoscabo del interés común, que amenaza producirse: la futura lesión o puesta en peligro mediante una catástrofe natural, o la futura lesión de la autoridad de la norma o una forma intermedia, etc.

b) Más concreta es la propuesta de concebir las medidas de seguridad desde consideraciones propias de la legítima defensa [81]. Pero como la legítima defensa no se ajusta precisamente a la acción estatal de defensa (*infra* 12/14 ss.) y como además en la imposición de medidas de seguridad falta la urgencia propia de un ataque actual, fracasa materialmente el paralelismo con la legítima defensa [82].

c) Para una solución eticista, la medida de seguridad compensa la pérdida de «libertad interna» del autor y ha de justificarse precisamente a causa de dicha pérdida: «Quien ya no domina en absoluto su libertad interna, dirigida por la propia determinación ética (como ocurre con los enfermos mentales), o no la domina suficientemente como consecuencia de malas inclinaciones, vicios y costumbres, no puede pretender la libertad social completa» [83]. Esta solución no aporta nada para la medidas de seguridad que se imponen junto a la pena por un hecho enteramente culpable [84]; si el autor debe responder enteramente por el uso de su «libertad», según la solución apuntada debería poder pretender también la libertad social completa.

d) Finalmente, las medidas de seguridad se clasifican también entre las instituciones jurídicas ya conocidas: en parte serían «medidas tutelares jurídico-civiles» y en parte auténticas penas [85]. Como pena, cabe considerar sobre todo

---

nestación con reserva de pena de los §§ 59 ss., StGB (en el Derecho penal juvenil, la suspensión de la pena juvenil de los §§ 27 ss., JGG), así como la suspensión de la pena o suspensión condicional del resto de la pena, §§ 56 *a*, 56 *g* y 57, StGB, y por último la suspensión condicional de las medidas de seguridad, §§ 67 *b*, 67 *c*, párrafo 2, inciso 4, 67 *d*, párrafo 2, 67 *g* STGB.

[79] *Vid. LK-Hanack*, núm. marg. 36 ante § 61; *Köhler*, Begriff, p. 82, nota 133; *Frisch*, ZStW, 102, pp. 343 ss., 355.

[80] *Exner*, Theorie, pp. 226 ss.; *Nagler*, Verbrechensprophylaxe, pp. 19, 66 ss., 102 ss., 257 ss.; *Nowakowski*, v. Weber-Festschrift, pp. 98 ss., 103; *Stree*, Deliktsfolgen, pp. 217 ss.; *Lenckner*, en: Handbuch, t. I, pp. 3 ss., 185; *LK-Hanack*, núm. marg. 28, ante § 61; *LK-Jescheck*, Introducción, núm. marg. 39; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 2, ante § 61; *Schmidhäuser*, AT, 21/8, con nota 4, entre otras.

[81] *Sax*, en: Grundrechte, t. III (2), pp. 909 ss., 960 ss., 963, 965.

[82] Acertadamente crítico, *Nowakowski*, v. Weber-Festschrift, pp. 98 ss., 108 s.

[83] *Welzel*, Strafrecht, § 32 III; asimismo, *LK*[9]*-Lang-Hinrichsen*, núm. marg. 13, ante § 42 *a*; *Lang-Hinrichsen*, en: 43. DJT, t. I, parte 3, pliego B, pp. 5 ss., 42 s.; *Gallas*, Niederschriften, t. IV, p. 55; *Bockelamnn*, Niederschriften, t. I, pp. 56 s., 243 ss., 247; *Bruns*, ZStW, 71, pp. 210 ss., 211 s.

[84] Acertadamente, *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 35.

[85] *H. Mayer*, AT, § 7, III.

la custodia de seguridad: «Quien ha llevado una vida de delincuente habitual se ha merecido la pena privativa de libertad indeterminada *(unbemessen)*» [86]. Lo cual pasa por alto obviamente el principio del hecho: Los hechos ocurridos cabe medirlos; por ello, las consecuencias jurídicas indeterminadas no sólo se vinculan a los hechos ocurridos, sino como mínimo además al peligro de que ocurran futuros hechos; pero por lo futuro no se puede castigar ya ahora.

e) Todas las medidas de seguridad deben compensar una deficiencia *habitual* del autor, y por ello no sirven para aquel cuyo hecho se puede aclarar por motivos *situacionales*, como sucede especialmente en los casos de inculpabilidad según los §§ 17 (sin causa patológica, *vid. infra* 18/24), 33, 35 del StGB, o también en el desistimiento, §§ 24, 31 del StGB (*infra* 26/42). Si coincide una deficiencia habitual (p. ej., una enfermedad mental) con un motivo aclaratorio situacional (p. ej., con un estado pasional del § 33 del StGB) está descartado aplicar una medida de seguridad mientras que el motivo situacional codetermine el hecho, aun cuando sea de modo insignificante.

B. La diferenciación de la función de las medidas de seguridad

55 1. Con vistas a la solución, ha de describirse con mayor exactitud la relación entre el conflicto que el autor ocasiona con su hecho y la medida de seguridad. Para ello cabe establecer de entrada que todas las medidas de seguridad están vinculadas en la práctica con un mal que el autor ha de soportar. Por ello también las medidas de seguridad ejercen el efecto secundario de tipo preventivo general (reafirmador de la norma) que ya se mencionó al tratar la prevención especial (*supra* 1/37). Prescindiendo de ello, para dilucidar la relación entre conflicto y medida de seguridad han de distinguirse las siguientes clases de medidas de seguridad: *a)* las medidas complementarias de la pena, *b)* las sustitutivas de la pena y *c)* las medidas impuestas en lugar de la pena.

56 *a) a')* En cuanto a las medidas *complementarias de la pena*, es decir aquellas que se aplican junto a la pena, ha de tenerse en cuenta lo siguiente: Es dudoso que sea posible mantener expectativas que sólo normativamente se hallan aseguradas frente a decepciones. De todos modos, las expectativas elementales, que el Derecho Penal estabiliza necesitan también de un respaldo cognoscitivo. Mediante la pena no se puede compensar la pérdida de bienes que padece la víctima. Por ello, junto a la certeza de que en el caso de decepción se seguirá una garantía normativa (es decir, la certeza de estar dentro del Derecho), es también propio de los requisitos de cualquier contacto social (no forzado), la probabilidad (menos cierta) de que uno saldrá de la situación conservando sus bienes elementales. Ejemplo: El que sería atropellado previsiblemente con certeza por un conductor borracho si sale a la calle, evitará salir a la calle, a pesar de la garantía de que le asiste el Derecho. Desde luego, el aseguramiento cognoscitivo puede ser más débil que la garantía normativa; el *quid* de la garantía normativa reside en que la norma puede ser aceptada como un modelo de conducta vinculante para todos incluso cuando cognoscitivamente no quepa descartar la infracción. Lo cual no quiere decir que se pueda renun-

[86] *H. Mayer*, AT, p. 64, I, 2.

ciar a cegar fuentes evidentes de peligro. La garantía normativa sólo actúa como una garantía útil si se combate la infracción también en serio cognoscitivamente; pues como nadie puede vivir sólo de que el Derecho le asista, no se puede organizar útilmente la vida sólo con la certeza de que en caso de necesidad se realizará una garantía normativa. A partir de este hallazgo son necesarias las medidas de seguridad complementarias de la pena, como el internamiento en un hospital psiquiátrico (§ 63 del StGB), o en una institución educativa (§ 64 del StGB), o en custodia de aseguramiento (§ 66 del StGB) junto a la pena, entre otras. La función de estas medidas de seguridad reside en producir tal medida de seguridad cognoscitiva sin que la garantía normativa se deshaga de ninguna base apta de organización.

También una medida de seguridad que acompaña a la pena sirve, pues, al mantenimiento de la autoridad de la norma, apoyando el efecto de la pena sobre el hecho ocurrido mediante el respaldo cognoscitivo de la norma, es decir, incluso al margen del efecto secundario de tipo preventivo general ya mencionado, que se deriva principalmente del carácter de padecimiento propio de la medida de seguridad. La vinculación de medida de seguridad y autoridad de la norma aclara por qué la infracción debe ser sintomática del peligro de infracciones posteriores: No se trata de acometer una revisión general de la persona del autor con motivo del hecho, sino de que el efecto indiciario del hecho impide subsanar la situación exclusivamente mediante la pena.

b') A causa de su mera función auxiliar, la medida de seguridad complementaria de la pena ha de limitarse al *quantum* necesario para apoyar el efecto de la pena. Tal limitación es altamente significativa para la finalización de una medida de seguridad: ésta no ha de acabar ya cuando se ha eliminado el peligro de hechos posteriores, sino sólo cuando la autoridad de la norma ha dejado de estar en duda, porque se ha acometido un intento de mejora serio y no ostensiblemente sin éxito (o en caso de custodia de seguridad: se esperan circunstancias modificadas).

b) En las medidas de seguridad *sustitutivas de la pena*, es decir, aquellas **57**
que se imponen por el comportamiento inculpable del autor, sólo resta —al margen del efecto secundario de tipo preventivo-general consistente en infligir un mal— esa leve relación con la autoridad de la norma que se deriva de la circunstancia de que se procede contra el autor, de que se toma en serio el conflicto y el autor como su causa (a las meras faltas de tacto y a las groserías no les sigue reacción de corrección o aseguramiento). Sin embargo, una medida sustitutiva de la pena no tiene una mera función auxiliar, sino que constituye una forma de solución propia. Como el conflicto se combate sólo cognoscitivamente y no normativamente, la medida de seguridad debe tener éxito también cognoscitivamente: la meta es —frente a lo que ocurre en la medida de seguridad complementaria— no la autoridad de la norma, sino la eliminación de peligros.

c) Entre las dos clases de medidas mencionados antes se halla la que se **58**
impone *en lugar de la pena*, es decir, aquella que se impone o se ejecuta frente al autor culpable en lugar de la pena (§ 67, párrafos 4 y 5 del StGB). Tiene en común con la medida complementaria de la pena que representa una reacción a una infracción normativa imputable, y con las medidas sustitutivas de la pena

que la solución del conflicto se busca exclusivamente en el ámbito cognoscitivo. La norma vulnerada ha de estabilizarse, aumentando la probabilidad fáctica de que se la obedezca. Se trata por tanto del fortalecimiento de la autoridad de la norma sólo mediante la eliminación del peligro. No se ha determinado si esto es realizable no sólo en casos excepcionales (*vid. supra* acerca de la prevención especial 1/39).

59 2. *a)* En correlación con las distintas funciones de las medidas de seguridad, ha de determinarse de modo distinto la *consecución de sus fines*. En la medida complementaria de la pena sólo se trata de crear la seguridad cognoscitiva que es necesaria para el apoyo de una garantía normativa. Por el contrario, en las otras dos clases de medidas ha de solucionarse el conflicto exclusivamente desde el punto de vista cognoscitivo; la comprobación de si el peligro está eliminado debe efectuarse por ello en éstas según un baremo más estricto.

60 *b)* También en la evaluación de la *proporcionalidad* [86a] surgen distintos intereses a tener en cuenta y ponderar según la clase de medida. Mientras que en la medida complementaria de la pena y (a pesar del modo de proceder cognoscitivo) también en la medida impuesta en lugar de la pena se trata principalmente del mantenimiento de la confianza de la generalidad en la norma, en una medida sustitutiva de la pena es primordialmente la eliminación de peligros para los bienes (no para las normas) lo que sin embargo cuenta menos. Los intereses del autor han de evaluarse tanto menos cuanto más es responsable del peligro, de modo que en esa medida una reacción frente a un delincuente habitual que actúa culpablemente puede ser aún proporcional, pero frente a un enfermo mental no serlo ya. Además, en las medidas sustitutivas de las penas —a diferencia de las medidas complementarias de las penas— ha de tenerse en cuenta en contra del autor que no se le impone ninguna pena a pesar de haberse comportado culpablemente. La vaga formulación del § 62 del StGB no da cuenta de la necesidad de estas apreciaciones diferenciadas [87]. Los detalles se analizan en la doctrina de las consecuencias jurídicas.

60a 3. Que para un autor no (enteramente) responsable al final el gravamen total de las reacciones consiguientes a un hecho punible (no se alude a las reacciones según las leyes sobre internamiento de los *Länder*) pueda ser notablemente mayor que el de un autor enteramente responsable no puede satisfacer al menos en aquellos casos en los que la pérdida de responsabilidad no puede imputársele al autor mismo.

[86a] Al respecto, con bibliografía, BVerfG NStZ, 1986, pp. 185 ss.; *Bae*, Grundsatz, pp. 81 ss., 213 ss.; *LK-Hanack*, § 62, núm. marg. 9 ss.; crítica notable en *Eickhoff*, NStZ, 1987, pp. 65 ss.

[87] *SK-Horn*, § 62, núm. marg. 8, compara acertadamente la posibilidad de distinción con la existente en la determinación de la pena.

APARTADO 2

La legitimación material del Derecho penal

BIBLIOGRAFIA: *K. Amelung,* Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; *el mismo,* recensión, ZStW, 87, pp. 132 ss.; *el mismo,* Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, JZ, 1982, pp. 617 ss.; *G. Arzt,* Viktimologie und Strafrecht, Monschrkrim, 1984, pp. 105 ss.; *A. Baratta,* Integrations-Prävention. Eine systemtheoretische Neubegründung der Strafe, KrimJ, 1984, pp. 132 ss.; *R. Bloy,* Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes, ZStW, 100, pp. 485 ss.; *P. Bockelmann,* Noticias bibliográficas, ZStW, 74, pp. 304 ss.; *E. Brandt,* Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips für Entpoenalisierungen im Strafrecht, 1988; *R.-P. Calliess,* Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1974; *G. Dahm,* Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft, ZStW, 57, pp. 225 ss.; *J. Driendl,* Zur Notwendigkeit und Möglichkeit einer Strafgesetzgebungswissenschaft in der Gegenwart, 1983; *U. Ebert,* Verbrechensbekämpfungt durch Opferbestrafung?, JZ, 1983, pp. 633 ss.; *J. Feinberg,* The Moral Limits of the Criminal Law, t. I (Harm to Others), 1984, t. 2 (Offence to Others), 1985, t. 3 (Harm to self), 1986, t. 4 (Harmless Wrongdoing), 1988; *I. Fetscher,* Zum Prozeß und das Buch «Wie alles anfing» von Baumann, en: *K. Lüderssen et al.* (ed.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, t. 2, 1980, pp. 506 ss.; *Th. Fischer,* Das Verhältnis der Bekenntnisbeschimpfung (§ 166 StGB) zur Volksverhetzung (§ 130 StGB), GA, 1989, pp. 445 ss.; *M. Frommel,* Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion, 1987; *la misma,* Welzels finale Handlungslehre, en: *U. Reifner et al.* (ed.), Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich, 1984, pp. 86 ss.; *W. Gallas,* Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, Gleispach-Festschrift, pp. 50 ss.; *el mismo,* Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968; *M. Grünhut,* Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Frank-Festgabe, t. I, pp. 1 ss.; *G. Grünwald,* Billigung von Straftaten (§ 140StGB), en: *K. Lüderssen et al.* (ed.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, t. 2, 1980, pp. 489 ss.; *E.-W. Hanack,* Empfiehlt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?, Gutachten 47. DJT, t. I (A); *R. Hassemer,* Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, 1981; *W. Hassemer,* Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973; *el mismo,* Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974; *el mismo,* recensión, ZStW, 87, pp. 146 ss.; *el mismo,* Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, Arthur Kaufmann-Festschrift, pp. 85 ss.; *el mismo,* Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, NStZ, 1989, pp. 553 ss.; *Th. Hillenkamp,* Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; *R. M. Honig,* Die Einwilligung des Verletzten, Parte I, 1919; *H. Jager,* Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, 1957; *G. Jakobs,* Die Aufgabe des strafrechtlichen Ehrenschutzes, Jescheck-Festschrift, pp. 627 ss.; *el mismo,* Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW, 97, pp. 751 ss.; *H. Jung,* Zur Strafbarkeit des Inzests, Leferenz Festschrift, pp. 311 ss.; *G. Kaiser,* Kriminalisierung und Entkriminalisierung in Strafrecht und Kriminalpolitik, Klug-Festschrift, pp. 579 ss.; *Arthur Kaufmann,* Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht, Henkel-Festschrift, pp. 89 ss.; *el mismo,* Tendenzen im Rechtsdenken der Gegenwart, 1976; *J. Krümpelmann,* Die Bagatelldelikte, 1966; *Kr. Kühl,* Neue Gesetze gegen terroristische Straftaten, NJW, 1987, pp. 737 ss.; *K. L. Kunz,* Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984; *F. J. Kurth,* Das Mitvers-

chulden des Opfers beim Betrug, 1984; *E.-J. Lampe*, Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis, Welzel-Festschrift, pp. 151 ss.; *F. v. Liszt*, Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche, ZStW, 6, pp. 663 ss.; *el mismo*, Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, ZStW, 8, pp. 133 ss.; *F. Loos*, Zum «Rechtsgut» der Bestechungsdelikte, Welzel-Festschrift, pp. 879 ss.; *M. Maeck*, Opfer und Strafzumessung, 1983; *M. Marx*, Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut». Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, 1972; *K. Marxen*, Der Kampf um das liberale Strafrecht, 1975; *M. E. Mayer*, Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903; *E. Mezger*, Die Straftat als Ganzes, ZStW, 57, pp. 675 ss.; *A. Montenbruck*, Abwägung und Umwertung, 1989; *H. Müller-Dietz*, Instrumentuelle vs. sozialethische Funktion des Strafrechts- am Beispiel der Pönalisierung von Verhaltensweisen, Arthur Kaufmann-Festschrift, pp. 95 ss.; *W. Naucke*, Die Sozialphilosophie des sozialwissenschaftlich orientierten Strafrechts, en: *W. Hassemer et al.*, Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?, 1983, pp. 3 ss.; *U. W. Neumann* y *U. Schroth*, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980; *H. Otto*, Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand, en: *H. Müller-Dietz* (ed.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, pp. 1 ss.; *el mismo*, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW, 87, pp. 539 ss.; *K. Peters*, Die ethischen Grundlagen des Strafprozesses, Würtenberger-Festschrift, pp. 77 ss.; *F. Preiser*, Wie weit sollte das Sittlichkeitsstrafrecht reformiert werden?, ZStW, 82, pp. 6 ss.; *R. Rengier*, Zur Bestimmung und Bedeutung der Rechtsgüter im Umweltstrafrecht, NJW, 1990, pp. 2506 ss.; *G. Roos*, Entkriminalisierungstendenzen im Besonderen Teil des Strafrechts, 1981; *C. Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS, 1966, pp. 377 ss.; *H.-J. Rudolphi*, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, Honig-Festschrift, pp. 151 ss.; *W. Sax*, Grundsätze der Strafrechtspflege, en: *K. A. Bettermann, H. C. Nipperdey, U. Scheuner* (ed.), Die Grundrechte, t. III (2), 2.ª ed., 1972, pp. 909 ss.; *F. Schaffstein*, Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung? Deutsches Strafrecht, 2 (1935), pp. 97 ss.; *el mismo*, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, en: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, pp. 108 ss.; *el mismo*, Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma, Deutsches Strafrecht, 4 (1937), pp. 33 ss.; *E. Schmidhäuser* Der Unrechtstatbestand, Engisch-Festschrift, pp. 433 ss.; *E. Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930; *K. Seelmann*, Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht, NJW, 1990, pp. 1257 ss.; *P. Sina*, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut», 1962; *G. Stratenwerth*, Leitprinzipien der Strafrechtsreform, 1970; *K. Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; *H. Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935; *el mismo*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW, 58, pp. 491 ss.; *el mismo*, Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes, Kohlrausch-Festschrift, pp. 101 ss.; *K. D. Wiegand*, Die Tierquälerei, 1979; *M. J. Worms*, Die Bekenntnisbeschimpfung im Sinne des § 166 Absatz I StGB und die Lehre vom Rechtsgut, 1984; *H. Zipf*, Kriminalpolitik, 2.ª ed., 1980.

I. EL NIVEL DE REFERENCIA DE LA PROTECCION JURIDICO-PENAL: LAS NORMAS COMO BIENES JURIDICO-PENALES

1 A. El Derecho penal se legitima formalmente mediante la aprobación conforme a la Constitución de las leyes penales. La legitimación material reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado. No existe ningún contenido genuino de las normas penales, sino que los contenidos posibles se rigen por el respectivo contexto de

la regulación. Al contexto de la regulación pertenecen las realidades de la vida social así como las normas —especialmente las jurídico-constitucionales.

B. 1. La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de 2
la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas. Por eso —aun contradiciendo el lenguaje usual— se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora *bien jurídico-penal.*

2. *a)* Al emplear de este modo el concepto puede sorprender de entrada 3
la estrecha conexión con las normas penales, pues los bienes se pueden definir también sin este rodeo normativo nombrando lo que el autor —desde luego en caso de un delito de lesión en sentido material— destruye: vida, salud, propiedad, pudiendo quedar relegada por el momento la cuestión de si los objetos mencionados deben ser bienes por sí mismos o por su utilidad para una persona o para la sociedad. Tampoco se debe poner en duda que tales objetos pueden llamarse razonablemente bienes, pues son situaciones valoradas positivamente y por tanto «buenas» para el que valora.

b) Pero los bienes de esta clase pueden resultar menoscabados también 4
mediante sucesos naturales (enfermedad, «cansancio» de los materiales), y asimismo mediante procesos en los que ciertamente intervienen personas, pero que no son evitables (ni dolosos ni imprudentes). Esto puede carecer de importancia para su entendimiento como bienes, pero no para su cualificación como bienes jurídico-penales. Si, p. ej., se denominan bienes jurídico-penales sin más a las situaciones valoradas positivamente, se deriva la extraña consecuencia de que el Derecho penal a veces (e incluso en algunos ámbitos casi siempre) no se preocupa de la pérdida de sus bienes: la muerte por decrepitud senil, que una cosa se estropee con el tiempo, etc., representan pérdidas de bienes en el sentido mencionado, pero no realizan ningún tipo penal [1]. Así pues, el Derecho penal no cumple la función de garantizar la existencia de dichos bienes en todo caso, sino sólo frente a ataques de determinada clase. Si el fundamento de esta abstención se impusiese al Derecho penal desde fuera, sería adecuado llamar bienes jurídico-penales a objetos de la clase mencionada por sí mismos o por su utilidad para personas o para la sociedad, pues se señalaría jurídico-penalmente una protección amplia que se limitaría a determinadas formas de ataque sólo por motivos ajenos al Derecho penal. Con este modo de entender, sin embargo, toda destrucción de un bien en el sentido indicado, suceda como suceda, debe ser una perturbación penalmente relevante. Con lo absurdo de esta concepción (¿Es toda enfermedad un ataque a bienes jurídico-penales?) se pone de manifiesto cuán limitada es la utilidad de tal concepto de bien: Es verdad que acierta en designar qué situaciones han de considerarse bienes, pero pasa por alto la misión específica del Derecho penal, al confundir indebidamente bajo el mismo rasero «perturbación por haber lesionado el bien», las fuerzas de la naturaleza, o el comportamiento humano no evitable con el

[1] *Bockelmann,* ZStW, 74. pp. 311 ss. 313.

comportamiento imputable —el único que interesa al Derecho penal—. Como consecuencia, desde luego en caso de bienes que no pierden su función por la evolución social, sino que perecen por condicionantes físicos (debilidad senil), el pasado se convierte en un gigantesco cementerio de bienes jurídicos, que demuestra claramente que en caso de lesión de un bien en el sentido indicado no se alcanza el nivel en el que se desenvuelve el Derecho penal.

5 C. 1. Al Derecho penal no le interesa toda alteración perjudicial para un bien en tanto que situación valorada positivamente; más bien la alteración debe dirigirse contra la propia valoración positiva. Esto sólo puede tener lugar mediante un comportamiento humano con el contenido expresivo de que no era pertinente respetar la valoración positiva. Lo que constituye una lesión de bien *jurídico-penal* no es la causación de una muerte (ésta es simplemente lesión de un bien), sino la oposición a la norma subyacente en el homicidio evitable. El homicidio evitable tiene el sentido de una oposición a la norma subyacente en los delitos de homicidio, porque al autor se le hace responsable, a causa de su conocimiento (dolo) o cognoscibilidad (imprudencia), de haber elegido (*vid. infra* 6/24) realizar el comportamiento que acarrearía consecuencias en lugar de la alternativa inocua. La norma obliga a elegir la organización a la que no siguen daños, pero el autor se organiza de modo que causa daño imputablemente: su proyecto de conformación del mundo se opone al de la norma. Sólo este punto de vista eleva el bien jurídico-penal a la esfera en que se desarrolla la interacción social que interesa al Derecho penal: la esfera de la *significación* del comportamiento (delictivo) en tanto que negación del *significado* de normas y el reforzamiento de perseverar en el significado de la norma por medio de la reacción punitiva [2]. Bien jurídico-penal en el ámbito de los delitos contra la propiedad, según este modelo, no es la cosa ajena o la relación del propietario con su cosa como unidad funcional de acciones y satisfacción

[2] Son escasos los esfuerzos por llevar a un mismo plano bien jurídico, infracción de la norma y pena. Ante todo hay que mencionar a *Welzel,* Strafrecht, § 1, I; *el mismo,* ZStW, 58, pp. 491 ss., 509 ss.; *el mismo,* Kohlrausch-Festschrift, pp. 101 ss., 107 ss., que distingue entre valores de hecho y valores de acción (obviamente, sólo califica de bienes jurídicos a los valores de hecho): «Más importante que la protección de los diversos bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la vigencia real (observancia) de los valores de acción de actitud jurídica» (Strafrecht, loc. cit.). En relación con la teoría de *Welzel, vid. Amelung,* Rechtsgüterschutz, pp. 165 ss., 273 ss.; *Hassemer,* Theorie, pp. 87 ss. La objeción, tan extendida, de que centrar la atención en el desvalor de acción conduce a un Derecho penal de la actitud, ya que en el sistema de *Welzel* el *hecho* penal no tiene ningún puesto de necesidad, es predicable, hasta ahora, de toda teoría: Incluso si se parte de atender a la protección de bienes jurídicos perceptibles sensorialmente, no surge respuesta alguna a la pregunta de si se da un ataque (y cuándo) tan peligroso que haga necesaria la pena. Todo hecho penal se inicia en la mente del autor y concluye en el mundo exterior. Por consiguiente, el principio del hecho no cabe explicarlo tampoco a partir del principio de protección de bienes jurídicos en la concepción convencional (*Jakobs,* ZStW, 97, pp. 751 ss., 752 s.; *de otra opinión, Sax,* Grundrechte, t. III (2), pp. 909 ss., 913; *Hassemer,* Theorie, p. 97; *Jescheck,* AT, § 1, III, 2, entre otros). La objeción de *Baratta* (KrimJ, 1984, pp. 132 ss., 139) de que desaparecería la diferencia entre Derecho y Moral se basa en la infundada equiparación entre la desnaturalización (que tiene lugar) y el recurrir más (que no tiene lugar) a lo interno. Básico, además, *Schmidhäuser,* Engisch-Festschrift, pp. 433 ss., 444 s.; *el mismo,* AT, 2/30: «La lesión del bien jurídico es un fenómeno espiritual... La lesión del bien jurídico consiste en la lesión de la pretensión de respeto que surge del bien jurídico (?) por parte de un comportamiento voluntario»; *el mismo,* Studienbuch, 5/27: «la pretensión de respeto que surge de los hechos valiosos». De modo semejante a como aquí se propugna, *Otto,* ZStW, 87, pp. 539 ss., 554 ss., 562.

de necesidades, o para la consecución de fines, sino la validez del contenido de la norma de que debe protegerse la propiedad; correlativamente, en el ámbito de los delitos de lesiones, bien jurídico-penal es la validez del contenido de la norma de que hay que respetar la integridad corporal ajena, etc. Bien jurídico-penal es la vinculatoriedad práctica de la norma.

2. El bien jurídico-penal en el sentido indicado no puede ser atacado por un comportamiento como suceso externo, sino sólo por un comportamiento en tanto que suceso significativo. En virtud del principio del hecho, desde luego sólo concurre un hecho penal cuando tiene lugar un suceso externo, perceptible por los sentidos. Pero el objeto de este comportamiento exterior no es el bien jurídico-penal, sino que más bien han de distinguirse bien jurídico-penal y *objeto de la acción* (sería más exacto decir: objeto del comportamiento) [3].

El objeto de la acción puede consistir incluso en lo contrario a un objeto, **6**
cuando el comportamiento consiste en la producción de objetos no deseados, como sucede en la falsificación de moneda o de documentos (§§ 146 ss., 267, 348 del StGB), o en la creación de informaciones no deseadas, como en las injurias, la revelación de secretos o en la estafa (§§ 185, 203, 263 del StGB). En la medida en que no se valore jurídicamente de modo negativo el objeto de la acción, se le puede denominar *objeto de ataque*. A su vez, algunos objetos de ataque se pueden definir como bienes antepuestos al bien que realmente importa (p. ej., la propiedad como el bien antepuesto a la posibilidad de desarrollo personal), mientras que otros representan sólo el ataque contra un bien (p. ej., el funcionario ejecutor en el delito de resistencia del § 113 del StGB).

II. ¿LEGITIMACION MATERIAL DEL DERECHO PENAL POR MEDIO DE LA PROTECCION DE BIENES JURIDICOS?

A. Problemas generales

1. El nivel de referencia del bien jurídico-penal del que se ha tratado has- **7**
ta ahora, al debatir el problema «el Derecho penal como protección de bienes jurídicos» (o «el hecho punible como lesión del bien jurídico») [4], no se suele hallar en primer plano [5]. Se trata más bien de si las *normas* jurídicas (y con ellas sólo indirectamente también el propio Derecho penal) sólo son legítimas si protegen bienes jurídicos, sin que esté especialmente claro lo que es un bien jurídico en este contexto. «El bien jurídico se ha convertido en un auténtico

[3] *Jescheck*, AT, § 26, I, 4; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 210; *Schmidhäuser*, AT, 2/31 s.; *Maurach-Zipf* AT, I, § 19, núm. marg. 14 ss.; *Baumann-Weber* AT, § 12, II, II, 3 *a*.

[4] No se quiere decir que todo hecho punible tenga que conseguir lesionar, sino que toda norma ha de tener por finalidad evitar lesiones.

[5] Acerca de la historia dogmática, *vid. Sina*, Dogmengeschichte, *passim*; básico sobre la relación entre la historia del concepto de bien jurídico y la historia general de las ideas, *Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 15 ss., con correcciones en parte notables de la exposición de *Sina* (al respecto, resumiendo, pp. 10 ss.); una exposición centrada en la relación mutua entre bien jurídico y realidad social la proporciona *Hassemer*, Theorie, *passim*; sobre *Amelung*, *vid. Hassemer*, ZStW, 87, pp. 145 ss.; sobre *Hassemer*, *vid. Amelung*, ZStW, 87, pp. 132 s.; sobre el ámbito jurídico anglosajón, ampliamente, *Feinberg*, Limits, *passim*.

Proteo, que en las propias manos que creen sujetarlo se transforma en seguida en algo distinto» [6]. A partir de aquí se entenderá como *bien jurídico* el objeto de protección de una norma, en contraposición con la propia validez de una norma como bien jurídico-penal.

8 2. *a)* Lo que se discute es desde qué punto de vista ha de establecerse lo que se tiene en cuenta como objeto de protección de la norma, e incluso si se debe utilizar un único criterio (teorías monistas), o si puede cambiar la perspectiva (teorías dualistas). Junto a la asignación (monista) de todos los bienes jurídicos al ciudadano individual [7] se encuentran otras asignaciones a la sociedad, y a través de ella al ciudadano [8], así como asignaciones (dualistas), que en los casos de bienes jurídicos individuales se dirigen al ciudadano, o en caso de bienes jurídicos estatales o supraindividuales se dirigen a la sociedad o al Estado [9], y finalmente asignaciones (de nuevo monistas) sólo a la «comunidad jurídica» [10].

9 *b)* La discusión se refiere a dos ámbitos de problemas que han de separarse convenientemente:

a') De entrada se trata de quién es el favorecido en definitiva por la «función protectora». Aquí cabe sostener que incluso la protección del individuo (vida, libertad, etc.) es necesaria sólo porque la sociedad necesita miembros con capacidad de acción, o porque, a la inversa, la protección del Estado (p. ej., ante la alta traición) o de las instituciones de la sociedad en su conjunto sólo se verifica porque el individuo necesita para sobrevivir el auxilio del Estado. Esta disputa acerca de la finalidad del Estado no se puede dirimir en relación con las normas jurídico-penales, y menos aún limitándose al concepto de bien jurídico. De todos modos, se descartan las soluciones radicales: Las normas penales están garantizadas mediante la conminación de reacciones formales, y por ello son tan poco concebibles sin un orden formal entre los individuos singulares como a la inversa una sociedad sin miembros [11].

10 *b')* Además, cabe preguntarse desde qué punto de vista ha de establecerse qué bienes, se asignen a quien se asignen, son dignos de protección y la necesitan. Este punto de vista es el público, aun cuando se trate de la protección de bienes privados, pues cuando se eleva algo a bien jurídico de una norma penal, ello quiere decir por definición que su protección se convierte en una tarea pública. Con ello, sin embargo, no se ha determinado qué bienes privados deben ser protegidos bajo tutela pública y qué bienes públicos necesitan protección penal. La doctrina de los bienes sirve de poco para decidir esta cuestión. La respuesta depende más bien de la dañosidad social de la conducta lesiva,

---

[6] *Welzel*, ZStW, 58, pp. 491 ss., 509.

[7] *M. Marx*, Definition, pp. 79 ss., y *passim*; *Hassemer*, Theorie, pp. 68 ss., con distinciones notables, pp. 233 ss.

[8] *SK-Rudolphi*, núm. marg. 8 s., ante § 1; *el mismo*, Honig-Festschrift, pp. 151 ss., 161 s.; *Calliess*, Theorie, pp. 131 ss., 143 ss.

[9] *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen, pp. 113 ss., 118 ss.; *Schmidhäuser*, Engisch-Festschrift, pp. 443 ss., 443 s., y la doctrina dominante, *vid.* sólo *Maurach-Zipf*, AT, I, § 19, núm. marg. 4 ss.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 10, ante § 13.

[10] *Binding*, Normen, t. I, pp. 357 ss.

[11] *Vid. Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 391 s.

con la que no se corresponde necesariamente la disvaloración del comportamiento lesivo para los bienes.

c') Por último, ha de establecerse la capacidad para disponer de un bien en tanto que se le encuentra digno de protección y necesitado de ella. La decisión no queda prejuzgada por la suposición de quién es el favorecido en definitiva. Así, en un modelo según el cual la protección de la propiedad no deba servir al individuo, sino a la vida económica general y a través de ello favorecer al Estado, se puede dejar la capacidad para disponer al ciudadano singular, p. ej., en la suposición de que su egoísmo garantiza un empleo económicamente óptimo. A la inversa, en un modelo en virtud del cual la protección del bien debe llevarse a cabo en favor del individuo, puede estar sujeta su capacidad para disponer, p. ej., si se le prescribe lo que es conveniente (la voluntad correcta del que posee la capacidad prevalece sobre su voluntad real). Pero, ante todo, los bienes que deben servir a todos los individuos sólo se pueden gestionar en común, de modo que incluso con un criterio individualista al reconocer los bienes no se puede soslayar la capacidad de disposición del Estado (p. ej., propiedad pública) [11a]. **11**

Con arreglo al Derecho vigente, la determinación de la capacidad se lleva a cabo de modo dualista —a excepción de los bienes absolutamente indisponibles, como p. ej. la existencia de la República Federal Alemana—; junto a los bienes cuya capacidad de disponer corresponde al individuo o a una agrupación de individuos, aparecen los bienes (disponibles en absoluto menos veces) que pertenecen al Estado o a otra persona jurídica de Derecho público, y los bienes cuya capacidad corresponde a la sociedad en general. De la capacidad de disposición depende el efecto (excluyente del tipo o justificante) del consentimiento (*infra* 7/114; 14/7).

— Cuanto más decrece la confianza en que los presupuestos de la vida y de la configuración de la vida de los ciudadanos se ajustarán por vías naturales mediante autorregulación del mercado o de otra forma, tanto más asume el Estado la administración de tales presupuestos y extiende, en su regulación final, la protección penal a estos presupuestos, que alcanzan el rango de bienes jurídicos: medio ambiente, salud pública, etc. En cuanto al principio, esto no constituye ninguna novedad; en puridad, toda institucionalización de la actividad estatal puede convertirse en bien jurídico; en esa medida los modernos fines del Estado no se diferencian de los clásicos (seguridad externa e interna). Pero los nuevos bienes presentan especialidades cuantitativas que diluyen el concepto de bien jurídico: su límite con lo adecuado socialmente es, cuando claro, objetivamente arbitrario (drogas prohibidas contra drogas permitidas), y en los demás casos un producto tan vago del arbitrio del Gobierno y de la Administración que la protección del bien amenaza con desaparecer detrás la protección de la ejecutabilidad de las decisiones (medio ambiente). Pero no se ha deter-

---

[11a] *Zaczyk* distingue originariamente entre bienes jurídicos constituidos interpersonalmente (Unrecht, pp. 165 ss.), bienes jurídicos de la sociedad (pp. 170 ss.) y bienes jurídicos del Estado de libertades (pp. 181 ss.); en función de su distinta constitución, les vincula distintas consecuencias para la tentativa, sobre todo para los defectos de la acción típica (pp. 231 ss.). Al respecto, *infra* 25/nota 57.

minado si el Estado social que administra la calidad de vida podría renunciar libremente a la protección de tales bienes jurídicos [11b].

B. El concepto de bien jurídico

12 1. Un bien es una situación o hecho valorado positivamente. El concepto de situación se entiende, en este contexto, en sentido amplio, comprendiendo no sólo objetos (corporales y otros), sino también estados y procesos. Un bien llega a ser bien jurídico por el hecho de gozar de protección jurídica. Sin embargo, podría argumentarse que la protección jurídica constituye prueba suficiente y decisiva de la valoración positiva de la situación. El bien jurídico se determina entonces de modo positivista y el concepto abarca «todo lo que a los ojos de la ley, en tanto que condición de la vida sana de la comunidad jurídica, es valioso para ésta» [12]. La concreción de esta determinación conduce a una «enumeración un tanto desordenada de los "activos del ordenamiento jurídico"» [13], es decir, como fruto de la enumeración no cabe extraer teoría alguna de la sociedad, sino sólo las oscilaciones y compromisos en la práctica. También en esta variante positivista se halla aún un aspecto crítico para con el Derecho positivo [14]: Si ha de existir un bien jurídico es que la ley debe considerar ya alguna situación como valiosa para la «vida sana», lo que falta cuando la ley regula modos de conducta cuyo rendimiento no es valioso para algo, sino que constituye un valor por sí mismo, especialmente cuando la ley prescribe un comportamiento moral como tal. De todos modos, este resto crítico del concepto de bien jurídico se puede reducir también concibiendo la definición del concepto tan elásticamente que incluya todo fin de regulación. El bien jurídico ha de entenderse entonces como «sentido y finalidad de las proposiciones jurídicas singulares» [15] o como «abreviatura de la idea de fin» [16].

13 2. Sin embargo, al concepto de bien jurídico le asigna la doctrina mayoritaria una función más fuertemente crítica. El valor de situación no debe ser renunciable —el que el «mero actuar contra las buenas costumbres» o la «mera inmoralidad» por falta de lesión de bien jurídico no quepa definirlo como he-

---

[11b] Inclinado a la renuncia, *Hassemer*, Arthur Kaufmann-Festschrift, pp. 85 ss., 90 ss.; *el mismo*, NStZ, 1989, pp. 553 ss., 557 ss.; con bastante más reservas *AK-Hassemer*, núm. marg. 274 ss., ante § 1. Con detalles, en favor de la referencia de la protección del ambiente al individuo, rechazando la protección del ambiente por sí misma, *AK-Hassemer*, núm. marg. 276 ss., 280, ante § 1; *Bloy*, ZStW, 100, pp. 484, 487 ss.; distinguiendo, *Rengier*, NJW, 1990, pp. 2506 ss., todos con bibliografía.

[12] *Binding*, Handbuch, t. I, pp. 353 s.; *el mismo*, Normen, t. I, pp. 338 ss., 341 s. Sobre *Binding*, detalladamente, *Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 73 ss.; *Hassemer*, Theorie, pp. 42 ss.; *Sina*, Dogmengeschichte, pp. 41 ss.

[13] *V. Liszt*, ZStW, 6, pp. 663 ss., 676, contra *Binding*; al respecto, *Frommel*, Präventionsmodelle, pp. 115 ss.

[14] *Vid. Hassemer*, Theorie, p. 47; *el mismo*, Arthur-Kaufmann-Festschrift, pp. 85 ss. (con razón, sobre la potencia crítica más reducida —por propensos a la ideología— de los bienes no personales, pp. 89 ss., 92 ss.); *AK-Hassemer*, núm. marg. 262 ss., 274 ss., ante § 1; *Amelung*, Rechtsgüterschutz, p. 80.

[15] *Honig*, Einwilligung, p. 94; en conclusión, también *Maeck*, Opfer, pp. 26 ss.

[16] *Grünhut*, Frank-Festgabe, t. I, pp. 1 ss., 8; *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung, p. 27; *vid.* sobre ello, *Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 130 ss.; *Hassemer*, Theorie, p. 49.

cho punible se puede señalar como una de las principales metas de la doctrina del bien jurídico— [17] y tampoco hay que atenerse para la determinación del valor a los «ojos de la ley». Más bien, la bondad del bien jurídico debe ser ya un «interés vital» antes de su reconocimiento jurídico. «No es el ordenamiento jurídico el que crea el interés, sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a la condición de bien jurídico» [18], aun cuando no queda claro en virtud de qué criterios el Derecho positivo distingue entre los intereses que han de reconocerse y los que han de rechazarse (también los delincuentes persiguen intereses) [19]. Con optimismo naturalista menos acusado, en lugar de la «vida» como creadora de intereses, aparece al menos en ocasiones la cultura. «Si se quiere conocer cómo han surgido los intereses, hay que estudiar la Historia de la Cultura, pero no se debe olvidar que algunos intereses fundamentales son innatos a la propia naturaleza humana» [20]. Ahora bien, obviamente, la indeterminación de la «cultura» (¿una cultura aislada del respectivo ordenamiento jurídico?) [21] como fuente de intereses debilita la potencia crítica.

3. *a)* Ultimamente los esfuerzos se dirigen a conservar para el concepto **14**
de bien jurídico la relación (comprendida en el interés, valorable positivamente) [22] [23] entre una persona y una situación, pero sin imponer al concepto la función de designar a las fuentes de estas relaciones valorativas (vida, cultura, ordenamiento constitucional, etc.) [24]. Con esta inclusión de la persona en el concepto de bien jurídico se puede encontrar lo valioso del bien jurídico mejor que mediante la mera enumeración de objetos. Desde luego que así pierde claridad el concepto, pero hay que aceptarlo, porque ciertamente no existe posibilidad de definirlo con mayor claridad. No obstante, la inclusión de la persona hay que precisarla aún. No se trata del acto de valoración realizado por la persona (que no necesita protección penal), sino de la posibilidad de que una persona realice sus intereses. La posibilidad asignada a una persona, referida a ella, consistente en el uso y disfrute de una situación valorada positivamente: eso es el bien jurídico. Ejemplo: bien jurídico de los delitos contra la propie-

---

[17] *M. Marx,* Definition, pp. 84 ss.; *Roxin,* JuS, 1966, pp. 377 ss., 382; *Rudolphi,* Honig-Festschrift, pp. 151 ss., 162, 165; *Jaeger,* Strafgesetzgebung, pp. 29 ss., y *passim*; *Worms,* Bekenntnisbeschimpfung, pp. 80 ss. y otras. De otra opinión, *Preiser* ZStW, 82, pp. 655 ss., 658; también *Peters,* Würtenberger-Festschrift, pp. 77 ss., 78 s.

[18] *V. Liszt* Strafrecht, 5, § 3 I 1, con nota 1; *el mismo,* ZStW, 6, pp. 662 ss., 673; *el mismo,* ZStW, 8, pp. 133 ss.

[19] Para la crítica, *vid. Amelung,* Rectsgüterschutz, pp. 82 ss., 95.

[20] *M. E. Mayer,* Strafrecht, p. 21, subrayando, con razón, la distinción entre la función disolvente y configuradora del Derecho penal; *el mismo* Rechtsnormen, pp. 14 ss.; *vid.* asimismo *Lampe,* Welzel-Festschrift, pp. 151 ss. Acerca de las teorías neokantianas, con detalle, *vid. Amelung,* Rechstsgüterschutz, pp. 125 ss.

[21] Negándolo, *M. E. Mayer,* Rechtsnormen, pp. 23 s.

[22] El concepto se mantiene a veces; *Baumann-Weber,* AT, § 12, II, 3 *a*; *Maurach-Zipf,* AT, I, § 189, II, núm. marg. 10.

[23] *M. Marx* Definition, p. 67; *Sina* Dogmengeschichte, pp. 60 ss., 96 ss.; *Tiedemann,* Tatbestandsfunktionen, p. 115; *Stratenwerth,* AT, núm. marg. 210.

[24] Desde luego, también el Derecho penal puede realizar (temporalmente) antes la relación valorativa. Ciertamente hay que conceder que el Derecho penal es menos apropiado para impulsar la evolución; pero de ahí no se deduce que por principio sólo pueda ir a remolque; acertadamente, *Stratenwerth,* AT, núm. marg. 51; *Kunz,* Bagatellprinzip, pp. 136 ss., 144; *de otra opinión, SK-Rudolphi,* núm. marg. 5, ante § 1.

dad no es la cosa sobre la que recae la propiedad, sino la relación de posibilidad de utilización entre propietario y cosa.

15 *b)* Partiendo del criterio expuesto, los bienes jurídicos se definen, p. ej., como «objetos en su relación con las personas» [25], «unidades funcionales valiosas» [26], «potenciales» [27] o «participales» *(Partizipalien)*, es decir, «condiciones de posibilidad de participar en la interacción social» [28]. En lo sucesivo se adoptará el concepto de unidad funcional. En este concepto se pone de manifiesto que no cualquier objeto de regulación de una norma es un bien jurídico, sino sólo aquel que ha de desempeñar alguna función para la sociedad o para uno de sus subsistemas, incluido el ciudadano. Este concepto evita, además, el malentendido de que un bien jurídico deba referirse a algo perceptible sensorialmente o a un objeto similar. Desde luego, el concepto de unidad funcional tampoco resuelve el problema de qué funciones han de reconocerse como jurídicamente legítimas (también una asociación delictiva es una unidad funcional); en esta medida el concepto no ofrece ventaja alguna frente al de interés: este punto flaco es inherente, por su constitución, a todo concepto de bien jurídico.

C. Normas no referidas a bienes jurídicos

16 1. *a)* Muchos contenidos de normas del Derecho vigente no cabe explicarlos si se busca el fin de la norma sólo en la protección de bienes jurídicos, como sucede, entre otras, con las modalidades de hecho, de carácter objetivo y subjetivo, irrelevantes en relación con una lesión de bienes jurídicos. La protección de bienes jurídicos, por tanto, no alcanza a explicar todos los elementos del delito. Ni siquiera es necesaria para todos los delitos. La equiparación de fin de la norma y protección de bienes jurídicos o de delito y lesión de bienes jurídicos fracasa sobre todo en los delitos con infracción de un deber especial derivado de competencia institucional.

17 *b)* Por lo regular, el comportamiento que se espera del autor se agota en algo negativo: El autor no debe realizar comportamiento alguno que entrañe una lesión (*infra* 7/56; 21/16 ss.; 28/14; 29/29 ss.). En los casos de deberes especiales por responsabilidad institucional, sin embargo, debe existir entre el autor y el bien una relación positiva, es decir, una dedicación —no necesariamente interesada—, en el caso ideal una comunidad vital (*infra* 7/70; 21/115; 25/43 ss.; 28/25; 29/57 ss.). A causa de esta comunidad le afectan al autor expectativas especiales de comportamiento, cuyo contenido no se puede reflejar (deberes especiales que fundamentan pena, delitos especiales propios), o sólo incompletamente (deberes especiales que agravan la pena, delitos especiales impro-

---

[25] *M. Marx*, Definition, p. 67; similarmente, *Worms*, Bekenntnisbeschimpfung, pp. 79, 85 s., y *passim*.

[26] *SK-Rudolphi*, núm. marg. 8, ante § 1; *Rudolphi*, Honig-Festschrift, pp. 151 ss., 163; *Otto*, en: Strafrechtsdogmatik, pp. 1 s., 8.

[27] *Loos*, Welzel-Festschrift, pp. 879 ss., 888.

[28] *Calliess*, Theorie, pp. 143 ss.; esta definición no se ajustará al menos a aquellos bienes que (también) sirven para negar la participación en la interacción (p. ej., la esfera íntima).

pios), si se atiende a la no lesión de un bien [29]. La expectativa que se refiere a un deber especial no se deriva de la existencia actual de bienes, sino de la función que se le prescribe al autor para que se adapte a una institución. Si hay que esforzarse por obtener un concepto de bien jurídico no se puede atender a las unidades funcionales ya existentes y a su aseguramiento, sino que como unidad funcional ha de definirse la institución que debe gestionar el autor. La institución sólo es una unidad funcional si está intacta, para lo cual, a su vez, el autor debe desempeñar su papel. La relación del autor no es precisamente sólo negativa. Ejemplos: Quien maltrata a una persona confiada a su cuidado (§ 223 *b* del StGB) no realiza —junto a las lesiones, que no son delito especial— una vulneración de la relación de guarda, sino que la relación de guarda no existe en absoluto como unidad funcional (y no sólo como derecho) en caso de malos tratos. Del mismo modo, tampoco tienen lugar verdaderas administraciones patrimoniales de tutoría en caso de infidelidad (§ 266 del StGB), ni desempeño correcto de función pública en caso de cohecho (§ 332 del StGB) [30], ni administración de justicia en caso de prevaricación. Naturalmente, a la existencia de todo bien jurídico le es connatural que no se produzca su lesión; pero en los delitos especiales el bien jurídico como unidad funcional surge sólo cuando el sujeto del deber (el obligado) desempeña el papel que le está asignado en la institución. En los delitos especiales no se trata, pues, de la perturbación de unidades funcionales existentes, intactas en sí, sino de la negativa a dejarse integrar en la producción de una unidad funcional. En los delitos de propia mano se verifica un correlativo desplazamiento de la lesión del bien jurídico a la no-producción de bienes jurídicos.

2. Así pues, no cabe considerar que el núcleo de todos los delitos sea la **18**
lesión de un bien jurídico. Tal conclusión se ha modificado en el sentido de que el núcleo de todos los delitos sólo se hallaría en el incumplimiento de un deber [31]. Este incumplimiento de deber no ha de ser sólo un nombre que designe lo que tienen en común los delitos de lesión de un bien jurídico y los delitos especiales. Más bien, con la fórmula del delito como incumplimiento de un deber se alude a algo más que a un supraconcepto, es decir, a una concepción de todos los delitos a la manera de los delitos especiales. Nunca ha de tratarse de la lesión de un bien jurídico mediante la inobservancia de la relación sólo negativa (¡no lesionar!), sino siempre de la negativa a comportarse con-

---

[29] Desde luego, el concepto de bien jurídico se puede expandir de forma que abarque también todos los posibles elementos del delito, y con ello también los deberes especiales (así, p. ej., *Mezger*, ZStW, 57, 675 ss., 697; *AK-Hassemer*, núm. marg. 282, ante § 1), lo que sin embargo se ha criticado desde hace tiempo con razón como «noche para los conceptos, que hace desaparecer todas las diferencias» (*Welzel*, ZStW, 58, pp. 491 ss., 511, nota 30).

[30] La concepción de los §§ 331 ss. StGB como delitos para mantener la disposición de la ciudadanía a aceptar las decisiones de la autoridad (*Loos*, Welzel-Festschrift, pp. 879 ss., 890) abandona la unidad funcional, encaminándose hacia la protección de sentimientos; sobre ello, en seguida, *infra* 2/19.

[31] *Schaffstein*, DStr. 2 (1985), pp. 97 ss.; *el mismo*, en: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft (1935), pp. 108 ss.; matizadamente, *el mismo*, DStrR, 4 (1937), pp. 335 ss.; *Dahm*, ZStW, 57, pp. 225 ss.; distinguiendo notablemente *Welzel*, ZStW, 58, pp. 491 ss., 509 ss.; *Gallas*, Gleichspach-Festschrift, pp. 50 ss., 67 ss. Exposición detallada en *Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 216 ss.; *vid.* asimismo, *Sina*, Dogmengeschichte, pp. 79 ss.; *Marxen*, Kampf, pp. 177 ss.; *Frommel*, en Strafjustiz, pp. 86 ss.

forme al papel asignado en una institución, o sea, como ciudadano, patriota o similar. La confusión de relación sólo negativa y delitos especiales elimina una diferenciación dogmáticamente fructífera (*vid.* las referencias 2/17). Históricamente, la concepción esbozada del hecho punible como incumplimiento de un deber se ve negativamente afectada por los intentos de inspiración nacional-socialista de definir los deberes primariamente no por el comportamiento externo, sino por actitudes [32].

19 3. *a) a')* La concepción de la finalidad de la norma como protección de bienes jurídicos no se ajusta a aquellas normas que deben proteger directamente la paz social sin pasar por la protección de bienes [33], como p. ej. [34], las prohibiciones de maltratar a los animales [35] (§ 17 de la TierschutzG), de las injurias a la religión (blasfemia) [35a] (§ 166 del StGB), del incesto [35b] (§ 173 del StGB), del exhibicionismo (§ 183 del StGB) y la provocación de escándalo público (§ 183 *a* del StGB). Cabe armonizar estos delitos con la teoría del bien jurídico, interpretándolos como delitos de peligro extremadamente abstracto, que prohíben el ataque simbólico a bienes concretos. Así como el § 90 a del StGB protege al Estado en sus símbolos, en los casos mencionados, según esta concepción, se protege la vida humana, la libertad religiosa o la autodeterminación sexual, etc. La necesidad de una protección tan marcadamente anticipada puede defenderse siempre fácilmente y por ello no proporciona fundamentación alguna; por decirlo gráficamente: Incluso la prohibición de infringir las reglas de urbanidad en la mesa se prodría «explicar» como protección abstracta frente a la barbarie [36]. Además, cabe vincular un bien a la protección de sentimientos del afectado, convirtiéndose al bien en una magnitud dependiente sólo de la sensibilidad del afectado, pudiendo por tanto abarcar todo ob-

---

[32] Tampoco la teoría de la lesión del bien jurídico ofrece protección contra este peligro: Lesión del bien jurídico, infracción de deber y principio del hecho son tres cosas distintas; sobre ello, ya *supra*, nota 2. En general, hay que dudar de que la teoría de la lesión del bien jurídico tenga un contenido «liberal» por principio; sobre ello, acertadamente, *Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 257 ss.

[33] En relación con el texto que sigue, *vid. Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 344 ss., 371 ss.; *Hassemer* Theorie, pp. 160 ss., y *passim*.

[34] La prohibición, que se suele aducir en este contexto, de ofender la memoria de los difuntos (*Hassemer*, Theorie, pp. 177 ss.; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 11, ante § 1, entre otros) cabe interpretarla como protección de bienes jurídicos si los §§ 185 se conciben no sólo como orientados a la protección del individuo, sino también como protección de los principios de imputación informales frente un uso que los falsee; sobre ello, *Jakobs*, Jescheck-Festschrift, pp. 527 ss., 636 s.

[35] Sobre ello *vid. Gallas*, Beiträge, pp. 1 ss., 13; *Roxin*, JuS, 1966, pp. 377 ss., 382, nota 20; *Stratenwerth*, Leitprinzipien, pp. 7 ss., 25; *Hassemer*, Theorie, p. 154; *Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 346, 378; *Wiegand*, Tierquälerei, pp. 136 s. (la protección de los animales como protección del ambiente).

[35a] Un intento de interpretarlo como delito contra la persona (vulneración de la «relación de reconocimiento») se encuentra en *Worms*, Bekenntnisbeschimpfung, pp. 132 ss., 140; como prohibición de poner en peligro abstracto interpreta la norma *Fischer*, GA, 1989, pp. 445 ss.

[35b] Al respecto, *Jung*, Leferenz-Festschrift, pp. 311 ss., con bibliografía.

[36] En el Proyecto de 1962 los hechos punibles contra la moralidad (¡en sentido estricto!) aparecen en la Fundamentación, como delitos de peligro abstracto sobre bienes jurídicos por reconocer; *vid.*, p. ej., en relación con el § 203 (Trasmisión artificial de esperma?), Begründung, pp. 356 s.; sobre el § 216 (sodomía), Begründung, p. 376; sobre el § 220 a (exhibición impúdica), Begründung, p. 384.

jeto de regulación de una norma, aun cuando no se trate de una unidad de funcionamiento objetiva [37].

b') Lo determinante sería que una infracción de las prohibiciones mencio- 20
nadas despierta temores muy heterogéneos, que van desde imaginaciones difusas sobre ulteriores consecuencias dañosas hasta la defensa frente a tales conductas por propia iniciativa. El comportamiento se prohíbe por estos efectos desorientadores [38], que no resultan compensados por utilidad social alguna: se protege la paz social. Que la inquietud producida por el comportamiento pueda basarse en una falta de ilustración no importa nada; un sociedad no ilustrada y un Derecho penal ilustrado no son compatibles [39].

b) Pero al menos ha de pretenderse la protección de la paz jurídica. Los 21
contenidos del comportamiento de otras personas no pueden regularse jurídico-penalmente por esos mismos contenidos. Un comportamiento sin efectos exteriores, ni objetivamente ni según opinión de los conciudadanos, queda al margen del ámbito del comportamiento que ha de regularse penalmente, por falta de referencia social, como mera inmoralidad. Qué es lo simplemente inmoral no cabe desde luego averiguarlo sin presuposiciones sobre la conformación de la sociedad. El hecho de que, p. ej., la muerte de una persona contrahecha no sea meramente inmoral, pero sí lo sea la actividad lésbica, rige sólo para sociedades que consideran cada existencia como asunto público, pero no así la actividad sexual consentida de los individuos. Para las sociedades que se definen como bastión de élites biológicas, la decisión puede ser la contraria; las sociedades que elevan a asunto público el perfeccionamiento de sus miembros pueden penalizar las dos formas de conducta mencionadas. No hay, pues, un límite absolutamente válido entre comportamiento simplemente inmoral, por una parte, y lesión de bienes jurídicos, incumplimiento de deberes especiales y perturbación de la paz social, por otra; ahora bien, sí puede determinarse el límite relativamente para una sociedad de características determinadas [39a].

III. CRITICA DE LA TEORIA DE LA PROTECCION DE BIENES JURIDICOS

A. El rendimiento positivo de los esfuerzos por conseguir un concepto de 22
bien jurídico es escaso. Pero además hay dos objeciones básicas añadidas:

1. Por una parte, la teoría del bien jurídico puede concebir el bien en relación con su titular, pero no demostrar la necesidad de asegurar el bien tam-

---

[37] Contra las teorías de la protección del sentimiento, con razón, *Amelung,* Rechstsgüterschutz, pp. 346 s., y *passim*; *Fischer,* GA, 1989, pp. 445 ss., 456 ss.

[38] Fundamental, *Hassemer,* Theorie, pp. 126 ss., 192; *vid.* también EGMR NJW, 1984, pp. 541 ss., 54 s.

[39] Los partidarios de la teoría de la protección de bienes jurídicos reconocen como excepción en ocasiones los delitos contra la paz (*SK-Rudolphi*, núm. marg. 11, ante § 1; *Hanack,* 47, DJT, t. I, parte A, pp. 32 s.; *de otra opinión*, *Rudolphi,* Honig-Festschrift, pp. 151 ss., 165 s.).

[39a] *Vid. Kunz,* Bagatellprinzip, pp. 156 ss., 161, 167.

bién jurídico-penalmente [40]. Ejemplo [41]: La veracidad de una información es siempre un bien para el destinatario, pero sólo en contados casos está reconocida como bien jurídico. Por eso hay que injertar la dañosidad social en la lesión del bien desde fuera, para poder calificarla de lesión de bien jurídico. Qué unidades de funcionamiento puedan elevarse a bienes jurídicos por su significación social no lo puede determinar la doctrina del bien jurídico, como tampoco fundamentar que la protección de las normas siempre ha de ser aplicable a bienes. *La configuración del orden que ha de proteger el Derecho penal no viene definida por todos los bienes y no siempre sólo por bienes.* La suma de todos los bienes jurídicos no forma «el orden social» [42], sino que constituye sólo un sector de éste, que además sólo se puede caracterizar si es que se conocen los límites del orden social. Sólo el interés público en la conservación de un bien lo convierte en bien jurídico, y el interés público no siempre se refiere sólo a la conservación de bienes.

23 2. Por otra parte, ni siquiera los bienes que ha de reconocer el Derecho penal disfrutan de protección absoluta. La sociedad no es una institución para la conservación de bienes o para optimizarlos; en realidad, a veces se sacrifican bienes para posibilitar el contacto social (lo que puede designarse a su vez como un bien). Qué riesgos haya de soportar un bien en el contacto social sin protección jurídico-penal no se puede deducir de los bienes que se insertan en el contacto social; pues dichos bienes no tienen rango alguno determinable antes de su empleo en el contacto social, sino que «en realidad sólo hay bienes jurídicos si (y en la medida en que) están desempeñando una "función", es decir, en la medida en que están en la vida social surtiendo efectos y recibiéndolos. La vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc., no están simplemente "ahí", sino que su esencia reside en desempeñar una función, es decir, en la conexión social de ejercer efectos y recibirlos» [43]. Por ello, una norma no puede proteger a un bien —siempre que se trate de protección de bienes— contra todos

---

[40] Fundamental, *Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 331 ss., 350. *Amelung* repite en su desarrollo de la teoría del daño social la confusión, ya planteada en la teoría del bien jurídico, de bien *jurídico-penal* con el bien protegido por la norma, es decir, con el bien jurídico tal como se lo concibe comúnmente. El Derecho penal protege, como condición de existencia de la sociedad sólo la vigencia de las normas, es decir, la firmeza ante la defraudación de las expectativas, y por tanto dañoso socialmente y hecho punible es un hecho no por sus efectos externos, sino porque pone en cuestión la validez de la norma (así también Amelung, *op. cit.*, p. 361). Dada esta situación, el «lugar de determinación de los efectos socialmente dañosos del delito» no reside ya en los «procesos de interacción» perturbados por el hecho como suceso externo (así, no obstante, *Amelung op. cit.*, pp. 385 s.), sino sólo en la validez de la norma. Sólo así cabe explicar el distinto tratamiento —señalado incluso por *Amelung, op. cit.*, p. 388— de los casos de asesinato y de los accidentes de circulación mortales.

[41] Según *Hassemer*, Strafrechtsdogmatik, pp. 129 ss.

[42] Así, no obstante, *Welzel*, Strafrecht, § 1, I, 1, entre otros; notablemente más matizado (el bien jurídico como «topos de argumentación»), *AK-Hassemer*, núm. marg. 289, ante § 1.

[43] *Welzel*, ZStW, 58, pp. 491 ss., 515. *Rudolphi* (Honig-Festschrift, pp. 151 ss., 162 ss.; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 8, ante § 1) intenta incorporar al concepto de bien jurídico la dinámica de las relaciones sociales. Entonces, el bien jurídico y sus posibilidades de existencia se imbrican: Al menos las intervenciones socialmente adecuadas sobre un bien se convierten en aniquilación de éste *según el concepto* (frente a estas intervenciones, el objeto no es un bien). En la necesidad de un cambio de perspectiva desde el bien hacia la dañosidad social (¿qué es un bien, qué es un bien digno de protección, con qué alcance ha de prestarse protección?) no altera nada la limitación del concepto de bien jurídico a los bienes protegidos en concreto.

los riesgos, sino sólo contra aquellos que no sean consecuencia necesaria del contacto social permitido. Pero qué sea un contacto social permitido no lo puede dilucidar la doctrina del bien jurídico: Toda la teoría de la imputación, a excepción de la causalidad entre acción y resultado (en la omisión: entre acción hipotética y resultado de salvación), así como en todo caso algún elemento del estado de necesidad agresivo (ponderación de bienes), se hallan tan fuera de la perspectiva de la doctrina de los bienes como la limitación del ataque punible a los bienes en numerosos delitos por medio de modalidades de hecho subjetivas u objetivas o —especialmente en los nuevos «bienes jurídicos de amplio espectro» [43a] como el «ambiente»— por medio de patrones permitidos por el Derecho administrativo. ¡Inténtese aclarar la configuración del tráfico rodado permitido mediante los bienes que participan en este contacto social!

B. A pesar de estos dos defectos de partida de que adolece la doctrina del 24
bien jurídico, no es mejor rechazar rotundamente esta doctrina y determinar siempre el delito por medio de la dañosidad social del comportamiento, sin intermediación de un bien jurídico [44]. Prescindiendo de que esta vía presupone también determinar previamente la configuración del Estado y de la sociedad que ha de mantenerse, pero que por ella no se obtiene [45], es lo cierto que la configuración social se concreta por ámbitos en bienes. Este concretarse en bienes tiene la función de abreviar la cuestión de la concreta dañosidad social de cada lesión de bien jurídico mediante la remisión a la importancia general del bien, pero de relativizar al menos el peso de la concreta dañosidad social. Especialmente en bienes altamente personales (no transferibles o no confiables al aprovechamiento por otros), pero atenuadamente en todos los bienes, las unidades de función son un medio con el que se debe garantizar la equiparación según la medida de la lesión imputable del bien [46]. Dicho gráficamente: En un homicidio no debe plantearse la cuestión del valor social de la víctima muerta. La condición de punibilidad que ha de aplicarse en el recurso directo a la dañosidad social en *todos* los delitos, consistente en que el hecho debe ser apropiado para perturbar la paz social, obliga a hacer diferenciaciones que en los delitos que protegen bienes son incompatibles a su vez con la paz social [47]. Lo que aquí se mantuvo acerca de la justificación relativa de la doctrina de los bienes es aplicable correlativamente a las instituciones en los delitos especiales. Naturalmente, en el ámbito de la concreción del orden social en bienes o ins-

---

[43a] *Baratta*, KrimJ, 1984, pp. 132 ss., 137; *Seelmann*, NJW, 1990, pp. 1257 ss., 1258 s.; *vid.* asimismo *supra*, 2/nota 11 b.

[44] Así, no obstante, *Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 393 ss.; sobre ello *Montenbruck*, Abwägung, pp. 76 ss.

[45] *Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 363, con nota 67, 382; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 59; *Neumann* y *Schroth*, Theorien, pp. 112 ss.

[46] Dado que el bien jurídico ha de entenderse como relación, puede tenerse en cuenta el efecto coactivo que la pérdida tiene para el titular. No obstante, el uso y disfrute legales del titular, dado el mismo efecto coactivo, no pueden diferenciarse por su mayor o menor utilidad social (esta función de parachoques —*Pufferfunktion*— de los bienes la pasa por alto *Maeck*, Opfer, pp. 31 ss.). Ejemplo: Un delito contra el patrimonio es más grave según que la pérdida fuerce a la víctima a mayores limitaciones en su modo de vida (debiéndose decidir objetivamente la cuestión de si a la víctima «le queda» aún lo suficiente); pero la pérdida de capital para invertir y de una suma prevista para repartir entre los colaboradores cuentan igual. *Vid.* BGH, 29, pp. 319 ss., 323.

[47] Sobre ello también *Amelung*, Rechtsgüterschutz, p. 390.

tituciones no se garantiza protección absoluta alguna; los elementos del alcance de la protección (la imputabilidad de la lesión del bien, así como de las modalidades de su ataque) deben añadirse al bien o a la institución siempre desde fuera.

25 C. En definitiva, no cabe prescindir del filtro de la dañosidad *social*, y las normas que pasan ese filtro en parte son normas protectoras de bienes jurídicos, en parte normas para la creación de bienes jurídicos (delitos especiales y delitos de propia mano) y en parte normas para proteger la paz jurídica. Lo importante es que la punibilidad se oriente no a lo dis*valioso per se,* sino siempre a la dañosidad *social*. Incluso el acuerdo acerca de la fórmula de que el Derecho penal sólo debe proteger las condiciones de existencia de la sociedad rinde escaso fruto, pues no hay frontera obligatoria alguna de lo social y consecuentemente tampoco hay *numerus clausus* de las condiciones de existencia: Ejemplo: El que la violación —como ocurre en el Derecho vigente— sea un delito específico (y no meras coacciones) sólo fuera del matrimonio o también dentro del matrimonio puede depender, además, entre otras circunstancias, de si el matrimonio se concibe como apertura de un amplio ámbito privado o de si la autodeterminación (libertad) sexual se entiende ampliamente como tarea pública. En este último caso, con el ámbito de lo relevante públicamente crece el ámbito de las condiciones de existencia de la *sociedad*.

IV. CASOS DE ANTICIPACION

25a A. Un comportamiento no constituye una perturbación social sólo cuando se ha producido completamente un daño en el bien jurídico, o el autor ha abandonado irreversiblemente su papel, o cuando concurre por completo un suceso perturbador de la paz jurídica. Bien *jurídico-penal* es la validez fáctica de las normas, que garantizan que se puede esperar el respeto a los bienes, los roles y la paz jurídica (*supra* 2/2). Esta validez se ve menoscabada cuando por el comportamiento del autor se pone de manifiesto la correspondiente falta de consideración. Ejemplo: Quien dispara a una víctima, pero no acierta, no se sustrae a la pena con el argumento de que no hay infracción de la norma por falta de lesión completa o incluso muerte de la víctima; más bien ocurre que también en caso de ataque a la vida o a la salud sin consecuencias se ve menoscabada la validez fáctica de las normas para la protección de estos bienes.

Para determinar el comienzo de tal ataque no se atiende a la protección óptima de la víctima (para ello sería conveniente definir como ataque ya los malos pensamientos del autor), sino también al interés de cualquiera, incluido, por tanto, el autor, en una esfera interna (libre de responsabilidad social) [47a]. Se trata del problema de la determinación del *comienzo de la tentativa* y de la punición de los *actos preparatorios* (*infra* 25/1 ss.), donde la solución se puede formular con el lema de que tanto al autor como a la víctima le está garantizado un ámbito de organización propio; *consiguientemente, la validez fáctica de la norma sólo se ve menoscabada cuando el autor se arroga una organización que no le está asignada.*

25b B. 1. También se produce una anticipación cuando, en lugar del bien jurídico o en lugar de la institución de la que es propio un determinado papel,

[47a] *Jakobs*, ZStW, 97, pp. 751 ss., 753 ss.

se protegen independientemente, como bienes de un ámbito previo (*Vorfeld*), ya las condiciones de existencia del bien o de la institución. Ejemplos: La protección de la vida y la salud se lleva a cabo también mediante la protección de la seguridad del tráfico rodado o del buen estado de los alimentos; el funcionamiento de un proceso justo presupone que los respectivos actores no confundan sus papeles (§ 356 del StGB). En este ámbito no se trata de que al autor respete demasiado poco el bien jurídico o la institución en la que desempeña su papel, sino de que, sin consideración a la capacidad del participante concreto, se han de garantizar determinados estándares. Ejemplo: El que para la culminación del proceso es importante que un testigo diga la verdad no lo puede decidir cada testigo según su capacidad de percepción, si es que se quiere que funcionen procesos justos.

También en este ámbito de los *delitos de peligro abstracto* hay que considerar que totalizar la protección de los bienes singulares conlleva simultáneamente minimizar la libertad y la esfera privada. Que comprar un cuchillo no fuese punible ya como tentativa de homicidio serviría de poco al principio del hecho si se considerase —aunque se limitase a una compra «con fines antijurídicos»— punible como delito de peligro abstracto. Al igual que en la tentativa, en estos delitos el autor sólo se sale de su esfera privada cuando se arroga poder de organización (con detalle *infra* 6/86 ss., 25/1 ss.).

2. El límite entre bienes jurídicos como unidades funcionales y bienes del ámbito previo discurre muy vagamente, pues también ese ámbito previo se halla en el contexto de la función. Así, se puede considerar, p. ej., a la seguridad del tráfico como bien del ámbito previo para la vida y la salud (entre otros) de los participantes en el tráfico o como como bien jurídico que corresponde a la generalidad. Esta posibilidad de reformularse tan pronto en un ámbito como en otro es inocua con tal que se trasladen simultáneamente las cautelas propias del ámbito de procedencia. Así pues, lo que en el ejemplo es ilegítimo para el ámbito previo de la vida y la salud lo sigue siendo para un bien jurídico propio «seguridad del tráfico rodado».

C. 1. La validez fáctica de la norma es asunto tanto del autor como de la víctima; el autor debe respetar la norma, la víctima debe estar tan segura en su expectativa de que la norma se va a respetar que pueda orientar su conducta por esta idea. La seguridad de la víctima en la expectativa se puede atacar también sin infringir la norma, p. ej., fingiendo ante ella que la norma no está vigente o —lo que es en la práctica más importante— que en breve se va a infringir, o creando de otro modo condiciones que hagan dudar a la víctima sobre la base cognoscitiva de la seguridad en las expectativas. **25c**

2. En tales formas de conducta ha de distinguirse:

a) El autor puede propagar que una norma es ilegítima, p. ej., recompensando o aprobando su contravención (§ 140 del StGB), o puede presentar como deseable el trato violento entre las personas (§ 131 del StGB) [47b], etc., es decir, crear un *clima* hostil al Derecho en el que, si cunde, las normas desautorizadas se podrían infringir en masa. En tales casos, el autor se arroga un juicio sobre normas, pero no una organización a él no asignada. El autor tampoco

[47b] Más ejemplos en *Jakobs*, ZStW, 97, pp. 751 ss., 779 ss.

incita a acción alguna, sino que «sólo» interpreta el mundo en sentido contrario a la ley penal. Es decir, manifiesta una opinión —quizá extrema—, pero nada más [47c]. En un Estado de libertades le debe estar permitido al ciudadano también tener opiniones críticas sobre las leyes penales con tal que las observe; por eso, los delitos tipificados para proteger determinado clima son señal de déficit en libertades [47d]. Son tanto antes necesarios cuanto más frágil es en realidad la legitimación del Derecho penal, pues se la puede atacar de modo tan persuasivo.

b) El autor puede atacar, además, la seguridad de la expectativa mediante la alteración de su base cognoscitiva, colocando *a la víctima* en una situación en la que ya no puede contar con que la norma vaya a ser respetada. Cuando ello sucede de modo distinto a mediante comunicación de una verdad (informe de un ataque que amenaza producirse), se trata de una arrogación de organización por parte del autor: Éste amenaza a la víctima misma con un delito expresa o concluyentemente (p. ej., mediante la incitación pública al hecho) o finge ante ella la existencia de una amenaza; con motivo del delito realmente próximo, o bien de la ficción, a la víctima no le queda ya posibilidad de orientarse racionalmente como si no fuese a verse afectado por el delito. Tal menoscabo de la seguridad de la expectativa es un *injusto parcial* derivable del delito anunciado en cada caso como inminente, castigado principalmente en los §§ 126, 241 del StGB [47e].

V. ¿SUBSIDIARIEDAD DE LA PUNICION ESTATAL?

26 A. Se suelen considerar legítimas las normas jurídico-penales sólo cuando su función no la pueden asumir otros instrumentos de regulación del contacto social, sea mediante disuasión policial o asistencia jurídico-pública o responsabilidad civil o autoprotección de la víctima, así como mediante instituciones de control social u otras: el llamado *principio de subisidiariedad* [48]. La intercambiabilidad de pena y medida de seguridad (§ 67, párrafo 4 del StGB) y la prevalencia del fin de la medida de seguridad (§ 67, párrafo 5 del StGB) representan —junto a otras instituciones de Derecho material (§§ 47, 56, 57 del StGB, entre otros) y procesal (§§ 153 ss. de la StPO)— manifestaciones jurídico-positivas masivas de tal principio. En los supuestos más veces citados (re-

---

[47c] *Vid. Grünwald,* Vom Nutzen und Nachteil, t. II, pp. 489 ss., 503 s.; *Fetscher, op. cit.*, pp. 506 ss.; *Müller-Dietz,* Arthur Kaumfann-Festschrift, pp. 95 ss.

[47d] Casi abiertamente confesado en BT-Drucksache VI/3521, p. 6, donde se concede para el ensalzamiento del poder que hay que partir de tener que proteger de desarrollos defectuosos también a los adultos: Esto no debe querer decirse en tono totalitario, pero sí paternalista, y difícilmente libertario. De modo totalmente semejante acerca de la recompensa y aprobación de infracciones penales, *AK-Ostendorf,* § 140, núm. marg. 3: Se acepta la censura cuando se dirige a evitar la disposición al delito.

[47e] Sobre otra penalización de injusto parcial, *vid. Jakobs,* ZStW, 97, pp. 751 ss., 777 s.; *Kühl,* NJW, 1987, pp. 737 ss., 743 ss.

[48] *Roxin,* JuS, 1966, pp. 377 ss., 382; *Zipf,* Kriminalpolitik, § 3, 2.5; *Maurach-Zipf,* AT, I, § 2, núm. marg. 13 ss.; *Arthur Kaufmann,* Tendenzen, pp. 33 ss.; *el mismo,* Henkel-Festschrift, pp. 89 ss., 100 ss.; *SK-Rudolphi,* núm. marg. 14, ante § 1; *Roos,* Entkriminalierungstendenzen, pp. 215 ss.; *Brandt,* Bedeutung, *passim. Vid.* también *Amelung,* JZ, 1982, pp. 617 ss., 618 s.

ducción de la interrupción punible del embarazo) no se trata obviamente de la subsidiariedad del Derecho penal, sino de que la evolución social rechaza total o parcialmente ciertas normas: ya desaparece la decepción de expectativas, o se reduce.

B. El principio de subsidiariedad constituye la variante penal del princi- 27
pio constitucional de proporcionalidad, en virtud del cual no está permitida la intervención penal si el efecto se puede alcanzar mediante otras medidas menos drásticas [49]. El principio de proporcionalidad sólo rige, sin embargo, cuando los costes de la medida alternativa afectan a una persona que es responsable del conflicto a resolver (entendidos los costes en el sentido de cualquier pérdida, incluida la renuncia al contacto social). Del principio no ha de deducirse que la pena se convierta en ilegítima cuando el conflicto se puede prevenir o resolver a costa de cualquiera en lugar de con la pena. Dicho llanamente: todo conflicto puede solucionarse mediante la renuncia al contacto social, así como otros muchos mediante la autoprotección de la víctima, pero la obligación de asumir estos costes no se puede fundamentar por lo general aduciendo que son menos gravosos que la pena.

C. Dada esta situación, el principio de subisidiariedad sólo puede aplicar- 28
se, en tanto que desplaza el gravamen, cuando la persona gravada alternativamente es responsable del conflicto con independencia de este principio. Ejemplo: El delincuente es un caso que claramente requiere asistencia, la autoprotección es una medida desde luego conveniente [50], etc.

La relevancia práctica del principio se limita además por la exigencia de que la medida menos drástica debe ser aplicable en general (por grupos de delitos o de autores) si se quieren evitar resultados aleatorios. Por ello se descartan como medidas alternativas, p. ej., las medidas que sólo se pueden imponer a autores acomodados (confiscación patrimonial en lugar de pena privativa de libertad), aun cuando serían eficaces.

---

[49] BVerfG, 39, pp. 1 ss., 44 ss., 46 ss. Lo pone en duda acertadamente (¿Es el efecto la validez de la norma o la conservación del bien?) *Driendl*, Strafgesetzgebungswissenschaft, pp. 33 ss., 37.

[50] Ello lo pone con razón de relieve especialmente *Hillenkampf*, Vorsatztat, pp. 195 s., y *passim*; ahora también *Schünemann*, Faller-Festschrift, pp. 357 ss., 369; de la amplia doctrina, *vid.* además sobre todo *Arzt*, MonSchKrim, 1984, pp. 105, 107 ss.; *Ebert*, JZ, pp. 683 ss., 638 ss.; *R. Hassemer*, Schutzbedürftigkeit, p. 51 (especialmente en relación con la estafa); *Kurt*, Mitverschulden, p. 99 (especialmente en relación con la estafa); *Maeck*, Opfer, pp. 23 s. (especialmente en relación con la determinación de la pena); *vid.* además la amplia jurisprudencia en torno a la relevancia del comportamiento de la víctima para la determinación de la pena (bibliografía en *LK-G. Hirsch*, § 46, núm. marg. 39 s.; *Schönke-Schröder-Stree*, § 46, núm. marg. 23 ss.; además BGH, StV, 1983, pp. 326 s.

APARTADO 3

Delimitación de la punición estatal con respeto a otras reacciones de Derecho público

I. LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS *(ORDNUNGSWIDRIGKEITEN)*

BIBLIOGRAFIA: *J. Baumann,* Über die notwendigen Veränderungen im Bereich des Vermögensschutzes, JZ, 1972, pp. 1 ss.; *el mismo,* Grabgesang für das Legalitätsprinzip, ZRP, 1972, pp. 273 ss.; *el mismo,* Bekämpfung oder Verwaltung der Kleinkriminalität? Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 523 ss.; *J. Bohnert,* Die Entwicklung des Ordnungswidrigkeitenrechts, Jura, 1984, pp. 11 ss.; *P. Cramer,* Grundbegrife des Rechts der Ordnungswidrigkeiten, 1971; *F. Dencker,* Die Bagatelldelikte im Entwurf eines EGStGB, JZ, 1973, pp. 144 ss.; *E. Dreher,* Die Behandlung der Bagatellkriminalität, Welzel-Festschrift, pp. 917 ss.; *J. de Figueiredo Dias,* Vom Verwaltungsstrafrecht zum Nebenstrafrecht, Je-scheck-Festschrift, pp. 79 ss.; *R. Frank,* Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt, ZStW, 18, pp. 733 ss.; *E. Göhler,* Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 8.ª ed., 1987; *J. Goldschmidt,* Das Verwaltungsstrafrecht, 1902; *el mismo,* Begriff und Aufgabe des Verwaltungsstrafrechts, GA, 49 (1902), pp. 71 ss.; *H.-L. Günther,* Das Recht der Ordnungswidrigkeiten-Aufbruch zu neuen Ufern?, en: 40 Jahre Bundesrepublik. 40 Jahre Rechtsentwicklung, 1990, pp. 381 ss.; *H. J. Hirsch,* Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland, ZStW, 92, pp. 218 ss.; *H.-H. Jescheck,* Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht, JZ, 1959, pp. 4 s., 7 ss.; *G. Kaiser,* Möglichkeiten der Bekämpfung von Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland, ZStW, 90, pp. 877 ss.; *J. Krümpelmann,* Die Bagatelldelikte, 1966; *K.-L. Kunz,* Das Strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984; *D. Lang-Hinrichsen,* Zur Frage der Schuld bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten (kriminellem Unrecht und Verwaltungsunrecht), GA, 1957, pp. 22 ss.; *el mismo,* «Verbandsunrecht», H. Mayer-Festschrift, pp. 49 ss.; *R. Lange,* Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, JZ, 1956, pp. 73 ss.; *el mismo,* Die Magna Charta der anständigen Leute, JZ, 1956, pp. 519 ss.; *el mismo,* Nur eine Ordnungswidrigkeit?, JZ, 1957, pp. 233 ss.; *C. Lindemann,* Gibt es ein eigenes Wirtschaftsstrafrecht?, 1932, *H. Mattes,* Die Problematik der Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten, ZStW, 82, pp. 2 ss.; *el mismo,* Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten. Primer vol., Geschichte und Rechtsvergleichung, 1977. Segundo vol., Geltendes Recht und Kritik, 1982; *H. Mayer,* Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962; *M. E. Mayer,* Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903; *H. G. Michels,* Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung, 1963; *W. Naucke,* Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, 1985; *K. Peters,* Beschränkung der Tatbestände im Besonderen Teil, ZStW, 77, pp. 470 ss.; *K. Rebmann, W. Roth, S. Herrmann,* Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 2.ª ed. (Loseblatt), 1988; *Rotberg,* Ordnungswidrigkeitengesetz, 5.ª ed., 1975; *W. Sax,* Grundsätze der Strafrechtspflege, en: *K. A. Bettermann, H. C. Nipperdey, U. Scheuner* (ed.), Die Grundrechte, t. III (2), 2.ª ed., 1972, pp. 909 ss.; *Eb. Schmidt,* Probleme des Wirtschaftsstrafrechts, SJZ, 1948, pp. 22 ss., *el mismo,* Rechtsnot im Wirtschaftsstrafrecht und ihre Überwindung, SJZ, 1948, parágrafo 569 ss.; *el mismo,* Das Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafsrechts, SJZ, 1949, parágrafo 665 ss.; *el mismo,* Das

neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, DRZ, 1950, separata 11; *el mismo,* Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, Arndt-Festschrift, pp. 415 ss.; *K. Tiedemann,* Die Gesetzgebungskompetenz für Ordnungswidrigkeiten, AöR, 89 (1964), pp. 56 ss.; *el mismo,* Verwaltungsstrafrecht und Rechtsstaat, ÖJZ, 1972, pp. 28 ss.; *F. Trops,* Begriff und Wert eines Verwaltungsstrafrechts, 1926; *Th. Vogler,* Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung, ZStW, 90, pp. 132 ss.; *U. Weber,* Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt, ZStW, 92, pp. 313 ss.; *E. Wolf,* Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, Frank-Festgabe, t. II, pp. 516 ss.

A. Evolución histórica

1. Hay normas mediante las cuales se puede (co-)definir la identidad de una sociedad, de un Estado o de una persona. Entre ellas se encuentran las normas centrales o nucleares del Código Penal, en la medida en que garantizan el derecho a la existencia de cada ciudadano y los principios del orden constitucional. Alrededor de este centro o núcleo de normas penales, cuyos límites sólo se pueden determinar difusamente, se encuentran círculos de normas derivadas («auxiliares») de importancia real o supuestamente decreciente, en las cuales el decrecimiento puede ir aproximando progresivamente el comportamiento normado a lo adecuado socialmente. En los círculos externos se trata ya sólo de evitar peligros abstractos (Ejemplo: conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas, § 316 del StGB) o de la garantía de que sigue siendo organizable el control estatal del comportamiento peligroso (ejemplo: circulación sin permiso de conducir, § 21, párrafos 1 y 2 de la StVG, *vid. infra,* acerca de la autorización oficial, 16/29). Cuanto menos evidente es la relación con el núcleo y cuanto más se aproxima el comportamiento antinormativo a lo adecuado socialmente, tanto menos necesario y con frecuencia asimismo tanto menos tolerable es reaccionar ante una infracción del modo en que se reacciona frente a la infracción de las normas del núcleo. En este descenso gradual no se trata de atenuar la medida de la sanción (ejemplo: algunas perturbaciones del régimen de funcionamiento de un órgano legislativo, § 112 de la OWiG, pueden castigarse más sensiblemente que algunos allanamientos de morada, § 123 del StGB); más bien, la reacción tal como se despliega a consecuencia de la infracción de una norma central debe ceder ante la reacción que no esté cargada con *odium* (también) para contribuir a solucionar la criminalidad central. Junto a la posibilidad de esta distinción de Derecho material está la de una solución procesal simplificada. 1

2. *a)* El StGB de 1871 había llevado a cabo la diferenciación sólo débilmente, al incluir la criminalidad del ámbito marginal, junto con algunos casos de bagatela del ámbito central (ejemplo: hurto famélico, § 370, párrafo 1, núm. 5 del StGB, antigua redacción, como tipo privilegiado del robo y de la apropiación indebida) en el Derecho *penal*, pero en una clase de infracciones situada junto a crímenes y delitos, las faltas *(Übertretungen)*. Una falta era un comportamiento conminado con arresto *(Haft)* o con multa (leve) [1] (§ 1, párrafo 2 del StGB, a. r., §§ 360 ss. del StGB, a. r.). A las faltas les eran aplicables algunos preceptos especiales de la Parte General (sobre todo punibilidad limi- 2

[1] Al principio hasta 150 marcos (*Mark*), después hasta 500 marcos (*Deutsche Mark*).

tada de los hechos cometidos en el extranjero e impunidad de la tentativa y de la complicidad, §§ 6, 43, 49 del StGB, a. r.). La sustanciación procesal de las faltas tenía lugar judicialmente con todas las garantías procesales esenciales [2]. Esta regulación ha estado vigente —naturalmente desde hace tiempo ya acompañada por las contravenciones, que se mencionarán después— hasta 1975 [3]. Una solución exclusivamente propia del Derecho penal criminal y judicial no tenía pasado ni futuro:

3 *b)* Con anterioridad, durante siglos había existido, al lado del Derecho penal criminal, un Derecho sancionatorio policial [4], con arreglo al cual —junto a varias manifestaciones leves (no de bagatela) de la criminalidad— se castigaban hechos no consistentes en la lesión o puesta en peligro de los derechos subjetivos de un individuo, sino en la contravención de reglamentos tendentes a la evitación de peligros en el ámbito previo (antes de la puesta en peligro concreto). La idea ilustrada de que sólo es delictiva la violación de derechos subjetivos se hace sentir aún en la doctrina de *M. E. Mayer* sobre los «delitos administrativos» como «culturalmente indiferentes»: «Una persona que cumple cuidadosamente todos los deberes que le impone la tradición cultural no observa aún todos los deberes que tiene frente al Gobierno... El injusto criminal es injusto en virtud de la ley y por su dañosidad social; el injusto policial lo es en virtud de la ley» [5]. Esta distinción entre un límite, que sólo ha de asumir el Estado, de lo conforme a Derecho y lo injusto en el Derecho penal criminal, y un límite que ha de trazar el Estado en el injusto ajeno al Derecho penal criminal se encuentra —aunque sin equiparar Administración con evitación de peligros—, incluso en la actualidad, en la formulación de que la antijuricidad de las «contravenciones contra reglamentos administrativos» depende de la circunstancia de que estas contravenciones «infrinjan preceptos positivos que delimitan transitoriamente, en el espacio del comportamiento sustancialmente libre y permitido, enclaves de mandatos y prohibiciones jurídicos» [6].

4 *c)* La moderna doctrina del Derecho administrativo sancionatorio se inicia con *Goldschmidt* [7]. En virtud de ella, el Derecho sancionatorio administrativo no sirve a la evitación de peligros, sino al Estado que fomenta el «bienestar». Así como el «bienestar... nunca (puede) convertirse en un estado», sino que es «necesariamente siempre una meta, un anhelo no alcanzado» [8], el delito administrativo no produce daño alguno en lo existente *(damnum emergens)*, sino que sólo hace perder ganancia *(lucrum cessans)* [9]. Pero qué sea ganancia sólo lo puede definir la propia Administración, así como cuándo es necesaria

---

[2] Contra la vigencia del principio de legalidad ya *Frank*, ZStW, 18, pp. 733 ss., 745 ss.

[3] Suprimida por el artículo 300 del EGStB de 2 de marzo de 1974, BGBl., I, pp. 469.

[4] Exposición pormenorizada en *Goldschmidt*, Verwaltungsstrafrecht, pp. 70 ss.; *Mattes*, Untersuchungen, vol. I, pp. 57 ss., 105 s.

[5] Rechtsnormen, pp. 115 s., *vid.* asimismo *op. cit.*, p. 27.

[6] *Lange*, JZ, 1956, pp. 73 ss., 79; *el mismo*, JZ, 1956, pp. 519 ss.; *el mismo*, JZ, 1957, pp. 233 ss., 237; también *Michels*, Handlung, p. 87 y *passim*.

[7] Verwaltungsstrafrecht, pp. 529 ss.; *el mismo*, GA, t. 49 (1902), pp. 71 ss.; más bibliografía de las obras sobre Derecho penal administrativo de *Goldschmidt*, en *E. Wolf*, Frank-Festgabe, t. II, pp. 516 ss., 518, nota 2. En relación con el texto que sigue, *vid. KKOWiG-Bohnert* Introducción, núm. marg. 55 ss.

[8] *Goldschmidt*, Verwaltungsstrafrecht, p. 533; *vid.* también, p. 545.

[9] *Op. cit.*, pp. 545 s.

una actividad del Estado a través del ciudadano que fomente el reforzamiento del bienestar [10]. Como injusto del delito administrativo «sólo queda, pues, la característica omisión del reforzamiento de la Administración estatal dirigido al fomento del bien público o del Estado, o bien lo que aparece ficticiamente como tal fomento. En esto consiste la infracción administrativa...» [11]. En esta concepción, la sanción administrativa se convierte en «autotutela» *(Selbsthülfe)* de la Administración [12], cuya ejecución *Goldschmidt* atribuye naturalmente a los *Tribunales* administrativos [13].

d) Los principios de esta teoría de *Goldschmidt* [14] los adopta *E. Wolf* casi 5
tres decenios después, expresándolos con términos de la Filosofía de los valores (separación de valor de la justicia y valor del bienestar) [15], y ejercen su influencia aún medio siglo después —por medio de *Eb. Schmidt* [16], en una remisión en parte sólo verbal— sobre la WiStG de 1949 [17]. Esta ley se promulga para limitar el poder sancionatorio administrativo que había recaído en el Estado con ocasión de la dirección de la economía en las anteriores épocas de crisis (especialmente durante la Primera Guerra Mundial y desde finales de los años veinte) y que había asumido carácter totalitario en la época nacional-socialista. A tenor del § 6 de esta ley, hay que distinguir entre hechos punibles de la Economía y contravenciones. Aquéllos se castigan con pena y se sustancian judicialmente; a éstos (los sucesores de los delitos administrativos de *Goldschmidt*) se les imponen multas por parte de las autoridades administrativas en un procedimiento sancionatorio administrativo *(Bußgeldverfahren)*. Criterio de distinción [18] ha de ser, por un lado, si los efectos del hecho permanecen en el ámbito interno de la Administración (contravenciones) o si por el contrario son idóneos para «menoscabar la capacidad productiva del orden económico protegido por el Estado» (§ 6, párrafo 2, núm. 1 WiStG de 1949). Ya este criterio distingue (al menos) en parte cuantitativamente, pero no cualitativamente. Por otro lado, lo determinante será la actitud del autor contra el orden económico (en caso de habitualidad, lucro propio, etc.: delito; § 6, párrafo 2, núm. 2 WiStG de 1949); así el límite ya no depende —a diferencia de en *Goldschmidt*— de las especialidades del ámbito de regulación Derecho penal económico sino de valoraciones específicas (que, además, como ocurre en los elementos subjetivos del injusto, quedan difusas). Esta separación entre delito y contravención significa a su vez una separación de las formas de solución: las

---

[10] *Op. cit.*, pp. 545 s.

[11] *Op. cit.*, p. 548.

[12] *Op. cit.*, p. 566.

[13] *Op. cit.*, pp. 582 s.

[14] Acerca del efecto de *Goldschmidt*, *vid. Mattes*, Untersuchungen, vol. I, pp. 149 ss., con amplia bibliografía.

[15] Frank-Festgabe, t. II, pp. 516 ss.

[16] SJZ, 1948, párrafos 225 ss., 231 ss.; *el mismo*, SJZ, 1948 párrafos, 569 ss.; *el mismo*, SJZ, 1949, párrafos 665 ss., 669 ss.; *el mismo*, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht (separata DRZ, 1950, núm. 11); *el mismo*, Arndt-Festschrift, pp. 415 ss., 423 ss. Críticamente sobre *Eb. Schmidt*, *Günther*, en: 40. Jahre, pp. 381 ss., 382 ss.

[17] Ley de simplificación del Derecho penal económico de 26 de julio de 1949, WiGBl., p. 193.

[18] Hay «tipos mixtos» en los que la realización del tipo decide sobre la pertenencia al Derecho criminal o al Derecho de contravenciones; acerca de la dogmática de los elementos distintivos. *vid. Lang-Hinrichsen*, GA, 1957, pp. 225 ss., 228 ss.

contravenciones sólo se castigan judicialmente a instancias del afectado; en otro caso, con multa y por parte de la Administración.

B. Estado actual

6 1. Para las contravenciones se creó una amplia ley marco en 1952 [19]. La Ley de Contravenciones (OWiG) [20] vigente traza el límite entre hecho punible y contravención formalmente: Las contravenciones se caracterizan por estar conminadas legalmente con multa (§ 1, párrafo 1 OWiG). Las multas no pueden transformarse en penas privativas de libertad sustitutivas, pero sí son reclamables mediante arresto coercitivo *(Erzwingungshaft)*. La OWiG tiene su propia Parte General, cuyos preceptos sobre imputación se corresponden en lo esencial con los del StGB (§§ 8 a 13, 15, 16, 29 OWiG; diverge naturalmente la autoría única según el § 14 OWiG, al respecto, *infra*, 21/5 ss., así como la posibilidad de imponer como consecuencia accesoria multas a personas jurídicas y asociaciones, § 30 OWiG, *vid. infra* 6/43). Rige el principio de sujeción a ley (§ 3 OWiG). La regulación de la vigencia espacial se sujeta al principio de territorialidad más estrictamente que en los delitos (§ 5 OWiG). El procedimiento sancionatorio lo tramitan las autoridades administrativas (§§ 53 ss. OWiG), lo que no deja de plantear problemas en relación con el artículo 92 de la Ley Fundamental (GG) [21]. A diferencia de como ocurre en el proceso penal (§ 152, párrafo 2 StPO), no rige el principio de legalidad (así pues, no hay obligación de perseguir por parte de la Administración), sino un principio de oportunidad sujeto a leal discrecionalidad (§ 47 OWiG). A pesar de la imposición de multas en un procedimiento administrativo, el Derecho de las contravenciones se aplica como parte del Derecho penal en sentido amplio, no como Derecho administrativo [22], de modo que la competencia legislativa se rige por el artículo 74, número 1 GG.

7 2. *a)* Se discute si las relevantes especialidades de Derecho material (multa en lugar de pena) [23] y procesal (procedimiento administrativo regido por el principio de oportunidad en lugar de procedimiento judicial regido por el principio de legalidad) que presentan las contravenciones se basan en una diferencia sólo cuantitativa en relación con las infracciones penales, o si las contravenciones muestran un injusto y una culpabilidad cualitativamente propios [24], con lo que la diferenciación cuantitativa o cualitativa es corriente, pero

---

[19] Ley de contravenciones de 15 de marzo de 1952; BGBl., I, p. 177.

[20] Ley de contravenciones de 14 de mayo de 1968, BGBl., I, p. 481, redacción de 2 de enero de 1975, BGBl., I, p. 80, con corrección, p. 520.

[21] *Vid.*, no obstante, BVerfG, 8, pp. 197 ss.; 22, pp. 49 ss., 81. Críticamente, *Herzog*, en: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, art. 92, núm. marg. 49.

[22] BVerfG, 27, pp. 19 ss., 32 s.; *Tiedemann*, AÖR, 89 (1964), pp. 56 ss. Sobre la historia del procedimiento en las contravenciones, *Bohnert*, Jura, 1984, pp. 11 ss., 13 ss.

[23] En favor de concebir la multa como «una pena genuina», *Mattes*, Untersuchungen, vol. II, pp. 251 ss., 299, con amplia bibliografía sobre el estado de la discusión.

[24] Afirman el carácter propio de las contravenciones (o de los delitos administrativos), además de los autores ya mencionados (*M. E. Mayer, Goldschmidt, E. Wolf, Eb. Schmidt*): RG, 64, pp. 193 ss., 195 s.; 75, pp. 234 ss., 235; BGH GS, 11, pp. 263 ss., 264; *Lange*, *ut supra* nota 6; *Michels*, Handlung, pp. 78 ss. (con reservas, pp. 82 s.); *Maurach*, AT, 3, § 1, III, B 2; *LK*[8]*-Jagusch*, nota A IV, 1, ante § 13; en lo esencial, también OLG Hamm GA, 1969, pp. 156 s.; *Cramer*, Grund-

poco expresiva, porque ya el ámbito de las infracciones penales en sí no es, dependiendo del punto de vista, cualitativamente homogéneo. En el transcurso de la polémica se ha apuntado a numerosos elementos de la infracción de la norma como posible ubicación de una diferencia cualitativa: Sólo en las infracciones penales se trata de proteger bienes jurídicos; en las contravenciones se trata de «mera antinormatividad»; las contravenciones no tienen que basarse en un injusto respaldado «ético-socialmente», ni su culpabilidad en una «reprobación por la actitud», sino que debe tratarse más bien de una «negligencia carente de coloración ético-social»; los efectos de las contravenciones permanecen en el ámbito interno de la Administración, o debe tratarse en todo caso de puestas en peligro abstractas, etc.

b) El Derecho positivo se resiste a una delimitación cualitativa tajante de 8
infracción penal y contravención. No cabe determinar diferencias cualitativas entre infracción penal y contravención de claridad contrastable en la práctica, por ejemplo en el Derecho de la circulación (§ 316 StGB como infracción penal, § 24 a StVG como contravención) o en el Derecho tributario (§ 370 AO como infracción penal, § 378 AO como contravención). En algunos complejos regulados homogéneamente como contravenciones también pueden extraerse algunos grupos de supuestos comparables cualitativamente con infracciones penales, como ocurre con algunas infracciones de la Ley contra limitaciones a la libre competencia (§§ 38 ss. GWB). La distribución entre los ámbitos mencionados se halla determinada por cómo ha de verificarse en la práctica el tratamiento del procedimiento correspondiente (infracciones penales masivas en el tráfico rodado) y por el hecho de si la multa tendrá efecto suficiente.

Los criterios de diferenciación mencionados en la teoría son en parte obsoletos y en parte no necesariamente cualitativos en su origen. Obsoleta es la argumentación basada en una posición especial de la Administración: Su funcionamiento no se puede definir como bien jurídico como ocurre con cualquier otra unidad funcional [25]; se trata únicamente de la cuestión de cuándo y en qué

---

begriffe, pp. 17 s.; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 35 ante 38; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 43 («la multa no está vinculada con un reproche personal»), *De Figueiredo Dias*, Jescheck-Festschrift, pp. 79 ss., distingue, a la vista del Derecho comparado, entre contravenciones (referidas al comportamiento que, al no vulnerar una norma positiva, ha de valorarse como neutro) e infracciones penales que han de juzgarse con arreglo al Derecho penal administrativo o especial (vulneraciones de las normas de los derechos sociales fundamentales y del orden económico) o con arreglo al Derecho penal común (infracciones de normas destinadas a la protección de la «actividad personal»). En favor de una delimitación determinada cuantitativamente, *Krümpelmann*, Bagatelldelikte, pp. 166 ss.; *Mattes*, ZStW, 82, pp. 25 ss.; *el mismo*, Untersuchungen, vol. II *passim*; *Weber*, ZStW, 92, pp. 313 ss., 316 s.; *Günther*, en: 40 Jahte, pp. 382 ss., 387 ss.; *Göhler*, OWiG, núm. marg., ante § 1; *Baumann-Weber*, AT, § 4, I, 2 *a*; *Jescheck*, JZ, 1959, pp. 457 ss., 461; *el mismo*, AT, § 7, V, 3 *b*; *LK-Jescheck*, Introducción, núm. marg. 11; *Schmidhäuser*, AT, 8/107; en esencia también *Kunz*, Bagatellprinzip, pp. 48 ss.; *Maurach-Zipf* AT, I, § 1, núm. marg. 33 ss.; *Sax*, Handbuch, t. III (2), pp. 909 ss., 919 ss.; *Rebmann-Roth-Herrmann*, OWiG, núm. marg. 8 ss., ante § 1; *Lang-Hinrichsen*, H. Mayer-Festschrift, pp. 49 ss., 61; *LK-Tröndle*, núm. marg. 64, ante § 38; en la actualidad también *Rotberg* OWiG, Introducción B. Una distinción, de Derecho sustancial y procedimental, entre «verdadero delito» y modos de comportamiento ante los que habría que reaccionar mediante «control social» según un «Código de intervención», la propone *Naucke*, Wechselwirkung, p. 40.

[25] *Vid.* ya *Lindemann*, Gibt es ein eigenes Wirtschaftstrafrecht?, 1932; en la actualidad, en lugar de muchos, *Tiedemann*, ÖJZ, 1972, pp. 283 ss., 290.

medida la Administración es digna de protección. Todos los demás criterios se pueden interpretar como puntos-límite de diferencias cuantitativas: Desde el injusto de lesión respaldado ético-socialmente, cuya realización culpable merece un reproche por la actitud, hasta la mera desobediencia a una norma que prohíbe la puesta en peligro abstracta, se halla una escala no graduada de magnitudes intermedias. Debería considerarse absolutamente descaminado pretender describir la diferencia sólo desde el punto de vista de la infracción de la norma, pues la posibilidad de solucionar un conflicto mediante una multa en lugar de mediante una pena depende también de factores no necesariamente vinculados con el injusto o la culpabilidad (contexto normativo; sensibilidad de los grupos de autores al castigo; posibilidad de recaudar también multas muy elevadas); esta consideración compleja de la infracción de la norma y de la la reacción contra ella apenas se ha desarrollado hasta ahora, en tanto en que no está determinado en qué medida la multa la concibe su destinatario como reacción *sui generis* (y no como pena atenuada).

9 *c)* Desde luego pueden mencionarse reglas de clasificación, pero ninguna conectada con criterios cuantificables: *a')* Las normas cuya infracción se efectúa mediante un comportamiento que poco se distingue de lo adecuado socialmente (p. ej., §§ 117 a 119 OWiG) se ajustan más al ámbito de las contravenciones. *b')* Otro tanto cabe afirmar para las normas cuya finalidad consiste en solucionar los supuestos con consecuencias insignificantes (p. ej., § 111 OWiG y amplios sectores de las contravenciones del Derecho de la circulación que comprenden puestas en peligro abstractas) [26]. *c')* También pertenecen más bien a las contravenciones, en los casos de autores no sujetos a deberes especiales, aquellas formas de conducta que perturban al Estado en la realización de metas *intercambiables* en la práctica. El resultado del hecho se determina aquí mediante la «discrecionalidad de la Administración»; ésta podría ser la idea básica de la doctrina del «injusto administrativo especial». En caso de metas *fijas* habrá infracción penal (p. ej., §§ 138, 153 ss. StGB) cuando la norma no es aplicable sólo a casos de bagatela. Las normas que pueden hacerse respetar por la vía de la coerción administrativa o retirando un trato favorable no merecen ni siquiera un reforzamiento mediante conminación de multa [27].

10 *d)* No hay posibilidad de caracterizar cualitativamente a las contravenciones. Lo que sí puede señalarse es aquello que nunca puede ser contravención, sino sólo infracción penal o exento de todo castigo: la infracción de las normas del ámbito central o nuclear, por difusos que sean sus límites. El ámbito central de la organización social y estatal no siempre está reforzado por normas penales (p. ej., el carácter social del Estado no se halla garantizado por el Derecho penal ni por el Derecho de las contravenciones). Pero cuando hay una garantía, ésta debe ser de una clase tan estricta como corresponde al carácter fundamental del ámbito central. Tampoco los supuestos de bagatela en las infracciones de normas pertenecientes al ámbito central deben solucionarse como meras contravenciones, sino como infracciones penales y en un procedimiento

[26] Críticamente en relación con la transformación del Derecho de la circulación en Derecho de contravenciones, *Mattes*, ZStW, 82, pp. 25 ss., 35 ss.

[27] Acertadamente, *Weber*, ZStW, 92, pp. 313 ss., 320 ss., 332 s., con ejemplos en favor de la inobservancia de estas reglas; *Hirsch*, ZStW, 92, pp. 218 ss., 243; *Vogler*, ZStW, 90, pp. 132 ss., 156; *Günther*, en: 40 Jahre pp. 381 ss., 384 ss.

penal: Toda reacción debe tener en cuenta el contexto normativo en que se inscribe el caso concreto; este contexto normativo, en las normas centrales, llega hasta los casos de bagatela, pues también la infracción, de bagatela en el caso concreto, de una norma central vulnera un principio elemental básico para la definición de la sociedad, no sólo para su existencia fáctica. En estas normas se trata de algo más que de la existencia o de la pérdida de bienes: de partes imprescindibles de la identidad de la sociedad. Ejemplo: Una tentativa de homicidio en un caso menos grave (§§ 22, 212, 213 StGB), y además en el límite del exceso en la legítima defensa (§ 33 StGB), etc., cabe castigarla con una pena leve o incluso no castigarla en absoluto; pero castigarla con una multa como si fuese un aparcamiento prohibido o la emisión de ruidos molestos, desprendería el firme anclaje de la prohibición de matar en el ámbito central. Lo afirmado no tiene por qué verse alterado por la ubicación procesal de tales contravenciones en la StPO. Por ello está especialmente vedado un desplazamiento de la pequeña criminalidad contra la propiedad y el patrimonio al ámbito de las contravenciones, en tanto que el principio de la protección de propiedad y patrimonio deba pertenecer al ámbito central [28].

II. LAS MEDIDAS DISCIPLINARIAS

BIBLIOGRAFIA: *A. Arndt*, Der Zweck der Disziplinarstrafe, DÖV, 1966, pp. 809 ss.; *el mismo*, Der disziplinarrechtliche Grundtatbestand, DÖV, 1968, pp. 39 ss.; *E. Barth*, Dienstbegriff und außerdienstliches Verhalten im Wehr-, Disziplinar- und Strafrecht, Honig-Festschrift, pp. 1 ss.; *J. Baumann*, Kritische Gedanken zur Disziplinarstrafe, JZ, 1964, pp. 612 ss.; *el mismo*, Der Lichtblick im Disziplinarrecht, JZ, 1967, pp. 657 ss.; K. Behnke, Disziplinarrecht und Strafrecht, ZBR, 1963, pp. 257 ss.; *el mismo*, Bundesdisziplinarordnung, 2.ª ed., 1969; *H. R. Claussen* y *W. Janzen*, Bundesdisziplinarordnung, 5.ª ed., 1985; *K. Dau*, Der Begriff des Dienstvergehens und sein Verhältnis und Strafatbestand, DVBl., 1968, pp. 62 ss.; *el mismo*, Wehrdisziplinarordnung, 2.ª ed., 1990; *M. Hagedorn*, Verbot der Doppelbestrafung nach Wehrdisziplinarrecht und (Wehr-) Strafrecht?, NJW, 1965, pp. 902 ss.; *H. Kohler, G. Ratz*, BDO. Bundesdisziplinarordnung und materielles Disziplinarrecht, 1989; *A. Kreuzer*, Comentario a BVerfG, 27, pp. 180 ss., NJW, 1970, pp. 507 s.; *R. Kugler*, Ist das Disziplinarrecht verfassungswidrig?, ZBR, 1960, pp. 33 ss.; *F. Ostler*, Neues im Disziplinarrecht, NJW, 1967, pp. 2033 ss.; *H. H. Rupp*, Comentario a BVerfG, 21, pp. 379 ss., NJW, 1967, pp. 1651 s.; *Eb. Schmidt*, Strafrecht und Disziplinarrecht, en: Deutsche Landesreferate zum 3. internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung, 1950, pp. 859 ss.; *U. Stock*, Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen, 1932; *W. Thieme*, Vom Wesen des Disziplinarrechts, DVBl., 1957, pp. 769 ss.; *W. Wiese*, Der Verfassungssatz ne bis in idem —Art. 103, Abs. 3, GG— und das Verhältnis von Kriminalrecht und Dienststrafrecht, VerwArch., 56 (1965), pp. 203 ss., 354 ss.

---

[28] *Dreher* Welzel-Festschrift, pp. 917 ss., 929 s.; *Günther*, en: 40 Jahre, pp. 381 ss., 391; *de otra opinión*, *H. Mayer*, Strafrechtsreform, pp. 65 s.; *Peters*, ZStW, 77, pp. 470 ss., 501; *Baumann*, JZ, 1972, pp. 1 ss., 3; *el mismo*, ZRP, 1972, pp. 273 ss.; *el mismo*, Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 523 ss., 525 s.; *Dencker*, JZ, 1973, pp. 144 ss.; 150 s.; más bien de otra opinión también *Krümpelmann*, Bagatelldelikte, pp. 240 s.; *Hirsch*, ZStW, 92, pp. 218 ss., 242 ss.; *vid.* asimismo *Kaiser*, ZStW, 90, pp. 877 ss.

A. La necesidad de medidas disciplinarias

11 1. Las organizaciones (concebidas aquí como sistemas dentro de la sociedad y el Estado), que no se pueden sustituir, o que si se disuelven es sin sustitución posible, requieren que se garanticen las normas necesarias para el cumplimiento de sus funciones como tales organizaciones. Frente a las personas ajenas [29], la garantía se verifica a través del Derecho penal o —especialmente en los deberes de cooperación para con la Administración— a través del Derecho de las contravenciones; las normas pueden tener contenido general o estar conformadas específicamente para la organización (como sucede con las normas que regulan las infracciones penales de los capítulos 4.° a 6.° del StGB). También frente a las personas pertenecientes a la organización se encuentran —junto a las normas penales generales— normas específicas para la organización garantizadas penalmente (p. ej., los §§ 121, 258 a, 331 ss. StGB, §§ 15 ss., 19 ss., 30 ss., 42 ss. OWiG), naturalmente sin que las garantías exigibles las preste el Derecho Penal siquiera aproximadamente de modo exhaustivo.

12 2. *a)* Para la clase más importante en la práctica de miembros de organizaciones imprescindibles, para los servidores públicos *(Staatsdiener)*, la ALR prusiana de 1794 preveía un catálogo detallado de normas penales (§§ 323 ss. II 20 ALR), autorizando un sistema de sanciones diferenciado convenientemente que hacía que cada sanción resultase impuesta también de modo apropiado a las necesidades de la Administración [30]. Elemento común a todos estos «delitos de los servidores públicos» no era el objeto de ataque (la organización), sino la posición de servidor público del autor. Esta solución penal del problema disciplinario ya no se observó, por varios motivos, a mediados del siglo XIX [31]: Los delitos de los funcionarios públicos pronto no pudieron satisfacer las exigencias crecientes de taxatividad de las leyes penales. Además, faltaba un sistema de medidas de seguridad penales adecuado a las necesidades de la gestión del aparato funcionarial, debido a una concepción del Derecho penal que había cambiado (retribución o prevención general por medio de retribución). Principalmente, la atención de los criminalistas, en los delitos de que aquí se trata, se trasladó del autor al resultado: los «delitos de los *servidores* públicos» se transformaron en «delitos graves y menos graves en ejercicio de la *función*» (apartado 28 de la Parte Especial del Código Penal prusiano de 1851) y pudieron cometerlos a partir de entonces también los gestores públicos sin la condición de servidores públicos (*vid.* § 11, apartado 1, núms. 2 a 4 bis StGB).

13 *b) a')* El vacío creado tras esta amplia retirada del Derecho penal de la

---

[29] No es muy preciso el límite entre la persona ajena a la organización y la perteneciente a ella —especialmente cuando ésta es de la clase de los sujetos a deber—; así, p. ej., al testigo, en la Administración de Justicia, se le puede considerar como un funcionario *ad hoc* determinado obligatoriamente; *vid.* §§ 51, 70 StPO, §§ 380, 390 ZPO, §§ 153 ss. StGB.

[30] *Stock*, Entwicklung, pp. 145 ss.; *Eb. Schmidt*, en: Landesreferate, pp. 859 ss., 865; *Wiese*, VwArch., t. 56 (1965), pp. 203 ss., 213 s.; en parte discrepante *Behnke*, ZBR, 1963, pp. 257 ss., que —partiendo de la distinción en el procedimiento— distingue ya según la ALR entre Derecho penal y Derecho disciplinario.

[31] *Stock*, Entwicklung, pp. 190 ss., 194, con bibliografía; *Wiese*, VwArch., 56 (1965), pp. 203 ss., 214 ss.

relación personal de los funcionarios vinieron a colmarlo a partir de entonces los *reglamentos disciplinarios*. La relación de este Derecho disciplinario con el Derecho penal no se ha precisado hasta ahora de modo especialmente convincente. La falta de claridad se deriva por una parte de la ya poco clara definición de los fines del Derecho penal y del Derecho disciplinario, que en parte se reconduce a la fórmula, enteramente incorrecta: retribución contra eficacia. Además, dentro del Derecho disciplinario se discute la importancia de la vulneración de la lealtad para la definición del daño a la organización: se trata del problema de en qué medida el delito menos grave disciplinario se puede derivar del antiguo delito estamental *(Standesverbrechen)*. La solución se ve dificultada por faltar tipos formulados de infracciones disciplinarias.

La cuestión de la relación entre vulneración de la lealtad y daño a la organización no se plantea, evidentemente, en aquellas organizaciones que reclutan con carácter forzoso a sus miembros (alumnos, presos, *vid.* §§ 102 ss. StVollzG), mientras la ley no establezca lo contrario (los sujetos al servicio militar obligatorio, § 1, párrafo 2, inciso 2, y §§ 7, 17, párrafo 2, entre otros, de la SoldatenG) [32]; en relación con profesiones liberales reguladas en sus líneas esenciales, no se plantea con la intensidad que en los servidores públicos (ejemplos: abogados, §§ 113 ss. BRAO; asimismo hay medidas de Derecho disciplinario, con «tribunales de honor», para los censores de cuentas, médicos, farmacéuticos, etc.).

b') El sistema de reacciones posibles depende de la relación (distinta se- **14**
gún el ámbito de organización) entre el miembro de la organización y ésta misma. En los supuestos de reclutamiento forzoso, la expulsión resulta incompatible con el cometido de la organización (de nuevo una excepción: § 54, párrafo 1, núm. 4 WDO). Por lo demás, despliega un efecto seguro desde el punto de vista de la prevención especial, de modo que el refuerzo cognoscitivo necesario en toda sanción se puede realizar fácilmente en el Derecho disciplinario. La privación de libertad sólo viene en consideración en organizaciones en las que son normales limitaciones drásticas en el ejercicio de derechos fundamentales (§ 22 WDO; § 103, párrafo 1, núm. 9 StVollzG), de modo que la imagen de la organización no se ve perturbada por coerción a las personas (antiguamente, también, p. ej., cárcel estudiantil, arresto escolar). La exposición subsiguiente se refiere en lo esencial al Derecho disciplinario de los funcionarios [33].

---

[32] Acerca de ello, *vid. Hagedorn*, NJW, 1965, pp. 902 ss., 903.

[33] Reguladas legalmente en detalle lo están por lo general sólo las medidas disciplinarias y el procedimiento; para los funcionarios federales rige la BDO, redactada según la publicación de 20-VII-1967, BGBl., I, p. 751, 984; en relación con los jueces, *vid.* §§ 63 ss., 71 DRiG; en relación con los fiscales, *vid.* § 122, párrafo 4, inciso 1 DRiG; *vid.*, acerca de los funcionarios de los *Länder*, las respectivas leyes de los *Länder*. Los deberes en cuyo incumplimiento consiste una infracción de funcionario, es decir, la Parte Especial del Derecho disciplinario material, los enuncian las leyes de funcionarios: §§ 52 ss. BBG, §§ 35 ss. BRRG, y las leyes de los distintos *Länder*, para sus funcionarios respectivos; para los jueces, los §§ 38 ss. DRiG. La doctrina de la imputación, que forma junto a las consecuencias jurídicas el sector principal de la Parte General, no está formulada legalmente.

B. Delimitación y tratamiento de las zonas de intersección

15 1. *a)* Función de las medidas disciplinarias es asegurar el *funcionamiento de las organizaciones respectivas en tanto que subsistemas del Estado* frente a perturbaciones provenientes de miembros de la organización. Las medidas disciplinarias consisten o en infligir un mal, que se detiene una vez cumplida la obligación (apremio: *Pflichtenmahnung*), o en la expulsión del servicio (depuración). A causa de esa orientación de las medidas disciplinarias hacia las condiciones de existencia de la organización, es decir, a causa de su relación abierta con una finalidad, se suele aceptar que las medidas disciplinarias son un *aliud* frente a las penas [34], de donde se deduce que, al contrario que la pena, nunca se pueden imponer para retribuir o expiar, y que su imposición *junto a* una pena no contraviene el artículo 103, párrafo 3 GG *(ne bis in idem)*.

16 *b)* Esta argumentación se basa en una concepción errada de la pena. Al margen de todas las controversias, se conviene en que la pena sirve al mantenimiento del orden (*supra* 1/17). No existe obstáculo alguno para considerar al Derecho penal como el Derecho disciplinario *general* de la sociedad, administrado por el Estado (donde la depuración sólo se efectúa por medio de internamiento de seguridad, desde que el extrañamiento está prohibido). Además, la argumentación se apoya en un concepto de medida disciplinaria no suficientemente desarrollado. El hecho de que ésta sirva a un fin único no significa que sea un medio homogéneo, al igual que en el Derecho penal penas y medidas de seguridad sirven al único fin de mantener el orden, pero son distintas en su contenido y en el modo de surtir efecto.

17 2. *a)* El hecho de que las medidas disciplinarias deben contener *también penas junto a reacciones semejantes a las medidas de seguridad* se deriva de su cometido: asegurar el funcionamiento de la organización. El carácter organizado del aparato funcionarial no se puede mantener sin garantía normativa, y la garantía no se limita a la desaprobación formal de la infracción de la norma (reprensión, § 6 BDO), sino que se extiende a infligir males (multa, reducción de haberes, §§ 7 ss. BDO). Estos males con que se conmina no se infligen sólo por su efecto de prevención especial, sino además para reafirmar la norma. Ejemplo: A un funcionario que en el mes inmediatamente anterior a su jubilación abandona sus funciones sin motivo no se le dispensa de la medida disciplinaria por falta de necesidad de prevención especial, pues tal indulgencia afectaría a la autoridad de la norma. Pero el hecho de que con infligir el mal no

---

[34] *H. Arndt*, DÖV, 1966, p. 809 ss., 811; *Thieme*, DVBl., 1957, p. 769 ss., 773 (¡Expiación irracional y retribución, en la pena, frente a medios racionales, en el Derecho disciplinario!); *Wiese*, VwArch., 56 (1965), p. 203 ss., 354 ss., 368 ss.; *Behnke-Arndt*, BDO Einführung A, núm. marg. 24 ss.; *Claussen-Janzen*, BDO Einleitung A números marginales 4 ss.; *Köhler-Ratz*, BDO, Einführung, II, 3; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 1, núm. marg. 17 s. *Stock*, Entwicklung, p. 266 ss., aprecia en el Derecho penal la prevención general, en el Derecho disciplinario la prevención especial. Según *Eb. Schmidt* (en: Landesreferate, pp. 859 ss., 863) también en el Derecho disciplinario debe ser admisible, y debe tener lugar la retribución, a pesar de lo cual concurre «una distinción jurídica cualitativa de los distintos fenómenos», porque en el Derecho disciplinario sólo debe importar la vulneración de la pretensión de lealtad (loc. cit., p. 866 s., 873). Críticamente, con razón, acerca de la idoneidad de estas delimitaciones *Baumann*, AT, § 4, I, 4; *el mismo*, JZ, 1964, pp. 612 ss., 614 s.; *el mismo*, JZ, 1967, p. 657 ss.

se persiga una función retributiva, sino sólo de prevención general, no aporta ninguna diferencia cualitativa con la pena (*vid. supra* 1/15). Una función penal se encuentra incluso en la depuración: Esta se aplica —especialmente en los delitos contra la propiedad de los tenedores de caudales públicos y casos similares— no sólo cuando el peligro de hechos ulteriores del mismo autor perturba a la organización, sino cuando lo exige el daño causado a la autoridad de la norma [35]. El carácter de pena no se pierde tampoco por que la reacción disciplinaria tenga por fin asegurar la confianza de la generalidad en la integridad del funcionario, pues esta confianza sólo puede existir a la larga como reflejo de la autoridad de la norma en el seno del funcionariado.

b) Aun cuando las medidas disciplinarias pueden tener, junto a su fun- 18
ción de medidas de seguridad, la función de pena (no de pena criminal) [36], el sistema de las medidas disciplinarias no es por ello un sistema «reducido» de las penas y medidas de seguridad del Código Penal. Más bien presenta otros puntos esenciales, por el siguiente motivo: la separación del servicio se halla disponible en Derecho disciplinario como medio de eficacia preventivo-especial absolutamente segura. Los equivalentes jurídico-penales, pena perpetua privativa de libertad e internamiento de seguridad, afectan con una profundidad desproporcionada a los intereses del reo, especialmente a sus derechos; sus presupuestos son por ello más estrictos. Ejemplo: Si la separación del servicio sólo se verificase cuando se dan las condiciones correspondientes a los presupuestos, formales y de pronóstico, para el internamiento de seguridad (§ 66 StGB), carecería de significado práctico. *Así pues, desde el punto de vista de la prevención especial el Derecho disciplinario es preferente.* Por lo mismo, en Derecho disciplinario rige el principio, orientado al autor, de la unidad de la infracción del servicio, es decir, que siempre que haya varias infracciones singulares en la persona del autor, se reúnen en una sola infracción que se enjuicia globalmente [37]. Asimismo, por orientación al autor, no se diferencia entre tentativa y consumación [38].

3. Al margen de la preferencia del Derecho disciplinario desde el punto 19
de vista de la prevención especial, las reacciones del Derecho penal se distinguen de las del Derecho disciplinario en que éstas tiene siempre el cometido de mantener una determinada organización capaz de funcionar, mientras que el Derecho penal debe hacer posible la vida social en su conjunto. Pero dado que las medidas disciplinarias, dentro de su limitado ámbito de funcionamien-

---

[35] *Vid.* las sentencias enumeradas por *Claussen-Janzen,* BDO Einleitung D, núm. marg. 30 a ss.

[36] Se ha formulado la exigencia de aplicar, por ello, el artículo 103.2 GG (*Kugler,* ZBR, 1960, pp. 33 ss., 34; *de otra opinión, Dau,* DVBl., 1968, pp. 62 s., 70; *Eb.* Schmidt, en: Landesreferate, pp. 859 ss., 867). Los tipos determinados íntegramente por la ley limitarían el ámbito de maniobra del superior (el Estado); no serían posibles las normas en blanco. La limitación del artículo 103.2 GG, a las penas que el Estado impone en virtud de su poder general (no como superior) obedece a la evolución histórica.

[37] *Benke-Arndt,* BDO Einführung B, núm. marg. 1 ss.; en relación con los soldados, *vid. Dau,* WDO, núm. marg. 10, ante § 7; *vid.* también el principio de unidad de la persecución de los delitos juveniles, § 31 JGG, así como *infra* acerca de la pena unitaria 31/10.

[38] *Benke-Arndt* BDO Einführung B, núm. marg. 10; el que estén excluidas las reglas del desistimiento no es algo forzoso ni fundamentando la equiparación por orientación al autor, ni atendiendo a la infracción del deber (ya dada en caso de tentativa).

to, pueden tener tanto carácter de pena como de medida de seguridad, deben observarse los siguientes principios para *evitar una doble punición* [39]:

a) A una pena criminal se le puede añadir una medida disciplinaria como medida de seguridad especial de Derecho funcionarial (imposible con arreglo al Derecho penal general) sin función de pena, lo que en parte se verifica ya en virtud de la propia ley (§ 48 BBG; § 48 SoldatenG; §30 WehrpflichtG).

b) En tanto que una infracción disciplinaria no se pueda juzgar como delito, la medida disciplinaria puede tener también función penal cuando ello resulte necesario para mantener el orden de la organización.

c) Lo único que es problemático es si pueden imponerse conjuntamente una pena criminal y una medida disciplinaria que se aplica como pena a causa de un hecho. Para la solución hay que atender a si en la determinación de la pena criminal debe tenerse en cuenta la importancia especial, para la respectiva organización, de que el autor haya infringido la norma —en ese caso la medida disciplinaria-pena conduciría a la doble punición—, o si la determinación de la pena no puede abarcar el daño a la organización; entonces queda una parte residual disciplinaria. Así pues, el artículo 103, párrafo 3, de la GG (prohibición del *bis in idem*) es aplicable también en caso de concurrencia de pena criminal y medida disciplinaria-pena cuando cabe solucionar el complejo en su totalidad mediante el Derecho penal. Ejemplo: Si un funcionario, en ejercicio de su función, conduce un coche oficial en estado de embriaguez (§ 316 StGB), la condena penal compensará por la puesta en peligro del tráfico en general, pero no tendrá en cuenta una posible importancia especial de la prohibición de poner en peligro para la organización, para la cual el tráfico con vehículos puede ser insustituiblemente necesario (reparto del correo), etc. Ejemplos de la posiblidad de tener en cuenta el daño a la organización ya en la medida de la pena criminal los forman, aparte de todos los delitos cometidos en ejercicio de

[39] Según el § 14 BDO (análogamente, § 8, inciso 1 WDO), junto a una pena o una medida por una contravención no se puede imponer la medida disciplinaria más leve, y una mediana sólo en caso de especial necesidad. Esta regulación no se dirige a evitar la doble punición, sino a evitar medidas disciplinarias fácticamente innecesarias. En la determinación de las necesidades de reacción displinaria adicional, a demostrar «desde las circunstancias concretas del caso particular», hay que partir, en caso de duda, de que el funcionario ya tendrá en cuenta suficientemente la pena criminal; BVerfG NJW, 1982, pp. 1440 s. La jurisprudencia argumenta sobre el artículo 1103.23 GG con reservas: de acuerdo con BVerfG, 21, pp. 379 ss., 384 (con comentario desfavorable de *Rupp*, NJW, 1967, pp. 1651 s.); 21, pp. 391 ss., 403 ss.), pueden coexistir la punición y la imposición de medidas disciplinarias de la WDO, pero si a la medida disciplinaria sigue una pena privativa de libertad, el arresto disciplinario se abona para su cumplimiento (BVerfG, 21, pp. 379 ss., 390 s.). El § 8.2 WDO establece ahora que se abonen forzosamente «otras privaciones de libertad» al arresto disciplinario. Sin embargo, no puede tener lugar el abono recíproco de multa penal y multa administrativa (BVerwG, 27 pp. 2180 ss., con comentario desfavorable de *Kreuzer*, NJW, 1970, pp. 507 s.; BVerfG NJW, 1970, pp. 1860 ss.). Con mejor criterio, en caso de procedimento disciplinario subsiguiente, el abono ha de hacerse depender de si ha quedado un resto disciplinario no tenido en cuenta; llevándose a cabo en primer lugar el procedimiento disciplinario, la reacción de carácter penal derivada de éste ha de abonarse en el proceso penal si las causas de las medidas disciplinarias son al propio tiempo causas de determinación de la pena (así en conclusión acertadamente OLG Hamm NJW, 1978, pp. 1063 ss.). Las sanciones heterogéneas han de compensarse según su valor. Una mayor «propensión al abono» no es preferible desde la perspectiva del Estado de Derecho, ya que diluye los límites de las distintas sanciones y suscita la intrusión en el ámbito de tareas de las otras sanciones.

cargo, los delitos contra la propiedad o el patrimonio cometidos con ocasión del ejercicio de funciones públicas; medidas disciplinarias que se conciban como pena son entonces inadmisibles.

4. También los delitos —como cualesquiera otros comportamientos— co- 20
metidos *fuera del servicio* pueden tener consecuencias disciplinarias (§ 77, párrafo 1, inciso 1, BBG), en tanto que el funcionario, mediante el hecho, ha destruido la *potestas* y *auctoritas* necesarias para su utilidad en la organización [40]. La medida se puede entender también como pena, como p. ej., cuando una reprensión no basta y una separación del servicio no resulta necesaria, ya que en la determinación de la pena el Tribunal no tiene en cuenta los efectos para la función, en caso de delitos no cometidos en ejercicio de ésta. Lo que es difícil de contestar es la cuestión de cuándo un delito (o incluso una mera contravención) cometido al margen del ejercicio de la función constituye a la vez una infracción disciplinaria. A tenor de la concepción antigua, al funcionario debe competer un deber más intenso de obedecer la norma [41], que se derivaría de una relación de lealtad especial. Estas son secuelas del antiguo tratamiento de los funcionarios como estamento *(Stand)* especial. Si se entiende el deber de lealtad en relación con la función, surge una limitación del hecho de que el delito permite concluir que se ha relizado un menoscabo de la organización [42]. Pero ello no cabe presumirlo a su vez mediante la difusa suposición de que la generalidad espera de los funcionarios una vida privada irreprochable en todos los sentidos o que en determinados grupos profesionales (conductores, maquinistas de locomotora) no se deban solucionar sólo penalmente determinados delitos cometidos fuera de servicio (conducción en estado de embriaguez) [42a]. Los detalles constituyen la materia del Derecho disciplinario.

5. La infracción disciplinaria recibe el mismo tratamiento que el delito de 21
infracción de deber; especialmente, desaparece la distinción entre autoría y participación [43] (*vid. infra* 21/115).

II. LOS MEDIOS PARA MANTENER EL ORDEN, Y DE APREMIO, DE LA REGULACION PROCESAL

A. Los *medios para mantener el orden* representan reacciones a una in- 22
fracción y deben poner de manifiesto la significación de la norma infringida a costa del autor (mediante multa o arresto: *Ordnungsgeld/Ordnungshaft*); se trata, pues, materialmente, de penas a las que —para no dejar que se apliquen las cautelas basadas en el Derecho penal, en particular también a fin de evitar

[40] *Dürig*, en: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, artículo 103.3, núm. marg. 128.

[41] Todavía BDH, 1, pp. 55 ss., 59 ss.; BDH ZBR, 1962, pp. 194 s.

[42] BDH NJW, 1966, pp. 688 s.; BVerwG, 1968, pp. 858 s. (ambos fallos se refieren únicamente a hechos imprudentes); *Behnke-Arndt*, BDO Introducción B, núm. marg. 150; *Claussen-Janzen*, BDO Introducción C, núm. marg. 58 c; *H. Arndt*, DÖV, 1966, pp. 809 ss.; *el mismo*, DÖV, 1968, pp. 39 ss.; *Wiese*, VwArch. 56 (1965), pp. 2203 ss., 354 ss., 358 ss.; *Dau*, DVBl., 1968, pp. 62 ss., 69; *Barth*, Honig-Festschrift, pp. 1 ss., con más bibliografía.

[42a] BVerwG NJW, 1983, p. 1440; OVG Münster NJW, 1987, pp. 2304 s., 2035; incluso aún BVerwG NJW, 1984, pp. 504 ss.; demasiado globalmente, BVerwG, 76, pp. 371 ss.

[43] *Behnke-Arndt*, BDO Introducción B, núm. marg. 11.

la exigencia de un proceso penal para la realización de los medios de mantener el orden— no se puede llamar penas (art. 5 EGStGB). Fin de los medios para mantener el orden es garantizar la validez de la norma. El fin de los *medios de coerción o apremio* es, por el contrario, obligar a un determinado comportamiento externo. Materialmente, también en los medios de coerción se trata —en terminología penal— de medidas de «corrección». Para la consecución de su fin, los medios para mantener el orden han de ejecutarse siempre en su totalidad, pero los medios de coerción ya alcanzan su fin cuando se realiza el comportamiento a que se apremia; si es éste el caso, aun antes de que la medida de coerción se «agote», concluye la coerción. Ejemplo [44]: Si un testigo se niega sin fundamento a prestar testimonio, se le impondrá una multa con arreglo a la medida de su infracción de deber (en el proceso penal, *vid.* § 70, párrafo 1, inciso 2 StPO); si hay motivos para pensar que el testigo persistirá en su negativa, el Tribunal ordenará prisión coercitiva (para el proceso penal, *vid.* § 70, párrafo 2, StPO), que concluirá (a lo más tardar) cuando el testigo se muestre dispuesto a declarar o cuando ya no proceda la declaración, mientras que la multa no se ve afectada por ello.

23 B. Los *medios para mantener el orden* de la regulación procesal constituyen el contrapunto de las reacciones de la Administración a los «delitos administrativos» (*supra* 3/1 ss.). Presuponen el tener culpa [45]. Si surgen de un comportamiento que a la vez constituye un delito, en el proceso penal se abonará la sanción procesal al cumplimiento de la pena [46]. Ejemplos de medios para mantener el orden: las medidas de policía en las vistas procesales del § 178 GVG; a causa de una infracción de un deber de omitir o soportar según el § 890 StPO (injustamente se le suele denominar medida de coerción); contra testigos y peritos, §§ 51, 70, párrafo 1, 77, 95, párrafo 2 StPO, §§ 380, 390, párrafo 1, 409 ZPO.

24 C. El supuesto básico para la aplicación de *medidas de apremio* es el apremio para realizar acciones en que no cabe sustituir al sujeto según el § 888 ZPO. El que la omisión que motiva la coerción deba ser enteramente imputable depende de que la pretensión se refiera a una prestación imputable o no imputable. La evitabilidad (carácter doloso o imprudente) de la omisión es requisito mínimo. Otros ejemplos: apremio para realizar una prueba, § 70, párrafo 2 StPO, § 390 StPO; apremio para la entrega de objetos que han de ser embargados, § 95, párrafo 2 StPO; apremio para que se preste un juramento en el procedimiento civil ejecutivo, § 901 ZPO; apremio para que se verifique el pago de multas por una contravención, § 96 OWiG.

---

[44] De acuerdo con RG, 57, pp. 29 ss.

[45] BVerfG, pp. 159 ss., 162 s. (en relación con el § 890 ZPO); ya BVerfG, 20, pp. 323 ss., 332 (§ 890 ZPO, versión anterior). La culpa es discutida en relación con el § 177 BVB; *KK-Mayr*, § 177, núm. marg. 5, con remisiones bibliográficas; el precepto cabe entenderlo —frente a su tenor literal— como regulación de la coacción directa.

[46] OLG Saarbrücken NJW, 1968, pp. 1687 s.; *LK-Tröndle*, núm. marg. 70, ante § 38.

CAPITULO II

El principio de sujeción a ley y la validez del Derecho penal

APARTADO 4

La sujeción a ley y la validez temporal

I. FUNCION DEL PRINCIPIO DE SUJECION A LEY

BIBLIOGRAFIA: *A. Arndt* (Miscelánea), NJW, 1961, pp. 14 ss.; *el mismo* (Miscelánea), NJW, 1964, pp. 1310 ss.; *el mismo*, Zum Problem der strafrechtlichen Verjährung, JZ, 1965, pp. 145 ss.; *J. Baumann*, Rechtmäßigkeit von Mordgeboten?, NJW, 1964, pp. 1398 ss.; *el mismo*, Der Aufstand des schlechten Gewissens, 1965; *L. v. Bar*, Gesetz und Schuld im Strafrecht, t. I, 1906; *G. Bemmann*, Zur Frage der nachträglichen Verlängerung der Strafverfolgungsverjährung, JuS, 1965, pp. 333 ss.; *E. Benda*, Verjährung und Rechtsstaat, 2.ª ed., 1965; *H. Bindokat*, Teleologie und Analogie im Strafrecht, JZ, 1969, pp. 541 ss.; *P. Bockelmann*, Richter und Gesetz, Smend-Festgabe, pp. 23 ss.; *W. Bohnert*, Paul Johann Anselm, Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, 1982; *G. Bopp*, Die Entwicklung des Gesetzesbegriffes i. S. des Grundrechts nulla poena, nullum crimen sine lege, 1966; *F. Calvelli-Adorno*, Die Verlängerung der Verjährungsfrist für die Strafverfolgung von Verbrechen, die mit lebenslangem Zuchthaus bedroht sind, NJW, 1965, pp. 273 ss.; *W. Class*, Generalklauseln im Strafrecht, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 122 ss.; *P. J. A. Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Parte I, 1799; *G. Frost*, Die Verjährung bei NS-Verbrechen, DRiZ, 1965, pp. 89 ss.; *G. Grünwald*, Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht, 1971; *el mismo*, Bedeutung und Begründung des Satzes *nulla poena sine lege*, ZStW, 76, pp. I ss.; *el mismo*, Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Änderung von Verjährungsvorschriften, MDR, 1965, pp. 521 ss.; *el mismo*, Comentario a BVerfG, JZ, 1976, pp. 766 s., loc. cit., pp. 767 ss.; *H. L. Hart*, Recht und Moral, 1971; *E. Jantsch*, Das strafrechtliche Verjährungsproblem, DRiZ, 1968, pp. 196 ss.; *H. Jung*, Rückwirkungsverbot und Maßregeln, Wassermann Festschrift, pp. 875 ss.; *U. Klug*, Die Verpflichtung des Rechtsstaats zur Verjährungsverlängerung, JZ, 1965, pp. 149 ss.; *G. Kohlmann*, Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften, 1969; *M. Krahl*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103, Abs. 2, GG), 1986; *Krey*, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977; *el mismo*, Keine Strafe

ohne Gesetz, 1983; *el mismo*, Parallelitäten und Divergenzen zwischen strafrechtlichem und öffentlichrechtlichem Gesetzesvorbehalt, Blau-Festschrift, pp. 123 ss.; *K.-L. Kunz*, Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984; *H.-P. Lemmel*, Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege, 1970; *W. Lewald*, Das Dritte Reich Rechtsstaat oder Unrechtsstaat?, NJW, 1964 pp. 1658 ss.; *F. v. Liszt*, Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, en: *el mismo*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, t. II, 1905, pp. 75 ss.; *M. Lorenz*, Strafrechtliche Verjährung und Rückwirkungsverbot, GA, 1968, pp. 300 ss.; *K. Lüderssen*, Politische Grenzen des Rechts-rechtliche Grenzen der Politik, en: *el mismo*, Kriminalpolitik auf verschlungenen Wegen, 1981, pp. 143 ss.; *G.-A. Mangakis*, Über die Wirksamkeit des Satzes nulla poena sine lege, ZStW, 81, pp. 997 ss.; *K. Marxen*, Strafgesetzgebung als Experiment?, GA, 1985, pp. 533 ss.; *H. Mayer*, Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände, Materialien zur Strafrechtsreform, t. I, pp. 259 ss.; 1. *Meyer-Ladewig*, Der Satz *nulla poena sine lege* in dogmatischer Sicht, MDR, 1962, pp. 262 ss.; *A. Michael Der* Grundsatz in dubio pro reo im Strafverfahrensrecht, 1981; *W. Naucke*, Rechtspolitische Vorentscheidungen bei der Diskussion einer Verlängerung von Verjährungsfristen für NS-Verbrechen, ZRP, 1969, pp. 8 ss.; *el mismo*, Die Aufhebung des strafrechtlichen Analogieverbots 1935, en: NS-Recht in historischer Perspektive, 1981, pp. 71 ss.; *M. Pawlowski*, Zur Rückwirkung von Gesetzen, NJW, 1965, pp. 287 s.; *el mismo*, Der Stand der rechtlichen Diskussion in der Frage der strafrechtlichen Verjährung, NJW, 1969, pp. 594 s.; *B. Pieroth*, Der rückwirkende Wegfall des Strafantragserfordernisses, JuS, 1977, pp. 394 s.; *J. Pföhler*, Zur Unanwendbarkeit des Rückwirkungsverbots im Strafprozeßrecht in dogmenhistorischer Sicht, 1988; *A. Ransiek*, Gesetz und Lebenswirklichkeit, 1989; *R. Redeker*, Bewältigung der Vergangenheit als Aufgabe der Justiz, NJW, 1964, pp. 1097 ss.; *A. Roesen*, Rechtsfragen der Einsatzgruppen-Prozesse, NJW, 1964, pp. 133 ss.; *el mismo*, Nochmals: Rechtsfragen der Einsatzgruppen-Prozesse, NJW, 1964, pp. 1111 s.; *H.-J. Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969; *H. Rüping*, Nullum crimen sine culpa. Zur Diskussion um das Analogieverbot im Nationalsozialismus, Oehler-Festschrift, pp. 27 ss.; *W. Sax*, Grundsätze der Strafrechtspflege, en: *R. A. Bettermann, H. C. Nipperdey, U. Scheuner* (ed.), Die Grundrechte, t. III (2), 2.ª ed., 1972, pp. 909 ss.; *H. Seger*, Über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze, 1862; *R. Schmid*, Nachwort zum Streit um die Verlängerung der Verjährungsfrist für NS-Verbrechen, NJW, 1965, pp. 1952 s.; *R. Schmitt*, Der Anwendungsbereich von Strafgesetzbuch (Art. 103, Abs. 2, Grundgesetz), Jescheck-Festschrift, pp. 223 ss.; *G. Schöckel*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots bis zur französischen Revolution, 1968; *A. Schottlaender*, Die geschichtliche Entwicklung des Satzes: Nulla poena sine lege, 1911; *H.-L. Schreiber*, Zur Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung von Verjährungsfristen früher begangener Delikte, ZStW, 80, pp. 348 ss.; *el mismo*, Gesetz und Richter, 1976; *B. Schünemann*, Nulla poena sine lege?, 1978; *el mismo*, Ungelöste Rechtsprobleme bei der Bestrafung nationalsozialistischer Gewalttaten, Bruns-Festschrift, pp. 223 ss.; *H. Schultz*, Internationalstrafrechtliche Spiele, Tröndle-Festschrift, pp. 895 ss.; *K. Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; *M. Waiblinger*, Die Bedeutung des Grundsatzes nullum crimen sine lege für die Anwendung und Fortentwicklung des schweizerischen Strafrechts, en: Festgabe für den schweizerischen Juristenverein, 1955, pp. 212 ss.; *G. Warda*, Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, 1962; *R. Wassermann*, (Miscelánea), JR, 1965, pp. 222 ss.; *H. v. Weber*, Zur Geschichte der Analogie, ZStW, 56, pp. 653 ss.; *H. Welzel*, Gesetzmäßige Judentötungen?, NJW, 1964, pp. 521 ss.; *H. Woesner*, Generalklausel und Garantiefunktion der Strafgesetze, NJW, 1963, pp. 273 ss.; *H. A. Zachariae*, Über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze, 1834.

A. Estado de la cuestión

1. *a)* El principio de sujeción a ley, positivado en el artículo 103.2 GG y con el mismo tenor en el § 1 StGB (*vid.* asimismo el art. 7.1 del Convenio de Derechos Humanos: MRK) forma parte de esas normas cuya interpretación puede llegar a complicarse hasta el punto de que o fracasan en la práctica o la práctica fracasa en ellas. Una interpretación orientada no a la pureza de las ideas, sino a la eficacia práctica de la norma, ha de tener en cuenta desde el principio el siguiente contexto: Exigir un máximo de taxatividad o determinación sobrepasa lo que puede llevar a cabo cualquier práctica legislativa o interpretativa —no utópica—. Por eso, de seguirse dicha exigencia máxima, el principio degenera en una mera «idea rectora» [1] sin vinculatoriedad en el caso concreto. La eficacia óptima sólo aparece cuando la exigencia de taxatividad tan sólo (pero también) se sitúa tan alta que critica a la praxis, sin ponerla en cuestion globalmente. Ya a partir de este sencillo dato cabe deducir que el principio de taxatividad no puede mostrar en todo el Derecho penal la misma medida de rigurosidad: En función del estándar alcanzable en la Parte Especial al describir las infracciones no sólo serían indeterminados hasta el grado de la anticonstitucionalidad amplios sectores de la determinación de las consecuencias jurídicas, sino también los principales preceptos de la teoría de la imputación de la Parte General. 1

b) Las formulaciones latinas ordinarias del principio de legalidad —*nulla poena sine lege (scripta, stricta, praevia, certa), nulla poena sine crimine, nullum crimine sine poena legali*— provienen de *Feuerbach* [2], que las desarrolla como elemento de su teoría de la pena (teoría de la conminación penal): La prevención general a través de la «coacción psicológica» actuaría con mayor eficacia cuanto más rigurosamente esté determinado el mal de la pena [3]. Más importante que esta derivación a partir de la teoría de la pena es desde luego la fundamentación en términos de teoría del Estado en el pensamiento jurídico de la Ilustración: El uso de la libertad de acción sin peligro de resultar castigado sólo es posible si se da la determinación previa de lo punible, y sólo se garantiza la seguridad ante la arbitrariedad —sobre todo judicial— cuando la determinación previa tiene lugar en consonancia con lo razonable (*Montesquieu*) o la voluntad general (*Rousseau*), es decir, en la ley [4]. 2

2. *a)* En relación con el Derecho vigente, a este principio se le asignan 3

---

[1] En este sentido, tendencialmente, *Sax*, en: Grundrecht, t. II (2), pp. 909 ss., 998; *Bockelmann*, Smend-Festgabe, pp. 23 ss.; *Meyer-Ladewig*, MDR, 1962, pp. 262 ss., 264; *vid.*, a este respecto también, *Schünemann*, Nulla poena, p. 8; *Krahl*, pp. 4 s.

[2] Lehrbuch[1] (1801), § 24.

[3] *Feuerbach*, Revision, pp. 44 ss.; *el mismo* Lehrbuch, §§ 8 ss., 20. *Vid.*, a este respecto, *Feuerbach*, p. 13; *Pföhler*, Unanwendbarkeit, pp. 246 ss. Más ampliamente *supra* 1/27.

[4] Con respecto a la historia, ampliamente, *Schreiber*, Gesetz und Richter, pp. 17 a 208; *vid.* además *el mismo*, ZStW, 80, pp. 348 ss., 351 ss.; *Schöckel*, Entwicklung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots, pp. 5b ss.; *Pföhler*, Unanwendbarkeit, pp. 185 ss.; en relación con el período desde finales del siglo XVIII, *Bopp*, Entwicklung des Gesetzesbegriffs, *passim*; *Krey*, Keine Srafe, núm. marg. 1 ss.; de entre la bibliografía antigua, *Zachariae*, Über die rückwirkende Kraft; *Seeger*, Über die rückwirkende Kraft; *v. Bar*, Gesetz und Schuld, t. I, pp. 9 ss.; bibliografía exhaustiva en *Schreiber*, loc. cit., pp. 233 ss.

diversas funciones [5]. Así, se afirma que especifica al *principio de culpabilidad*, puesto que sólo cabe hablar de una «decisión defectuosa consciente, o reprochablemente inconsciente», cuando «en el momento del hecho ya ha estado presente su punto orientador: la ley penal que especifica el tipo de injusto» [6]. Con ello, sin embargo, no cabe explicar ni por qué la determinación ha de producirse legalmente ni por qué tiene que abarcar incluso la punibilidad y la medida de la pena [7] (lo que también se excluye en ocasiones). Antes de considerar abiertamente la relación entre error de prohibición y culpabilidad puede haber sido necesario fundamentar dogmáticamente, en caso de error, una inculpabilidad con la ayuda del principio de legalidad, lo que no sería posible de otra manera [8]. Sin embargo, la conexión del principio de culpabilidad con la sujeción a ley la llevan a cabo hoy las reglas del error de prohibición (§ 17 StGB) [9], de modo que puede descargarse de esta función accesoria al principio de legalidad.

4 *b)* La conexión del principio de legalidad con *principios democráticos* [10] sólo es fructífera para partes del principio, pues las intervenciones de la gravedad de las sanciones penales requieren en una Democracia la legitimación democrática lo más directa posible [11] —en esta medida existe una conexión con los principios de la respectiva forma de Estado, aquí, pues, con los principios democráticos—, sin que no obstante resultase a partir de ahí la prohibición de determinación retroactiva de lo punible, o de la medida de la pena, o la prohibición de leyes indeterminadas o de condiciones de punibilidad no válidas en general. Los problemas de la retroactividad de la ley, de la taxatividad de la ley y de la distinción entre ley general y acto individual no son algo específico de la Democracia.

---

[5] No se vuelve a encontrar fundamentación de teoría de la pena como en *Feuerbach*. Desde luego, *Schünemann*, Nulla poena, pp. 13 s., pretende distinguir entre ámbito de interiorización de la norma mediante socialialización y otros ámbitos, en los que sólo «la confrontación con la conminación penal da lugar al efecto preventivo». Los ámbitos tendrán, cada uno subjetivamente, distinta conformación; p. ej. los delitos contra la libertad sexual pueden no producirse dependiendo del autor potencial, por la tabuización o por la conminación penal. Pero principalmente hay que objetar —al igual que contra *Feuerbach*— dos extremos. En primer lugar, la vinculación de prevención intimidatoria y determinación es una especulación psicologizante; no está demostrado empíricamente que la amenaza concreta tenga un efecto superior que la amenaza difusa. En segundo lugar, limitar la determinación a circunstancias significativas desde el punto de vista preventivo es demasiado estricto (no se abarcan, p. ej., el aumento no demasiado drástico de la sanción o la prolongación de la prescripción).

[6] *Sax*, en: Grundrechte, t. III (2), p. 909 ss., 998 s.; en términos semejantes, *Dürig*, en: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, art. 103, núm. marg. 104; *Bockelmann*, Niederschriften, t. III, p. 288; *Bopp*, Entwicklung des Gesetzesbegriff, pp. 145 ss.; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, p. 98 (no obstante, ahora de modo distinto, *SK-Rudolphi*, § 1, núm. marg. 2).

[7] Acertadamente crítico *Schreiber*, Gesetz und Richter, pp. 211 s.; *el mismo* ZStW, 80, pp. 348 ss., 360; *Grünwald*, ZStW 76, pp. 1 ss., 12.

[8] *Vid.* la bibliografía antigua citada por *Schreiber*, Gesetz und Richter, p. 211.

[9] Esto lo advierte también *Sax* en: Grundrecht, t. III (2), pp. 909 ss., 998; pero la distinción que invoca entre el objeto de regulación del § 17 StGB y el «tipo de injusto» como «punto de orientación» de la «decisión del hecho» queda absolutamente difusa.

[10] *Grünwald*, ZStW 76, p. 1 ss., 14; *Krey*, Blau-Fetschrift, pp. 123 ss., 130, 132, pero no con respecto a la prohibición de retroactividad; *Ransiek*, Gesetz, pp. 40 ss.; *vid.* asimismo *Schünemann*, Nulla poena, p. 11.

[11] Además, en estas intervenciones tiene que estar garantizada la «unitariedad de la formación de la voluntad estatal»; *H. Mayer*, Materialien, t. I, pp. 259 ss., 274.

c) Menos aún aclara la vinculación del principio con la *división de poderes* [12]. Una forma ideal de ley determinada en cuya aplicación el juez tuviera la mera función, en el sentido de *Montesquieu*, de «bouche qui prononce les paroles de la loi» [13] no conduce —como ya señala *Montesquieu*— a la división de poderes, sino a la completa subordinación del poder judicial al legislativo. Cuando en la reciente bibliografía metodológica se destaca la imposibilidad de determinación ideal y consiguientemente una genuina participación judicial en la determinación de la norma para el caso individual, a través de este «descubrimiento» de la participación judicial resulta el dato de un estado de división de poderes. En relación con la prohibición de retroactividad la división de poderes no indica nada: La prohibición se refiere a todos los poderes [14]. 5

d) a') Un amplio sector busca la función del principio de legalidad en la *protección de la confianza* como componente necesario del Estado de Derecho [15]. Aquí no se discute la corrección de este planteamiento. La libertad de acción sólo tiene pleno valor allí donde no existe peligro de que se vinculen al comportamiento consecuencias gravosas de modo no calculable. Por eso es digna de protección la confianza del ciudadano fiel al Derecho en que su comportamiento no va a ser definido posteriormente como injusto. Pero esta confianza no puede sustentarla sólo este principio en dos aspectos. 6

b') Por una parte, con la confianza del ciudadano fiel al Derecho en la conformidad a Derecho de su comportamiento no se corresponde la confianza del ciudadano no fiel al Derecho en que sólo se le vayan a imponer sanciones conminadas legalmente en el momento del hecho. Lo cual se reconoce en general directamente en el hecho de que para la culpabilidad se requiera el conocimiento o cognoscibilidad del injusto, pero no de la punibilidad, y menos aún de la medida de la pena; así pues, dado el conocimiento o cognoscibilidad del injusto, no se protege la confianza en la impunidad [16]. Incluso en tanto que a esta teoría hay que limitarla (*infra* 19/23), se trata sólo de conocimiento o cognos- 7

---

[12] *Vid.*, al respecto, *Grünwald*, ZStW, 76, pp. 1 ss., 14; *Krey*, Blau-Festschrift, pp. 123 ss., 130. — Así, no obstante, ahora el BVerfG 73, pp. 206 ss., 235: «Hay que cerciorarse de que el *legislador* decida sobre la punibilidad».

[13] De l'esprit des lois XI 6.

[14] *Schreiber*, Gesetz und Richter, p. 219. *Binding*, Handbuch, p. 25, de la división de poderes deriva el deber del juez de aplicar retroactivamente nuevas leyes, pues al juez le obliga siempre la nueva ley, según *Binding*, para no dejar que ni siquiera se plantee la situación de tener que decidir entre dos leyes; *vid.* en contra *Schöckel*, Entwicklung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots, p. 73; *Schreiber*, Gesetz und Richter, p. 219.

[15] BVerfG 13, pp. 215 ss., 223 s.; 13, pp. 262 ss., 271; 14, pp. 288 ss., 297; 15, pp. 313 ss., 324; 25, pp. 269 ss., 290 s.; 26, pp. 41 ss., 42; 37, pp. 201 ss., 207; 47, pp. 109 ss., 120; 48, pp. 48 ss., 56; BVerfG, JZ, 1981, pp. 741 ss., 742; BVerfG, 73, pp. 206 ss., 234 ss.; BVerfG, NStZ, 1987, p. 450; 1990, pp. 238 s.; *vid.* también BVerfG, 1987, p. 225 s.; *Calvelli-Adorno*, MJW, 1965, pp. 273 ss., 274; *Klug*, JZ, 1965, pp. 149 ss., 151; *Sax*, en: Grundrechte, t. III (2), pp. 909 ss., 998 s.; *Warda* Grundlagen, pp. 43 ss.; *Class*, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 122 ss., 137 s.; *Kohlmann*, Begriff des Staatsgeheimnisses, pp. 252 ss.; *Krey*, Studien, p. 207; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen, pp. 193 s.; *Woesner*, NJW, 1963, pp. 273 ss.; *vid.* asimismo *Schöckel*, Entwicklung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots, p. 66.

[16] *Grünwald*, ZStW, 76, pp. 1 ss., 12 s.; *el mismo*, MDR, 1965, pp. 521 ss., 523; *Waiblinger*, Juristenvereins-Festgabe, pp. 212 ss., 228; *Schreiber*, Gesetz und Richter, pp. 214 s.

cibilidad de la pena o de la magnitud de la pena como indicio de la gravedad del injusto, pero no como «etiqueta del precio» fijo para fechorías. El error del autor cabe tenerlo en cuenta en el marco de la imputación del hecho y no necesita más aseguramiento. Ya la ubicación de este problema fuera de la imputación pone de manifiesto que la psique del autor (confianza) no es el punto de partida correcto: Si el principio de legalidad es la «*magna charta* del delincuente» [17], ello no es para configurarle al «delincuente» de modo detalladamente calculable las consecuencias del comportamiento, ni a causa de esto.

8 — Por otra parte, y esto es lo principal, no todas las condiciones que requiere un Estado de Derecho son objeto de la confianza de autores potenciales, pues el Estado de Derecho no se agota en las garantías a las que legítimamente se atiene un autor potencial. Se trata más bien de que el Estado aspire a mantener la confianza en la norma a la larga, y en este sentido generalizadamente; en esa aspiración puede que a veces renuncie a medios sólo porque sea preferible su no uso general. La garantía de la sujeción sin excepciones prevalece entonces sobre la oportunidad del modo de proceder para solucionar un caso concreto. El principio de legalidad, en esta concepción, conduce, siempre que por él se dicta una sentencia, a una solución insatisfactoria del caso concreto, pues la punibilidad puede fracasar sólo por este principio, especialmente en aquellos supuestos en los que por lo demás es adecuado. Los supuestos de punibilidad desde luego dudosa se resuelven ya sin tener en cuenta la sujeción a ley. Así pues, el principio da lugar a *in*justicia en el caso concreto [18] (en favor del autor), para afianzar en general la autoridad del Estado.

B. La sujeción a ley como garantía de objetividad

9 La sujeción de la que se trata debe garantizar la *objetividad*: El comportamiento punible y la medida de la pena no se deben determinar bajo la impresión de hechos ocurridos, pero aún por juzgar, ni como medio contra autores ya conocidos, sino *por anticipado* y *con validez general*, precisamente mediante una ley determinada, dictada con anterioridad al hecho [19]. El principio abarca a todos los presupuestos de punibilidad y no está limitado al ámbito de lo imputable (así como las condiciones exclusivamente objetivas de la punibilidad, comprendidas incontrovertidamente, y las excepciones a la punibilidad dependientes de roles, *infra* 10/1 ss., 15 ss.): Especialmente, también la prescripción

---

[17] *v. Liszt*, Aufsätze und Vorträge, t. II, pp. 75 ss., 80.

[18] Así acertadamente *LK*[6]*-Nagler*, nota I a, § 2, StGB, en la redacción vigente desde 1935, en que se suprimió el principio de legalidad. *Vid.* además en relación con el § 2 StGB, redacción citada, *Naucke*, en: NS-Recht, pp. 71 ss.; *Rüping*, Oehler-Festschrift, pp. 27 ss., 41 s.

[19] *Schreiber*, Gesetz und Richter, pp. 213 ss.; *el mismo*, ZStW, 80, pp. 348 ss., 362 ss., con numerosas referencias bibliográficas; *Grünwald*, MDR, 1965, pp. 5212 ss., 523; *Marxen*, GA, 1985, pp. 533 ss., 545 ss.; *vid.* además *Arndt*, NJW, 1961, pp. 14 ss.; el mismo JZ, 1965, pp. 145 ss., 147 s.; *Baumann*, Aufstand, p. 12 ss.; *Waiblinger*, Juristenvereins-Festgabe, pp. 212 ss., 228; *Mangakis*, ZStW 81, pp. 997 ss., 1006; *Lemmel*, Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen, p. 160; *Pawlowski*, NJW, 1965, pp. 287 s.; *Jung*, Wassermann-Festschrift, pp. 875 ss., 884 (confianza *objetiva*); *vid.* también BVerfG, NJW, 1985, p. 225: «especial conformación del principio de discrecionalidad». Tajantemente en contra, desde una interpretación subjetiva-histórica, *Pföhler*, Unanwendbarkeit, pp. 288 ss.

ha de estar legalmente determinada y no cabe prorrogarla retroactivamente, tanto si antes del acto de prórroga ha expirado el plazo como si no [20]. El aspecto de confianza, de carácter psicológico, extravía hasta llevar a la suposición de que la prescripción no es objeto del principio de legalidad, dado que en el cálculo del autor no desempeña papel alguno la prescripción, y mucho menos papel alguno digno de protección. Pero no se trata de eso. Más bien lo determinante es que el Estado, al prorrogar el plazo de prescripción (o al establecer un cálculo de la prescripción que suponga prolongarla, o al facilitar la interrupción de la prescripción, etc.) amplía su competencia para punir, y ello, en la retroactividad deliberada, también bajo la impresión de hechos ya sucedidos, pero aún por enjuciar (¿para qué si no la retroactividad?). Otro tanto es válido para el requisito de querella o de poder para perseguir (*Verfolgungsmächtigung*), que no se puede suprimir retroactivamente [21]. Tampoco cabe recortar retroactivamente la posibilidad de sobreseimiento de los §§ 153, 153 a StPO [21a]. El principio de legalidad acaba en las normas de organización judicial y procedimental [22], pero sigue comprendiendo desde luego las garantías de

[20] Muy controvertido; como las reglas del Estado de Derecho sólo son eficaces globalmente cuando se aplican a sucesos que son posibles en un Estado de Derecho, no es casual que los plazos de prescripción dejasen notables lagunas de perseguibilidad precisamente en la persecución de los crímenes nacional-socialistas (acerca de la intensidad de la persecución que se echa en falta, *vid. Baumann*, Aufstand, pp. 5 s.). La solución, suspender el artículo 103.2 GG y el § 1 StGB en esa medida mediante una ley de reforma de la Constitución, fue rechazada, en favor de alterar los plazos de prescripción. Desde entonces, la garantía de legalidad que se lleva a la práctica, con la aprobación del Tribunal Constitucional, presenta el aspecto de que cabe impedir retroactivamente la prescripción si todavía no se han extinguido los plazos, mientras que, p. ej. la conminación penal (¡acertadamente!) no cabe incrementarla retroactivamente ni tan siquiera en un solo día-multa: BVerfG, 25, pp. 269 ss., 286 ss. (se refiere a la ley de cómputo de 13 de abril de 1965, BGBl., I, p. 315); *Calvelli-Adorno*, NJW, 1965, pp. 273 ss.; *Benda*, Verjährung und Rechtsstaat, p. 24; *Bemmann*, JuS, 1965, pp. 333 ss.; *Frost*, DRiZ, 1965, pp. 149 ss.; *Wassermann*, JR, 1965, pp. 222 ss.; *Schmitt*, Jescheck-Festschrift, pp. 223 ss., 230; *Pföhler*, Unanwendbarkeit, p. 294; *AK-Hassemer*, § 1, núm. marg. 63; *Dürig*, en: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, art. 103, núm. marg. 109, y la doctrina dominante. *Como aquí*, fundamental, *Schreiber*, ZStW 80, pp. 348 ss., 359 ss.; *Grünwald*, MDR, 1965, pp. 521 ss.; *vid.* además *Arndt*, NJW, 1961, pp. 14 ss.; *el mismo* JZ, 1965, pp. 142 ss.; *Jantsch*, DRiZ, 1968, pp. 196 ss.; *Lorenz*, GA, 1968, pp. 300 ss.; *R. Schmid*, NJW, 1965, pp. 1952 s.; *Schünemann*, Nulla poena, pp. 25 s.; *Pawlowski*, NJW, 1965, pp. 287 s.; *el mismo*, NJW, 1969, pp. 594 s.; *Lüderssen*, en: Kriminalpolitik, pp. 143 ss., 165; *Michael*, Grundsatz, pp. 104 ss.; *Jescheck*, AT, § 15, IV, 4; en lo esencial también *Baumann*, Aufstand, pp. 10 ss.

[21] *Jescheck*, AT, § 15, IV, 4; *H. Mayer*, AT, § 54, I, 2; *el mismo*, Studienbuch, § 7, I, 2; *Pieroth*, JuS, 1977, pp. 394 ss., 396; *Michael*, Grundsatz, pp. 107 ss.; *de otra opinión*, la doctrina dominante; RG, 75, pp. 306 ss., 310 ss.; 76, pp. 328; 77, pp. 106 s.; 77, pp. 181 ss., 183; BGH, 20, pp. 22 ss., 27; OLG Hamm NJW, 1961, p. 2030, y NJW, 1970, p. 578; *Krey* Keine Strafe, núm. marg. 110; *el mismo* Blau-Festschrift, pp. 123 ss., 125 s., 135 s.; *Pföhler*, Unanwendbarkeit, p. 295 (con amplia exposición del estado de la controversia, pp. 40 ss., 74 ss.); *Baumann-Weber*, AT, § 12, I, 2 b; *LK-Tröndle*, § 2, núm. marg. 9; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 12, núm. marg. 6 s.; *los mismos*, AT, II, § 75 II, A, 2; *Schönke-Schröder-Stree*, § 77, núm. marg. 8; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 10, ante § 77.

[21a] *Kunz*, Bagatellprinzip, pp. 89 ss., 90 s. Además, la conformación, que no deja de ser difusa, de los requisitos del sobreseimiento no respeta la prohibición de indeterminación; acerca de ello, *Krahl* Rechtsprechung, pp. 68 ss.

[22] *SK²-Schreiber* § 1, núm. marg. 9; *Marxen*, GA, 1985, pp. 533 ss., 551 s.; *Schönke-Schröder-Stree*, § 2, núm. marg. 6, 7; *Baumann-Weber*, AT § 12, I, *b*; *Grünwald*, MDR, 1965 pp. 521 ss.; *el mismo* JZ, 1976, pp. 767 ss., 771; *Welzel*, Strafrecht, § 5, II, 5 *b in fine*; en esta medida, también de acuerdo BGH, 22, pp. 321 ss., 325. *De otra opinión*, *Pföhler*, Unanwendbarkeit, p. 295 (con exposición del estado de la controversia, pp. 40 ss., 81 ss.); *KKOWiG-Rogall*, § 1, núm. marg. 46 s.

transcurso objetivo, que no puede reducirse retroactivamente, sino a lo sumo sustituirse por equivalentes funcionales. Hasta ahora, el límite no se ha dilucidado suficientemente en sus detalles [23]. Dado que la distinción entre Derecho sustantivo y Derecho procesal no cabe llevarla a cabo sin presuponer el obje-

[23] Delicado es sobre todo el supuesto de restricción de la potestad punitiva, contraria a los principios del Estado de Derecho, por consideraciones de oportunidad, determinando la ampliación retroactiva precisamente el restablecimiento de la objetividad. De cómo se decida sobre la admisibilidad de esta eficacia retroactiva depende la aplicabilidad del principio de legalidad a los hechos violentos del período nacional-socialista, en tanto que éstos, durante el dominio nacional-socialista, no fueron perseguidos ni mucho menos castigados. Naturalmente, se afirma que la observancia de decretos (legales o de otra clase) estatales de contenido terrorista, ya se trate de su observancia por la Administración de justicia (sobre todo en las condenas de muerte consecutivas a delaciones, con respecto a ello *infra* acerca de la autoría mediata 21/86) o de muertes en campos de concentración, habría sido también punible en la época nacional-socialista.

a) En ocasiones, esto se fundamenta en la contradicción de estos decretos estatales, que impedían la punibilidad, con el Derecho natural. No obstante, se olvida que no hay punibilidad de Derecho natural; y aun cuando ésta se aceptara, no sería una punibilidad determinada legalmente en el sentido del principio de legalidad. Tampoco cabe basar la punibilidad en el momento del hecho mediante la consideración de que la punibilidad con arreglo a las normas de la República de Weimar no fue suprimida por los decretos estatales posteriores, debido a la contrariedad de éstos al Derecho natural, y por eso siguieron vigentes, pues con esta construcción se le suponen ficticiamente normas al Estado de aquella época (p. ej., punibilidad del homicidio de opositores al régimen) que sin embargo éste no quiso, de modo que sólo están fundamentadas *supra*positivamente (*Grünwald*, Kritik der Lehre vom überpositiven Recht, p. 11; *el mismo*, ZStW, 76, pp. 1 ss., 5; *Schünemann*, Bruns-Festschrift, pp. 223 ss., 225, con bibliografía en nota 7; acertadamente *Hart*, Recht und Moral, pp. 44 s.: La suposición de que «todos nuestros valores» —se entiende, renuncia a la retroactividad y castigo de hechos violentos nacional-socialistas— «cabe alojarlos en definitiva en un solo sistema», constituye un «optimismo romántico»).

b) En ocasiones se admite la punibilidad en la medida en que faltó la supresión *legal* de la punibilidad —sobre todo del homicidio— (*Welzel*, NJW, 1964, pp. 521 ss.; *Lewald*, NJW, 1964, pp. 1658 ss.; *Arndt*, NJW, 1964, pp. 1310 ss.; *Redeker*, NJW, 1964, pp. 1398 ss., 1405; en contra, *Roesen*, NJW, 1964, pp. 133 ss. y 1111 s.). En este intento de diseccionar al Estado totalitario en categorías en que éste no se traduce (sobre ello *Baumann*, NJW, 1964, pp. 1398 ss., 1401, con bibliografía), está, normativamente velada, la referencia a lo *supra*positivo, pero con todo presente de hecho en sentido rector: Al Estado totalitario, que niega la civilización, se le «encasqueta» la teoría de las fuentes del Derecho de los Estados civilizados en que impera la división de poderes, como si ésta rigiera *supra*positivamente. Lo que de ahí resulta sólo cabe calificarlo de Derecho válido si se desconecta por completo la vigencia de lo que se practica globalmente. Queda por fundamentar el hecho de que el principio de taxatividad aluda a esta validez ideal, no derogable por la *praxis*.

c) Por último, se propone definir la no punición en el período nacional-socialista, en tanto que se basa en órdenes del *Führer* o similares, como supresión sólo fáctica de la punibilidad, que luego, como respecto a un cambio de la jurisprudencia, cabe anularla retroactivamente mediante otro tratamiento (*Schünemann*, Bruns-Festschrift, pp. 223 ss., 234 s.). Pero también esta distinción entre norma y tratamiento opera con categorías que el Estado totalitario no conoce como tales. Además, no es adecuado el paralelismo con el cambio jurisprudencial, porque la no persecución de los hechos violentos en la época nacional-socialista no era precisamente un comportamiento bajo el reconocimiento básico de las normas vigentes en la República de Weimar y actualmente, sino la ejecución de otro ordenamiento.

Resultado: El principio de legalidad únicamente se ajusta a un ordenamiento *con continuidad*. Por eso habría sido preferible suspenderlo para el enjuiciamiento de los hechos nacional-socialistas, como se previó en el art. 7.2 MRK (la llamada cláusula de Nuremberg) (al respecto existe una reserva de ratificación por parte de la República Federal; *vid.*, BGBl., 1954, II, p. 14). La función de la salida elegida en lugar de ésta residirá en que en ella no se articule la parte política, es decir, no plasmada en la ley, del comportamiento criminal, y consiguientemente quepa definir el convertirse en criminal como asunto particular de los autores; sobre correciones a este planteamiento, en el marco de la culpabilidad, *vid. infra* 19/9.

tivo de la distinción, ésta no indica nada para la fundamentación del ámbito abarcado por la garantía; la referencia a una distinción adoptada para otros objetivos comporta resultados fortuitos [24].

II. EFECTOS DEL PRINCIPIO DE SUJECION A LEY

BIBLIOGRAFIA: *B. Ackermann*, Das Analogieverbot im geltenden und zukünftigen Strafrecht, 1934; *K. Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; *el mismo*, Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, en: *B. Schünemann* (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pp. 85 ss.; *G. Ant*, Probleme der Kriminalisierung und Entkriminalisierung sozialschädlichen Verhaltens, Kriminalistik, 1983, pp. 117 ss.; *J. Baumann*, Die natürliche Wortbedeutung als Auslegungsgrenze im Strafrecht, MDR, 1958, pp. 394 ss.; *el mismo*, Dogmatik und Gesetzgeber. Vier Beispiele, Jescheck-Festschrift, pp. 105 ss.; *E. Beling*, Bayerische Sondergesetzgebung, ZStW, 40, pp. 511 s.; *B. Bender*, Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzten Rechts, JZ, 1957, pp. 593 ss.; *H. Bindokat*, Teleologie und Analogie im Strafrecht, JZ, 1969, pp. 541 ss.; *H. Blei*, Comentario a OLG Hamm, NJW, 1975, pp. 1370 s., JA, 1975, pp. 587; *H.-J. Bruns*, Die sog. tatsächliche Betrachtungsweise im Strafrecht, JR, 1984, pp. 133 ss.; *el mismo*, Zur strafrechtlichen Relevanz des gesetzesumgehenden Täterverhaltens, GA, 1986, pp. 1 ss.; *J.-M. Cadus*, Die faktische Betrachtungsweise, 1984; *R. P. Callies*, Der strafrechtliche Nötigungstatbestand und das verfassungsrechtliche Gebot der Tatbestandsbestimmtheit, NJW, 1985, pp. 1506 ss.; *W. Class*, Generalklauseln im Strafrecht, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 122 ss.; *U. Dopslaff*, Wortbedeutung und Normzweck als die maßgeblichen Kriterien für die Auslegung von Strafrechtsnormen, 1985; *G. Dürig*, Comentario a OLG Düsseldorf, NJW, 1961, pp. 1831 ss., loc. cit., pp. 1831 s.; *D. Engels*, Der partielle Ausschluß der Notwehr bei tätlichen Auseinandersetzungen zwischen Ehegatten, GA, 1982, pp. 109 ss.; *K. Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3.ª ed., 1963; *el mismo*, Der Begriff der Rechtslücke, Sauer-Festschrift, pp. 85 ss.; *el mismo*, Die Strafbarkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung, H. Mayer-Festschrift, pp. 399 ss.; *el mismo*, Einführung in das juristische Denken, 7.ª ed., 1977; *el mismo*, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2.ª ed., 1968; *el mismo*, Methoden der Strafrechtswissenschaft, en: *M. Thiel* (ed.), Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden, Methoden der Rechtswissenschaft, Parte I, 1972, pp. 39 ss.; *J. Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972; *H. Fiedler*, Die Rechtsfindung aus dem Gesetz im Lichte der neueren Logik und der Methodenlehre, Klug-Festschrift, pp. 55 ss.; *M. Fincke*, Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts, 1975; *H. Franzmann*, Mainachtsstreiche vor Gericht, JZ, 1956, pp. 241 ss.; *F. Geerds*, Zur Problematik der strafrechtlichen Deliktstypen, Engisch-Festschrift, pp. 406 ss.; *O. A. Germann*, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2.ª ed., 1967; *M. Grünhut*, Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht, 1926; *el mismo*, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Frank-Festgabe, t. I, pp. I ss.; *G. Grünwald*, Bedeutung und Begründung des Satzes *nulla poena sine lege*, ZStW, 76, pp. I ss.; *F. Haft*, Generalklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht, JuS, 1975, pp. 477 ss.; *E.-V. Hanack*, Zur verfassungsmäßigen Bestimmtheit und strafrechtlichen Auslegung des Begriffs unzüchtige

[24] A la inversa, se puede calificar de jurídico-sustantivos todos los ámbitos pertenecientes al principio de taxatividad; *Gallas*, Niederschriften, t. V, pp. 104 s.; *Schmidhäuser*, AT, 5/21. Sobre ello *Krahl*, Rechtsprechung, pp. 68 ss.

Schrift (5 184 Abs. I, Nr. I, StGB, Art. 103, Abs. 2, GG), JZ, 1970, pp. 41 ss. ; *E. Hafter*, Lücken im Strafgesetzbuch, SchwZStr., 62 (1947), pp. 133 ss.; *W. Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968; *el mismo*, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974; *el mismo*, Über die Berücksichtigung der Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze, Coing-Festschrift, pp. 493 ss.; *E. Heinitz*, Zur Verfassungsmäßigkeit der Straflbestimmung gegen den groben Unfug, E. Hirsch-Festschrift, pp. 47 ss.; *H. Henkel*, Recht und Individualität, 1958; *H. J. Hirsch*, Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot, Tjong-Gedächtnisschrift, pp. 40 ss.; *el mismo*, Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht, Tröndle-Festschrift, pp. 19 ss.; *F. Höpfel*, Zu Sinn und Reichweite des sogenannten Analogieverbots, JurBl., 1979, pp. 505 ss., 575 ss.; *Th. Heller*, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, 1961; *Th. Hillenkamp*, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; *J. Hruschka*, Das Verstehen von Rechtstexten, 1972; *el mismo*, Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?, JZ, 1985, pp. 1 ss.; *H. Isenbeck*, Der «ähnliche» Eingriff nach § 315 *b*, Abs. I, Nr. 3, StGB, NJW, 1969, pp. 174 ss.; *H. Jäger*, Strafgesetzgebung als Prozeß, Klug-Festschrift, pp. 83 ss.; *G. Jakobs*, Niedrige Beweggründe beim Mord und die besonderen persönlichen Merkmale in § 50 Abs. 2 und 3, StGB, NJW, 1969, pp. 489 ss.; *el mismo*, Nötigung durch Gewalt, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 791 ss.; *A. Jost*, Zum Analogieverbot im Strafrecht, SchwZStr., 65 (1950), pp. 358 ss.; *Arthur-Kaufmann*, Analogie und «Natur der Sache», 2.ª ed., 1982; *U. Klug*, Juristische Logik, 3.ª ed., 1966; *G. Kohlmann*, Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften, 1969; *el mismo*, Das (Rechts-) Gebot zu sozialer Rücksichtnahme als Grenze des strafrechtlichen Notwehrrechts, BGH, NJW, 1975, 62, JuS, 1975, pp. 435 ss.; *M. Krahl*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, 1986; *D. Kratzsch*, § 53 StGB und der Grundsatz nullum crimen sine lege, GA, 1971, pp. 65 ss.; *V. Krey*, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977; *el mismo*, Keine Strafe ohne Gesetz, 1983; *el mismo*, Gesetzestreue und Strafrecht, ZStW, 101, pp. 838 ss.; *W. Küper*, Richterrecht im Bereich der Verkehrsunfallflucht, Universität Heidelberg-Festschrift, pp. 451 ss.; *K. Lackner*, Die Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs, NJW, 1976, pp. 1233 ss.; *el mismo*, Zu den Grenzen der richterlichen Befugnis, mangelhafte Strafgesetze zu berücksichtigen, Universität Heidelberg-Festschrift, pp. 39 ss.; *W. Langer*, Gesetzlichkeitsprinzip und Strafmilderungsgründe, Dünnebier-Festschrift, pp. 421 ss.; *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.ª ed., 1975; *H.-P. Lemmel*, Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege, 1970; *Th. Lenckner*, Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz «nullum crimen sine lege», JuS, 1968, pp. 249 ss., 304 ss.; *P. Liver*, Der Wille des Gesetzes, 1954; *F. Loos*, Bemerkungen zur historischen Auslegung, Wassermann-Festschrift, pp. 123 ss.; *M. Maiwald*, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, 1970; *el mismo*, Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele, Gallas-Festschrift, pp. 137 ss.; *H. Mayer*, Das Analogieverbot im gegenwärtigen deutschen Strafrecht, SJZ, 1947, §§ 12 ss.; *el mismo*, Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände, Materialien, t. I, pp. 259 ss.; *A. Mennicken*, Das Ziel der Gesetzauslegung, 1970; *E. Mezger*, Die zeitliche Herrschaft der Strafgesetze, ZStW, 42, pp. 348 ss.; *W. Mittermaier*, Über Analogie im Strafrecht, SchwZStr., 63 (1948), pp. 403 ss.; *W. Naucke*, Zur Lehre vom strafbaren Betrug, 1964; *el mismo*, Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht, 1973; *el mismo*, Vom Nutzen der subjektiven Auslegung im Strafrecht, Engisch-Festschrift, pp. 274 ss.; *el mismo*, Die Aufhebung des strafrechtlichen Analogieverbots, 1935, en: NS-Recht in historischer Perspektive, 1981, pp., 71 ss.; *H.-M. Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 1981; *K. Peters*, In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln? Gutachten 41. DJT, t. I (2), pp. 1 ss.; *J. Piegler*, Volks-

bräuche vor Gericht, JZ, 1955, pp. 721 ss.; *A. Ransiek*, Gesetz und Lebenswirklichkeit, 1989; *Th. Rittler*, Gesetztes und nichtgesetztes Strafrecht, ZStW, 49, pp. 451 ss.; *C. Roxin*, Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS, 1965, pp. 373 ss.; *el mismo*, Die «sozialethischen Einschränkungen» des Notwehrrechts, ZStW, 93, pp. 68 ss.; *el mismo*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª ed., 1973; *H.-J. Rudolphi*, Comentario a BGH 34, pp. 211 ss., NStZ, 1987, pp. 324 ss.; *H. H. Rupp*, Die Bindung des Richters an das Gesetz, NJW, 1973, pp. 1769 ss.; *W. Sax*, Das strafrechtliche «Analogieverbot», 1953; *el mismo*, Grundsätze der Strafrechtspflege, en: *K. A. Bettermann, H. C. Nipperdey, U. Scheuner* (ed.), Die Grundrechte, t. III (2), 2.ª ed., 1972, pp. 909 ss.; *R. Scheyhing*, Volksbräuche und Rechtsordnung, JZ, 1959, pp. 239 ss.; *E. Schlüchter*, Zum «Minimum» bei der Auslegung normativer Merkmale im Strafrecht, NStZ, 1984, pp. 300 ss.; *E. Schmidhäuser*, Strafgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie, Martens-Gedächtnisschrift, pp. 231 ss.; *R. Schmitt*, Der Anwendungsbereich von § 1 Strafgesetzbuch (Art. 103, Abs. 2, Grundgesetz), Jescheck-Festschrift, pp. 223 ss.; *A. Schönke*, Auslegung, Analogie und Gewohnheitsrecht im Strafrecht, MDR, 1947, pp. 85 ss.; *H.-L. Schreiber*, Gesetz und Richter, 1976; *F.-C. Schroeder*, Die Bestimmtheit von Strafgesetzen am Beispiel des groben Unfugs, JZ, 1969, pp. 775 ss.; *H. Schröder*, Gesetz und Richter im Strafrecht 1953; *el mismo*, In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln? Gutachten 41. DJT, t. I (2), 1955, pp. 61 ss.; *el mismo*, Comentario a OLG Celle, JR, 1964, pp. 391 s., loc. cit., pp. 392; *el mismo*, Comentario a OLG Hamm, JZ, 1966, pp. 649 s., loc. cit., pp. 649 ss.; *U. Schroth*, Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht, 1983; *B. Schünemann*, Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht, 1978; *el mismo*, Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts, Bockelmann-Festschrift, pp. 117 ss.; *el mismo*, Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre, Klug-Festschrift, pp. 169 ss.; *el mismo*, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, en: *el mismo* (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pp. 153 ss.; *el mismo*, Die Regeln der Technik im Strafrecht, Lackner-Festschrift, pp. 367 ss.; *J. Schulze-Osterloh*, Unbestimmtes Steuerrecht und strafrechtlicher Bestimmtheitsgrundsatz, en: *D. Kohlmann* (ed.), Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht, 1983, pp. 43 ss.; *G. Schwalm*, Der objektivierte Wille des Gesetzgebers, Heinitz-Festschrift, pp. 47 ss.; *E. Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930; *Chr. Starck*, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, 1970; *H. Stöckel*, Gesetzesumgehung und Umgehungsgesetze im Strafrecht, 1966; *el mismo*, Bekämpfung der Gesetzesumgehung mit Mitteln des Strafrechts, ZRP, 1977, pp. 134 ss.; *W. Stree*, Die Ersatzhehlerei als Auslegungsproblem, JuS, 1961, pp. 50 ss.; *K. Tiedemann*, Strafbare Erschleichung von Investitionszulagen durch Aufhebung und Neuabschluß von Lieferverträgen, NJW, 1980, pp. 1557 ss.; *G. Timpe*, Die Nötigung, 1989; *H. Tröndle*, Ein Plädoyer für die Verfassungsgemäßheit des § 240 StGB. Lackner-Festschrift, pp. 627 ss.; *M. Waiblinger*, Die Bedeutung des Grundsatzes *nullum crimen sine lege* für die Anwendung und Fortentwicklung des schweizerischen Strafrechts, en: Festgabe für den schweizerischen Juristenverein, 1955, pp. 212 ss.; *H. Wekel*, Auf welche Bestandteile einer Strafvorschrift bezieht sich der Satz: nulla poena sine lege?, JZ, 1952, pp. 617 s.; *H. Woesner*, Generalklausel und Garantiefunktion der Strafgesetze, NJW, 1963, pp. 273 ss.; *Th. Zimmermann*, Struktur- und Einzelfragen der Gesetzesauslegung im Spiegel der Entwicklung höchstrichterlicher Rechtsprechung, GA, 1955, pp. 336 ss.; *el mismo*, Der Wortlaut des Gesetzes im Spiegel höchstrichterlicher Rechtsprechung, NJW, 1956, pp. 1262 ss.; *R. Zippelius*, Rechtsnorm und richterli-

che Entscheidungsfreiheit, JZ, 1970, pp. 241 ss.; *el mismo*, Einführung in die juristische Methodenlehre, 1971.

10 Los efectos del principio son los siguientes:

1) La determinación de la punibilidad tiene que llevarse a cabo mediante *ley* (*lex scripta*).

2) La ley tiene que determinar la punibilidad *(lex certa)*, debiéndose entender por punibilidad el estar un hecho conminado o no con pena, y la medida de ésta; el intérprete está sujeto a la determinación (*lex stricta*).

3) La determinación ha de realizarse antes del hecho (*lex previa*); la exposición de esta prohibición de retroactividad tiene lugar en relación con la validez temporal (*infra* 4/48 ss.).

A. La legalidad de la determinación

11 1. Ley en el sentido del principio de legalidad es toda norma jurídica escrita [25], bien se trate de una ley formal, de un reglamento [26] o de un decreto [27]. En los reglamentos y decretos, la ley de delegación tiene que estar concretada «en su contenido, objetivo y medida» de modo «que para el ciudadano sean previsibles los presupuestos de la punibilidad y la clase de la pena ya a partir de la delegación y no sólo a partir del reglamento que en ella se apoya»[28] (o decreto). En las leyes en blanco, pues, la propia ley en blanco (u otra ley formal) [28a] debe perfilar los presupuestos de la punibilidad, así como determinar la clase de pena [29], siempre que las normas de complementación no sean a su vez leyes formales. La pena privativa de libertad sólo se puede imponer por ley formal, según el artículo 104, párrafo 1, inciso 1, GG, que establecezca junto a la clase de pena también su *medida* [30]; sólo cabe delegar la «especificación del tipo penal» [31]. También para el Derecho penal internacional rige el principio de legalidad; incluso en la medida en que hubiera que considerar al

[25] Ampliamente *Starck*, Gesetzesbegriff, pp. 21 ss., 177 ss.; con respecto al texto que sigue, *vid.* además *Dürig*, en: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, art. 103, núm. marg. 106; art. 104, núm. marg. 14; *Jescheck*, AT, § 13, II, 1; *Schönke-Schröder-Eser*, § 1, núm. marg. 8; *LK-Tröndle*, § 1, núm. marg. 11; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 10, núm. marg. 9.

[26] BVerfG, 14, pp. 1174 ss., 185; 14, pp. 245 ss., 251; 14, pp. 254 ss., 257; 22, pp. 21 ss., 25.

[27] BVerfG, NJW, 1972, pp. 860 ss.

[28] BVerfG, 14, pp. 174 ss., 185 s.; 14, pp. 245 ss., 251, y las demás sentencias citadas en las notas precedentes.

[28a] BVerfG, NJW, 1987, pp. 3175 s.

[29] BVerfG, 14, pp. 245 ss., 252; NStZ, 1989, pp. 229 s. Acerca de la problemática de la complementación de una norma mediante «reglas técnicas», *Schünemann*, Lackner-Festschrift, pp. 367 ss.

[30] *Vid.* las notas precedentes; *de otra opinión*, pero superado por la jurisprudencia del BVerfG, OLG Düsseldorf, NJW, 1961, pp. 1831 ss., con comentario de *Dürig*, loc. cit.; OLG Köln, NJW, 1962, pp. 1214 ss.

[31] BVerfG, 14, pp. 174 ss., 187.

Derecho penal internacional como regla general, de acuerdo con el artículo 25 GG, para la aplicación penal hace falta una ley de transformación [32].

2. La forma de ley se requiere porque la punibilidad ha de estar determi- 12
nada mediante reglas generales, no sólo mediante reglas válidas para el caso concreto o sólo para un individuo. No se trata aquí de la generalidad de la ley como garantía de solución correcta (como algo paralelo a la ley natural), sino de la generalidad para impedir la arbitrariedad. Debido al necesario carácter escrito de la ley, queda excluido el Derecho consuetudinario en la fundamentación de la punibilidad. La razón es que el Derecho consuetudinario no lo ha creado una instancia legitimada lo más directamente posible de modo democrático. En la medida en que la legitimación histórica del Derecho llega a ser dudosa, el problema del Derecho consuetudinario se funde con problemas generales de la interpretación de la norma (*vid. infra* acerca de la taxatividad 4/46 s.).

B. La taxatividad de la ley

1. *El carácter relativo de la taxatividad con respecto al objeto de regulación*

a) Si —como aquí— se entiende el principio de legalidad ante todo como 13
garantía de objetividad, hay que tratarlo con más rigor cuanto más propenso a las valoraciones sea el campo de regulación, valoraciones que hayan de adoptarse para la decisión del caso en cuestión y que no sean generalizables. Un campo que ya sea resistente frente a las manipulaciones en virtud de su amplitud, que comprenda todos o casi todos los delitos, tiene que estar determinado con menos precisión que uno pensado a la medida del caso individual.

b) De todos modos, esta regla se quiebra notablemente: El establecimien- 14
to de las consecuencias del hecho [33] especialmente propensas a manipulaciones en el caso concreto, sobre todo de las penas, pero también de las medidas (§ 11, párrafo 1, núm. 8, StGB) sólo está legalmente determinado de modo relativamente impreciso, ya que hasta ahora no se ha conseguido establecer una ordenación de todas las consideraciones sobre determinación de la pena posiblemente legítimas, con sus efectos sobre la medida de la pena.

La ley reduce este defecto —sin convertirlo en algo secundario— determinando siempre las penas en forma de marco y además creando variantes con marcos penales más leves (privilegios) o más rigurosos (cualificaciones) o encargando al juez de crearlos (supuestos menos graves o especialmente graves), esto último con ejemplos (en parte vinculantes) o sin directrices (*vid. infra* 6/99 ss.). Naturalmente, para supuestos en que es dudoso si el juez ha de aplicar una posibilidad de agravación o de atenuación, pueden llegar a ser necesarios

---

[32] *Jescheck*, AT, § 14, I, 2, con bibliografía exhaustiva sobre el Derecho internacional, loc. cit., II y III.

[33] Con respecto a la vigencia del principio de legalidad en esta materia, *vid.* BVerfG, 25, pp. 269 ss., 286; BGH 18, pp. 136 ss., 140; *Schröder*, Verhandlungen, 41. DJT, t. I (2), pp. 61 ss., 76; *Schönke-Schröder-Eser*, § 1, núm. marg. 23; *Dreher-Tröndle*, § 1, núm. marg. 17; en general contra la aplicación del principio a las consecuencias del hecho, *Peters*, Verhandlungen, 41, DJT, t. I (2), pp. 1 ss., 19; *Schröder*, Gesetz und Richter, p. 28.

marcos penales sumamente amplios y ya no caracterizables como «determinados», p. ej. en los §§ 83 *a*, párrafo 1, en relación con 81 StGB (desde la cadena perpetua hasta la renuncia a la pena) [34]. El problema se resuelve por lo general de modo que en la práctica queda descartado como reacción uno de los extremos en el caso individual, porque el marco que hay que preparar sirviéndose de las reglas afianzadas de determinación de la pena no toca ese extremo. Desde luego, esta determinación *interpretativa* no es la determinación *legal* [34a]. En el ejemplo, casi siempre mencionado para censurarlo, de singular indeterminación, es decir, en la pena de multa (se citan desde 10 hasta 7.200.000 marcos, §§ 40, párrafo 1, inciso 2, StGB; párrafo 2, inciso 3, 54, párrafo 2, inciso 2, StGB), se olvida que no es la suma total, sino el número de días-multa lo que determina la medida de la pena (o sea, de un día a setecientos veinte días, la milésima parte del marco criticado) y que, además, la medida de la pena queda limitada por la suma de las penas individuales —que se fijan en marcos más estrechos, § 54, párrafo 2, inciso 2, StGB—. Está ya superada la conminación con multa de cuantía ilimitada (art. 12.2 EGStGB). La determinación de la multa que aparece junto a la pena privativa de libertad se lleva a cabo con la suficiente precisión, según el § 41 StGB, de acuerdo con una interpretación acertada (evidentemente discutida), en función del enriquecimiento que se pretendía [35]. Conminar con cualquier pena «legalmente admisible» sería incompatible con el principio de legalidad [36].

15 *c)* Al determinar el comportamiento delictivo, la ley procede de acuerdo con la regla, ya mencionada, de describir con menor precisión los elementos generales del delito que los de cada delito individual en el sentido de la Parte Especial. Casi todos los presupuestos generales de la imputación — la imputación objetiva, incluidos los presupuestos especiales de la omisión impropia, del dolo y de la imprudencia, de la justificación (en parte), de la participación, de la culpabilidad (en parte), de la tentativa (en parte) y diversos ámbitos del error—, cuando están formulados en la ley, no lo están de modo tan detallado como para llegar al estándar de la formulación de los tipos en la Parte Especial. Naturalmente, no sin excepciones; junto a numerosos conceptos en forma de cláusula general en la Parte Especial se encuentran en ella especiales remisiones a doctrinas generales que no aportan precisión alguna. Ejemplo: Las posiciones de garante mencionadas en la Parte Especial en los delitos de omisión propia equivalentes a la comisión no van más allá de la vaguedad del § 13 StGB (y de hecho son propias de la Parte General).

---

[34] *Vid. Schünemann*, Nulla poena, pp. 7 s.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 84.

[34a] En otro sentido, abiertamente, el BVerfG, que no deja de recurrir a «una jurisprudencia ampliamente reconocida en la doctrina» como prueba de la taxatividad, como si no hubiese que atender al *carácter legal* de la taxatividad; últimamente BVerfG 73, pp. 206 ss., 243, con bibliografía. Críticamente *Krahl*, Rechtsprechung, pp. 258 ss., 261 ss., 402 ss.

[35] Reclaman la intención OLG Hamm, NJW, 1975, pp. 1370 s., con comentario de *Blei*, JA, 1975, p. 587; OLG Düsseldorf, GA, 1976, pp. 117 s., evidentemente con negación prematura de la intención en los casos a decidir; *de otra opinión* (basta cualquier dolo), *Schönke-Schröder-Stree*, § 141, núm. marg. 3; *Dreher-Tröndle*, § 41, núm. marg. 3; *Lackner*, § 41 nota 2; *LK-Tröndle*, § 41, núm. marg. 4. Si se considera suficiente el enriquecimiento advertido, pero no querido, son indeterminados los supuestos de aplicación del § 41, StGB, porque al lado del § 73 ya no cabe determinarle objetivo alguno.

[36] *De otra opinión*, BGH, 13, pp. 190 ss., 191 s., con fundamentación ligada a la época (de la ocupación).

La regulación legal de los presupuestos generales de la imputación, en su conjunto menos precisa, obedecerá a otras razones, aparte de la mencionada regla: Por una parte, el retraimiento de la ley al determinar los elementos generales del delito tendrá la función de poner de manifiesto estos elementos en tanto que válidos «a partir de la propia materia» (lo que, del concepto de acción en adelante, no son, *infra* 6/22). No obstante, lo que corresponda «a la propia materia» cabe legitimarlo mejor mediante los expertos juristas que políticamente. Por otra parte, las reglas parcas las puede completar flexiblemente la jurisprudencia, de modo que queda un espacio para la formación progresiva del Derecho. Además, esta flexibilidad crea la posibilidad de dejar difusa la responsabilidad entre el legislador y la jurisprudencia en caso de resoluciones judiciales insatisfactorias en el caso concreto. Por último, también la elaboración científica de la teoría de la imputación, tradicionalmente muy intensa, hará que el legislador se abstenga de algunas determinaciones (cuanto más teniendo en cuenta que la teoría de la imputación en parte sólo con dificultad es politizable); de todos modos, ello es cierto no tanto debido al temor a impedir controversias científicas que a desconocer cuál es la solución preferible a la larga. Naturalmente, hay contraejemplos, como la positivación de la solución aportada por la teoría de la culpabilidad en el § 17 StGB (sobre ello *infra* 19/1 ss.).

d) De acuerdo con la regla de que la precisión de la determinación legal disminuye al aumentar la generalidad de lo regulado, quien se enfrente a la aplicación del Derecho en la Parte General, y sobre todo en la teoría de la imputación, tiene que precisar en mayor medida que en la Parte Especial los preceptos legales para hacerlos aplicables al caso individual. También los límites de las complementaciones permitidas, para precisar, de los preceptos legales están trazados con mayor amplitud para las reglas generales de la imputación que en la Parte Especial. En las reglas generales de la imputación están permitidas complementaciones de los preceptos legales en tanto que *no* los *contradigan*; así pues, cabe introducir regulaciones ni siquiera establecidas a modo de sugerencia, con tal que no dejen de estar en consonancia con los preceptos legales. Por el contrario, en la Parte Especial sólo están permitidas las complementaciones que amplíen el ámbito de lo punible en tanto que *se correspondan con* los preceptos legales; no cabe introducir nuevas regulaciones no determinadas legalmente, sino sólo hacer aplicables las existentes. Dicho de otro modo, en la teoría general de la imputación los preceptos legales constituyen puntos fijos de un sistema que por lo demás se ha formar sin dirección de la ley en su contenido y alcance; en la Parte Especial, los preceptos legales, en favor del autor, proporcionan todo el material disponible para la formación del sistema, lo que desde luego cabe hacer aplicable mediante complementaciones. Ejemplo: Cuando sea sistemáticamente preferible, cabe desarrollar, en relación con la teoría de la imputación, otras regulaciones del error junto a las de los §§ 16 s. StGB (sobre ello, *infra* 11/52 ss.); sin embargo, en la Parte Especial no está permitido, para completar la protección de la libertad, desarrollar como tipo de delito también las coacciones (§ 240 StGB) sin amenaza ni violencia, p. ej., mediante engaño, y ello sin olvidar que las coacciones constituyen precisamente un ejemplo gráfico de precepto que sólo llega a ser aplicable mediante complementación. **16**

2. *La necesidad de hipótesis previas del intérprete relativas al objeto de la regulación*

17 El mencionado hallazgo de que sólo es posible una determinación relativa se suele tratar bajo el epígrafe (del límite) de la prohibición de la analogía, así como de la (in-)admisibilidad del Derecho consuetudinario y del Derecho judicial. Para entender la problemática hay que tener en cuenta los siguientes principios de la interpretación de la ley [37]:

18 *a)* La ley, siempre que se trate de una regulación general, es decir, ley y no medida individual, no regula un solo supuesto concebible (no, p. ej.: determinado autor que, en determinado momento, etc.), sino siempre una clase de supuestos (todos los funcionarios que en ejercicio de sus cargos, etc.). La interpretación de la ley consiste en especificar los elementos de la clase (¿en qué se reconoce a los funcionarios, cuándo están ejerciendo su cargo?, etc.). Tal especificación puede que sea sencilla en algunos casos (se acepta como algo evidente que un agente de policía, al practicar una detención para la que tiene competencia, es funcionario en ejercicio de cargo, porque si no no sería ya comprensible qué es lo que la ley aspira a regular). Pero incluso en los supuestos de máxima sencillez de la interpretación ésta sólo tiene éxito debido a que el intérprete parte de una hipótesis previa del fin de la regulación (gráficamente: Ningún jurista, ante el concepto de funcionario —*Amtsträger*, literalmente: portador de cargo—, piensa en seguida en personas que porten oficialmente objetos materiales, aunque un niño, que precisamente tiene una idea equivocada del fin de la regulación, puede que interprete incorrectamente el carácter metafórico del «portar»). Esta dependencia del entendimiento de la ley con respecto a la hipótesis previa de aquello que persigue la regulación es inevitable (el llamado círculo hermenéutico). El hecho de que no quepa sustraerse a dicho círculo no quiere decir, evidentemente, que todas las hipótesis previas de fines de la regulación tengan el mismo valor y que la interpretación se agote en enumerar un panorama de especificaciones de los conceptos de clases, ordenados en función de las hipótesis previas, sino que la interpretación no proporciona más que resultados inútiles, o a lo sumo casualmente útiles, cuando las hipótesis previas son casuales (*vid.* la hipótesis previa, pueril e ingenua, relativa al funcionario —portador de función—, citada *supra*).

19 *b) a')* Para determinar cuáles son las hipótesis previas idóneas hay —en numerosas formas mixtas— tres métodos: Se intenta o bien averiguar qué debió regular legítimamente (!) al promulgar, quien la promulgó, la norma a interpretar [38] (teoría subjetiva; «voluntad del legislador»), o se parte de las hipótesis previas que se adapten —en la medida de lo posible— sin fisuras al sis-

---

[37] Aquí no se expone metodología alguna. De entre la bibliografía fundamental sobre metodología hay que mencionar a *Engisch*, en: Enzyklopädie, pp. 39 ss.; *el mismo* Einführung, caps. IV a VII; *Larenz*, Methodenlehre, II parte, caps. 3 s.; *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, cap. V; *Pawlowski*, Methodenlehre, § 15. Tampoco se expone ninguna teoría sobre la aplicación de la ley (teoría del silogismo, etc.). De entre la bibliografía básica al respecto, *vid. Engisch*, Logische Studien, *passim*; *el mismo* Einführung, cap. III; *Klug*, Juristische Logik, pp. 97 ss.

[38] Lo que a su vez es un acto de interpetación, es decir, se basa por su parte en hipótesis previas, etc.

tema de lo que en la actualidad legítimamente se ha de regular (teoría objetiva; «voluntad de la ley»), o uno se atiene al sistema de regulaciones existente en el momento de la promulgación (teoría histórica; «voluntad histórica de la ley»).

b') Naturalmente, los métodos no suelen poder ser viables sin préstamos recíprocos, pues cuanto más sentido (subjetivo o histórico) tenga un texto, tanto menos cabe trasplantarlo, sin destruirlo, a otro contexto (histórico u objetivo), y cuanto más insistentemente se espera una regulación, tanto menos cabe imponer otra regulación sólo debido a un texto (histórico) o sólo debido a las hipótesis previas (subjetivas) del redactor. Por último, rara vez un legislador dictará una norma sin tener en cuenta el contexto en que vaya a insertarse. En todo caso, no se puede ya garantizar un sentido de la regulación si las hipótesis previas no son eslabones de una sola cadena de desarrollo, sino que se hallan yuxtapuestas sin interconexión: *Sin conexión de las hipotesis previas subjetivas, históricas y objetivas* relativas al fin de la regulación, la interpretación a lo sumo produce resultados fortuitos [39]. Ejemplo: Si se interpreta la regulación del error de prohibición, § 17 StGB, con la teoría del dolo como hipótesis previa, ya no se pueden justificar axiológicamente los resultados (*vid. infra* 19/15). 20

c) a') Es preferible la teoría objetiva [40], con la matización de que el mencionado requisito de conexión constituya componente genuino de esta teoría. 21

[39] *Vid. Mennicken*, Ziel, pp. 58 ss.; *Stratenwerth*, Germann-Festschrift, pp. 257 ss., 264 s.; *Schönke-Schröder-Eser*, § 1, núm. marg. 43. *Loos*, Wassermann-Festschrift, pp. 123 ss., 129, apoya la vinculación mediante conexión, al negar a la doctrina aquí propugnada el que llegue a resultados estables.

[40] BVerfG, 1, pp. 301 ss., 312; 6, pp. 56 ss., 75; 11, pp. 126 ss., 129 s.; 34, pp. 269 ss., 288 ss.; así la jurisprudencia dominante del *Bundesgerichtshof*; BGH, 1, pp. 1 ss., 3 (diciendo «legislador» y queriendo decir «ley»); 1, pp. 74 ss., 76; 1, pp. 158 ss., 161 ss., 167; 1, pp. 313 ss., 316; 10, pp. 157 ss., 159; 14, pp. 165 ss., 167; 24, pp. 40 ss., 41 s.; 34 pp. 211 ss., con comentario favorable de *Rudolphi*, NStZ, 1987, p. 324 (más bibliografía en *LK-Tröndle*, § 1, núm. marg. 46). En el mismo sentido que aquí, además, *Binding*, Handbuch, pp. 456 s.; *Grünhut*, Frank-Festsgabe, t. I, pp. 1 ss., 6; *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung, pp. 47 ss.; *Mezger*, Strafrecht § 11, I, 2 *b*; *Welzel*, Strafrecht, § 5, II, 2; *Germann*, Probleme und Methoden, pp. 47 ss., 74; *Schwalm*, Heinitz-Festschrift, pp. 47 ss., con numerosas referencias jurisprudenciales; *Zippelius*, JZ, 1970, pp. 241 ss., 243; *el mismo* Einführung, pp. 25 ss.; *Baumann-Weber*, AT, § 13, II, 2 *a* ss.; *Bockelmann-Volk*, AT, § 4 C, II, 2; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 9, núm. marg. 22 ss.; *LK-Tröndle*, § 1, núm. marg. 46; *Schmidhäuser*, AT 5/33; *SK-Rudolphi*, § 1, núm. marg. 32; *Hassemer*, Strafrechtsdogmatik, pp. 38 s., 155 s., 211. En favor de un sincretismo metodológico con primado de la teoría objetiva (lo que en definitiva se aproxima bastante a la opinión aquí defendida), *Stratenwerth*, Germann-Festschrift, p. 257 ss., 266; *Jescheck*, AT, § 17, IV, 2; *Schönke-Schröder-Eser*, § 1, núm. marg. 44; *SK2-Schreiber*, § 1, núm. marg. 23. En favor de un sincretismo metodológico en que prevalezca la teoría subjetiva, *Liver*, Wille des Gesetzes, pp. 19 ss. También es ecléctica la teoría de *Krey*, Studien, pp. 184 ss., según la cual la «decisión valorativa de política jurídica del legislador» ciertamente es una barrera para la interpretación, barrera que ha de superarse mediante «valoraciones de superior rango» o «más recientes del legislador actual». En favor de la teoría subjetiva, *Engisch*, Einführung, pp. 94 ss. (con notables limitaciones, p. 96); *H. Mayer*, AT, § 13, IV, 2; *el mismo* Studienbuch § 6, III, 2; *Naucke*, Betrug, p. 189 (no obstante, considerablemente distinto, *el mismo* Engisch-Festschrift, pp. 274 ss., 286); *Bindokat*, JZ, 1969, pp. 541 ss.; *Loos*, Wassermann-Festschrift, pp. 123 ss. (con terminología divergente). Le teoría subjetiva tiene que aceptar al menos los límites que menciona *Krey*, loc. cit.: ¿Cómo habría que emprender hoy, de lo contrario, p. ej., la interpretación del § 211 StGB, procedente de 1941 (!), en el elemento de los móviles viles? Una amplia exposición y crítica de las teorías objetiva, subjetiva y ecléctica se encuentra en *Mennicken*, Ziel, pp. 129 ss., 48 ss., 58 ss.

La teoría subjetiva no es viable en una Democracia por falta de determinación vinculante de las presuposiciones de las respectivas mayorías parlamentarias. Las exposiciones de motivos ministeriales de los proyectos de ley, o las ideas manifestadas por los distintos oradores en los debates son a lo sumo indicios de las presuposiciones de algunos parlamentarios; la mayoría puede que incluso —por falta de conocimiento técnico o de interés— no haya tenido ideas relativas al objetivo de la regulación [41]. Ejemplo: Ciertamente a la mayoría de los parlamentarios le ha faltado la idea del objetivo de la regulación de la cláusula de equivalencia del § 13 StGB. La teoría histórica no puede ser vinculante cuando ya no existe el respectivo contexto de la regulación, sobre todo porque ha decaído el fundamento de legitimación de la regulación aceptado en su momento. Ejemplo: La regulación del error de prohibición (§ 17 StGB) surgió ante todo merced a un concepto ontológico de culpabilidad; si desaparece esta fuerza legitimadora porque se descubre la determinación final del concepto de culpabilidad, también tendrá que cambiar paralelamente la interpretación del precepto (*vid. infra* 19/30). La transformación de la norma tiene lugar antes cuanto más vago es el contenido de regulación. Dada la conexión de los contextos de regulación, la teoría histórica se diluye en la teoría subjetiva.

22 *b')* La primacía de la teoría objetiva no significa que cada intérprete pueda teñir la ley en función de su idea de la regulación. Pues, como ya se expuso *supra*, la intepretación objetiva, sin conexión con las hipótesis previas, no produce resultados adecuados, si acaso, más que por azar. Ejemplo: El StGB no puede interpretarse sin graves contradicciones valorativas sólo con la hipótesis previa de que el fin de regulación es, p. ej., la prevención intimidatoria en el sentido de *Feuerbach* o la prevención especial en el sentido del Programa de Marburgo de *v. Liszt*, o algo semejante. Precisamente por la imposibilidad de alcanzar, con hipótesis previas inconexas, resultados sin contradicciones, la interpretación adecuada sistemáticamente supone una señal de que se acertó con la —patente o bien latente— «voluntad de la ley». Así pues, en la concepción que aquí se propugna la falta de contradicciones se busca primariamente entre las normas y no en la historia de una norma. Con este afianzamiento sistemático la teoría objetiva —frente a una opinión extendida— no abre ninguna puerta al antojo de la arbitrariedad, de modo que en ésta —como en las otras teorías— habrá que criticar menos el exceso de variabilidad de los resultados que el inmovilismo de todo el complejo regulador, ocasionada por la conexión sistemática de todas las partes de la regulación.

---

[41] *Vid. Germann*, Probleme una Methoden, pp. 47 ss., 66; *Stratenwerth*, Germann-Festschrift, pp. 257 ss., 268 s. Con respecto al problema, desde la perspectiva de la teoría subjetiva, *vid. Engisch*, Einführung, p. 95, con bibliografía; *Loos*, Wassermann-Festschrift, pp. 123 ss., 1225, y *Schroth*, Auslegung *passim*. *Schroth*, pretende no atender a una voluntad entendida de modo psicologizante, sino a la «acción que se ha vuelto transparente de un legislador que ha conducido a una ley» (p. 84). Lo cual tiene distintos significados dependiendo del nivel de abstracción con que se interprete la acción (al final se atiende siempre a una acción que ha de garantizar un ordenamiento concebido racionalmente) y no se comprende hasta qué punto llega a ser transparente el contexto que acompaña a la acción («la base del negocio» del legislador). El intérprete podría discrepar de la voluntad del legislador a lo sumo con fundamentación expresa (pp. 101 s., 153). La *ampliación* de la punibilidad contra la voluntad del legislador sería inadmisible (pp. 114, 153), lo que desde luego, debido a la vaguedad del contexto de la acción de legislación, garantiza muy poco.

3. *Consecuencias para el legislador*

a) Al debatir qué consecuencias tiene el descubrimiento descrito para el principio de legalidad hay que distinguir entre lo que se reclama, por una parte, al legislador y, por otra, a quien aplica la ley. **23**

Al legislador le está vedado conminar con pena un comportamiento indeterminado. No se puede configurar genéricamente cuándo cabe calificar de indeterminada a una ley, puesto que toda regulación que vaya más allá del caso individual recibe de quien aplica la ley —como se indicó *supra*— una parte de la determinación requerida para su aplicación al caso concreto. Sin embargo, el legislador podría modificar a voluntad el espacio de libertad del encargado de aplicar el Derecho. Así, p. ej., cabe conformar la siguiente escala de determinación en sentido creciente: Un comportamiento delictivo puede describirse como «mala conducta», o «mala conducta dañina socialmente», o «mala conducta perjudicial socialmente en una sociedad civil», o «perturbación de las reglas elementales para una sociedad civil», o «vulneración del ordenamiento de la propiedad» o como «apropiación de una cosa ajena» o como «desapoderar, con tendencia a la permanencia, a una persona legitimada sobre una cosa ajena y apropiársela el autor», etc., pudiendo especificarse aún el valor de la cosa, la situación de la víctima, los móviles del hecho (necesidad, envidia, prodigalidad, etc.), así como los presupuestos generales de la imputación, en tanto que puedan ser relevantes para la consecuencia jurídica. La precisión puede complicarse teóricamente hasta tal punto que ya no quepa esperar que el supuesto descrito se llegue a producir; la ley regula entonces más especificaciones que las que se verifican en la práctica.

b) a') Paralelamente a la función del principio de legalidad como garantía de objetividad, la determinación de los tipos delictivos de la Parte Especial hay de plantearla de modo que la norma en su conjunto, sólo en caso de hipótesis previas legítimas relativas al objetivo de la regulación, conduzca a resultados sistemáticamente adecuados. *La propia ley tiene que cerrar el paso al abuso para fines de regulación ilegítimos* [41a]. Naturalmente, la ley no puede renunciar a cláusulas que se adapten elásticamente a los cambios del orden social, permitiendo tener en cuenta peculiaridades del supuesto concreto [42]. No obstante, a través de estas cláusulas generales la ley no puede convertirse en una norma en blanco que remita a su vez a las normas necesarias para la convivencia, sino que ella misma tiene que indicar qué elementos (bienes, instituciones) pretende proteger. **24**

b') Además, en los tipos delictivos de la Parte Especial ha de evitarse la indeterminación innecesaria. Si una regulación relativamente imprecisa se pue- **25**

[41a] «Aseguramiento del resultado y del programa», *AK-Hassemer*, § 1, núm. marg. 19 ss.; *vid.* asimismo *Ransieck*, Gesetz, pp. 47 ss.

[42] *Vid. Henkel*, Recht und Individualität, pp. 24 ss.; *Engisch*, Idee der Konkretisierung, pp. 121 ss.; *Sax*, en: Grundrechte, t. III (2), pp. 909 ss.; 1006 ss.; *Lenckner*, JuS, 1968, pp. 249 ss., 304 ss.; BVerfG, 48, pp. 48 ss., 56 s.; BVerfG, NJW, 1987, pp. 3175 s., en cada caso con referencias de otras sentencias.

de determinar con mayor precisión, hay que elegir la variante más precisa [43]. Evidentemente ello no es válido cuando la regulación más precisa sólo cabe manejarla con tanta dificultad (tal es el caso en la regulación muy prolija) que al aplicarla se vuelva a perder la ventaja inicial de exactitud.

26 *c')* En los elementos generales de la imputación basta la regulación de los rasgos principales.

27 *c)* Tampoco las reglas mencionadas proporcionan una medida fija de determinación [43a]. Más bien, el resultado de su aplicación depende de qué se considere aún interpretación de una norma y qué ya formación de una nueva norma (sobre ello, *infra* 4/37 ss.). Así pues, las reglas surten efecto con diverso rigor, dependiendo de la cultura de la interpretación que se practique.

Ejemplos: Una norma en virtud de la cual se castigase el menoscabo de «bienes personalísimos» sería inconstitucional, puesto que esos bienes son enumerables (vida, integridad corporal, libertad, etc.), sin que una norma especificada fuera más difícil de manejar (de qué bien personalísimo se trata hay que determinarlo de todos modos para especificar la gravedad del hecho). El que al mencionar con mayor precisión los distintos bienes puedan surgir problemas de delimitación, intersecciones y lagunas, es consecuencia necesaria de toda especificación y por eso lo asume el ordenamiento que observa el principio de legalidad. Si la ley protege un bien personalísimo especificado, p. ej., la integridad corporal (el cual, desde luego, podría seguir especificándose), puede hacer depender la protección así fijada, por lo demás, de la respectiva configuración del orden social, ateniéndose a la lesión de la integridad por un comportamiento inadecuado socialmente: *Malos* tratos en el sentido del § 223 StGB. Pero hasta qué punto el concepto de malos tratos sigue vinculado a la base corporal de la intrusión y hasta qué punto cabe desbordarlo hasta constituir un tratamiento inadecuado genéricamente (ejemplo: ¿constituyen malos tratos las llamadas telefónicas en plena madrugada?) se rige por el estándar de interpretación que resulta definido por la relación con todas las normas penales.

28 Los supuestos escolásticos de regulación indeterminada son la punición de cualquier persona que «infrinja el orden público» [44] y el caso curioso de una norma del Concejo muniqués de 1919: «Se castigará toda vulneración de los principios revolucionarios. El tipo de pena está sujeto al arbitrio del juez» [45]. Tales normas no son sino normas en blanco, que no indican ningún elemento del ordenamiento a proteger; por eso son indeterminadas por antonomasia. Ello es también aplicable al § 360, párrafo 1, número 11, StGB, redacción antigua (sólo levemente mejorado: § 118 OWiG), a tenor del cual había que castigar a quien (ocasione ruidos que indebidamente perturben el descanso) o «perpetre desórdenes públicos». Tampoco esta norma menciona ningún elemento de protección más, sino que protege sólo el orden en general. La sentencia del

---

[43] *Lenckner*, JuS, 1968, pp. 249 ss., 304 ss.; *Kohlmann*, Begriff des Staatsgeheimnisses, pp. 252 ss.; *Naucke*, Generalklauseln, pp. 3 ss.; *AK-Hassemer*, § 1, núm. marg. 41.

[43a] Con respecto a la reciente jurisprudencia —menos orientada hacia la garantía de objetividad—, con referencias amplias, *Krahl*, Rechtsprechung, pp. 104 ss.

[44] Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt, 1953, pp. 75 s.

[45] En *Beling*, ZStW 40, p. 511.

Tribunal Constitucional Federal que consideró constitucional la norma [46] vacía el principio de legalidad hasta dejarlo sin significado. Los desórdenes públicos no se pueden convertir en determinados ni siquiera mediante interpretación restrictiva, ya que por no aludirse al objeto de la regulación falta un objeto de la interpretación que no sea el propio orden. El principio de legalidad exige *una determinación al menos también legal y no sólo interpretativa* [47].

d) a') Ciertamente no hay un declive de determinación desde los ele- 29
mentos descriptivos del delito, sobre todo de los elementos del tipo, descendiendo hacia los normativos [48], ya que los elementos normativos están determinados si la valoración relevante está a su vez determinada [49]. Los elementos como, p. ej., «ajeno» en los delitos contra la propiedad o «extramatrimoniales» en los §§ 177 ss. StGB, son normativos y al mismo tiempo sumamente determinados en términos relativos. Además, todos los elementos del delito, incluidos los que se suelen designar como descriptivos, están delimitados normativamente y en los supuestos extremos incluso indeterminados (p. ej.: ¿Concluye la vida humana cuando se da la muerte cerebral?). Donde sí hay un declive es desde la protección de los bienes y objetos de ataque clásicos, descendiendo hacia la protección de posiciones y oportunidades cuyo menoscabo es socialmente adecuado en términos muy amplios y no representa decepción de expectativas o se justifica masivamente. En estos bienes (libertad de acción, oportunidades de desarrollo físico o espiritual, esfera íntima, honor, incluso algunas formas de confianza, etc.), la ley caracteriza aún los elementos del orden, pero retira en seguida la determinación en relación con numerosos supuestos —generalmente sólo designados difusamente— o delega la ineludible retirada en la jurisprudencia. Se trata en ocasiones de incapacidad del legislador para describir con mayor precisión el tipo de delito, en ocasiones de fórmulas de compromiso escogidas adrede (así, en los §§ 184 *c*, núm. 1; 218 *a*, párrafo 2, núm. 3, StGB). Ejemplos: La libertad de acción sólo está protegida frente al actuar «reprobable» (§ 240.2 StGB; lo mismo ocurre en la protección de la libertad y del patrimonio en el § 253.2 StGB), la posibilidad de desarrollarse de un niño sólo está protegida frente al peligro de daños «considerables» mediante infracciones «graves» de deberes (§ 170 *d* StGB), el honor no en caso de «salvaguardia de intereses legítimos» (§ 193 StGB), la libertad sexual sólo contra «acciones sexuales... que sean de alguna relevancia con respecto al bien jurídico protegido en cada caso» (§ 184 *c*, núm. 1, StGB) [50]; la confianza en la salvaguardia de los intereses patrimoniales por parte de otros la menciona el § 266, párrafo 1, segundo grupo de supuestos StGB, de modo ilimitado, y delega la limitación a la jurisprudencia; la protección del feto concluye en caso

[46] BVerfG, 26, pp. 41 ss., 43 s., con indicación cuestionable a la escasa importancia de la pena con que se conmina; respecto a ello, acertadamente, *Woesner*, NJW, 1963, pp. 273 ss., 274 s. Con arreglo a la gravedad de la pena distingue también BVerfG, NJW, 1987, pp. 3175 s.

[47] En definitiva como aquí: *Schröder*, JR, 1964, p. 392; *el mismo* JZ, 1966, pp. 649 ss.; *Schroeder*, JZ, 1969, pp. 775 ss.; *de otra opinión*, *Heinitz*, E. Hirsch-Festschrift, pp. 47 ss., 59 s.; más bibliografía en *Schönke-Schröder*, 17, § 360, núm. marg. 47 s.

[48] *Vid. infra* 8/48 ss.; limitando en relación con la idoneidad de los conceptos en la realización de la taxatividad, *Haft*, JuS, 1975, pp. 477 ss., 483 s.; en contra, *Schünemann*, Nulla poena, p. 30.

[49] *Vid. Kohlmann*, Begriff des Staatsgeheimnisses, pp. 259 ss.; *Schünemann*, Nulla poena, pp. 29 ss.; *Krey*, Studien, pp. 78, 98, 101, 113 y *passim*; *Lemmel*, Strafbarkeitsvoraussetzungen, pp. 45 ss.

[50] Al respecto *LK-Tröndle*, § 1, núm. marg. 16.

de peligro de grave situación de necesidad para la embarazada (§ 218 *a*, párrafo 1, núm. 3, StGB) [51], etc.

30 *b')* En tales supuestos, la regulación sólo es inconstitucional cuando en los elementos fundamentadores de la punibilidad cabe configurar con precisión los elementos del orden reduciéndolos a su núcleo, o cuando los elementos que impiden la punibilidad es posible derivarlos con respecto a un principio general. Así ocurre —en la fundamentación de la punibilidad—, p. ej., en las coacciones y en la extorsión cuando sólo se atiende a la libertad jurídicamente garantizada [52], y —en el impedimento de la punibilidad— en la justificación de las lesiones (§ 226 a StGB) por consentimento cuando las «buenas costumbres», a tenor de los principios generales de la justificación, se conciben como ocasión de actuar jurídicamente razonable (*infra* 14/9). En el tipo de abuso de confianza de la deslealtad no se consigue la reducción (resulta arbitrario cualquier intento de trazar límites, p. ej., entre el que encuentra una cosa y el tutor en asuntos patrimoniales), de modo que el precepto es inconstitucional. Todas las soluciones mencionadas son controvertidas.

31 *e)* Difícil es el tratamiento de la *mención indeterminada de cantidades* relativas a la medida del resultado, mención que se emplea crecientemente («considerable», etc.) [53]. Tales expresiones puede que descarten la criminalidad de bagatela; pero en su mayor parte han de entenderse en el sentido de que sólo cierta medida de realización del resultado llega a ser antijurídica. Así, los pequeños defectos en el desarrollo de un niño son aún variantes socialmente adecuadas de la norma (en relación con el § 170 *d* StGB); del mismo modo, las acciones sexuales sin importancia pueden ser impertinencias o faltas de educación, sin caer no obstante fuera del marco de lo aún tolerado en general (en relación con el § 184 *c*, núm. 1, StGB); la expresión «muchas personas» en el § 283 *a*, núm. 2, StGB, ya no sirve de ninguna ayuda. La medida cabe determinarla con mayor precisión cuando la propia ley menciona la magnitud («Quien emprende una intervención semejante, igualmente peligrosa», §§ 315, párrafo 1, núm. 4, StGB; 315 *b*, párrafo 1, núm. 3, StGB) [54].

32 *f)* Las *cláusulas generales* que mencionan valoraciones extrajurídicas («reprochable», «móviles viles», etc.) [55], de acuerdo con una opinión extendida,

---

[51] Al respecto *Lackner*, NJW, 1976, pp. 1233 ss., 1239.

[52] La cláusula de reprochabilidad deviene entonces superflua, porque el quebrantamiento de un Derecho garantizado, por definición, representa una intrusión en los bienes actuales (es decir: susceptibles de legítima defensa) de una persona; al respecto, *Jakobs*, H. Kaufmann-Gedachtnisschrift, pp. 791 ss., 796 ss.; *Timpe*, Nötigung, pp. 70 ss. Si se atiende a la cláusula de reprochabilidad, el concepto se torna indeterminado porque no menciona al ordenamiento a partir del cual ha de dilucidarse lo que es reprochable. El BVerfG 73, pp. 207 ss., 252 ss., no ha establecido desde luego la inconstitucionalidad del precepto; NJW, 1988, pp. 693 ss.; en favor de la conformidad a la Constitución, *Tröndle*, Lackner-Festschrift, pp. 627 ss., 631 s.; en contra, *Calliess*, NJW, 1985, pp. 1506 ss.; *vid.* asimismo *Hirsch*, Tröndle-Festschrift, pp. 19 ss., con referencias bibliográficas.

[53] «Considerable», sin embargo, puede referirse también a la cualidad de un elemento, como, p. ej., en la decisión de conceder un crédito en la estafa de crédito (§ 265 *b*, párrafo 1, núm. 1, StGB); acerca de la taxatividad, en esto, *vid.* BGH, 30, pp. 285 ss., 291 ss.

[54] BGH, 22, pp. 365 ss., 366 s.; *Krey*, Studien, pp. 223 ss.; *de otra opinión* (inconstitucionalidad), *Isenbeck*, NJW, 1969, pp. 174 ss., 176.

[55] Acerca de «falsos» e «incompletos» en el § 256 *b*, párrafo 1, núm. 1, StGB, *vid.* BGH, 30, pp. 285 ss., 286 s.

sólo se podrían complementar mediante valoraciones indiscutidas [56. 57]. De este modo, obviamente no se descarta que una valoración indiscutida aún pueda ser demasiado amplia (así, en el § 240.2 StGB lo indiscutidamente reprochable no indica siempre una limitación de la libertad jurídicamente garantizada; *vid. supra* en nota 52). Pero la valoración indiscutida puede ser también demasiado estricta: Si la ley sólo tiene sentido como decisión clara de la controversia en torno a la valoración, hay que aceptar tal decisión. Ejemplo: La valoración de unas lesiones destinadas a realizar un homicidio a petición está actualmente controvertida; pero la ley no valora la sola petición como motivo suficiente para el homicidio (§ 216 StGB) y por tanto tampoco para las lesiones. La liberación con respecto a fundamentaciones de la punibilidad moralizantes se alcanza antes reduciendo las valoraciones extrajurídicas a valoraciones jurídicas que ateniéndose a la moral dominante. Así, las «buenas costumbres» en el § 226 *a* StGB cabe definirlas como ocasión de actuar jurídicamente comprensible (*infra* 14/9), los móviles viles en el asesinato como motivos jurídicamente disvaliosos [58] (el que el tiranicidio sea un homicidio con móvil vil lo tiene que rechazar el juez sin tomar prestado nada de la valoración general, sino más bien sólo a la vista del art. 20.4 GG), la reprochabilidad en las coacciones se resuelve reduciéndola a las afecciones a la libertad jurídicamente garantizada, etc.

El empleo de cláusulas generales en la determinación de los tipos delictivos de la Parte Especial es señal de deficiente legitimación del legislador, lo que no cabe explicarlo del todo recurriendo a la lejanía entre la ley y el caso concreto, ya que el legislador debería poder compensar el haber descuidado las peculiaridades del caso concreto con la ventaja de una regulación con mayor seguridad jurídica. No está determinado que a la deficiencia de legitimación del legislador le corresponda un realce de legitimación del juez; puede que se trate simplemente de una incapacidad o inoportunidad general de formular con precisión la «*magna charta* del delincuente» [59].

4. *Consecuencias para quien ha de aplicar la ley*

a) *El problema de la prohibición de generalización*

a) La sujeción de quien ha de aplicar la ley a la determinación por la ley **33**
de los tipos delictivos de la Parte Especial (en la teoría de la imputación de la Parte General la sujeción es más débil; al respecto *supra* 4/13, 15 e *infra* 4/43)

[56] *Grünwald*, ZStW, 76, pp. 1 ss., 16; *Roxin*, JuS, 1964, pp. 373 ss., 379 ss.; *Engisch*, H. Mayer-Festschrift, pp. 399 ss., 401; *H. Mayer*, Materialien, t. I, pp. 259 ss., 277; *Schlüchter*, NStZ, 1984, pp. 300 ss., 301 ss.; *Ransieck*, Gesetz, pp. 68 ss., 78; *Schönke-Schröder-Eser*, § 1, núm. marg. 22; *Jescheck*, AT, § 15, I, 3.

[57] Totalmente corta de miras es la denominación tópica, que en ocasiones se utiliza, de esta interpretación como un «in dubio pro libertate» (acerca de la aplicabilidad de este principio, *Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 326 ss.; *Jäger*, Klug-Festschrift, pp. 83 ss., 91 ss., con bibliografía); la *libertas* del autor puede suponer la aniquilación de la víctima, p. ej., en el § 218 *a*, párrafo 2, núm. 3, StGB. El Derecho penal le quita libertad a uno para hacer posible la libertad de otro; acertadamente, *Arzt*, Kriminalistik, 1981, pp. 117 ss., 118.

[58] *SK-Horn*, § 211, núm. marg. 8; *Jakobs*, NJW, 1969, pp. 489 ss.

[59] Pormenorizadamente, *Naucke*, en: NS-Recht, pp. 71 ss., 104.

tiene el siguiente contenido: Dado que el principio sólo actúa en favor del autor (garantiza la sujeción de la punibilidad a la ley, no de la impunidad), quien aplica la ley, al interpretarla, debe hacer descender el nivel de generalización en el que la ley formula los elementos positivos del tipo delictivo, es decir, llegar a ser más específico, estrechando así el ámbito de aplicación siempre que este descenso corresponda al sistema legal en mayor medida que el mantenimiento del nivel. No obstante, el aplicador de la ley no puede nunca aumentar el nivel de generalización de los elementos positivos del tipo delictivo, es decir, llegar a ser más general, ampliando así el ámbito de aplicación. Esta *prohibición de generalización* —la doctrina dominante lo denomina (impropiamente) *prohibición de la analogía*— [60] rige también cuando del sistema de la ley se deduce claramente que la redacción de la ley es demasiado estrecha, pues el principio de legalidad no impide tanto la punición sin razón fundada como la punición sin ley. Ejemplo: En el sistema de la protección de la propiedad se abre una laguna no justificable, pues la apropiación de una cosa sin sustracción (no es robo) y sin posesión del autor (no es apropiación indebida) no constituye infracción penal. El principio de legalidad prohíbe colmar esa laguna, lo que podría efectuarse, p. ej., interpretando la posesión en la apropiación indebida generalizándola hasta tal punto que tuviera posesión todo autor que no sustraiga [61].

Con respecto a los elementos negativos del tipo (p. ej.: sin autorización, sin la voluntad de la víctima, etc., en tanto que la falta de autorización o de consentimiento sea elemento del tipo) rige la prohibición de generalización, con la matización de que la *falta* del elemento puede especificarse, pero no generalizarse; es decir, el propio elemento cabe generalizarlo, pero no especificarlo (ejemplo: Cuanto más estrictamente se defina una autorización, más amplio será el ámbito en que falte).

34 *b) a')* Determinar cuándo se infringe ya la prohibición de aumentar el nivel de generalización de la ley es extremadamente difícil, y en definitiva sólo cabe hacerlo en esbozo, lo cual obedece a la siguiente razón: El alcance de los elementos del delito mencionados por la ley se determina por cómo los entien-

[60] El término resulta desafortunado, porque en la interpretación no se puede prescindir de deducciones analógicas (a partir de la suficiente semejanza, deducir la necesidad de igual tratamiento; con detalle, *Heller*, Logik und Axiologie, pp. 44 ss.). En cada constatación de que un ámbito de supuestos aún está abarcado por una norma, la argumentación, si se produce materialmente, se basa en afirmar la suficiente semejanza de lo aún abarcado y el ámbito central de la regulación. Fundamental, *Sax*, Analogieverbot, pp. 94 ss.; *Arthur Kaufmann*, Analogie, pp. 1 ss., con bibliografía sobre el estado de la controversia, pp. 61 ss.; *Weiblinger*, Juristenvereins-Festsgabe, pp. 212 ss., 254 ss. De acuerdo con *Arthur Kaufmann*, loc. cit., p. 52, el principio de legalidad significa «que el tipo de la acción punible tiene que estar establecido en una ley penal formal, es decir, ha de estar descrito más o menos completamente» y que está prohibido franquear los límites del tipo.

[61] Así, en definitiva, la interpretación sumamente correctora del § 246 StGB, que pretende alcanzar su objetivo no ya generalizando el concepto de posesión, sino suprimiéndolo; como aquí, la doctrina dominante; *de otra opinión*, *Welzel*, Strafrecht § 46, ante 1 (la posición defendida ahí y en *Welzel*, JZ, 1952, pp. 617 s., en el sentido de que en el concepto de posesión de la apropiación indebida se trata de una fórmula de delimitación, y no de un elemento del tipo de injusto, puede que sea correcta; pero el principio de legalidad se aplica a todo lo tipificado del delito, aun cuando no pertenezca al tipo de injusto); detalladamente sobre el problema, con bibliografía, *Maiwald*, Zueignungsbegriff, pp. 210 ss.

de quien aplica el Derecho. Ello depende, como se puso de manifiesto *supra*, de las hipótesis previas que él tiene sobre el fin de la regulación. Si, p. ej., el intérprete espera la regulación del ámbito «x» y la ley menciona el ámbito «y», puede —en teoría sin límites, en la práctica dentro de ellos— llegar a la idea de que el término «y» ha de entenderse como *terminus technicus* jurídico que expresa «x». Casi siempre se trata de que el intérprete cree que la ley estrecha demasiado el objeto de la regulación o incluso designa una especie incorrecta. Así pues, se espera una regulación amplia y adecuada («x»), pero la ley aporta una parcial —en el primer entendimiento— o inadecuada («y»). Ahora bien, si el intérprete entiende la regulación parcial *pars pro toto* o la regulación no adecuada como desafortunada, pero como tentativa de regulación idónea y ejemplar para otros supuestos, infringirá la prohibición de generalización, ya que estará ampliando la ley (aun cuando en otro lugar —en los elementos que no se adecuan— la estreche). Pero si el intérprete concibe la denominación del elemento limitadora o no adecuada («y») como *terminus technicus* jurídico para el todo o para lo que se adecua («x»), la propia ley acierta con la regulación amplia o adecuada, si bien en un lenguaje técnico que no se deduce en un primer entendimiento. Ejemplo [62]: Si un precepto cualifica el hurto de leña o madera «cuando se ha llevado un carro uncido, una barca o un animal de carga» (así antes el § 3, párrafo 1, núm. 6, de la Ley prusiana sobre el hurto forestal), y el autor utiliza un camión, la condena del autor por la cualificación se basará en una inadmisible ampliación de la ley si bajo el término «carro uncido» se entiende un vehículo con animal de tiro que representa el concepto general *no mencionado* (p. ej.: ve-

[62] BGH, 10, pp. 375 s.; la sentencia aplica el precepto que en seguida se menciona en el texto. Otros ejemplos en los que estimar el lenguaje técnico llega a una generalización mayor que la que resulta del entendimiento a primera vista: ¿Es la *energía eléctrica* una cosa ajena en el sentido del § 242 StGB, porque «cosa» es todo lo que cabe separar del ámbito de dominio del titular (negativamente, RG 29, pp. 111 ss., 115 s.; 32, pp. 165 ss., 186)? Constituye *violencia* que el autor administre a la víctima furtivamente un narcótico (afirmativamente, BGH, 1, pp. 146 ss.) o que apunte a la víctima con una pistola preparada para disparar (lo afirma BGH, 23, pp. 126 ss.), o que los autores lleven a cabo una huelga general (lo afirma BGH, 8, pp. 102 ss.) o interrumpan mediante una sentada la circulación ferroviaria (lo afirma BGH, 23, pp. 47 ss.), porque no hay que atenerse a la fuerza empleada, sino sólo al efecto coactivo —no necesariamente conseguido físicamente—? ¿hay un robo *con escalamiento* (Ein*steige*diebstahl) cuando se penetra *reptando* (Ein*kriechen*), pues el escalamiento comprende a toda forma de penetrar (respecto al § 243 StGB, redacción antigua, lo afirma BGH, 14, pp. 198 ss., 200)? ¿Retiene también una *carta* quien retiene un *giro postal* o un *aviso de giro* o un *aviso de un paquete*, porque «carta» comprende a toda comunicación escrita por correo (respecto al § 354 StGB, redacción antigua, lo afirma RG, 1, pp. 114 ss., 115; 72, pp. 193 ss., 73, pp. 236 ss.; 77, pp. 326 ss., 327)? ¿Usa un *arma* quien arroja ácido clorhídrico a la cara de la víctima, porque arma es todo instrumento ofensivo (afirmativamente con respecto al § 250, párrafo 1, núm. 1, StGB, redacción antigua, BGH, 1, pp. 1 ss.; *vid.* ya RG GA, t. 62, pp. 321: café hirviente como arma)? ¿Se da un *accidente de circulación* también cuando uno de los implicados ha realizado el daño dolosamente (lo afirma BGH 24, pp. 382 ss.)? ¿Se *aleja* del lugar del accidente (§ 142 StGB) aquel a quien se lo llevan en vehículo sin su intervención (lo afirma BayObLG NJW, 1982, pp. 1059 s.)? ¿Se aleja del lugar del accidente *justificada* o *exculpadamente* quien se aleja no dolosamente (en relación con el § 142, párrafo 2, núm. 2, StGB; lo afirma BGH, 28, pp. 130 ss.; ampliamente, *Küper*, Universität Heidelberg-Festschrift, pp. 451 ss.)? ¿Constituye *venta* del producto también el intentarla infructuosamente (en relación con el § 259, StGB, receptación, afirmativamente BGH, 27, pp. 45 ss.; pormenorizadamente acerca de la argumentación, *Schroth*, Auslegung, pp. 131 ss., 134 ss.; *Lackner*, Universität Heidelberg-Festschrift, pp. 39 ss., donde señala más ejemplos)? ¿Ha *encontrado in fragranti* a un ladrón aquel que llega, antes de que advierta su presencia (en relación con el § 252 StGB —hurto que deviene robo—; lo afirma BGH, 26, pp. 95 ss.; *vid.* además BGH, 28, pp. 224 ss., 227)?

hículo terrestre de tiro o propulsión); pero la condena sería admisible si el término carro uncido se puede entender como *terminus technicus* jurídico que designe vehículos terrestres de tracción o propulsión. El problema puede reducirse al aforismo: ¿cuándo puede el intérprete reclamar una terminología especialmente jurídica, o exclusivamente jurídico-penal [62a] o incluso sólo válida para una determinada norma?

35 *b')* Con vistas a la solución, un amplio sector intenta que el intérprete se atenga a la acepción propia del uso del término en el habla ordinaria (habla cotidiana, habla natural, general, etc.) [63]. Lo cual no lleva, sin embargo, a resultado aprovechable alguno, pues no hay una sola habla ordinaria que produzca contenidos conceptuales, acepciones. Más bien, el habla ordinaria está formada por multitud de hablas regionales, profesionales y otras más, sin que quepa destacar uno de esos ámbitos como decisivo jurídico-penalmente. Por eso a todas las palabras de empleo no infrecuente se le ofrece un arsenal tan amplio de significados en el habla cotidiana que la formación conceptual jurídico-penal no resulta limitada de modo apreciable. Ejemplo: Un cosa, según el uso lingüístico del StGB un objeto corpóreo, de acuerdo con el uso del lenguaje cotidiano ciertamente es un objeto corpóreo, pero a la vez también el objeto de una tarea (ejemplo: es «cosa» de la administración de justicia) o la propia tarea (ejemplo: «la cosa marcha»), etc. En el lenguaje ordinario no es infrecuente que una parte reemplace al todo (una mujer puede reemplazar a su «hombre»; la necesidad, que no atiende a mandatos —*Ge*bot—, tampoco a prohibiciones —*Ver*bot—, generalizando: carece de ley) o por lo demás el sentido de lo dicho ha de determinarse metafóricamente, sobre todo en los llamados modismos. Bien es verdad que el contexto limita el arsenal de los significados posibles [63a], pero el habla ordinaria está también abierta a nuevas acepciones

---

[62a] Afirman la existencia de terminología jurídico-*penal* especial, para aspectos parciales, los defensores de la «consideración fáctica», queriendo decir con «fáctica» lo opuesto de «jurídico-civil» o «jurídico-administrativa», etc.; *Bruns*, JR, 1984, pp. 133 ss.; en contra especialmente *Cadus*, Betrachtungsweise *passim*, ambos con bibliografía; *vid.* asimismo *infra* 21/14.

[63] Se atiene al sentido coloquial u ordinario (¿en qué ámbito de la lengua ordinaria?), *Krey*, Studien, pp. 146 ss., 153 y *passim* (evidentemente, en caso de duda decidiría el sentido jurídico); *el mismo*, ZStW, 101, pp. 838 ss., 843 ss.; *Schünemann*, Nulla poena, pp. 19 s.; *el mismo*, Bockalmann-Festschrift, pp. 117 ss., 124 s.; *el mismo*, Klug-Festschrift, pp. 169 ss., 176 ss. (la clasificación de *Schünemann* de los ámbitos lingüísticos: el lenguaje técnico jurídico como lengua objetiva, el lenguaje coloquial como metalenguaje, ciertamente explica cómo cabe concebir la delimitación de un lenguaje por parte de otro, pero no aporta nada a las dos cuestiones principales: ¿Qué ámbito del lenguaje coloquial se quiere hacer valer? ¿Cómo es que el significado en otro contexto va a ser vinculante para la interpretación en el contexto jurídico-penal?); *Baumann-Weber*, AT, § 13, I, 3, y II, 1; *el mismo*, MDR, 1958, pp. 394 ss.; *Engisch*, en Enzyklopädie, pp. 39 ss., 62 s. (lenguaje natural, cuando la ley no escoge terminología técnica); *el mismo*, Einführung, cap. IV; *AK-Hassemer*, § 1, núm. marg. 80 (un lenguaje «externo» a la interpretación de la ley y «real»). Considera admisible la divergencia con respecto al «tenor literal desnudo» *Hafter*, SchwZStr., 62 (1947), pp. 133 ss., 136. En ocasiones se invoca un sentido literal sin ulterior precisión como límite a la interpretación; BVerfG, 73, pp. 206 ss., 235; *Schreiber*, Gesetz und Richter, p. 230; *Welzel*, Strafrecht, § 5, II, 2; *SK-Rudolphi*, § 1, núm. marg. 29; *v. Hippel*, Strafrecht, t. II, § 3, IV 2; *Schönke*, MDR, 1947, pp. 85 ss., 86; *Jescheck*, AT, § 17, IV, 5; *Bender*, JZ, 1957, pp. 593 ss., 598 s.; *Roxin*, Kriminalpolitik, p. 15 nota 41; *Hillenkampf*, Vorsatztat, pp. 135 ss., 138.

[63a] *Schünemann*, en: Strafrechtssystem, pp. 153 ss., 186; por cierto, cuando *Schünemann*, en relación con el ejemplo señalado en el texto, afirma que ya la presencia del elemento típico «sustracción» con respecto al elemento «cosa» demuestra que cosa tiene que ser un objeto corpóreo, recorta demasiado el contexto posible y le *sustrae* así incluso a su cosa demasiado de su poder de convicción.

en contextos nuevos o recién descubiertos, y la seguridad sobre el contexto relevante sólo aparece *tras* la interpretación.

Ahora bien, cabría asumir que en las palabras ubicuas el arsenal de posibles significados cabe extenderlo hasta tener disponible todo lo que se desee (p. ej., en el tipo de hurto, de acuerdo con las acepciones posibles en el lenguaje común, hasta abarcar cualquier molestia jurídica en provecho propio) si la limitación sirviera para las palabras menos usuales. Pero tampoco es éste el caso, pues si en la búsqueda del significado posible se desacopla el contexto jurídico-penal, sólo por casualidad puede aparecer un sentido adecuado de la regulación, ya que el significado posible en contextos extrapenales puede que sea jurídico-penalmente inaprovechable en absoluto. Ejemplo: El término «banda armada» sólo se utilizará, aparte de en el § 127 StGB, para algunas asociaciones paramilitares. ¿Por qué tendría que vincular este uso al intérprete del Derecho penal? Pero si al indagar la significación posible se incluye el contexto jurídico-penal, como corresponde al dato de que la vida cotidiana, que determina al lenguaje, no finaliza ante las puertas de la justicia, en *todos* los términos el significado averiguado ya no limita a la interpretación jurídico-penal, porque el propio significado está ya determinado por esta interpetación.

c') Debido a este dilema, se propone atender, en lugar de al significado, **36**
al sentido de la regulación [64]. Pero tampoco ésta es solución, porque si se distingue entre la regulación formulada y la regulación con sentido, la última da la casualidad de que no está formulada, como exige el principio de legalidad. Un sentido de regulación que se desprenda *sólo* del contexto, o algo similar, no es el sentido de una *lex scripta* [65].

b) *Necesidad de la formación de sistema*

a) El problema de la prohibición de generalización sólo cabe resolverlo si **37**
se reconoce que en la interpretación no hay un límite obligatorio, sino que el límite depende de la cultura de la interpretación que se practique. Con lo cual se quiere decir que el límite de la interpretación no es el sentido que *tienen* los conceptos del Derecho, sino aquel que se les pueda *atribuir* [66]. Pormenores:

b) Si no se quiere que las normas jurídico-penales sean arbitrarias, tienen **38**
que estar interconectadas y en este sentido formar un sistema (un todo no ne-

[64] *Germann*, Probleme und Methoden, pp. 47 ss., 10: «De superior rango al tenor literal de la ley» es «su sentido y finalidad. Ello es válido incluso para el Derecho penal»; *Höpfel*, JurBl., 1979, pp. 505 ss., 575 ss., 581 s. (desde luego, mezclándolo con otras posturas); *Zimmermann*, GA, 1955, pp. 336 ss., 339; *el mismo*, NJW, 1956, pp. 1262 ss.; *vid.* asimismo *Maurach-Zipf*, AT, I, § 9, núm. marg. 21. Los autores mencionados tampoco quieren reconocer una interpretación creadora de Derecho.

[65] Acertadamente *Jost*, SchwZStr., 65 (1950), pp. 358 ss., 369, y la doctrina dominante.

[66] En lo esencial como aquí, BGH, 10, pp. 157 ss., 159 s.; *Hassemer*, Tatbestand und Typus, pp. 160 ss., 164; *Schmidhäuser*, AT, 5/42; también *Stree*, JuS, 1961, pp. 50 ss., 51; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 100 *in fine*; *LK-Tröndle*, § 1, núm. marg. 31 y *passim*. Se atienen al lenguaje jurídico *existente* (en caso de que falte, al lenguaje ordinario) *Schönke-Schröder-Eser*, § 1, núm. marg. 37 s. Atiende al sentido que cabe atribuir en el momento de la interpretación, *H. Mayer*, SJZ, 1947, parágrafos 12 ss.

cesariamente completo, pero sin contradicciones en la parte existente) [66a]. El sistema no consta únicamente de componentes desiguales, sino que numerosas denominaciones de elementos se repiten en muchas normas (los términos que designan a los autores o a los objetos del hecho de un grupo de delitos, etc.), así como las formas en que se emplean (los términos que designan actividades se emplean a menudo para referirse a la causación directa y a la causación mediata de cierto resultado), etc. No sólo los tipos delictivos en su conjunto, sino casi todos los componentes que los conforman se interconectan múltiples veces en el sistema como los nudos de una red. Dada esta situación, la posibilidad de dar a la denominación de un elemento delictivo un significado divergente del *usus* jurídico-penal, no sólo está limitada por la exigencia de adecuar sistemáticamente el *resultado* (lo cual ya descarta las hipótesis previas arbitrarias del intérprete), sino que tampoco la *fundamentación* con la que se establece el significado puede desordenar el sistema si se la traslada a la solución de otros problemas interpretativos. La interpretación debe, pues, ser generalizable sin perturbar el sistema [67]. Evidentemente, esta susceptibilidad de generalización del fundamento interpretativo sólo tiene que darse en relación con problemas interpretativos análogos. Ejemplo: Si en un delito especial, a pesar de la designación masculina del rol (médico, funcionario) pueden ser también autores las mujeres (¡autoras!) porque la distinción en función del sexo sería arbitraria, ello no quiere decir nada para la interpretación de delitos en los que el sexo determina el rol, p. ej., en los delitos contra la libertad sexual. La seriedad del esfuerzo por excluir la arbitrariedad mediante la sujeción a sistema y por otorgar a las denominaciones de elementos empleadas por la ley un significado sólo conforme a reglas susceptibles de generalización es lo que *supra* se llamó cultura de la interpretación.

39 *c)* Ciertamente, el intérprete parte en esta solución de la acepción jurídico-penal (común hasta su interpretación), pero no está sujeto a ésta. Más bien, la norma a interpretar puede aportar un nuevo contexto y con ello nuevos significados para antiguas denominaciones de elementos delictivos. Con todo, el intérprete está sujeto al hecho de que el fundamento de una interpretación no usual que él preconice tiene que ser generalizable, es decir, repetible en situaciones homólogas, sin que se desmorone el sistema. A causa de esta sujeción está prácticamente descartado que el intérprete otorgue a la denominación de un elemento un significado que se halle totalmente fuera del entendimiento hasta entonces usual [68], o bien sea incluso todo lo contrario. También está descartado otorgar a una denominación con —hasta la fecha— significado especial el contenido de una denominación con significado general, cuando también la denominación con significado general sea usual en el lenguaje jurídico-penal. En dichos supuestos sería arbitraria la elección de palabras por parte del legislador; pero la arbitrariedad como regla general destruiría todo sistema. Bien es verdad que el intérprete, al interpretar, crea el contenido de la regulación;

[66a] Se ha afirmado la necesidad de limitar el sistema a «estructuras» lógicas, matemáticas (o científico-naturales) (pormenorizadamente, *Hruschka*, JZ, 1985, pp. 1 s.), pero desde luego hasta ahora sin una fundamentación que sea independiente de concepciones científicas no fundamentadas a su vez.

[67] *Zippelius*, JZ, 1970, pp. 241 ss., 245.

[68] Ejemplo: No presentarse (al servicio militar) no constituye deserción; BGH, 7, pp. 112 ss., 117; *de otra opinión*, BGH, 5, pp. 125 ss., 127 ss.

pero al hacerlo está sujeto al hecho de que las reglas que aplica y las libertades que se toma redundan en la interpertación de todas las regulaciones. El sistema fuerza a continuar. Ejemplo de interpretación continua, que conduce evidentemente a notables cambios de contenido, tras varias fases evolutivas, es la de la violencia en las coacciones (§ 240 StGB) desde el empleo de fuerza con intervención corporal y efecto coactivo, pasando por la mera intervención corporal con efecto coactivo, hasta el efecto coactivo también a través de influjo psíquico [69].

d) a') Si de un entendimiento especificante ordinario, pero estricto, de una regulación surgen *lagunas*, éste solo no es motivo suficiente para una interpretación generalizadora. Un ordenamiento jurídico que reconozca el principio de legalidad no puede a la vez interpretarse de modo que se colmen todas las lagunas, pues el principio es necesario sólo cuando hay campos que no se regulan, es decir, cuando quedan lagunas de regulación. Sólo cabe abandonar un entendimento ordinario en favor de un entendimiento general cuando la regulación, de lo contrario, llega a ser arbitraria porque grupos de supuestos del mismo rango se tratan desigualmente, o incluso grupos de supuestos menos graves se tratan con más rigor que otros grupos más graves, que además están al menos tan necesitados de regulación, especialmente porque se dan en la práctica con la misma frecuencia. Por último, la interpretación generalizadora tiene que ser también apta para resolver lo principal del problema de regulación, lo cual faltará cuando se limite a modificar levemente los límites del problema. 40

b') Los *cuatro requisitos* mencionados — 1) *continuidad de la evolución conceptual;* 2) *arbitrariedad en la valoración que de lo contrario se daría,* 3) *igual necesidad de regulación, y* 4) *aptitud*— eliminan supuestos extremos, pero dejan un amplio campo de duda. Ejemplo de un supuesto en el ámbito límite es la interpretación señalada *supra,* con arreglo a la cual, en el hurto forestal habría que considerar como carro uncido también a un camión: *a)* La variación de significado se encuentra aún dentro de la continuidad ordinaria, puesto que es propio de la interpretación jurídico-penal común hacer valer la denominación de un objeto también para su equivalente funcional (sustancias químicas como arma, entrar reptando como escalamiento, etc.; *vid.* nota 62) si faltan supraconceptos usuales. *b)* Si no se realizase la ampliación, se produciría arbitrariedad en la valoración, puesto que los hurtos forestales con camiones son igual de graves, y en caso de duda incluso más graves, que los perpetrados con un carro y animales de tiro uncidos. *c)* La necesidad de regulación es al menos, actualmente, más que equivalente, y *d)* dicha interpretación resolverá en lo esencial el problema, siendo por tanto apta. Ejemplo de una determinación conceptual generalizadora ciertamente permitida con arreglo a los principios señalados es la interpretación de la capacidad de engendrar en el § 224 en el sentido de abarcar la capacidad de concebir [70]. Y ciertamente no está permitida, p. ej., la interpretación del suicidio de una persona responsable como «desgracia» (*Unglucksfall*) en el sentido de la omisión de socorro del § 323 *c* StGB (*vid. supra* nota 62), pues la valoración no es arbitraria si el concepto de desgracia se limita a supuestos en los que el afectado en todo caso no haya llevado 41

[69] BVerfG, 73, pp. 206 ss., 236 ss.; RG, 72, pp. 350 ss., 351; BGH, 1, pp. 146 ss.; BGH, 8, pp. 102 ss.; 23, pp. 47 ss., 49 ss.

[70] RG JW, 1933, p. 2911.

a cabo dolosamente y de modo enteramente imputable el origen de la situación de peligro [71].

42 *e)* Si en las leyes en blanco las generalizaciones («analogías») forman parte de las reglas de interpretación del complejo de normas al que se remite, la sola remisión a ese complejo no da lugar a infracción de la prohibición de generalización [72].

42a *f)* Lo cual es relevante sobre todo para supuestos en que la ley en blanco remite a un efecto de regulación que se deriva de las reglas de determinado complejo de normas [72a]. Ejemplo: A tenor del § 42 AO, un negocio de elusión da lugar a aquel deber fiscal que en las leyes tributarias se conecta con el negocio eludido; esto es analogía *de Derecho Tributario*, pero que el § 370 AO remita a deberes fiscales así surgidos no supone analogía *de Derecho penal*, pues se remite a deberes fiscales reales, y no a algo semejante a deberes fiscales [72b]. Paralelamente, en el elemento «ajeno» hay que tener también en cuenta causas de adquisición de la propiedad no positivadas, ya que comportan verdadera atribución de propiedad y no sólo un resultado análogo. Desde luego, la remisión a un complejo absolutamente indeterminado infringiría la prohibición de indeterminación, pero no todos los complejos de normas no positivados son indeterminados [72c].

43 *g) a')* La prohibición de generalización no rige para la teoría de la imputación de la Parte General, dado que ya la generalidad de esta materia representa una protección frente a decisiones arbitrarias [73] (*supra* 4/13, 15). Desde luego, la ley puede establecer condiciones mínimas para la imputación; ejemplo de lo cual lo son los §§ 26 s. StGB, de acuerdo con los cuales la inducción y la complicidad —entre otros requisitos— presuponen un hecho principal doloso. Además, la ley puede regular exhaustivamente un ámbito; así, p. ej., está determinada exhaustivamente la punibilidad de los actos preparatorios en el § 30 StGB, de modo que la complicidad en esta preparación es impune (más ampliamente, *infra* 27/8). En el ámbito restante, si bien se afirma la prohibición de generalización [74], sin embargo ésta no se mantiene consecuentemente. Así,

---

[71] *Maurach-Zipf*, AT, I, § 8, núm. marg. 42; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 94; *vid.* asimismo BGH, 5, pp. 12 ss., 23; 8, pp. 360 ss., 381.

[72] *Vid. Mezger*, ZStW, 42, pp. 348 ss.

[72a] *Höpfel*, JurBl., 1979, pp. 505 ss., 575 ss., 585; *Hirsch*, Tjong-Gedächtnisschrift, pp. 50 ss., 64 s.; *Ransiek*, Gesetz, pp. 107 ss.; *Schönke-Schröder-Eser*, § 1, núm. mag. 33.

[72b] *De otra opinión*, *Schulze-Osterloh*, en: Strafverfolgung, pp. 43 ss., 62.

[72c] *Eludir* tipos penales es un medio de evitar su realización; el que esto se lleve a cabo con intenciones valorables negativamente no cambia nada en la validez del art. 103.2 GG. Para ejemplos de supuestos límite entre realización de tipo y elusión de tipo, *vid. supra* 4/nota 62. El efecto de la elusión de *preceptos jurídicos extrapenales* se rige por la respectiva rama jurídica; el engaño sobre el efecto jurídico que se produce o que no se produce puede realizar todos aquellos delitos que cabe cometer mediante informaciones falsas. Al respecto, *vid. Stöckel*, Gesetzeszusammenhang *passim*; *el mismo*, ZRP, 1977, pp. 134 ss.; *Tiedemann*, NJW, 1980, pp. 1557 ss., 1558 s.; *Bruns*, GA, 1986, pp. 1 ss., todos con bibliografía.

[73] En lo esencial como aquí, *Maurach*, AT[4], § 10, II B, 3 *b*; *LK-Tröndle*, § 1, núm. marg. 38. Si no se considera que el sentido del principio de taxatividad reside en garantizar la objetividad, puede que se decida de otro modo con respecto a la Parte General; así, p. ej., la solución que atiende a la previsibilidad debe tratar igualmente —con *Feuerbach*— a la Parte General y a la Parte Especial.

[74] *Kratzsch*, GA, 1971, pp. 65 ss., 68 ss.; *Krey*, Studien, p. 228; *Höpfel*, JurBl., 1979, pp. 505 ss., 575 ss., 584; *Fincke*, Verhältnis, pp. 13 ss.; *Jescheck*, AT, § 15, III, 2 *c*; *SK-Rudolphi*,

p. ej., la suposición evitablemente errónea (no regulada por la ley) de que concurren los presupuestos de una causa de justificación la evalúa la doctrina con multitud de variantes (*infra* 11/43 ss.), sin que no obstante un delito cometido con tal clase de error se considere impune en todo caso por falta de regulación de ese tipo de error, como sería evidente en caso de falta de un tipo delictivo de la Parte Especial.

b') Con todo, en ocasiones se exceptúan expresamente las causas de jus- 44
tificación de la prohibición de generalización —presuntamente vigente en la teoría general de la imputación— [75], y ello por dos razones: Todo reconocimiento de una causa de justificación no escrita (así hasta el § 34 StGB, redacción actual, el estado de necesidad justificante, el consentimiento, el consentimiento presunto, etc.) amplía la punibilidad de aquello que obstaculiza al autor justificado; toda limitación de una causa de justificación tipificada legalmente crea punibilidad para los supuestos que, sin dicha limitación, estarían justificados. No obstante, tanto reconocer causas de justificación no escritas como limitar las escritas se ha revelado como sistemáticamente necesario.

Con depuraciones parciales de este género, evidentemente, no cabe solucionar el problema. Comenzando por el tipo de injusto (ninguno de los presupuestos de la imputación objetiva lo regula la ley) y llegando hasta el campo de la culpabilidad, todos los escalones del delito están determinados por la *lex scripta* sólo de modo tan rudimentario que, sin complementar tanto los elementos fundamentadores de la punibilidad como los que la limitan, no habría posibilidad de arreglárselas. El intento de medir por el mismo rasero la teoría general de la imputación y los tipos delicitivos de la Parte Especial, a la vista de las excepciones inevitables a la prohibición de generalización en la teoría de la imputación, hace que se deshaga el rigor del principio de legalidad. Pero no sólo la presencia de lagunas en las prescripciones legales de la imputación en la Parte General, sino también su imprecisión máxima, en ocasiones, hace necesario distinguir entre la teoría de la imputación de la Parte General y los tipos delictivos de la Parte Especial; así, no debería dudarse de que las imprecisiones que deja el § 13 StGB conducirían, en la descripción de un tipo delictivo de la Parte Especial, a la inconstitucionalidad, por infracción del principio de legalidad. Se respeta mejor el principio si no se ocultan estas diferencias. En particular para las causas de justificación, ello significa lo siguiente: El que aún

---

§ 1, núm. marg. 24; *Baumann*, Jescheck-Festschrift, pp. 105 ss., 111 ss.; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 10, núm. marg. 21; *Schönke-Schröder-Eser*, § 1, núm. marg. 25.

[75] *Krey*, Studien, p. 236; *Amelung*, en: Strafrechtssystem, pp. 85 ss., 95; *Roxin*, Kriminalpolitik, pp. 31 s.; *el mismo*, ZStW, 93, pp. 68 ss., 78 ss.; en contra sobre todo *Kratzsch*, GA, 1971, pp. 65 ss.; *el mismo*, JuS, 1975, pp. 435 ss.; *Engels*, GA, 1982, pp. 109 ss., 114 ss. *Hirsch*, Tjong-Gedächtnis-schrift, pp. 50 ss., 66; *LK-Hirsch*, núm. marg. 36 ss., 39 ante § 32, distingue en función de la regulación jurídico-penal (no limitable) y extrapenal (limitable) de la causa de justificación —criterio externo y, especialmente respecto al ejercicio de cargo y al actuar *pro magistratu*, aleatorio—. Además, *Hirsch* tampoco puede llevar a la práctica consecuentemente la prohibición de la analogía en el ámbito de las causas de justificación regulado penalmente: Las limitaciones de causas de justificación tendrán que ser también admisibles cuando la limitabilidad está esbozada imprecisamente, pero no determinada (Tjong-Gedächtnisschrift, pp. 62 s.), si bien con arreglo al artículo 103.2 GG y al § 1 StGB el límite discurre entre las regulaciones determinadas, por una parte, y las no determinadas, por otra, y no entre las regulaciones esbozadas y la ausencia de esbozo. Así pues, las regulaciones imprecisas se equiparan, conforme a los preceptos mencionados, a la falta de regulación.

quepa sujetar causas de justificación no positivadas a un concepto genérico de un tipo determinado (especialmente: «quien *antijurídicamente*...») o el que sean aún compatibles limitaciones de las causas de justificación con el tenor literal de una causa de justificación en virtud de su redacción genérica (p. ej., «adecuado, necesario» en el § 32.1 StGB) carece de importancia: «regulaciones» tan vagas no legitiman nada, ya que no pueden respetar la prohibición de indeterminación. Pero si cabe derivar sistemáticamente causas de justificación o limitaciones de éstas, ello está permitido, sin conectar con un concepto genérico, con tal que la derivación sólo complemente la regulación legal, pero no la desplace (al respecto *supra* 4/6).

45 *c')* Cuanto más vaga sea la determinación legal genérica en la teoría de la imputación, evidentemente más importante será el afianzamiento sistemático de aquellas teorías que ha de desarrollar quien aplica la ley, atendiendo a los puntos de apoyo en la ley. Lo que se quiere decir con ello exactamente sólo puede ponerlo de manifiesto toda la teoría de la imputación desarrollada en este Tratado; a título de ejemplo, véase la derivación de la posición de garante en virtud de responsabilidad por organización a partir de la responsabilidad por organización en los delitos de comisión (*infra* 7/56 ss.; 23/24; 28/14; 29/29 ss. y *passim*), así como el paralelismo establecido entre los delitos de infracción de deber por comisión y los delitos de omisión en virtud de responsabilidad institucional (*infra* 7/70; 21/115; 23/25; 28/15; 29/57 ss. y *passim*).

5. *¿Derecho consuetudinario?*

46 *a)* La sistematización no cabe ahorrársela remitiéndose al Derecho consuetudinario. Mientras que la fundamentación en el Derecho consuetudinario de la pena de un tipo de delito de la Parte Especial, con arreglo a la doctrina actualmente unánime [76], está descartada, en la Parte General se le atribuye la posibilidad de colmar lagunas de regulación de modo vinculante [77]. Tal planteamiento no es de recibo. En lo que concierne al principio de legalidad, éste no cabe eludirlo nunca mediante el Derecho consuetudinario, dado que el quebrantamiento de principios del Estado de Derecho no llega a convertirse en Derecho porque tenga lugar conforme al uso prolongado y *optima fide* [78]. Ejemplo: La exigencia de ley formal para la imposición de pena privativa de libertad (art. 104, párrafo 1, inciso 1, GG) no puede quedar obsoleta por el Derecho consuetudinario. Por lo demás, puede que una ley esté hecha a la medida de figuras jurídicas acostumbradas o de su tratamiento usual, de modo que sólo en continuidad con lo acostumbrado quepa interpretarla con sentido; pero entonces no se trata tampoco de Derecho consuetudinario, sino que es el conjunto sistemático lo que legitima la figura jurídica o su tratamiento. Ejemplo: El

---

[76] *De otra opinión*, *Rittler*, ZStW, 49, pp. 451 ss., 446 s., 476.

[77] *Schönke*, MDR, 1947, pp. 85 ss., 86; *Schmitt*, Jescheck-Festschrift, pp. 223 ss., 226; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 8, núm. marg. 41; *Jescheck*, AT, § 12 IV, 2; *Schönke-Schröder-Eser*, § 1, núm. marg. 10 ss. Críticamente *Krey*, Keine Strafe, núm. marg. 107; *SK-Rudolphi*, § 1, núm. marg. 21; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 92 («Derecho judicial propiamente... complementador»); *Schmidhäuser*, AT, 5/7 (observancia consuetudinaria de determinada interpretación); *AK-Hassemer*, § 1, núm. marg. 64 ss.; *KKOWiG-Rogall*, § 3, núm. marg. 21 s.

[78] *Vid. Fincke*, Verhältnis, p. 14.

§ 25, párrafo 1, segundo grupo de casos StGB, se refiere a la autoría mediata, reconocida desde tiempo antes de que se instaurase esta regulación, sin que por eso la regulación establezca las formas comunes hasta entonces y excluya otras formas; así, se había desplazado el ámbito de aplicación de la autoría mediata mediante el abandono de la accesoriedad estricta (por el § 50.1 StGB, redacción antigua; ahora, § 29 StGB) en la medida en que la inculpabilidad de un interviniente sólo convierte en autor mediato a otro interviniente cuando este otro es responsable del defecto. El sistema legal, y no el Derecho consuetudinario, es el que determina el contenido de la imputación.

b) Sólo en campos en los que el propio sistema remite a la costumbre, so- 47
bre todo en el riesgo permitido con legitimación histórica (*infra* 7/36) puede ser requisito para la legitimación del Derecho la costumbre obtenida con la convicción de ser Derecho; así puede que, p. ej., en la observancia de usos propios del martes de carnaval o de otras costumbres populares estén justificados por el Derecho consuetudinario realizaciones típicas de bagatela [79]. También las leyes en blanco pueden completarse mediante el Derecho consuetudinario cuando la rama jurídica a la que se realiza la remisión admite regulaciones de Derecho consuetudinario [79a].

III. LA VALIDEZ TEMPORAL; EN ESPECIAL LA PROHIBICION DE RETROACTIVIDAD

BIBLIOGRAFIA: *A. Bergmann*, Zeitliche Geltung und Anwendbarkeit von Steuerstrafvorschriften, NJW, 1986, pp. 233 ss.; *H. J. Bruns*, Die «Bestrafung aus dem mildesten Gesetz» bei wahldeutiger Tatfeststellung (§ 2 b StGB), Deutsches Strafrecht, 3 (1936), pp. 277 ss.; *D. Dannecker*, Die Neuregelung der Abzugsfahigkeit von Parteispenden als gesetzliche Milderung im Steuerrecht, en: *W. de Boor et a.*, Parteispendenproblematik, 1986, pp. 91 ss.; *W. Diefenbach*, Die verfassungsrechtliche Problematik des § 2 Abs. 4, StGB, 1966; *Th. Dingeldey*, Strafrechtliche Konsequenzen einer etwaigen Nichtigkeitserklärung des Parteispendenfinanzierungsgesetzes durch das BVerfG, NStZ, 1985, pp. 337 ss.; *A. Eckert*, Comentario a OLG Karlsruhe, NJW, 1967, pp. 2167 s., NJW, 1968, pp. 1380 s.; *Chr. Flämig*, Steuerrecht als Dauerrecht, 1985; *H. Franzheim*, Parteispenden- Steuerhinterziehung- Straffreiheit? NStZ, 1982, pp. 137 ss.; *W. Gallas*, Der dogmatische Teil des Alternativ- Entwurfs, ZStW 80, pp. 1 ss.; *O. A. Germann*, Maßnahmerecht des schweizerischen Strafgesetzbuchs, SchwZStr. 73 (1958), pp. 44 ss.; *E. Göhler*, Das Einfuhrungsgesetz zum Strafgesetzbuch, NJW, 1974, pp. 825 ss.; *N. J. Gross*, Über das «Rückwirkungsverbot in der strafrechtlichen Rechtsprechung, GA, 1971, pp. 13 ss.; *W. Grunsky*, Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1970; *K. Händel*, Anwendung des Beweisgrenzwerts von 1,3 Promille auf vor dem 9. 12.1966 begangene Taten NJW, 1967, pp. 537 s.; *B. Haffke*, Promille-Grenze und Rückwirkungsverbot, Blutalkohol, 1972, pp. 32 ss.; *W. Hardwig*, Berücksichtigung der Änderung eines Strafgesetzes in der Revisionsinstanz bei Vorliegen eines rechtskräftigen Schuldspruchs, JZ, 1961, pp. 364 ss.; *E. Horn*, Blutalkoholgehalt und Fahruntüchtigkeit, 1970; *H. Jung*, Rückwirkungsverbot und Maßregel, Wassermann-Festschrift, pp. 875 ss.; *G. Kohlmann*, Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das

[79] *Vid. Piegler*, JZ, 1955, pp. 721 ss.; *Franzmann*, JZ, 1956, pp. 241 ss.; *Scheyhing*, JZ, 1959, pp. 239 ss., 241; *Jescheck*, AT, § 12, IV, 2.

[79a] RG, 46, pp. 108 ss., 111 s.

verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften, 1969; *W. Krey*, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977, *el mismo*, Keine Strafe ohne Gesetz, 1983; *el mismo*, Parallelitäten und Divergenzen zwischen strafrechtlichem und öffentlichrechtlichem Gesetzesvorbehalt, Blau-Festschrift, pp. 123 ss.; *W. Küper*, Comentario a BGH 26 pp. 94 ss., NJW, 1975, pp. 1329 s.; *H. Kunert*, Zur Rückwirkung des milderen Steuerstrafgesetzes, NStZ, 1982, pp. 276 ss.; *F. Loos*, Comentario a OLG Köln, JR, 1975, pp. 247 s., loc. cit., pp. 248 ss.; *F. Mattil*, Zeit und materielles Strafrecht, GA, 1965, pp. 129 ss. *P. Mazurek*, Zum Rückwirkungsgebot gemäß § 2, Abs. 3, StGB, JZ, 1976, pp. 233 ss.; *H. Messmer* y *L. Bergschneider*, Rückwirkende Anwendung der Entscheidung des BGH über die 1, 3 —Promille— Grenze?, DAR, 1967, pp. 45 ss.; *K. Meyer*, Comentario a BayObLG, JR, 1975, pp. 68 s., *op. cit.*, pp. 69 ss.; *J. Meyer-Ladewig*, Der Satz *nulla poena sine lege* in dogmatischer Sicht, MDR, 1962, pp. 262 ss.; *E. Mezger*, Die zeitliche Herrschaft der Strafgesetze, ZStW, 42, pp. 348 ss.; *K. Mohrbotter*, Garantiefunktion und zeitliche Herrschaft der Strafgesetze am Beispiel des § 250, StGB, ZStW 88, pp. 923 ss.; *el mismo*, Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Form und Stoff bei der Änderung strafrechtlicher Rechtssätze (§ 2 StGB), JZ, 1977, pp. 53 ss.; *H. Müller-Dietz*, Verfassungsbeschwerde und richterliche Tatbestandsauslegung im Strafrecht, Maurach-Festschrift, pp. 41 ss.; *W. Naucke*, Comentario a OLG Karlsruhe, NJW, 1967, pp. 2167 s., NJW, 1968 pp. 758 s.; *el mismo*, Rückwirkende Senkung der Promillegrenze und Rückwirkungsverbot (Art. 103, Abs. 2, GG), NJW, 1968, pp. 2321 ss.; *el mismo*, Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung, 1975; *el mismo*, Die Mißachtung des strafrechtlichen Ruckwirkungsverbots 1933 bis 1945, Coing-Festschrift, t. I, pp. 225 ss.; *F. Nowakowski*, Zur Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Maßnahmen, v. Weber-Festschrift, pp. 98 ss.; *H. Riese*, Rückwirkende Senkung der Promillegrenze und Rückwirkungsverbot (Art. 103, Abs. 2, GG), NJW, 1969, pp. 547 s.; *H.-J. Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969; *H. Rüping*, Blankettnormen als Zeitgesetze, NStZ, 1984, pp. 450 s.; *H. Salger*, Die Zerstörung des Vertrauens in eine gefestigte Rechtsprechung, Blutalkohol, 1990, pp. 1 ss.; *E. Samson*, Möglichkeiten einer legislatorischen Bewältigung der Parteispendenproblematik, wistra 1983, pp. 235 ss.; *W. Sarstedt*, Beweisregeln im Strafprozeß, E. Hirsch-Festschrift, pp. 171 ss.; *P. J. Schick*, Zeitgesetze, JurBI., 1969, pp. 639 ss.; *H. Schafer*, Amnestie fur versteckte Parteispenden durch Änderung des Steuerrechts? wistra, 1983, pp. 167 ss.; *H.-L. Schreiber*, Rückwirkungsverbot bei einer Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht?, JZ, 1973, pp. 713 ss.; *el mismo*, Parteispenden und Strafrecht, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 819 ss.; *F.-C. Schroeder*, Comentario a BGH 24, pp. 103 ss., JR, 1971 pp. 379 ss.; *el mismo*, Der zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze, Bockelmann-Festschrift, pp. 785 ss.; *H. Schröder*, Comentario a BGH, JR, 1966, pp. 68, loc. cit., pp. 68 ss.; *B. Schünemann*, Nulla poena sine lege?, 1978; *el mismo*, Kritische Bemerkungen zur These von der strafrechtlichen Rückwirkung des Parteifinanzierungsgesetzes, 1984, en: *J. de Boor et al.*, Parteispendenproblematik, 1986, 119 ss.; *U. Sommer*, Das «mildeste Gesetz» im Sinne des § 2 Abs. 3, StGB, 1979; *W. Straßburg*, Rückwirkungsverbot und Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht, ZStW, 82, pp. 948 ss.; *U. Stree*, Deliktsfolgen und Grundgesetz. Zur Verfassungsmäßigkeit der Strafen und sonstigen strafrechtlichen Maßnahmen, 1960; *K. Tiedemann*, Zeitliche Grenzen des Strafrechts, Peters-Festschrift, pp. 193 ss.; *el mismo*, Der Wechsel von Strafnormen und die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, JZ, 1975 pp. 692 ss.; *el mismo*, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, t. I, 1976; *el mismo*, Die gesetzliche Milderung im Steuerstrafrecht, 1985; *el mismo*, Das Parteienfinanzierungsgesetz als strafrechtliche lex mitior, NJW, 1986, pp. 2475 ss.; *el mismo*, Die Parteispenden- Entscheidung des BGH, NJW, 1987, pp. 1247 s.; *L. Traeger*, Die zeitliche Herrschaft des Strafgesetzes, VDAT, t. VI, pp. 317 ss.; *H. Tröndle*, Rückwirkungsverbot bei Rechtsprechungswandel? Dreher--

Festschrift, pp. 117 ss.; *G. Wenner*, Comentario a BayObLG, MDR, 1974, p. 685. MDR, 1975, pp. 161 s.

A. Alcance de la validez requerida

1. El alcance de la validez temporal no se agota con la prohibición de re- 48
troactividad, sino que en cada reforma de la situación legal, entre el momento del hecho y el momento de la sentencia, ha de determinarse qué ley hay que aplicar al hecho, para lo cual la prohibición de aplicación retroactiva, perjudicial para el autor, sólo regula un aspecto parcial —pero desde luego importante— [80]. Dado que el principio de legalidad ha de ofrecer una garantía de objetividad, la ley tiene que estar vigente *ya* en el momento del hecho, y ello con doble contenido: La ley tiene que determinar el comportamiento punible y también el marco penal.

2. *a)* No es evidente que la ley tenga que estar vigente *aún*, y en qué sen- 49
tido, en el momento de la sentencia. Se puede considerar —desde un punto de vista puramente de Derecho sustantivo— la pena concreta como una consecuencia jurídica en que se incurrió por el hecho, consecuencia que después se establecerá en un acto de declaración judicial (no: que se creará; aunque el juez tenga, al fijarla, cierto espacio de libertad en el enjuiciamiento). Entendiéndolo así, puede que la ley, en el momento de la sentencia, esté vigente ya sólo en el sentido atenuado de que tengan que reconocerse las consecuencias jurídicas en que se incurrió por ella en el pasado. La vigencia atenuada sería análoga, p. ej., a la que tiene aún actualmente el Derecho de Sucesiones del ALR prusiano en la medida en que se siguen reconociendo las posiciones jurídicas surgidas en el momento (y en el espacio) de vigencia de esta ley.

Esta consideración puramente de Derecho sustantivo tendría la ventaja de que —faltando una reglamentación contraria en la ley de reforma— todos los asuntos antiguos [81] se tratarían del mismo modo, o sea, con arreglo a la ley que se reformó, tanto si están ya decididos los casos al tener lugar la reforma como si no. Pero a pesar de la mencionada ventaja, esta consideración es casi siempre perjudicial para el Derecho penal [82], pues en éste no se pone de manifiesto que en la secuencia de hecho y pena no se trate de una secuencia que se produzca *eo ipso*, sino de que al contenido expresivo de la infracción penal corresponde el contenido expresivo del *acto* de castigo, de modo parangonable a enunciado y réplica. Si se atiende al *automatismo* de incurrir en la pena activado por el hecho, se empequeñece este contenido expresivo.

b) Por eso la ley tiene que estar vigente en el momento de la sentencia 50
en un sentido más estricto: No basta que se reconozca que la conminación penal era ley, sino que ha de estar indicada la posibilidad de materializar la conminación penal. Desde luego no hace falta una validez amplia; más bien la ley, en el momento de la sentencia, puede perder la virtualidad de seguir imponien-

[80] *Schroeder*, Bockelmann-Festscrift, pp. 785 ss.

[81] Se trata de supuestos ya examinados; el momento relevante se rige por el contexto (momento del cambio legislativo, momento del juicio).

[82] En definitiva, igualmente *Tiedemann*, Peters-Festschrift, pp. 14 s.

do la punibilidad a nuevos supuestos; la (realización de la) conminación penal se limita entonces a los supuestos antiguos. *En definitiva, el supuesto antiguo tiene que constituir aún un conflicto actual.* Menos de esa continuación de validez de la conminación penal para los supuestos antiguos no basta, por exigencias formales del Estado de Derecho, pues con arreglo al principio de legalidad tiene que ser precisamente la punibilidad en el momento del hecho (es decir, la conminación penal vigente en el momento del hecho) la que se concrete en la pena impuesta, en el juicio. Así pues, si se produce una reforma entre el momento del hecho y el de la sentencia, la ley sólo cabe aplicarla si la conminación penal continúa siendo enteramente (en su caso, enteramente contenida en una agravación) idéntica, o de modo atenuado, y sólo en esa medida. Si únicamente algunas partes siguen siendo iguales (p. ej., se atenúa una conminación penal agravada), sólo esas partes atenuadas son aplicables en el momento de la sentencia (hay que partir de la conminación penal atenuada). Lo que cuenta para determinar la identidad es naturalmente el *contenido* de la ley; la *formulación* de la ley puede cambiar.

51 3. La reforma de una ley entre el momento del hecho y el de la sentencia, es decir, la agravación, atenuación o derogación de la conminación penal para todo el ámbito de una norma o para una parte de ella cabe interpretarla de distintos modos (y, con arreglo al Derecho vigente, no ha de entenderse como una modificación —hasta ahora tratada—, continuando la regulación antigua para los supuestos antiguos). Son posibles las siguientes variantes de reforma de la ley [83]:

a) Se modifica la ley porque la regulación antigua es inadecuada para todos los supuestos. Entonces procede la atenuación (limitación del comportamiento punible o atenuación de la conminación penal) también para los supuestos antiguos, porque en el momento de la sentencia la aplicación de la ley más estricta ya no resulta adecuada. La fundamentación es de carácter material del Estado de Derecho: evitar penas innecesarias. La agravación (ampliación del comportamiento punible o agravación de la conminación pena) no puede aplicarse a los supuestos antiguos porque la cantidad incrementada se aparta de la ley vigente en el momento del hecho, de modo que en esa medida falta la identidad de la ley del momento del hecho con la del momento de la sentencia. La fundamentación es de carácter formal del Estado de Derecho: prohibición de la retroactividad.

b) Se modifica la ley porque la ley antigua regula inadecuadamente sólo nuevos supuestos. Entonces la agravación, ya por el fin de regulación, no vale (materialmente) para los casos antiguos; la prohibición de retroactividad se aña-

[83] Es incorrecta la consideración, difundida, de que en caso de cambio de valoración, el legislador pretende la retroactividad de la nueva ley, pero no por el contrario cuando se trata de un «cambio de hechos» (BGH, 20, pp. 178 ss., 182; E 1962, Begründung, p. 107; *Bockelmann*, Niederschriften, t. III, pp. 288 ss., 291 s.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 82, entre otros). Siempre se trata de cómo el legislador concibe las condiciones de existencia del Estado y de la sociedad, así como la forma de sociedad a estabilizar, y ambas cosas presuponen valoraciones. Acerca de los motivos de cambios legislativos, *vid.* también *Schick*, JurBl., 1969, pp. 639 ss.; *Tiedemann*, Peters-Festscrift, pp. 193 ss., 200 s.; *Mattil*, GA, 1965, pp. 129 ss., 136 s.; *Schroeder*, Bockelamnn-Festschrift, pp. 785 ss., 789; *Frank*, § 2, nota V 2 *a* y *b; Maurach-Zipf*, AT, I, § 12, núm. marg. 20 s.; *LK-Tröndle*, § 2, núm. marg. 47.

de complementariamente (formalmente). Tampoco la atenuación valdrá para los supuestos antiguos; desde luego, el Derecho positivo extiende la atenuación a los supuestos antiguos con la salvedad de las leyes temporales, lo cual de hecho representa una presunción —sólo refutable en relación con las leyes temporales— de que toda atenuación se produce también porque de lo contrario los supuestos antiguos estarían inadecuadamente regulados.

4. A la situación descrita le ha dado la ley en el § 2.1 StGB la incorrecta 52
formulación de que hay que atender a la ley vigente en el momento del hecho [84], como si la pena se basase en la ley vigente en el momento del hecho y posteriormente a lo sumo se la pudiese limitar. Lo inverso es lo correcto, pues la ley vigente en el momento del hecho no puede establecer qué es lo que haya que definir como defraudación de expectativas en el momento de la sentencia. Por eso, la conminación penal tiene que regir en el momento de la sentencia al menos en el sentido de que el comportamiento de referencia quepa definirlo como defraudación de una expectativa necesitada de garantía normativa, aun cuando esta definición se limite a supuestos antiguos. El requisito de identidad retrotraído hasta la ley vigente en el momento del hecho tiene una función exclusivamente limitativa. Este entendimiento es análogo, en cuanto a su punto de partida, a una nueva doctrina, conforme a la cual hay que atender a la ley vigente en el momento de la sentencia [85], doctrina que se debe completar indicando que en el momento de la sentencia no es necesaria una validez general, es decir, que abarque los supuestos antiguos y nuevos, y que no es suficiente una validez limitada a los supuestos nuevos. *Así pues, en conclusión, hace falta una validez para los casos antiguos existente en el momento de la sentencia. Por razones formales del Estado de Derecho, a ello se añade que tanto el comportamiento punible como el marco penal tienen que estar determinados ya en el momento del hecho.*

B. La configuración de la validez temporal y de la prohibición de retroactividad con arreglo al Derecho positivo

1. *El momento del hecho*

a) El momento del hecho, en el que tanto el comportamiento como la con- 53
minación penal tienen que estar ya legalmente determinados, lo define el § 8 StGB como momento del comportamiento, sin consideración a la producción del resultado. Así pues, en las acciones hay que atender al instante de la ejecución de la acción, sin tener en cuenta la accesoriedad de la coautoría [86] y de

[84] En el mismo sentido, la docrina dominante, pero con una fundamentación exclusivamente desde los principios formales del Estado de Derecho por medio de la prohibición de retroactividad; *Dürig*, en: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, art. 103, núm. marg. 109; *LK-Tröndle*, § 2, núm. marg. 1; *SK-Rudolphi*, § 2, núm. marg. 1; *Mohrbotter*, ZSW, 88, pp. 923 ss., 930. Como aquí, *KKOWiG-Regall*, § 4, núm. marg. 3; en parte coincidentes, *Schönke-Schröder-Eser*, § 2, núm. marg. 2.

[85] *Tiedemann*, Peters-Festschrift, pp. 193 ss., 197; *el mismo*, Wirtschaftsstrafrecht t. I, pp. 160 ss., 163; *el mismo*, JZ, 1975, pp. 692 ss.; *Sommer*, Das «mildeste Gesetz», pp. 60 ss.

[86] En esto de otra opinión, *LK-Tröndle*, § 8, núm. marg. 2; *Schönke-Schröder-Eser*, § 8, núm. marg. 3.

la participación. Ejemplo: Si el comportamiento del hecho lo constituye la entrega de un instrumento al ejecutor, hay que atender al momento de la entrega, con independencia de que ésta constituya complicidad o (incluso) inducción mediante actuar concluyente, o contribución, en coautoría, al hecho común, o de si, en la autoría mediata, el comportamiento no se valora accesoriamente. También resulta irrelevante el momento de la consumación (imaginada) (§ 8, inciso 2, StGB). Así pues, si una ley entra en vigor después de que algunos de los intervinientes hayan realizado ya completamente su aportación al hecho, éstos quedarán impunes —si está descartada la responsabilidad por omisión— aun cuando los otros partícipes realicen su parte ya bajo la vigencia de la ley.

54 *b)* En los delitos de omisión rige el momento en que se tuvo que actuar. Dado que el deber de actuar sólo existe si se da la capacidad de acción, no hay que atenerse a todo el espacio temporal en el que quien no hubiera omitido habría intervenido para salvar, sino sólo aquel en que existió capacidad de evitar el resultado, es decir, al espacio de negativa real a las demandas del Derecho. Ejemplo: Si infringiendo su deber un cirujano omite emprender una operación que salvaría una vida, que se habría prolongado durante varias horas, pero que habría tenido que empezar, como muy tarde, dentro de unos pocos minutos, el espacio temporal del comportamiento dura desde el comienzo de la tentativa hasta que pasen esos pocos minutos (terminación de la tentativa), sin tener en cuenta la duración hipotética de la operación. Con una omisión contraria a deber que sigue a una acción se inicia otro período, no habiendo que tener en cuenta la clase de concurso entre acción y omisión.

2. *¿Penas y consecuencias accesorias* contra *medidas de seguridad?*

55 *a)* De acuerdo con el § 2.1 StGB, la ley vigente en el momento de hecho rige para penas y consecuencias accesorias. Las penas son las privativas de libertad (§§ 38 s. StGB) y la de multa (§§ 40 ss. StGB); pena accesoria es la inhabilitación para conducir (§§ 44 StGB). Consecuencias accesorias son no sólo las reacciones mencionadas en el § 45 StGB (inhabilitación para el ejercicio de cargo público, pérdida de derecho de sufragio activo y pasivo), sino todas las reacciones que sirven al restablecimiento de la situación reinante antes del hecho, como p. ej., la publicación de la sentencia con arreglo al § 200 StGB [87]. En relación con el comiso, la confiscación y la inutilización, el § 2.5 StGB vuelve a determinarlo expresamente.

56 *b)* También el hecho antijurídico que se requiere para imponer una medida de corrección y mejora (§§ 61 ss. StGB), como hecho penalmente típico, tiene que estar determinado legalmente en el momento del hecho [88]. No obstante, en el § 26 StGB se establece que las medidas de seguridad —salvo que se disponga lo contrario— no hace falta que estén previstas ya en el momento del hecho. Tal regulación no puede satisfacer desde la perspectiva del Estado de Derecho, puesto que también las medidas requieren una garantía de obje-

[87] *Schönke-Schröder-Eser*, § 8, núm. marg. 4 s.

[88] Proyecto (E) de 1988, *Begründung*, p. 108; Stratenwerth, AT, núm. marg. 79; *Germann*, SchwZStr, 73 (1958), pp. 44 ss., 85 s.

tividad, siempre que se trate de reacciones específicamente jurídico-penales, es decir, de medidas no sustituibles recurriendo al Derecho administrativo. El que las medidas no sean penas [89] no implica nada acerca de la gravedad de la intervención y del peligro de abuso [90], como se pone sobre todo de manifiesto en el internamiento de seguridad y el internamiento en un centro de readaptación social. La posibilidad de disponer lo contrario (esto es, atender al momento del hecho) la ha aprovechado la ley para las medidas luego introducidas en el artículo 301 (institución de terapia social), artículo 303 (sujeción a vigilancia de la autoridad) y artículo 305 (inhabilitación profesional) EGStGB, de modo que actualmente la autorización de retroactividad para las medidas de seguridad es prácticamente irrelevante.

3. *¿Sólo el Derecho sustantivo?*

El principio de legalidad, y con él la prohibición de retroactividad, debe llegar hasta allí donde sea necesaria la garantía de objetividad. Por eso la prohibición no termina ante el Derecho procesal (sobre ello ya *supra* 4/9, con referencias bibliográficas). En el Derecho procesal cabe aceptar la retroactividad —paralelamente al declive de taxatividad legal desde la Parte Especial a la teoría de la imputación de la Parte General— con más facilidad cuando afecte a todos los delitos y por eso no pueda aprovecharse (o sólo con dificultad) para practicar manipulaciones. Desde luego, las reglas procesales especiales para delitos concretos no se podrán introducir retroactivamente. Así, no tendrá efectos retroactivos la ampliación del catálogo de hechos que dan lugar a prisión preventiva de los §§ 112.3 y 112 *a*, párrafo 1, StPO (en otro sentido, la doctrina dominante). No obstante, también es admisible, en preceptos procesales que **57**

[89] Así la fundamentación jurídico-conceptual del E 1962, Begründung, p. 108; asimismo deficientemente en relación con el § 2.4 StGB, redacción antigua (dado que el art. 103.2 GG sólo menciona la punibilidad, «de ahí hay que deducir que al legislador ordinario se le han dejado las manos libres con respecto a las medidas de seguridad»), BGH, 24, pp. 103 ss., 106 (relativa a la sujeción a vigilancia policial; con comentario crítico de *Schroeder*, JR, 1971, pp. 379 ss.); BGH, 5, pp. 168 ss., 173 s. (relativa a la privación del permiso de conducir); *vid.* además BGH, 16, pp. 49 ss., 55 s.; 19, pp. 64 ss., 69. En BT-Drucksache se atiende atinadamente a si la medida de seguridad es sustituible por otras de Derecho administrativo (retroactividad) o no (no retroactividad), sin que no obstante se proponga la correspondiente formulación legal.

[90] En tanto que se conecta el principio de legalidad —erróneamente (*supra* 4/3)— con el de culpabilidad, es consecuente no extenderlo a las medidas de seguridad; así en *Sax*, Grundrechte, t. III (2), pp. 909 ss., 1000; *Dürig*, en: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, art. 103, núm. marg. 117. La anticonstitucionalidad que, a la inversa, se afirma del § 2.6 StGB (así pormenorizadamente *Diefenbach*, Problematik des § 2, Abs. 4, StGB —se alude al § 2.4 StGB, redacción antigua— *passim*; *Jung*, Wassermann-Festschrift, pp. 875 ss., 884 ss.: a causa de la integración de las «medidas de seguridad en un sistema represivo de la dirección de conducta») sólo cabe razonarla para aquellos supuestos en que no se pueden ejecutar las medidas de seguridad como medidas vicariales de Derecho administrativo. En lo esencial como aquí *Gallas*, ZStW, 80, pp. 1 ss., 11; *Nowakowski*, v. Weber-Festschrift, pp. 98 ss., 118 ss.; *Naucke*, Tendenzen, p. 27; *Baumann-Weber*, AT, § 6, IV, 2; SK-Rudolphi, § 2, núm. marg. 18; *SK²-Schreiber*, § 2, núm. marg. 13; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 79; *H. Mayer*, Studienbuch, § 7, I, 2; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 12, núm. marg. 18 s.; *AK-Hassemer*, § 2, núm. marg. 60 s. *Vid.* asimismo *H. Mayer*, AT, § 15, IV; *LK-Tröndle*, 1§ 2, núm. marg. 53 ss.; *Stree*, Deliktsfolgen, pp. 33 ss.; *Schönke-Schröder-Eser*, § 2, núm. marg. 43; *Krey*, Studien, pp. 218 ss.; *el mismo*, Blau-Festschrift, pp. 123 ss., 124 s.

sólo rigen para delitos concretos, sustituir una regulación por un equivalente funcional, p. ej., cambiar las instancias, si se mantiene el mismo Tribunal decisor (al menos a través del § 121.2 GVG) o éste es de superior rango [91].

4. *El cambio legislativo coincidente con el momento del hecho*

58 *a)* Si se modifica la ley mientras que se está cometiendo el hecho habrá de aplicarse, conforme al § 2.2 StGB, la ley vigente a la terminación del hecho. Esta regulación está formulada de modo muy equívoco y en realidad carece de significado:

59 *b) a')* Si la reforma de la ley consiste en que un determinado comportamiento comienza a ser punible en el curso de su ejecución, sólo se puede castigar al autor si la parte ejecutada tras la modificación legislativa supone un delito completo. Tal puede ser el caso en la unidad de acción en sentido «natural» (en el supuesto de realización del tipo cuantitativamente intensificada), en la unidad jurídica de acción, sobre todo en los delitos permanentes, en los delitos con comportamiento del autor cuantitativamente indeterminado (*infra* 32/1 ss., 16 ss., 26 ss.), así como y principalmente, si se sigue la doctrina ordinaria, en la relación de continuidad (*infra* 32/38 ss.). Ejemplo: A quien en el momento de entrar el vigor el § 326.1 StGB había almacenado sin autorización venenos fuera de una instalación permitida, se le puede punir por el comportamiento ejecutado a partir de la entrada en vigor (omisión) con arreglo al precepto mencionado. El comportamiento precedente queda impune [92] y sólo cabe tenerlo en cuenta en la determinación de la pena genéricamente como comportamiento previo. Así pues, el § 2.2 StGB significa aquí sólo que el comportamiento divisible ha de dividirse. En caso de comportamiento indivisible, cuando sólo una parte de la realización del tipo cae bajo la vigencia de la punibilidad, el autor queda totalmente impune. Si se interpretase de otro modo, el § 2.2 StGB infringiría la prohibición de retroactividad y sería inconstitucional. Ejemplo: Si el legislador comenzara a conminar con pena la sustracción de programas de ordenador con la mera intención de usarlos, quedaría impune quien antes del comienzo de vigencia del precepto ya había roto la posesión ajena, aun cuando fundamentara nueva posesión después del comienzo de vigencia, pues únicamente la nueva fundamentación de la posesión con intención de usar constituiría realización completa del tipo.

60 *b')* Si la modificación de la ley consiste en una atenuación, o bien en la plena supresión de la punibilidad, la consecuencia jurídica se deriva del § 2.3 StGB tanto para los hechos divisibles como para los indivisibles, y del § 2.4 StGB para las leyes temporales.

61 *c')* Queda, pues, la agravación de la penalidad. Si ésta tiene lugar simultáneamente con un hecho indivisible, ya no se tiene en cuenta para este hecho,

[91] En caso de pérdida de una segunda instancia, la decisión presenta dudas; pero cuál es una regulación más favorable ya no se puede determinar aquí: También la Fiscalía puede presentar, con éxito, recurso de apelación.

[92] RG, 62, pp. 1 ss., 3, con referencias de la jurisprudencia anterior; *Schönke-Schröder-Eser*, § 2, núm. marg. 15; *LK-Tröndle*, § 2, núm. marg. 28; igualmente E 1962, Begründung, p. 106.

pues de lo contrario tendría efecto retroactivo. Ejemplo: Si entra en vigor un marco penal agravado para el robo después de que el autor haya derribado a golpes a la víctima, pero antes de que haya sustraído el botín, este marco no se puede aplicar ya a este hecho —si se descarta la violencia mediante omisión— [93]. Si la agravación tiene lugar en el curso de un hecho divisible, se condena al autor por el precepto más riguroso [94]; pero para evitar su efecto retroactivo el precepto más riguroso ha de aplicarse de modo que en la determinación de la pena se tenga en cuenta la valoración más leve de la parte primera del hecho [95]. La indicación exacta de por dónde transcurre la línea de separación entre la vieja y la nueva norma, mencionando también la vieja norma y la parte del hecho abarcado por ésta, respetaría mejor la prohibición de retroactividad de lo que lo hace la regulación actual.

5. *Las leyes temporales*

a) a') De acuerdo con el § 2.4 StGB, las leyes que sólo han de estar vi- 62
gentes por tiempo determinado, si no se dispone lo contrario han de aplicarse también cuando «han dejado de estar vigentes». Desde luego, la aplicabilidad supone suficiente prueba de que la ley no ha «dejado de estar vigente» del todo, sino que sigue vigente en el sentido indicado más arriba, el único necesario y suficiente materialmente de aplicabilidad a supuestos antiguos. Lo que pierde la ley temporal a partir del momento de su conclusión es la virtualidad de regular nuevos supuestos.

b') Como fundamento de la regulación del § 2.4 StGB, un amplio sector 63
doctrinal señala que las leyes temporales, si al concluir su período de vigencia no se continuaran aplicando a los supuestos antiguos, perderían autoridad, ya que se tendría a la vista la impunidad próxima [96]. Sin embargo, no se entiende qué hay de inconveniente en el desmoronamiento de la autoridad de una ley que pronto va a perder vigencia. Así pues, este fundamento no se tiene en pie. En realidad, la ulterior ejecución de la conminación penal de la ley temporal no es que se verifique porque, de lo contrario, la norma no pudiera imponerse en el tiempo de su plena vigencia, sino porque el comportamiento pasado (el supuesto antiguo) se define aún en el momento del juicio como defraudación de expectativa necesitada de garantía normativa. *También en la ley temporal la*

---

[93] Ello es válido también para la cualificación que entra en vigor tras la realización (parcial) del delito base, pero antes de la realización del elemento cualificante. Ejemplo: Si entrase en vigor una cualificación de las lesiones en tanto que «lesiones tras las que se deja a la víctima en situación de desamparo» después de haber producido las heridas, pero antes de dejar abandonada a la víctima, ésta ya no se aplica, ya que de lo contrario el abandonar se vincularía retroactivamente al tipo base.

[94] Así ya la jurisprudencia del *Reichsgericht*; RG, 43, pp. 355 ss., 356; 56, pp. 55 ss., 56; 62. pp. 1 ss., 5; 68, pp. 338 s.; 74, pp. 132 ss., 133, entre otras sentencias.

[95] BGH, StV, 1984, p. 202; *LK-Tröndle*, § 2, núm. marg. 28; *Schönke-Schröder-Eser*, § 2, núm. marg. 14; *SK-Rudolphi*, § 2, núm. marg. 4; *Dreher-Tröndle*, § 2, núm. marg. 3; *de otra opinión* (para un tribunal de honor contra los abogados) BGH, 29, pp. 124 ss., 129.

[96] BGH, 6, pp. 31 ss., 38; *LK-Tröndle*, § 2, núm. marg. 46; *Jescheck*, AT, § 15, IV, 6; *Schönke-Schröder-Eser*, § 2, núm. marg. 36; por el contrario, críticamente, *Tiedemann*, Peters-Festschrift, pp. 193 ss., 198 s.; crítico en general con respecto a las leyes temporales, *Mezger*, ZStW, 42. pp. 348 ss., 359; *el mismo*, Strafrecht, § 8, IV, 2.

decisión sirve para resolver un conflicto actual y no uno pasado [96a]. La única peculiaridad de la ley temporal es que en el momento de la sentencia ya no se puede producir una defraudación de expectativa porque «los tiempos» han cambiado, bien signifique esto que el suceso ya no se produce más, o que como nuevo suceso ya no llama la atención como algo que decepcione.

64 *b) a')* Desde una consideración material, se da una ley temporal siempre que una ley, expresamente o por consideraciones sistemáticas, ya no abarca a nuevos supuestos, pero sigue siendo la regulación acertada para los supuestos antiguos [97]. No obstante, esta consideración material no es compatible con el § 2, párrafos 3 y 4, StGB, ya que las atenuaciones (incluidas las derogaciones de penas) han de tener efecto retroactivo (párrafo 3), a no ser que la ley modificada tuviera que regir «sólo por tiempo determinado» (párrafo 4). Así pues, para una ley temporal no basta que se actualice la dependencia temporal *general*, posible casi en relación con toda norma, sino que más bien sólo es ley temporal la ley dependiente de un modo *especial* de una circunstancia transitoria. Ejemplo: Si la oferta de viviendas inundara el mercado y por tanto se derogase el § 302 *a*, párrafo 1, núm. 1, StGB, la aplicación de este precepto ciertamente sería adecuada para los supuestos antiguos (es decir, para los supuestos de la época de escasez de viviendas), pero estaría descartada, con arreglo a la formulación actual de la ley, por falta de una *especial* dependencia temporal.

La definición legal como ley temporal obliga en favor del autor. En la medida en que para el autor es más favorable apreciar que se está ante una ley temporal, a pesar de faltar la especial dependencia, cabe interpretar una norma como ley temporal: puede no producirse su aplicación a supuestos nuevos.

65 *b')* La especial dependencia temporal puede llevarse a cabo indicando la fecha en la que se separan los supuestos nuevos de los antiguos (en la que la ley «deja de estar vigente»), o bien designando un suceso cuyo acaecimiento está vinculado a esa separación, pudiendo ser indeterminada la fecha (final de una guerra, cuando se consiga acabar con una epidemia, etc.) [98]. Cuando un amplio sector, además, reconoce leyes temporales en sentido amplio, en las que la línea de separación no se menciona, sino que ha de determinarse con arreglo al contexto sistemático del precepto [99], en caso de aplicación desfavorable para el autor, ello no puede compatibilizarse con el principio de legalidad.

[96a] *De otra opinión*, *AK-Hassemer* § 2, núm. marg. 47.

[97] *Vid. Stratenwerth*, AT, núm. marg. 80.

[98] Tal indicación no conduce forzosamente a estimar ley temporal: Si no sólo expira el período de vigencia de ley (para los supuestos nuevos), sino que pierde también su legitimación con respecto a los casos antiguos, cabe interpretar la sujeción a término *en favor* del autor como constatación *ex ante* de un mera pérdida de vigencia.

Igualmente, *Tiedemann*, Peters-Festschrift, pp. 193 ss., 202, que requiere la conexión expresa, aunque no necesariamente sólo mediante indicación de fecha; *el mismo*, Milderungen, p. 31; *Rüping*, NStZ, 1984, pp. 450 s., 451. El legislador quería un concepto de ley temporal concebido en términos más amplios (*vid. Göhler*, NJW, 1974, pp. 825 ss., 831; *LK-Tröndle*, § 2, núm. marg. 47), pero no lo ha expresado suficientemente en la formulación.

[99] BGH, NJW, 1952, pp. 72 s.; BGH, 6, pp. 31 ss., 39; 18, pp. 13 ss., 1, § 4; 20, pp. 178 ss., 182; OLG, Karlsruhe, NJW, 1968, pp. 1581 s., 582; *Schönke-Schröder-Eser*, § 2, núm. marg. 36; *LK-Tröndle*, § 2, núm. marg. 45; doctrina dominante.

La ley temporal rige siempre para *todos* los casos antiguos, con independencia de cuándo haya recibido su señalamiento de término (si ya al promulgarse o sólo poco antes de perder su vigencia), a no ser que el señalamiento de término mencione también un momento de inicio (en este caso, a una ley sin término le sucede una ley temporal a partir del momento mencionado), puesto que un hecho que se comete estando vigente una ley no sujeta a término no resulta tratado con más rigor porque se produzca más tarde una sujeción a término de esa ley [99a].

c) Se presentan dificultades en el tratamiento de las leyes en blanco cuando se modifican las normas complementarias. Si las normas complementarias están sujetas a término, y ello también para los supuestos antiguos, la ley en blanco se convierte en ley temporal a través de estas normas sujetas a término [99b]. Si no hay ninguna ley temporal, ello no quiere decir evidentemente que toda modificación favorable de las normas complementarias tenga efecto retroactivo en virtud del § 2.3 StGB, sino que más bien no se produce el efecto retroactivo cuando la ley en blanco no remite a la propia norma complementaria, sino a su efecto de regulación (pormenorizadamente, *infra* 4/72, en relación con la ley más favorable), como p. ej., los delitos contra la propiedad no remiten a los §§ 929 ss. BGB, sino a la propiedad surgida como efecto de estos preceptos. Que la remisión al efecto de regulación no se vea afectada por una modificación legislativa no es efecto de una ley temporal, sino de la continuación de la vigencia (ya mencionada *supra,* 4/49) de la vieja norma en un sentido muy atenuado. 66

d) Hay que distinguir entre la sujeción a término (período de duración) de la vigencia de una ley y su limitación típica a un determinado período [100]: Sólo en este último caso se convierte la sujeción a plazo en objeto del injusto, y consiguientemente también en objeto del dolo y de la imprudencia; en el pri- 67

[99a] *En contra*, *Flämig*, Steuerrecht, pp. 85 s.; pero con esta opinión no se puede ya aclarar que una regulación tributaria reformada entretanto, pueda seguir siendo aplicable a anteriores períodos impositivos.

[99b] Por eso es ley temporal la elusión fiscal (§ 370, AO) *cuando* en caso de cambio de los tipos impositivos, de los mínimos exentos, etc., el límite anterior siga estando vigente para los supuestos ocurridos en el antiguo período impositivo. Consecuencia: La reducción de la carga impositiva no surte efecto sobre los casos ocurridos en el antiguo período impositivo; *Franzen-Gast-Samson*, § 369, núm. marg. 25; *Bergmann*, NJW, 1986, pp. 232 ss.; *Schünemann*, en: Parteispendenproblematik, pp. 119 ss., 124; BGH, NJW, 1987, pp. 1274 ss., 1276, con comentario desfavorable de *Tiedemann*, loc. cit., pp. 1247 s.; LG Bochum, NJW, 1985, pp. 1968 ss.; AG Düsseldorf, NJW, 1985, p. 1971; *de otra opinión*, *Tiedemann*, Milderung, pp. 30 ss.; *el mismo*, NJW, 1986, pp. 2475 ss., 2477, quien pretende separar la situación jurídica tributaria de la penal; *Flämig*, Steuerrecht, pp. 71 ss., 110 ss.; *Dannecker*, en: Parteispendenproblematik, pp. 91 ss.; *Schreiber*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 819 ss., 828. Desde luego, no se trata de leyes temporales únicamente porque las leyes tributarias sean dependientes de las respectivas necesidades financieras públicas. Toda ley adecuada depende de alguna necesidad de su tiempo. No obstante, el legislador crea una ley temporal al sujetar a término la ley tributaria, lo cual puede ocurrir también de modo que, al comienzo de la aplicación de una nueva ley, determine la continuación de la vigencia (ultraactividad) de la ley antigua para los supuestos antiguos, como, p. ej., ocurrió en el § 52, párrafo 17 *a* EStG (posibilidad de que desgravaran las donaciones a partidos políticos). Bibliografía relativa a la problemática de donaciones a partidos políticos se encuentra en: *W. de Boor* (ed.), Parteispendenproblematik, 1986, pp. 185 a 201. *Vid.* asimismo *infra* 4/nota 106.

[100] *De otra opinión*, *Mezger*, Strafrecht, § 8, IV, 2; *Frank*, § 2 nota V, 2 *a;* «cuestión de técnica sin diferencia material».

mer caso rigen las reglas del error de prohibición (§ 17 StGB). Ejemplo: En el ataque contra órganos y representantes de otros Estados (§ 102 StGB) sólo se da la punibilidad si la persona, en el momento del ataque, se encuentra ejerciendo el cargo en el territorio nacional. A ello tiene que referirse el dolo (dudoso; el elemento de hallarse en el territorio nacional, al igual que la garantía de reciprocidad, cabe interpretarlo como condición exclusivamente objetiva). Si la ley fuese ley temporal durante el período de la estancia, la suposición errónea de que ha concluido el período constituiría error de prohibición (p. ej., el error de que la estancia oficial ha dado paso a unas vacaciones particulares). Una norma con condición *típica* exclusivamente objetiva condicionada por el tiempo (p. ej., los §§ 102 ss., 104 *a* StGB, *vid. infra* 10/3) se distingue de una ley temporal en que, fuera de ese tiempo, sigue estableciendo injusto, aun cuando no sea injusto penalmente típico, y en que la producción del acontecimento temporal relevante no se ve afectada por el error, es decir, que éste ni siquiera hay que tenerlo en cuenta con arreglo al § 17 StGB. Normas con condicionamiento *del injusto* exclusivamente objetivo y dependiente del tiempo (*vid. infra* 10/2) no las hay en el Derecho positivo; serían —salvo en el supuesto de error sobre la producción del acontecimiento temporal relevante— equivalentes a leyes temporales.

C. La ley más favorable

1. *Determinación de la vigencia continuada*

68 *a)* Si la ley vigente en el momento del hecho no es completamente idéntica a la ley vigente en el momento de la sentencia, y ninguna de ellas es ley temporal, «hay que aplicar la ley más favorable» (la más leve) (§ 2.3 StGB). Si se produce una agravación posterior, que abarque a supuestos en sí antiguos, falta la plena identidad cuantitativa con la ley del momento del hecho (prohibición de retroactividad). Si se lleva a cabo una atenuación posterior, o bien una supresión, se presume *iuris et de iure* —salvo en relación con las leyes temporales— que abarca a los supuestos antiguos; por eso en el momento de la sentencia es necesaria una reacción penal de forma sólo reducida (atenuación) o ya no lo es en absoluto (supresión de la pena) (*vid.* ya *supra* 4/51). Lo cual es aplicable también a las atenuaciones o supresiones posteriores al hecho que han vuelto a regir en el momento de la sentencia (las llamadas *leyes intermedias*), pues al autor hay que garantizarle el enjuiciamiento más favorable que esté (o que estuvo) vigente con respecto a su hecho [100a].

69 *b)* Momento de la sentencia es todo aquel en que se puede entrar a co-

[100a] *De otra opinión*, BVerfG, NStZ, 1990, pp. 238 s., atendiendo unilateralmente a la previsibilidad. Nunca fueron Derecho las leyes que después fueron declaradas nulas *ex tunc* por el Tribunal Consitucional (acerca de la Ley de Financiación de los Partidos Políticos, en la que por varias razones —*vid. supra* 4/66, *infra* 4/72— no se trata desde luego de la problemática de la ley intermedia, en conclusión *de otra opinión*, *Dingeldey*, NStZ, 1985, pp. 337 ss., 340, con excepciones; *Ulsenheimer*, NJW, 1985, pp. 1229, 1234). Tales leyes sólo tienen la virtualidad de permanecer para casos que se concluyeron, antes de la declaración de nulidad, en favor de un autor (§ 79.2 BVerfGG). El criterio de la conclusión del procedimiento es un criterio *formal*. La postura contraria, equivocadamente, pretende extraer de ahí como conclusión la igualdad *sustantiva* (además,

nocer sobre la situación jurídica, es decir, incluso el momento de dictar sentencia en el recurso de casación (*vid.* § 354 *a* StPO); naturalmente, la infracción ha de haber sido recurrida por infracción del Derecho sustantivo para poder tener en cuenta la atenuación del Derecho sustantivo [101]. Si ha pasado este momento, la modificación legal de Derecho sustantivo puede aún influir en la sentencia cuando (¡casualmente!) tiene éxito una casación fundamentada en infracción de forma. En otro caso sólo cabe alterar una sentencia por la vía del indulto. Al respecto, la instancia del indulto no está vinculada por la presunción del § 2.3 StGB de que para los supuestos antiguos siempre sea adecuada la aplicación de leyes más favorables, o incluso la derogación de la punición.

c) La ley que ha de aplicarse como ley más favorable no es sólo la de de- 70
terminación del tipo delictivo en la Parte Especial, sino la de la situacion jurídica total. En las *leyes penales en blanco* no toda modificación de la norma complementaria tiene efecto retroactivo [102], sino que hay que distinguir:

a') Si la ley en blanco sólo asegura la *obediencia* de la norma complemen- 71
taria, la derogación de la norma complementaria tiene efecto retroactivo al igual que, por lo demás, lo tiene la derogación de una prohibición. Ejemplo: Si se deroga una limitación de velocidad del Código de la Circulación (StVO), sin reemplazarla, los supuestos antiguos de exceso de velocidad ya no son punibles [103]. Esta solución puede ser, con todo, inadecuada cuando la derogación no se propone permitir un espacio mayor de libertad de comportamiento, sino sólo otro en que se conforma de modo distinto lo que hasta entonces estaba permitido, p. ej., suprimiendo una limitación de velocidad, pero prescribiendo una medida de seguridad hasta entonces no requerida. En estos casos, cabe reformular legalmente la antigua norma complementaria, previa a su derogación, como ley temporal, para evitar la retroactividad; no queda más que este camino, por exigencias del principio de legalidad.

b') Sin embargo, si la ley en blanco asegura el *efecto de regulación* que 72
persigue la norma complementaria, mediante la derogación de la norma complementaria se excluye la formación ulterior de este efecto de regulación, sin que, no obstante, queden nulos los antiguos efectos. Ejemplo: Si el legislador invierte la preferencia de paso de los que vienen por la derecha, frente a los que vienen por la izquierda, ello no afecta a la preferencia de paso (al efecto de regulación) que tuvo en su momento el conductor que venía por la derecha. La simulación de delito (§ 145 StGB) no se convierte en más favorable cuando la norma cuya infracción se simuló deja de estar vigente; ni tampoco la acusación falsa (*Verdächtigung*, § 164 StGB) si se deroga la perseguibilidad relativa al objeto de la acusación, ni el encubrimiento, mediante la supresión de la perseguibilidad del hecho cometido por el beneficiario del encubrimiento, pues estas leyes remiten al efecto de regulación de las normas de referencia (la pre-

---

bajo la forma de la igualdad en el injusto material, que carece de existencia sustantivamente en el Estado de Derecho).

[101] BGH, 26, p. 94; *de otra opinión* (irrelevante el contenido de la casación) *Küper*, NJW, 1975, pp. 1329 s. *Vid.* además BayObLG, 1961, pp. 389 s.; *Hardwig*, JZ, 1961, pp. 364 ss.

[102] La jurisprudencia al principio negaba toda retroactividad (RG, 49, pp. 411 ss., 413; BGH, 7, pp. 294 ss., 295 s.), pero ahora ya resuelve según que la norma complementaria sea o no ley temporal, entendiendo también aquí el concepto en sentido amplio: BGH, 20, pp. 178 ss., 180 ss.

[103] BGH, 6, pp. 31 ss., 36 ss., 40.

sencia de injusto en el momento del hecho), pero no a las propias normas [104]. Lo mismo cabe afirmar en relación con la falsificación de moneda, cuando la moneda deja de tener valor antes de dictarse sentencia [105]: La prohibición de falsificar remite al efecto de regulación «medio de pago» existente en el momento del hecho. En los delitos contra la propiedad la determinación de la ajenidad de la cosa se rige por el Derecho civil; asimismo, en los delitos contra la Hacienda pública, la punibilidad se rige por la deuda tributaria tal como existe *(besteht)* o surge *(entsteht)* en el momento del hecho [106].

73 En caso de *variación del tipo de injusto* o de otros presupuestos de la punición, mediante una modificación legislativa, hay que distinguir entre si la ley ha quedado idéntica en el caso concreto con respecto a los presupuestos de la punición [107], aunque se haya producido una agravación en la conminación pe-

[104] De modo distinto en el § 257 StGB, si no se considera únicamente a la Administración de Justicia como bien protegido (en definitiva igualmente BGH, 14, pp. 156 ss.). En lo esencial como aquí, *Schönke-Schröder-Eser*, § 2, núm. marg. 26 s.; *LK-Tröndle*, § 2, núm. marg. 6 (con divergencias en relación con los §§ 257 ss., StGB); *SK-Rudolphi*, § 2, núm. marg. 8 *a* ss. *De otra opinión* (situación más favorable por principio). *Tiedemann*, Milderung, p. 21; *Mazureck*, JZ, 1976, pp. 233 ss., 235 s., con excepciones arbitrarias, pp. 237 s.; en favor de la retroactividad de «la conformación más favorable de la situación jurídica total», pero no cuando meramente se reemplaza una regulación por otra, *AK-Hassemer*, § 2, núm. marg. 38. *De otra opinión*, especialmente respecto al § 164 StGB, BayObLG, JR, 1975, pp. 68 s. (en contra, *Meyer*, JR, 1975, pp. 69 ss.; *Wenner*, MDR, 1975, pp. 161 s.); respecto al § 145 *d* StGB, *vid.* OLG Düsseldorf, NJW, 1969, pp. 1679 s. *Vid.* además *Mohrbotter*, ZStW, 88, pp. 923 ss., 956 ss.

[105] *Mezger*, ZStW, 42, pp. 348 ss., 375; a este respecto, doctrina dominante.

[106] En definitiva igualmente BGH, 20, pp. 178 ss., 181; *Franzen-Gast-Samson*, § 369 AO, núm. marg. 25; *Samson*, wistra, 1983, pp. 235 ss., 237 ss.; *Franzheim*, NStZ, 1982, pp. 137 ss., 138; *Schäfer*, wistra, 1983, pp. 167 ss., 169; *Bergmann*, NJW, 1986, pp. 233 ss.; *de otra opinión*, *Kunert*, NStZ, 1982, pp. 276 ss.; *Rüping*, NStZ, 1984, pp. 450 s.; *Tiedemann*, Milderung, pp. 18 ss., 29; *el mismo*, NJW, 1986, pp. 2475 ss. *Tiedemann* objeta con respecto al efecto de regulación de la ajenidad en los delitos contra la propiedad que si el legislador «abole por completo la propiedad o modifica esencialmente la ordenación de la propiedad» no cabe «entender bien» por qué no ha de haber eficacia retroactiva (Milderung, p. 20); desde luego, de esta objeción sólo se deriva que los cambios revolucionarios y la continuidad son incompatibles en los delitos contra la propiedad como en cualquier otra parte. En relación con los pocos cambios decisivos, olvida *Tiedemann* la relación entre el punto de conexión de la ley en blanco y el contenido del injusto típico: Si el Derecho penal, en las leyes en blanco, siempre remitiese sólo a «normas extrapenales», sólo sus presupuestos pertenecerían siempre al injusto; el efecto de regulación no tendría puesto alguno en el tipo objetivo y por tanto tampoco sería objeto del dolo. Una solución así sería abiertamente incompatible con muchos tipos (en los delitos contra la propiedad, la *ajenidad* de la cosa pertenece al tipo; en la elusión fiscal, la disminución de los *impuestos*; en suma, el respectivo efecto de regulación). *Vid.* asimismo *supra* con respecto a las leyes temporales, 4/66, y al tipo subjetivo 8/47, 48 ss.).

[107] *KKOWiG-Rogall*, § 4, núm. marg. 26; demasiado estricto, *Sommer*, Das «mildeste Gesetz», pp. 169, 192: Sólo hay identidad cuando «ambas leyes se refieren a los mismos elementos del hecho» (con lo cual es inconsecuente la consideración del «suceder típico global» o de la «descripción típica», pp. 191 s. y *passim*). Toda norma regula un haz de hechos. Los hechos abarcados en ese haz quedan intactos cuando la ley añade otros hechos (generaliza, esto es: se refiere a menos elementos), y los hechos que permanecen en el haz tampoco resultan afectados cuando la ley extrae algunos de ellos (cuando especializa, es decir, se refiere a más elementos). Demasiado ampliamente, *Loos*, JR, 1975, pp. 248 ss., 249, que atiende al «efecto de regulación directo» idéntico (igualmente, OLG Köln, NJW, 1974, pp. 1830 s.; KG, NJW, 1976, pp. 813 s., respecto a los §§ 180 StGB, redacción antigua, 180 a, párrafo 1, números 1 y 2 StGB, redacción actual). El que un comportamiento sea contrario a la norma tanto en el momento del hecho como en el de sentenciarlo no garantiza la identidad de injusto y de culpabilidad, al igual que también cuando se da unidad de comportamiento (concurso ideal) pueden coincidir distintos contenidos de injusto y de culpabilidad.

nal, o mediante el requisito de querella, etc.; y si, por falta de identidad de la ley para el caso concreto, el hecho ha llegado a ser impune en absoluto.

a') *Ampliación de la punibilidad*: La ley permanece idéntica cuando la pu- 74
nibilidad sólo se amplía, es decir, se generaliza al menos uno de los presupuestos de la punición o se hace más específica una excepción a la punibilidad. Naturalmente, en la determinación de la ley más favorable hay que tener en cuenta que mediante la ampliación se modifica la gravedad relativa del caso concreto [108]. Ejemplo: Si la ley amplía el estupro (§ 182 StGB) elevando la edad de protección desde «menos de dieciséis años» hasta «menos de dieciocho años», el estupro de una quinceañera pasa de ser un supuesto hasta entonces —en el aspecto de la edad— más favorable a ser un supuesto incrementado cuantitativamemte. A igual marco penal, la ley antigua será, pues, más favorable.

b') *Sustitución de elementos constitutivos de la punibilidad:* La ley no si- 75
gue siendo la misma si únicamente se sustituye uno de los presupuestos de la punición por otro nuevo. Si la sustitución que se lleva a cabo es la de los elementos cualificantes, sólo cabe punir por el delito base; si se intercambian elementos del delito base, se suprime totalmente la punibilidad. Un elemento es nuevo frente al elemento existente hasta entonces cuando no es ni concepto genérico (ampliación de la punibilidad, *supra* 4/74) ni concepto más específico (limitación de la punibilidad, *infra* 4/76) con respecto al antiguo elemento, pues si no se da ninguno de los dos supuestos, la nueva regulación no abarca a la antigua (no es concepto genérico) y tampoco continúa una parte de la antigua regulación (tampoco es concepto más específico). Ejemplo: Si la ley amplía el objeto de ataque de las lesiones (§ 223 StGB) al embrión humano, o el objeto de ataque de las injurias (§ 185 StGB) a las personas jurídicas, la ley sigue siendo idéntica en lo que concierne a los hechos contra personas, puesto que la nueva determinación (ser vivo humano en general, persona en general) es un concepto genérico con respecto a la antigua (persona a partir del momento del nacimiento, persona física). Si la ley restringe la interrupción del embarazo (§ 218.1 StGB) limitando el objeto de ataque al embrión humano a partir del sexto mes, sigue siendo idéntica la ley, puesto que el elemento con arreglo al nuevo Derecho constituye concepto específico con respecto al elemento conforme al Derecho antiguo. Pero si la ley, en la organización indebida de juegos de azar (§ 284 StGB), reemplaza el concepto de juego de azar indicando que tiene que tratarse de un juego en el que se puedan perder más de mil marcos en una jugada, la ley ya no es idéntica, ni siquiera para aquellos supuestos en los que el juego de azar en el sentido antiguo se ajusta a esta nueva especificación, pues el nuevo elemento no constituye ni concepto genérico (en los juegos de azar puede tratarse de sumas menores) ni concepto específico (también en los juegos de destreza se puede perder esa suma) con respecto al concepto antiguo.

Por el contrario, según la jurisprudencia y un amplio sector doctrinal, para la punición bastaría que el comportamiento del autor realice los elementos tanto de la antigua como de la nueva ley, aun cuando ello tenga lugar, respectivamente, mediante distintas partes del comportamiento, con tal de que siga

[108] *Sommer*, Das «mildeste Gesetz», pp. 81 s.

siendo igual el tipo de injusto [109]. Con esta solución pueden reemplazarse los presupuestos de la punición: Ni la ley antigua es necesariamente una determinación más exacta de la nueva, ni a la inversa. Ejemplo [110]: Si se sustituye el atraco callejero (§ 250, párrafo 1, núm. 3, StGB, redacción antigua) por el robo con armas (§ 250, párrafo 1, núm. 2, StGB, redacción nueva), con arreglo a esta concepción, un atraco callejero que se lleva a cabo con armas puede castigarse por la nueva cualificación, si no se tiene que definir la sustitución como modificación del tipo de injusto [111]. Esta solución vulnera el principio de legalidad, ya que en ella no existe identidad de la ley del momento del hecho y de la del momento de dictar sentencia (es decir, de la *cualificación* del robo): Los elementos del hecho decisivos en el momento de dictar sentencia no se mencionan en el momento del hecho, ni siquiera en forma genérica; esta falta no cabe subsanarla recurriendo a una vaga valoración (continuidad del tipo de injusto).

76 c') *Limitación de la punibilidad:* La ley sigue siendo idéntica cuando sólo se limita su ámbito de aplicación. Dado que los elementos limitadores no están especificados en la ley vigente en el momento del hecho, en ocasiones se estima que tampoco están determinados en el momento del hecho; la designación posterior tendría, pues, por consecuencia, que se conecta con partes del hecho hasta ahora irrelevantes, es decir, que se interrumpe la identidad entre las leyes del momento del hecho y del momento de enjuiciar y que de este modo los supuestos antiguos serían impunes [112]. Se olvida que la norma antigua también menciona aquellos elementos que especifican una restricción sólo conjuntamente con toda otra especie posible, esto es, en general. Ejemplo: En la determinación de un objeto de ataque mediante el concepto de cosa, las cosas públicas, o las cosas ajenas, o las cosas que tienen determinado valor, no son, pues, indeterminadas, sino que no están más que no especificadas, es decir, se determinan todas conjuntamente. La doctrina contraria conduce a la solución, como mínimo extraña, de que una modificación legislativa que limita el hurto a objetos con valor de al menos cien marcos también deja impunes aquellos supuestos antiguos en que se hurtan millones. Naturalmente, hay que conceder a la doctrina contraria que puede ser mera casualidad (es decir, no un motivo apto de imputación) el que el autor, en un hecho descrito genéricamente en el momento del hecho, conozca especificaciones que, con arreglo a la ley vigente en el momento del hecho, en nada contribuyen a la imputación, pero que con arreglo a la ley del momento en que se dicta sentencia sean necesarias. Ejemplo: El que el hurto de una cosa perjudique a una persona jurídica o a una persona física, puede que el autor lo conozca según el Derecho vigente, sin que

---

[109] BGH, GS, 26, pp. 168 ss., 172 ss.; BGH, GA, 1978, pp. 147 s.; BGH, JZ, 1979, pp. 75 ss., 77; *Mohrbotter*, ZStW, 88, pp. 923 ss.; *Tiedemann*, Peters-Festschrift, pp. 193 ss., 202 ss.; *el mismo*, JZ, 1975, pp. 692 ss.; *Mazureck*, JZ, 1976, pp. 233 ss., 234; *Schönke-Schröder-Eser*, § 2, núm. marg. 24; *LK-Tröndle*, § 2, núm. marg. 29; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 12, núm. marg. 16; *SK*^{2}*-Schreiber*, § 2, núm. marg. 10 a.

[110] BGH, GS, 26, pp. 168 ss., 173 s.

[111] El BGH, loc. cit., p. 173, ha afirmado la «continuidad del tipo de injusto», lo cual critican —atinadamente— incluso los defensores de este planteamiento de solución; el BGH considera como núcleo de injusto al delito base, en lugar de atender, en la cualificación, al núcleo de injusto del elemento cualificante.

[112] *SK-Rudolphi*, § 2, núm. marg. 10; *Schroeder*, Bockelmann-Festschrift, pp. 785 ss., 796; *Schünemann*, Nulla poena, pp. 26 s.; *vid.* asimismo *AK-Hassemer*, § 2, núm. marg. 32.

ese conocimiento influya en la consecuencia jurídica; así pues, no pasa de ser algo casual; si la ley distinguiera en tal sentido a la víctima, esa ley sería constitutiva del tipo y consiguientemente se incluiría en el dolo. Siempre se llega a resultados fortuitos cuando la limitación de la ley persigue otro fin de regulación que la ley limitada; la identidad de las leyes no pasa entonces exclusivamente del plano formal. Para garantizar también la identidad material, la limitación de la ley debe vincularse, pues, a distinciones que a su vez den lugar a límites con sentido conforme a la norma antigua. Tal es el caso siempre que se mencionan especificaciones que en el marco de la norma antigua son consideraciones legítimas de determinación de la pena. P. ej., la diferencia de valor en el hurto dejaría intacta la identidad material, pero no así la delimitación en función de tratarse de bienes de inversión o de consumo.

2. *Determinación de la variante más favorable*

a) Si en una modificación legislativa se mantiene el carácter punible, hay 77
que determinar la ley más favorable al aplicar la ley al caso concreto, o, dicho con más precisión: La ley vigente en el momento de dictar sentencia hay que recortarla en su aplicación retroactiva en la medida en que sea más rigurosa que la ley vigente en el momento del hecho o, eventualmente, que una ley intermedia [112a]. La ley más favorable no se determina conforme a la valoración legal general, sino conforme a los efectos sobre el autor en el caso concreto y, en los supuestos de participación, separadamente para cada partícipe. En el concurso real hay que formar cada pena individual como pena más leve o favorable.

b) De acuerdo con una doctrina extendida, hay que comparar la gravedad 78
de las consecuencias del hecho de la ley antigua acumuladas con las de la ley nueva, también acumuladas, y no cada una de las reacciones jurídico-penales por separado (alternatividad de las leyes) [113]. Por consiguiente, en conclusión, sólo puede ser más favorable la ley antigua o la ley modificada, pero no la antigua en relación con una consecuencia, y en relación con otra la modificada. No se puede mantener esta solución; en todo caso en las reacciones mencionadas en el § 2.5 StGB hay que llevar a cabo la determinación individual [114]: La prohibición de retroactividad del § 2.5 StGB es completamente idéntica al mandato de recortar retroactivamente la nueva ley hasta el alcance de la antigua regulación; es decir, rompe la alternatividad. La solución que atiende a la alternatividad tampoco respeta el principio de legalidad, y ello cuando, por una parte, la ley vigente en el momento de sentenciar es más favorable en lo esencial, pero a la vez prevé reacciones obligatorias que no se hallan en la ley del momento del hecho. Por otra parte, la solución criticada infringe el principio de legalidad cuando el cómputo de la pena con arreglo a la ley del momento de dictar sentencia ciertamente ya favorece al autor, pero en algunas fases del

[112a] *Tiedemann*, Milderung, p. 17.

[113] BGH, 20, pp. 22 ss., 30 (con referencias de la jurisprudencia concordante del *Reichsgericht*); 24, pp. 94 ss., 97; BGH, NJW, 1965, pp. 1732 s.; BGH en *Holtz*, MDR, 1983, pp. 619 ss., 623; OLG Karlsruhe, NJW, 1970, pp. 2072 s.

[114] Lo conceden por lo demás para la alternatividad *Maurach-Zipf*, AT, I, § 12, núm. marg. 14; *LK-Tröndle*, § 2, núm. marg. 40, en conexión con 51; *SK-Rudolphi*, § 2, núm. marg. 12.

cálculo lo perjudica en una medida excesiva en comparación con la ley del momento del hecho. Ejemplo: Si la ley del momento de la sentencia ya no prevé el aumento de la pena mínima en caso de reincidencia (§ 48 StGB), pero ha elevado la pena mínima para el delito en cuestión, hasta ahora no limitada, a tres meses, la ley es en definitiva más favorable si, con arreglo a la situación antigua, se ha incurrido en pena de siete meses, y según la nueva de cuatro meses; no obstante, el resultado se concreta pasando por un perjuicio legal no existente en el momento del hecho (es decir, la nueva pena mínima). Este perjuicio constituye una infracción del principio de legalidad. A fin de evitar tales infracciones, la determinación de la ley más favorable ha de llevarse a cabo por separado para cada clase de reacción y para cada fase de la determinación, de modo que puede haber que aplicar, en función de cada reacción penal o de la fase de cómputo en cuestión, distintas leyes como en cada caso más favorables [115]. En el supuesto del ejemplo, habría que medir la pena en el marco de la conminación penal de la ley vigente en el momento del hecho (en esta medida, es más favorable la ley antigua), pero sin tener en cuenta la reincidencia (en esta medida, es más favorable la ley nueva).

79 *c)* La gravedad de las distintas reacciones se determina objetivamente [116]. La pena de días-multa es más leve o favorable que la pena privativa de libertad de la misma duración. Si, conforme a una ley, se incurriera en una pena privativa de libertad más corta que lo que otra ley establece como duración de la pena de días-multa, la determinación de la pena hay que escindirla en determinación de la duración de la pena y determinación de la clase de pena, y aplicar la pena más favorable en cada aspecto [117]. Las pena privativa de libertad es más grave que el arresto penal (§ 9 WStGB) y la pena juvenil más grave que el arresto juvenil. La multa de la OWiG es más leve que la pena de multa.

D. ¿Prohibición de retroactividad de los cambios jurisprudenciales?

80 1. Si todo tribunal estuviera sujeto a los principios de toda sentencia anterior y de toda sentencia de los tribunales superiores, ello equivaldría a vedar a la administración de justicia que aprendiese de sus propios errores. Evidentemente, tan sólo a partir de la necesidad de admitir que la jurisprudencia cambie no cabe deducir la admisibilidad de hacer valer todo cambio en todo momento. En caso de jurisprudencia afianzada superior, puede producirse la situación de que los principios de decisión hagan las veces de regulaciones legales (p. ej., en la circulación rodada), y por eso se propone dotar a estos principios con la garantía de objetividad mediante la prohibición de retroactividad [118]. Cuando en contra se señala que el acto de conocimiento judicial es re-

---

[115] *Schröder*, JR, 1966, pp. 68 ss.; *Schönke-Schröder-Eser*, § 2, núm. marg. 34; *Sommer*, Das «mildeste Gesetz», pp. 85 ss., 92 ss.; *AK-Hassemer*, § 2, núm. marg. 45.

[116] Pormenores, con bibliografía, en *LK-Tröndle*, § 2, núm. marg. 38; *Sommer*, Das «mildeste Gesetz», pp. 110 ss., 114.

[117] *En contra*, la doctrina dominante, con arreglo a la cual cualquier multa es más favorable que cualquier pena privativa de libertad; RG, 2, pp. 205 ss.; 42, pp. 427 ss., 430; 51, pp. 327 ss.; 57, pp. 121 ss., 122; 57, pp. 193 ss., 198; 59, pp. 91 ss., 98; 65, pp. 229 ss., 230; BayObLG, MDR, 1972, pp. 884; *LK-Tröndle*, § 2, núm. marg. 38; *SK-Rudolphi*, § 2, núm. marg. 12.

[118] *Dürig*, en: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, art. 103, núm. marg. 112, con notas 2 s.; *Schreiber*, JZ, 1973, pp. 713 ss.; *Müller-Dietz*, Maurach-Festschrift, pp. 41 ss.; *Mattil*, GA, 1965,

trospectivo por necesidad, y referido al caso concreto [119], tal caracterización no da cuenta de la misión de la jurisprudencia de juzgar cada caso sistemáticamente, es decir, de modo adecuado axiológicamente a todos los demás casos posibles, incluidos aquellos que se esperan en el futuro.

2. A pesar de la posible igualdad en cuanto a los efectos de la jurisprudencia superior y la ley, sin embargo a la jurisprudencia no le afecta ninguna prohibición de retroactividad [120], pues a la igualdad de efectos no corresponde la igualdad de funciones. La jurisprudencia tiene la misión de fundamentar sus sentencias a partir de la ley. Las vinculaciones existentes, es decir, legalidad (sujeción a la ley) y obligación de fundamentar, se ven diluidas si se les añade la prohibición de retroactividad. Y es que, junto a una sujeción con la que llegan a ser tolerables los actos soberanos (literalmente) del legislador, perderían importancia las obligaciones de la jurisprudencia (es decir, sujeción a ley y obligación de fundamentar); dicho de otro modo, un poder judicial que estuviera sujeto, como el poder legislativo, también juzgaría como si promulgase leyes. 81

Cuando la prohibición de retroctividad para la jurisprudencia se fundamenta en la protección de la confianza, hasta ahora no se ha determinado si las ventajas de la protección no se verían compensadas por los inconvenientes derivados del mayor inmovilismo de la jurisprudencia. Aun cuando la confianza exista en la realidad, sin embargo puede ser jurídicamente no deseable, por representar una exigencia excesiva al poder judicial.

3. Además, con arreglo al Derecho procesal vigente la prohibición de retroactividad para la jurisprudencia no resulta factible [121]. Y tampoco habría que hacerla factible *de lege ferenda*. Más bien, la solución para aquellos ámbitos de la regulación en los que existe necesidad de prohibición de retroactividad porque la jurisprudencia hace las veces de legislador, la solución reside en inten- 82

---

pp. 129 ss., 140; *Kohlmann*, Begriff des Staatsgeheimnisses, pp. 271 ss.; *Gross*, GA, 1971, pp. 13 ss., 18; *Straßburg*, ZStW, 82, pp. 948 ss., 964; *Grunsky*, Grenzen, pp. 14 ss.; *SK*^{2}-*Schreiber*, § 1, núm. marg. 6; *Baumann-Weber*, AT, § 12, I, 2 *a*; *Schönke-Schröder-Eser*, § 2, núm. marg. 9; *AK-Hassemer*, § 1, núm. marg. 50 ss. Especialmente en contra de admitir la disminución retroactiva de la tasa límite de alcohol en sangre como indicio de la falta de aptitud para conducir, *Naucke*, NJW, 1968, pp. 758 s.; *el mismo*, NJW, 1968, pp. 2321 ss.; *Messmer* y *Bergschneider*, DAR, 1967, pp. 45 ss.; *vid.* asimismo OLG Düsseldorf, NJW, 1973, pp. 1054. Más bibliografía en *LK-Tröndle*, § 2, núm. marg. 17, notas 34 ss.

[119] *Schünemann*, Nulla poena, p. 28; *Tröndle*, Dreher-Festschrift, pp. 117 ss., 133 s., entre otras.

[120] En definitiva asimismo *Tröndle*, Dreher-Festschrift, pp. 117 ss., 135 s.; *Stree*, Deliktsfolgen, pp. 80 ss.; *Meyer-Ladewig*, MDR, 1962, pp. 262 ss.; *Schünemann*, Nulla poena, pp. 27 s.; *Bockelmann-Volk*, AT, § 4 C, II, 4; *Jescheck*, § 15, IV, 3, con nota 4; *Schmidhäuser*, AT, 5/39; *LK-Tröndle*, § 2, núm. marg. 17 ss.; *SK-Rudolphi*, § 1, núm. marg. 8; *vid.* también *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 97; *Krey*, Keine Strafe, núm. marg. 112 s.; *KKOWiG-Rogall*, § 1, núm. marg. 48 ss. Especialmente en favor de permitir la disminución retroactiva de la tasa límite de alcohol en sangre por parte de BGH, 21, pp. 157 ss., *vid.* OLG Karlsruhe, NJW, 1967, pp. 2167 ss.; KG, NJW, 1967, pp. 1766; OLG Frankfurt, NJW, 1969, pp. 1634 ss.; *Sarstedt*, E. Hirsch-Festschrift, pp. 171 ss., 184; *Haffke*, Blutalkohol, 1972, pp. 32 ss.; *Riese*, NJW, 1969, pp. 549 s.; *Händel*, NJW, 1967, pp. 537 s. En relación con la nueva disminución por parte del BGH, StV, 1990, p. 353 ss., *vid.* ya *Salger*, Blutalkohol, 1990, pp. 1 ss., 6 ss.

[121] Al respecto, con referencias, *Tröndle*, Dreher-Festschrift, pp. 117 ss., 124 ss.; *LK-Tröndle*, § 2, núm. marg. 22; también *Schreiber*, JZ, 1973, pp. 713 ss., 716 s.

sificar la regulación *legal*, ante todo en el tráfico rodado [122]. Por lo demás, la regulación del error de prohibición del § 17 StGB protege ante la exigencia excesiva al autor en caso de cambio de la jurisprudencia [123]; en el marco de la normativización de la evitabilidad que en esta obra se emprende (*infra* 19/30), ello es así sobre todo también para los supuestos de jurisprudencia afianzada, aunque de dudosa justificación (es decir, cuando queda consciencia del injusto condicionada).

[122] Ello es válido, por una parte, para la precisión de la StVO a través de directrices de los tribunales superiores. Pero también es válido, por otra parte, para el caso de partida de la discusión moderna, es decir, para la disminución de la tasa límite de alcohol en sangre como indicio forzoso de la falta de aptitud para conducir a efectos del § 316 StGB. Si la tasa es indicio forzoso de la incapacidad para conducir y sirve como guía de conducta mejor que el concepto de incapacidad para conducir, el legislador tendría que mencionarla en la ley. Si la tasa límite no tiene que llegar a ser necesariamente objeto del dolo, el legislador puede indicarla de modo *alternativo* a la incapacidad para conducir (acerca de que la tasa límite, en la redacción actual del § 316 StGB, no constituye elemento del tipo, *vid. Sarstedt*, E. Hirsch-Festschrift, pp. 171 ss., 184 s.; *Eckert*, NJW, 1968, pp. 1390 s.; *Horn*, Blutalkoholgehalt, p. 54 y *passim*).

[123] *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, pp. 98 ss.

APARTADO 5

La validez espacial y personal

BIBLIOGRAFIA: *F. Becker*, Comentario a LG Ravensburg, NStZ, 1984, pp. 459, NStZ, 1985, pp. 269 s.; *E.-W. Böckenförde*, Die Teilung Deutschlands und die deutsche Staatsangehörigkeit, Epirrhosis (Festgabe für Carl Schmitt), pp. 423 ss.; *K. Cornils*, Die fremdrechtsanwendung im Strafrecht, 1978; *H. Dichgans*, Zur Rechtsnatur des mitteldeutschen Regimes, NJW, 1966, pp. 2255 ss.; *W. Gallas*, Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs, ZStW, 80, pp. I ss.; *L. Gardocki*, Über den Begriff des internationalen Strafrechts, ZStW, 98, pp. 703 ss.; *K. Geppert*, Zum Geltungsbereich des § 170 *b* StGB bei Unterhaltsverletzungen zum Nachteil von DDR-Bürgern, JR, 1988, pp. 221 ss.; *K. H. Gössel*, Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeitseinschränkendes Tatbestandsmerkmal, Oehler-Festschrift, pp. 97 ss.; *G. Grunwald*, Ist der Schußwaffengebrauch an der Zonengrenze strafbar?, JZ, 1966, pp. 633 ss.; *el mismo*, Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht, 1971; *H. Johannes*, Zur Angleichung des Straf- und Strafprozeßrechts in der EWG, ZStW, 83, pp. 531 ss.; *H. Jung*, Die Inlandsteilnahme an ausländischer straffloser Haupttat, JZ, 1979, pp. 325 ss.; *N. Kilian*, Strafbarkeit der Denunziation eines Fluchtunternehmens, NJW, 1983, pp. 2305 s.; *E. Klein*, DDR-Staatsbürgerschafterwerb und deutsche Staatsangehörigkeit, NJW, 1983, pp. 2289 ss.; *J. Kohler*, Internationales Strafrecht, 1917; *V. Krey*, Zum innerdeutschen Strafanwendungsrecht de lege lata und de lege ferenda, 1969; *el mismo*, Anmerkung des «internationalen Strafrechts» im Verhältnis der Bundesrepublik Deutschland zur DDR, JR, 1980, pp. 45 ss.; *el mismo*, Deutsch-deutsche Kollisionen im Strafrecht, en: *G. Zieger et al.* (ed.), Die strafrechtliche Entwicklung in Deutschland, 1988, pp. 199 ss.; *el mismo*, y *N. Arenz*, Schutz von DDR-Bürgern durch das Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland, JR, 1985, pp. 399 ss.; *W. Kunz*, Zum Geltungsbereich des § 170 *b* StGB, NJW, 1987, pp. 881 s.; *K. Lenzen*, Das Mitführen von Waffen durch ausländische Sicherheitsbeamte in deutschen Luftfahrzeugen, JR, 1983, pp. 181 ss.; *el mismo*, Comentario a KG, JR, 1985, pp. 516, loc. cit., pp. 516 s.; *G. Liebelt*, Zum deutschen internationalen Strafrecht, 1978; *el mismo*, Comentario a OLG Karlsruhe, NStZ, 1985, pp. 317, NStZ, 1989, pp. 182 s.; *R. Linke*, Grenzen der Strafgerichtsbarkeit, OJZ, 1984, pp. 487 ss.; *H. Lüttger*, Bemerkungen zur Methodik und Dogmatik des Strafschutzes für nichtdeutsche öffentliche Rechtsguter, Jescheck-Festschrift, pp. 121 ss.; *H. v. Mangoldt*, Comentario a BVerwG, JZ, 1983, pp. 539 ss., loc. cit., pp. 543 ss.; *J. Martin*, Strafbarkeitgrenzüberschreitende Umweltbeeinträchtigungen, 1986; *H. Mayer*, Völkerrecht und internationales Strafrecht, JZ, 1952, pp. 609 ss.; *F. Nowakowski*, Anwendung des inländischen Strafrechts und außerstrafrechtliche Rechtssätze, JZ, 1971, pp. 633 ss.; *D. Oehler*, Internationales Strafrecht, 2.ª ed., 1983; *el mismo*, Theorie des Strafanwendungsrechts, Grützner- Geburtstagsgabe, pp. 110 ss.; *el mismo*, Die Ausbildung von Frankreichs Internationalem Strafrecht in der Neuzeit, Engisch-Festschrift, pp. 289 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, JZ, 1968, pp. 189 ss., *op. cit.*; pp. 191 ss.; *el mismo*, Comentario a OLG Karlsruhe, JR, 1978, pp. 379 ss., *op. cit.*, pp. 381 ss.; *el mismo*, Zur Rückwirkung des Begriffs des Deutschen im geltenden deutschen Internationalen Strafrecht, Bockelmann-Festschrift, pp. 771 ss.; *el mismo*, Die internationalstrafrechtlichen Bestimmungen des künftigen Umweltstrafrechts, GA, 1980, pp. 241 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, 29, pp. 85 ss., JR, 1980, pp. 381 ss.; *el mismo*, Stra-

frechtlicher Schutz ausländischer Rechtsgüter, insbesondere bei Urkunden, in der Bundesrepublik Deutschland, JR, 1980, pp. 485 ss.; *el mismo*, Comentario a BayObLG, JR, 1982, pp. 159 s., loc. cit., pp. 160; *el mismo*, Comentario a BGH, 32, pp. 293 ss., JZ, 1984, pp. 948 ss.; *el mismo*, Neuer Wandel in den Bestimmungen über den strafrechtlichen Geltungsbereich in den völkerrechtlichen Verträgen, Carstens-Festschrift, pp. 43s ss.; *H. Roggemann*, Grenzübertritt und Strafanwendung zwischen beiden deutschen Staaten, ZRP, 1976, pp. 243 ss.; *E. Roßwog*, Das Problem der Vereinbarkeit des aktiven und passiven Personalgrundsatzes mit dem Völkerrecht, 1965; *C. F. Rüther* y *Th. Vogler*, Besprechung von BGH, 34, pp. 334 ss., JR, 1988, pp. 136 ss.; *H.-J. Sack*, Das Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität, NJW, 1980 pp. 1424 ss.; *W. Sax*, Zur Frage der Notwehr bei Widerstandsleistung gegen Akte sowjetzonaler Strafjustiz, JZ, 1959, pp. 38 ss.; *F.-C. Schroeder*, Der «räumliche Geltungsbereich» der Strafgesetze, GA, 1968, pp. 33 ss.; *el mismo*, Zur Strafbarkeit der Fluchthilfe, JZ, 1974, pp. 113 ss.; *el mismo*, Comentario a LG Berlin, JZ, 1976, pp. 98 s., y KG, JZ, 1976, pp. 99 s., loc. cit., pp. 100 s.; *el mismo*, Notwehr bei Flucht aus der DDR, NJW, 1978, pp. 2577 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH 30, pp. 11 ss., NStZ, 1981, pp. 179 ss.; *el mismo*, Urkundenfälschung mit Auslandsberührung, NJW, 1990, pp. 1406 s.; *H. Schröder*, Teilnahme im internationalen Strafrecht, ZStW 61, pp. 57 ss.; *el mismo*, Grundlagen und Grenzen des Personalitätsprinzips im internationalen Strafrecht, JZ, 1968, pp. 241 ss.; *H. J. Schroth*, Differenzierung zwischen Inland und räumlichem Geltungsbereich des Strafrechts?, NJW, 1981, pp. 500 s.; *D. Sternberg-Lieben*, Internationaler Musikdiebstahl und deutsches Strafanwendungsrecht, NJW, 1985, pp. 2121 ss.; *Th. Vogler*, Der Fall Kappler in internationalstrafrechtlicher Sicht, NJW, 1977, pp. 1866 s.; *el mismo*, Geltungsanspruch und Geltungsbereich der Strafgesetze, Grützner-Geburtstagsgabe, pp. 149 ss.; *el mismo*, Die Ahndung im Ausland begangener Verkehrsdelikte nach dem Entwurf eines Gesetzes uber die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, DAR, 1982, pp. 73 ss.; *H. v. Weber*, Interlokales Strafrecht, Kohlrausch-Festschrift, pp. 120 ss.; *el mismo*, Das passive Personalitätsprinzip, en: *E. Wolff* (ed.), Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in London, 1950, pp. 894 ss.; *W. Wengler*, Comentario a BGH, 30, pp. I ss., JR, 1981, pp. 206 ss.; *W. Woesner*, Deutsch-deutsche Strafrechtskonflikte, ZRP, 1976, pp. 248 ss.; *W. Zieher*, Das sogenannte internationale Strafrecht nach der Reform, 1977.

I. PRINCIPIOS Y POSICION DOGMATICA

A. Principios de la validez

1. *El tenor literal de la ley en la Parte Especial*

1 *a)* La Parte Especial describe el comportamiento a castigar primariamente sin referencia al lugar del hecho, la nacionalidad del autor y la pertenencia estatal del afectado. El extranjero que lesiona, mata, coacciona, injuria, estafa, etc., a otro extranjero en el extranjero, de acuerdo exclusivamente con el tenor literal de los correspondientes preceptos de la Parte Especial, sería punible con arreglo al Derecho penal alemán. Esta amplia validez de los preceptos de la Parte Especial se ve restringida por los §§ 3 ss. StGB, las normas del llamado *Derecho penal internacional* [1].

[1] Sobre el concepto: *Gardocki*, ZStW, 98, pp. 703 ss.

Naturalmente, a veces ya los preceptos de la Parte Especial son más específicos, o llegan a serlo por medio de interpretación, en los delitos que afectan al Estado directamente, es decir, no a través de los bienes de los ciudadanos, o que protegen de la opresión estatal, así como en preceptos exclusivamente ordenadores, sin valor propio, del orden garantizado (p. ej., los preceptos del tráfico rodado).

Ejemplos en relación con el lugar: Numerosos delitos para la protección del Estado atienden, por motivos extrapolíticos, a un resultado o a una actividad en el ámbito de validez espacial del StGB (§§ 84 ss., 91 StGB); los representantes de Estados extranjeros reciben en el territorio nacional protección especial (§§ 192 ss. StGB); el quebrantamiento del destierro sólo puede cometerse en concepto de autor en la República Federal (§ 106 StGB); el traslado hasta fuera del territorio nacional (§ 234 a StGB) presupone un resultado producido fuera del ámbito de validez espacial del StGB.

Ejemplos relativos al autor: las relaciones que ponen en peligro la paz (§ 100 StGB) presuponen el hecho de un alemán (deslealtad); a la inversa: El derecho de resistencia conforme al artículo 20.4 GG sólo justifica a los alemanes. Los autores de delitos de funcionarios no tienen que ser exclusivamente alemanes, pero lo serán en la práctica (jueces, *vid.* § 9, núm. 1, DRiG), o principalmente, pero en todo caso tienen que encontrarse en una relación de funcionario con arreglo al Derecho *alemán* (§ 11, párrafo 1, núms. 2-3 StGB) [1a].

Ejemplos relativos al afectado: En los delitos para la protección del Estado, el Estado protege —a falta de la posibilidad de valoración en alguna medida general de que merezca la pena proteger a otros Estados— exclusivamente su propia existencia, la de sus órganos, la ejecución de las acciones oficiales que él mismo ha de llevar a cabo, etc. (*vid.* §§ 84 ss. StGB [1b], excepciones en los §§ 102 ss. StGB; *vid.* asimismo § 113.1 StGB, respectivamente, en relación con el § 11, párrafo 1, núms. 2 a 4, StGB). En la medida en que la imbricación internacional hace necesario ampliar la protección a Estados extranjeros, se requiere ampliar el tipo como ha ocurrido en algunos preceptos, para proteger las tropas de los Estados miembros de la OTAN [1c].

b) a') Del orden legal se deducen los siguientes principios: Los delitos 2
contra bienes cuyo merecimiento de protección no dependa de los peculiaridades de un Estado extranjero se formulan en general; los delitos para la protección del Estado y de las peculiaridades de su ordenamiento se formulan específicamente [2]. Consiguientemente, la liberación de presos (§ 120

[1a] En relación con el núm. 4, *vid. Tröndle*, § 11, núm. marg. 61.

[1b] Acerca del § 99 StGB («espionaje contra la República Federal Alemana»), *vid.* BGH, 29, pp. 3235 ss.

[1c] Artículo 7 de la 4.ª Ley de Reforma de 11 de junio de 1957, BGBl., I, p. 597, en la redacción del artículo 147 EGStGB; con respecto a los efectos sobre el § 99 StGB, *vid.* BGH, NJW, 1984, pp. 2769 ss.

[2] *Vid.* en concreto el catálogo indicado en *LK-Tröndle*, núm. marg. 25 ss., ante § 3; sobre el estado de la controversia, amplia y críticamente *Lüttger*, Jescheck-Festschrift, pp. 121 ss., 131 ss., que restringe la aplicación del Derecho penal alemán a la protección de bienes jurídicos públicos no alemanes, en lo esencial, a supuestos de relación *expresa* con el extranjero (§§ 102 ss., 132 *a*, párrafo 1, números 1, 4; §§ 152, 184, párrafo 1, núm. 9; § 264.6 StGB, entre otros); lo cual es de recibo; desde luego, ello no impide el castigo, sin expresa relación con el extranjero, en caso de efecto típico en el territorio nacional (§ 9.1 StGB) (*vid.* el ejemplo en nota 7). En relación con el

StGB) [3], la simulación de delito (§ 145 *d* StGB) [4], la declaración falsa sin estar bajo juramento y el perjurio (§§ 153 ss. StGB), así como el encubrimiento (§ 258 StGB), hay que interpretarlos en el sentido de que sólo protegen la Administración de Justicia nacional [5]; la elusión de impuestos (§ 370 AO) es, por motivos análogos, un delito sólo contra los intereses fiscales nacionales [6]. Los pasaportes extranjeros son documentos protegidos también en el territorio nacional, ya que se confía en general en su contenido [7], habiendo sido también tráfico jurídico protegido el control de documentos correspondiente a los acuerdos interestatales por parte de los funcionarios de la República Democrática Alemana (RDA) [8]. El deber de llevar libros de contabilidad para la protección de los acreedores (§ 283 *b* StGB, en relación con las normas del Código de Comercio complementarias de la ley en blanco) existe en general [8a]. Si se conciben las asociaciones criminales o terroristas como abuso de la libertad de asociación, la asociación en los términos de los §§ 129, 129 *a* StGB ha de existir en el ámbito de validez espacial de la Ley Fundamental [9]. La aplicabilidad del § 170 *b* StGB exige dos requisitos: 1) Ha de tratarse de un deber de prestar alimentos conforme al Derecho civil alemán o, si se fundamenta en un Derecho extranjero, de un deber que también existiría conforme al Derecho alemán, pues los derechos a recibir alimentos fundamentados en Derecho extranjero no pueden recibir *per se* la protección del Derecho *penal* alemán. 2) Además, el incumplimiento tiene que haber aumentado el peligro de contraer obligaciones las autoridades alemanas de asuntos sociales [10].

3 *b')* Es indiscutida la interpretación de los delitos contra la circulación rodada (en definitiva, irrelevante para las infracciones administrativas en la cir-

---

§ 304 StGB, *vid.*, atinadamente, *Schroeder*, JZ, 1976, pp. 100 s., contra LG Berlín y KG, JZ, 1976, pp. 98 ss.; con respecto al allanamiento de morada del § 123 StGB, en caso de penetración en una embajada extranjera (situada en Alemania), *vid.* OLG Köln, StV, 1982, pp. 471 s.; ampliamente sobre los delitos documentales, *Schroeder*, NJW, 1990, pp. 1406 s.; acerca de la infracción de los derechos de autor, *vid. Sternberg-Lieben*, NJW, 1985, pp. 2121 ss., 2124 s.; sobre numerosos preceptos, *Gössel*, Oehler-Festschrift, pp. 97 ss., 104 ss.

[3] Al respecto, *Vogler*, NJW, 1977, p. 1866.

[4] OLG Düsseldorf, JZ, 1982, p. 340.

[5] Controvertido en relación con los §§ 153 ss. StGB; como aquí, *SK-Rudolphi*, núm. marg. 4, ante, § 153; *Schröder*, JZ, 1968, p. 244; *LK-Tröndle*, núm. marg. 128, ante § 3. Con respecto a la extensión de los §§ 153 ss. StGB a organizaciones internacionales, *vid. Vogler*, Grützner-Geburtsausgabe, pp. 149 ss., 153; *Jescheck*, AT, § 18, III, 8, con nota 70.

[6] BayObLG, NJW, 1980, pp. 1507 s.; por lo que se refiere a la falsificación de los §§ 267 ss. StGB, en la sentencia se olvida que quien estampa un sello de fecha no es reconocible y que por tanto falta la cualidad de documento.

[7] KG, JR, 1980, p. 516 ss.; *Oehler*, JR, 1980, pp. 485 ss.

[8] KG, JR, 1981, pp. 37 s.

[8a] OLG Kasrlsruhe, NStZ, 1985, p. 317, dudoso.

[9] Controvertido; BGH, 30, pp. 328 ss., con referencias.

[10] Muy discutido; en cuanto al planteamiento, como aquí, *Oehler*, JR, 1978, pp. 381 ss.; *el mismo*, JR, 1980, pp. 485 ss.; BGH, 29, pp. 85 ss. (en contra, *Kunz*, NJW, 1987, pp. 881 s.), con referencias de la diversa jurisprudencia de los *Oberlandesgerichte*; BayObLG, NJW, 1982, p. 1243 (relativa a la responsabilidad subsidiaria de las autoridades en materia social); LG Ravensburg, NStZ, 1984, p. 450, con comentario desfavorable de *Becker*, NStZ, 1985, pp. 269 s. (no se aplica en caso de titular del derecho de la RDA). Recientemente se atiende más a la protección del titular de la pretensión: KG, JR, 1985, p. 516, con comentario favorable de *Lenzen*, loc. cit., pp. 516 s.; BayObLG, JR, 1988, pp. 261 ss.; *Geppert*, JR, 1988, pp. 221 ss.; *Krey*, en: Entwicklung, pp. 199 ss., 234 ss., con amplia bibliografía.

culación rodada, § 5 OWiG). Las normas sirven a la protección de bienes cuyo merecimiento de protección es independiente del orden estatal; con respecto al modo en que ha de conseguirse esta protección hay, no obstante, diversas soluciones equivalentes (circular por la derecha, circular por la izquierda, etc.), de modo que los preceptos penales, aun cuando se adapten en el caso concreto a las reglas de circulación de otro país, sólo se han creado con vistas a una determinada regulación del tráfico (entre varias posibles). Por eso, los preceptos penales que atienden a un determinado comportamiento en el tráfico hay que interpretarlos restrictivamente si el comportamiento no tiene la misma significación en toda circulación (como es el caso en los §§ 142, 315 *c*, 316 StGB) [11]. Los preceptos generales para la protección del individuo (sobre todo los §§ 222, 230 StGB) desde luego hay que interpretarlos en general, incluso en el ámbito de la circulación rodada.

c') De la formulación general de las normas no se infiere que tanto la de- 4
terminación de la pertenencia del bien como la prohibición de la agresión, etc., sólo tengan que regirse por el Derecho alemán, pues en la medida en que el Derecho penal tenga carácter de ley en blanco, con su generalidad no se determina también que la complementación de la ley en blanco tenga que llevarse a cabo mediante normas del Derecho alemán. Sobre todo en cuestiones previas de Derecho civil o administrativo, pueden decidir ordenamientos jurídicos extranjeros (para la ajenidad de una cosa situada en el extranjero, para los derechos de apropiación y de prenda, para la existencia de una pretensión privada o de Derecho público, para los deberes de llevar contabilidad en las infracciones penales de defraudación de acreedores [11a], etc.) [12].

2. *Los principios limitadores de la validez*

a) El ámbito de regulación restante, una vez efectuadas las mencionadas 5
limitaciones, es aún demasiado amplio. Hoy reina unanimidad —ya en virtud del principio de no intromisión, de Derecho internacional— sobre la idea de que ningún Estado está llamado a ocuparse de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión legitimador [13]. Si un Estado reivindica una pretensión sin legitimación, el conflicto entre el Derecho interno y el Derecho internacional hay que resolverlo conforme a principios generales.

b) Los principios de legitimación reconocidos son muy amplios, sobre todo 6

[11] Muy controvertido; BGH, 21, p. 277; OLG Karlsruhe, NJW, 1985, p. 2905; *LK-Tröndle*, núm. marg. 38, ante § 3; *de otra opinión, Oehler*, JZ, 1968, p. 191 ss. Sobre la *lex ferenda* en los delitos de tráfico, *vid. Vogler*, DAR, 1982, pp. 73 ss., 76 ss.

[11a] *Liebelt*, NStZ, 1989, pp. 182 s.; *vid.* también OLG Karlsruhe, NStZ, 1985, p. 317.

[12] Pormenores en *Cornils*, Fremdrechtsanwendung, pp. 71 ss., 98; *vid. infra* respecto al § 9 StGB.

[13] *Oehler*, Internationales Strafrecht, pp. 123 ss.; *el mismo*, GA, 1980, pp. 241 ss., 242; *el mismo*, Carstens-Festschrift, pp. 435 ss. (especialmente en relación con los acuerdos de Derecho internacional, con numerosas referencias); *Linke*, ÖJZ, 1984, pp. pp. 497 ss.; acertadamente sobre la discrecionalidad de los «juegos» de Derecho internacional, *Schulz*, Tröndle-Festschrift, pp. 895 ss.

si se les combina. De todos ellos se sirve —obviamente en distinta medida— el Derecho vigente.

a') Mediante el *principio de personalidad* activo [14] se abarcan los hechos de los nacionales, sin tener en cuenta el lugar del hecho. Este principio surgió del principio de la estirpe (*lex ossibus inhaerit*) [15]. Como *principio del domicilio* o de la *patria*, se refiere a la residencia. Dado que otros pueblos pueden tener con razones fundadas otros ordenamientos jurídicos, conforme a los cuales incluso puede ser conveniente lo que el Derecho patrio prohíbe, o viceversa [16], este principio no puede ser satisfactorio en los hechos perpetrados en el extranjero sin comprobar si la norma se adapta a las circunstancias reinantes en el extranjero (*vid.* § 3.2 StGB, redacción antigua) [17]. Desde luego, un Estado que se ha aislado internacionalmente con su ordenamiento jurídico no puede prescindir de este principio (¡el § 3 StGB, redacción antigua, se introdujo en 1940!).

7 *b')* De acuerdo con el *principio de territorialidad*, el Estado castiga los hechos perpetrados en su territorio, en ocasiones añadiendo la plataforma continental (*vid. infra* 5/15), sin tener en cuenta la nacionalidad de partícipes y afectados. El reconocimiento de este principio se ha visto favorecido decisivamente —con orígenes heterogéneos en cada caso— por el desarrollo del concepto de soberanía, y sobre todo de su aspecto negativo, el reconocimiento de la soberanía (territorial) extranjera [18]. El *ius puniendi*, conforme a este principio, lo reclaman actualmente todos los Estados. El principio se completa con el de *bandera o pabellón*, para embarcaciones y aeronaves [19], pudiendo entrar en conflicto los principios de bandera y de territorialidad (una embarcación particular con bandera de un Estado en las aguas de soberanía de otro Estado). En relación con los delitos a distancia y de tránsito, el principio de territorialidad da lugar a problemas de difícil solución (*vid. infra* 5/2 s.).

8 *c')* Con arreglo al *principio de protección* (*principio real*; referido a la protección del individuo, también llamado *principio de personalidad pasivo*) [20], el Estado castiga los ataques contra él mismo o contra los bienes de sus ciudadanos. Así pues, lo determinante es la nacionalidad del afectado; por tanto, también puede ser autor quien no está protegido a su vez por parte del ordenamiento jurídico vulnerado: La obediencia que ha de prestarse no encuentra entonces *synallagma* en la protección como contraprestación [21]. En la protección

---

[14] Desde la perspectiva del Derecho comparado, *Oehler*, Internationales Strafrecht, pp. 443 ss.; reparos de Derecho constitucional contra el principio de personalidad en *H. Mayer*, JZ, 1952, pp. 609 ss. Con respecto a la fundamentación del principio de personalidad activa a partir de la solidaridad interestatal, *Schröder*, JZ, 1968, pp. 241 ss.

[15] *Kohler*, Internationales Strafrecht, pp. 6 ss.; *Oehler*, Internationales Strafrecht, pp. 45 ss.

[16] Sobre las consecuencias de Derecho internacional, *vid. Jescheck*, AT, § 18, II, 3.

[17] *Schröder*, JZ, 1968, pp. 241 ss., 242 s.

[18] *Oehler*, Internationales Strafrecht, pp. 54 ss., 117 ss.; *el mismo*, Engisch-Festschrift, pp. 289 ss.

[19] Acerca del deber de punir que existe en ocasiones con arreglo a tratados internacionales, *vid. Jescheck*, AT, § 18, II, 2.

[20] Al respecto, *Oehler*, Internationales Strafrecht, pp. 367 ss.; *el mismo*, Grützner-Geburtstagsausgabe, pp. 110 ss., 118.

[21] *Vid. E. W. Böckenförde*, Epirrhosis (C. Schmitt-Festgabe), pp. 423 ss., 434; *Gallas*, ZStW, 80, pp. 1 ss., 15.

del Estado es indispensable este principio debido a la concepción generalmente nacional de los delitos: Dado que ningún otro Estado ejerce la «defensa de terceros», a un Estado sólo le queda la «defensa propia». En la protección del individuo se discute si se requiere que esté vigente una «norma idéntica» (norma penal de igual contenido) en el lugar del hecho [22]; como el principio de personalidad pasivo obedece precisamente al tratamiento discriminatorio de los bienes de extranjeros, este requisito devaluaría el principio y lo haría deshacerse en el principio de justicia supletoria. Pero entonces su aplicación en ausencia de norma idéntica tendría que quedar limitada a compensar discriminaciones.

d') El *principio de universalidad* (*principio de Derecho o de justicia mundial*) ha de servir a la protección de bienes reconocidos por todas las naciones civilizadas y que se ven atacados típicamente por bandas de delincuentes organizadas internacionalmente, de modo que cada hecho es peligroso en abstracto (al menos) para cada nación. Contra la voluntad de aquellos Estados en cuyo territorio se perpetran los hechos, y de conformidad con la de aquellos a los que pertenecen las víctimas, la aplicación de este principio de justicia mundial implicaría una intromisión inadmisible desde el punto de vista del Derecho internacional. Este principio es necesario sólo porque algunas naciones no reconocen tales bienes, pues de lo contrario bastarían los demás principios [23]. 9

e') El *principio de justicia supletoria* representa, en su entendimiento estricto, el reverso de la ausencia de extradición: *Aut dedere aut punire* (*Grotius*). En sentido amplio, cabe entender por justicia supletoria toda punición de un hecho que también otro Estado podría llevar a cabo legítimamente. 10

B. La posición dogmática

1. La posición dogmática, sobre todo la significación lógico-normativa de los §§ 3 ss. StGB, está dilucidada en escasa medida [24]. En ocasiones *a)* se entienden los preceptos como regulación del alcance de la potestad punitiva que precedería al Derecho sustantivo [25]; en ocasiones *b)* como especificación de la «norma secundaria» (es decir, de la norma de la ley penal que prescribe a los órganos penales reaccionar con sanciones a las infracciones penales) [26]; el establecimiento del injusto culpable se llevaría a cabo, según esta concepción, universalmente, de modo que la norma primaria, en función de cuya infracción culpable se pune, permanece generalizada. Por último *c)* se encuentra también el 11

[22] Así *Roßwog*, Vereinbarkeit, p. 184.

[23] *Oehler*, Internationales Strafrecht, pp. 519 s.; sobre la compatibilidad con el Derecho internacional, *vid.* BGH, 27, pp. 30 ss.; BGH, 34, pp. 334 ss. (donde probablemente habría podido fundamentarse la estimación de hecho cometido en el territorio nacional; el problema principal del supuesto se halla en el terreno procesal: *¿ne bis in idem* en relación con el enjuiciamiento previo en el extranjero? *Vid.*, con respecto a la sentencia, *Rüther* y *Vogler*, JA, 1988, pp. 136 ss., 139 ss.).

[24] Al respecto, *Zieher*, Das sogenannte internationale Strafrecht, pp. 35 ss.

[25] *Jescheck*, AT, § 18, I. 1; *LK-Tröndle*, núm. marg. 2, ante § 3.

[26] Al respecto, *Schroeder*, GA, 1968, pp. 353 ss.; *Baumann-Weber*, AT, § 6 II; *Schröder*, ZStW, 61, pp. 57 ss., 90 ss.

entendimiento como especificación de la aplicación del tipo o sea, también de la norma primaria [27].

12 2. *a)* En orden a una solución satisfactoria, hay que distinguir: La legitimación relativa a la pena reside, en los principios activo de personalidad, de territorialidad y de protección, y en parte también en el principio de universalidad, en que el hecho perturba el orden del Estado que castiga, mientras que no ocurre así en caso de hechos simplemente extraños. Por eso, conforme a estos principios, los presupuestos de la aplicación del Derecho penal son parte de la determinación de lo que es injusto con arreglo al ordenamiento del Estado, es decir, elementos del tipo. El hecho de que el Derecho alemán vigente deje lagunas por consideraciones políticas (no porque se niegue la perturbación) no importa nada; también la Parte Especial deja lagunas, por distintos motivos. Así pues, en esa medida se trata de la potestad punitiva o de la aplicación de la norma sólo en el sentido de que se especifica lo que es injusto.

b) En el principio de (administración de) justicia supletoria, incluidas las puniciones con arreglo al principio de solidaridad, no ejecutadas para la autoprotección, sino obedeciendo a la solidaridad, se trata de castigar perturbaciones de ordenamientos extranjeros. En el principio de universalidad se presume una definición de injusto igual en general; en esa medida, el tipo carece de barreras. En el principio de justicia supletoria el Derecho alemán sirve sólo como regla de transformación de la norma idéntica de Estados extranjeros.

13 3. Las consecuencias para el aspecto subjetivo sólo se han debatido hasta ahora puntualmente [28]. En tanto que del lugar de comisión dependa la punición, o bien la determinación del bien protegido (p. ej., en el § 109 *g*, párrafo 2, StGB), el lugar habrá que tratarlo como cualquier otro elemento del tipo [29]. En tanto que el lugar sea irrelevante para la determinación de la punibilidad y del bien protegido, o sea, si se practica al menos una universalidad relativa, carecerá de importancia para el dolo de tipo el (des)conocimiento del lugar. La suposición errónea de ser alemán, en el principio activo de personalidad, comporta delito putativo, ya que se trata de una determinación de categoría o estatus (*vid. infra* 25/43 ss.). En el principio de justicia supletoria lo decisivo para la culpabilidad (§ 17 StGB) es la norma del Estado *extranjero*.

---

[27] *Oehler*, Grützner-Geburtstagsgabe, pp. 110 ss.; poco claro —¿afecta también a la norma primaria?— *Krey*, Strafanwendungsrecht, p. 86: «Derecho sustantivo que fundamenta la pena»; distingue *Liebelt*, Zum deutschen internationalen Strafrecht, pp. 150 s.

[28] *Schönke-Schröder-Eser*, núm. marg. 73 ante § 3; *Jescheck*, AT, § 18 V; *AK-Lemke*, § 9, núm. marg. 25, todos con bibliografía. Sobre el principio de universalidad o de justicia mundial, acertadamente (pero demasiado ampliamente en la formulación semejante en los otros principios), BGH, 27, pp. 30 ss., 24.

[29] *De otra opinión*, *Dreher-Tröndle*, § 3, núm. marg. 14; como aquí, RG, 1, pp. 274 ss., 276; 25, pp. 424 ss., 426.

II. LA CONFORMACION EN EL DERECHO VIGENTE

A. La aplicación de los distintos principios

1. *a)* El Derecho vigente en el marco que queda al interpretar la Parte Especial impone plenamente el derecho de castigar con arreglo al *principio de territorialidad* (§ 3 StGB), lo que, conforme a las reglas de Derecho internacional, comprende las embarcaciones estatales como *territoire flottant* [30]. Se complementa con el *principio de bandera*, relevante para los vehículos particulares (§ 4 StGB) [31], que atiende a la legitimación para llevar la bandera de la República Federal (§§ 1, 2, 10, 11 de la Ley del Derecho de Bandera), o los símbolos de nacionalidad (§§ 2, 3 de la Ley de Tráfico Aéreo), pero no a su ejercicio efectivo. 14

b) La interpretación del término *territorio nacional* (*Inland*: § 3 StGB) para el territorio, a partir del nacimiento de la República Federal, no podía orientarse por una pretensión jurídico-internacional al territorio con las fronteras del 31 de diciembre de 1937 [32], dado que las normas de la Parte Especial, por su contenido y medida de la pena, están referidas a la situación fáctica, a la que no se ajustaba la situación en la República Democrática Alemana más allá de la línea Oder-Neisse, sin que esto se tuviera en cuenta —con la salvedad de los delitos para la protección del Estado—. Incluso al margen de la posibilidad de persecución penal, a lo sumo esporádicamente dada, que únicamente descartaba emprender la garantía del ordenamiento en estas regiones, faltaban, pues, los presupuestos para una oportuna ampliación del StGB. El concepto normativo de territorio nacional, que prescindiera de la situación fáctica, referido a las regiones atribuidas a Polonia, carecía ya de base jurídica, a lo más tardar, tras el reconocimiento de la línea Oder-Neisse en el artículo 1.1 del Acuerdo de Varsovia de 7 de diciembre de 1970 [33] (doctrina dominante); no obstante, con respecto al antiguo territorio de la República Democrática Alemana, a pesar del artículo 6 del Tratado de Bases de 21 de diciembre de 1972 [34], a tenor del cual «la potestad soberana de cada uno de ambos Estados está limitada a su respectivo territorio», esto era controvertido [35], pero había que decidir en el mismo sentido [36]. 15

---

[30] Críticamente, *Oehler*, Internationales Strafrecht, pp. 313 s., 333 ss.

[31] A éste se atienen —junto al principio de lugar de carga de la nave o del vehículo— también los Tratados de Oslo y de Londres contra la Contaminación Marina; *vid.* artículo 2.1 de la Ley sobre el Tratado... para prevenir la Contaminación Marina... de 11 de febrero de 1977 (BGBl., II, p. 165). No obstante (en contra del tenor literal del art. 2.2 en relación con el el art. 6, párrafo 1, inciso 1 de la Ley), también para una nave *alemana*, la autorización de *otro* Estado signatario excluiría el actuar indebido con arreglo al § 324.1 StGB, si la nave no toca el territorio alemán y si el autor no actúa en el ámbito de la plataforma continental (§ 5, núm. 11 StGB). Acerca de las relaciones entre los principios de bandera y de territorialidad, *Lenzen*, JR, 1983, pp. 181 ss., 182 ss.

[32] En este sentido, no obstante, al principio la jurisprudencia; BGH, 5, pp. 364 ss.; 8, pp. 169 ss., 170; lo deja irresuelto BGH, 27, pp. 5 ss.; de otro modo (determinación funcional del territorio nacional), después, BGH, 30 pp. 1 ss.; OLG Düsseldorf, JR, 1980, pp. 73 ss.

[33] BGBl., 1972, II, p. 353.

[34] BGBl., 1973, II, p. 421.

[35] En favor de la integración de la RDA en el territorio nacional, sobre todo *Dreher*[37], § 3, núm. marg. 3; atenuadamente *Dreher-Tröndle*[38], § 3, núm. marg. 3.

[36] Doctrina dominante, sobre todo *Oehler*, Internationales Strafrecht, p. 284; *Schönke-Schrö-*

Así pues, territorio nacional era el de la República Federal más Berlín Occidental: tal era el llamado concepto funcional de territorio [37]; se aludía a un concepto funcional para el *Derecho penal* que no prejuzgaría el concepto de territorio a efectos del Derecho público y del Derecho internacional [38]. El concepto, presuponiendo las leyes de extensión para Berlín [39], coincidía prácticamente con el *ámbito de validez espacial* (§§ 5, 48, 84 ss., 91 StGB, entre otros), con lo que se aludía no a la región a la que se podían extender las normas de la República Federal Alemana (esto era, y es, también el extranjero, con arreglo a los §§ 5 a 7 StGB), sino a la región en la que tenía que ejecutarse la garantía de las normas, es decir, la potestad para juzgar de los tribunales [40]. En algunos preceptos, sobre todo los §§ 109 a 109 k StGB, ello faltaba con respecto a Berlín.

La terminología velada, que tenía el objetivo de delegar en la jurisprudencia una decisión política muy delicada [41] no era correcta desde el punto de vista de la taxatividad requerida con arreglo al artículo 103.2 GG y § 1 StGB, propia de un Estado de Derecho [42].

c) a') Desde que cobró eficacia la adhesión de la República Democrática Alemana, el 3 de octubre de 1990, su antiguo territorio es parte del territorio nacional. Los derechos que se reservaron los aliados han quedado obsoletos (y por consiguiente suprimidos) de modo que también han perdido eficacia todas las peculiaridades de Berlín. El StGB rige también en el territorio de la antigua República Democrática Alemana (RDA), incluido Berlín Oriental, evidentemente con las modificaciones a tenor del artículo 8 del Acuerdo de Unificación [42a] en relación con el anexo I, capítulo 3, campo C; a este respecto rigen las reglas del Derecho penal interlocal (*infra* 5/27).

b') El que sean o no punibles, y en qué medida, los hechos que se cometieron en la RDA antes de la eficacia de la adhesión, se rige por el § 2 StGB, a no ser que el Derecho penal de la República Federal haya regido ya para tales hechos (en este sentido, la acertada aclaración del § 315.4 EGStGB, en la redacción del anexo I, capítulo II, campo C, sección II del Acuerdo de Unificación). Si con arreglo al Derecho de la RDA se había incurrido sólo en penas distintas a las privativas de libertad, condena condicional o multa, se renuncia a la pena (párrafo 1 del § 315 EGStGB, en la redacción acabada de mencionar; en relación con ulteriores pormenores, *vid.* campo C, loc. cit.).

---

der-Eser, núm. marg. 29, 62 s., ante § 3; *LK-Tröndle*, núm. marg. 46, ante § 3; *Lackner*, § 3, observación previa 4 *a*, con bibliografía; ahora también BGH, 30, pp. 1 ss.

[37] En la jurisprudencia actualmente BGH, 30, pp. 1 ss.; OLG Düsseldorf, JR, 1980, pp. 73 ss., con referencias detalladas; BayObLG, JR, 1982, p. 159.

[38] *Vid.* BVerfG, 36, pp. 1 ss., 23, 31.

[39] *Dreher-Tröndle*, núm. marg. 2, ante § 80.

[40] *Schroeder*, GA, 1968, pp. 353 ss.

[41] BT-Drucksache V/4095, p. 4; también Protokolle Sonderausschuß V, pp. 2346 s.

[42] *Vid.* también BGH, 7, pp. 54 ss., 55.

[42a] Artículo 1 del Acuerdo entre la República Federal y la República Democrática Alemana sobre restablecimiento de la unidad de Alemania, de 31 de agosto de 1990, BGBl., II, p. 889; ley federal con arreglo al artículo 1 de la Ley del Acuerdo de unificación de 23 de septiembre de 1990, BGBl., II, p. 885.

d) El § 5, número 11, StGB establece, en relación con algunos delitos contra el medio ambiente (§§ 324, 326, 330 y 330 *a* StGB), una ampliación del territorio afectado, comprendiendo la plataforma continental [43].

2. *a)* El principio de territorialidad se ve ampliado considerablemente 16
por otros principios en los §§ 5 a 7 StGB, no siempre plausiblemente y en ocasiones de modo complicado.

El principio de protección rige en los casos en que los Estados por lo común protegen sólo sus propios bienes, es decir, en el ámbito de la protección del Estado y (de la actividad) de sus órganos: § 5, números 1, 2, 3 *b*, 4, 5 *a*, 10 y 14 StGB. Del principio de protección se deriva también la punición de aquellos hechos de funcionarios alemanes o extranjeros o de personas especialmente obligadas a prestar servicios públicos (§ 11, párrafo 1, números 2 y 4, StGB), con arreglo al § 5, números 12 y 13 StGB, que se dirigen contra el buen funcionamiento de la actividad estatal, p. ej., admisión de regalos y cohecho (§§ 331 s. StGB) o prevaricación (§ 336 StGB). En otros supuestos del § 5, números 12 y 13, StGB, se trata de la traducción del *principio* (activo) *de personalidad*, extendido a funcionarios extranjeros o personas obligadas especialmente a prestar servicios públicos: La actividad oficial ha de someterse en todas partes a los límites el Derecho penal alemán. La renuncia a requerir norma idéntica en el lugar de comisión situado en el extranjero se entiende en esa medida aún como algo admisible, aunque se hubieran debido tener en cuenta las circunstancias especiales del lugar del hecho, como en el § 3.2 StGB, redacción antigua [44]. De todos modos, el comprender a los funcionarios alemanes y a las personas especialmente obligadas al servicio público, incluso en los hechos cometidos simplemente «durante una estancia oficial» (§ 5, núm. 12, StGB), hay que limitarlo teniendo en cuenta (lo que corrige la ley en favor del autor) la idea del § 3.2 StGB: Si el hecho cabe tolerarlo en el lugar del hecho por las circunstancias allí imperantes, falta un bien a proteger, y ni siquiera el «punto de vista difuso» de proteger el prestigio de quien actúa oficialmente por encima del comportamiento particular [45] se tiene en pie en estos supuestos, por falta de puesta en peligro del prestigio.

Con respecto al *principio de protección* en favor de bienes particulares, sin tener en cuenta si hay norma idéntica en el lugar del hecho, ni las circunstancias que allí imperan, *vid.* § 5, números 6 y 7, StGB [46]; con respecto al concepto de alemán en el número 6, *vid. infra* 5/18. El concepto de territorio nacional en el número 6 tiene una función de protección y abarcaba por eso —a diferencia del del § 3 StGB— también el territorio de la RDA [47].

---

[43] Contra el intento originario de regular la problemática conforme al principio de justicia mundial, *vid. Oehler*, GA, 1980, pp. 241 ss., que atribuye la solución vigente al principio de protección, loc. cit., pp. 245 s.; asimismo, *Sack*, NJW, 1980, pp. 1424 ss.

[44] Relevante, p. ej., en un supuesto de la revelación de secretos del § 203, párrafo 2, inciso 2, StGB, en un país en el que por falta de suficiente desarrollo no hace falta protección alguna de los datos informáticos.

[45] Atinadamente crítico, *SK-Samson*, § 5, núm. marg. 20.

[46] Acerca del núm. 7, acertadamente crítico *SK-Samson*, § 5, núm. marg. 16.

[47] BGH, 30, pp. 1 ss., 5 ss., con comentario de *Schroeder*, NStZ, 1981, pp. 179 ss.; BGH, 32, pp. 293 ss., 294 ss.; *Lackner*, § 5, nota 3; *vid.* asimismo OLG Düsseldorf, JR, 1980, pp. 73 ss., 75; *de otra opinión*, con argumentos atendibles; *SK-Samson*, § 5, núm. marg. 15; *Wengler*, JR,

Lo cual sólo tenía importancia práctica en relación con el § 241 *a* StGB [48].

17 *b)* En relación con el § 5, números 3 *a*, 5 *b*, 8 y 9 se atiende, para el autor —y en el núm. 8, para la víctima— a la nacionalidad y a «los medios de subsistencia en el ámbito de validez espacial de esta ley». Este lenguaje es desafortunado: El § 5, números 3 *a* y 5 *b* StGB, se refiere a la limitación del principio de protección por medio de un elemento personal, sobre todo debido a la necesidad antes existente de favorecer a los ciudadanos de la RDA, de manera que los medios de subsistencia se han de entender menos espacialmente que en función de la dependencia con respecto a la República Federal y de la fidelidad para con sus normas [49]. En los números 8 y 9 se comprenderían —sin conectar forzosamente con el principio de protección (¡núm. 9!)— elusiones del efecto del principio de territorialidad; en esa medida, los medios de subsistencia tiene que ser estrictamente el centro en sentido espacial [50], ya que de lo contrario no puede surgir ni siquiera la apariencia de elusión. El número 8 rige para el antiguo territorio de la RDA sin el § 175 StGB, y el número 9 no rige ahí en absoluto (anexo I, capítulo III, campo C, sección III del Acuerdo de Unificación, *vid.* 5/nota 42 *a*).

18 *c)* El *principio de protección* rige, además, con arreglo al § 7.1 StGB, para los hechos cometidos contra alemanes en el extranjero, evidentemente presuponiendo una norma idéntica en el lugar del hecho, o la ausencia de potestad punitiva; con ello se aproxima al principio de justicia supletoria. Quién es alemán ha de determinarse funcionalmente partiendo del artículo 116.1 GG y de la RuStG: Como alemanes, también estaban protegidos los ciudadanos de la RDA, en tanto que se tratara de delitos mediante los que a la víctima se le dificultara o imposibilitara permanecer bajo la protección de la República Federal de Alemania o de situarse bajo ésta [51]. No obstante, los ciudadanos de

---

1981, pp. 206 ss.; *Schroth*, NJW, 1981, pp. 500 s.; *Krey* y *Arenz*, JR, 1985, pp. 399 ss., 405 s., 407 s.

[48] En relación con el § 234 a StGB, *vid.* la edición previa 5/17, *in fine*, y BGH, 30, pp. 1 ss., 5 ss.

[49] Así, en definitiva, la doctrina dominante; *Schönke-Schröder-Eser*, § 5, núm. marg. 9, con referencias bibliográficas.

[50] Así *SK-Samson*, § 5, núm. marg. 8 ss.

[51] *Vid.* BVerfG, 36, pp. 1 ss., 30 s. Los intentos de restringir la protección a los supuestos en los que ciudadanos de la RDA tenían sus medios de vida en el ámbito de vigencia del StGB, o bien se encontraban en éste (*Schönke-Schröder-Eser*, núm. marg. 66, ante § 3; § 7, núm. marg. 5 s.; *Kilian*, NJW, 1983, p. 2305; en general contra la ampliación de la protección del § 7.1 StGB a ciudadanos de la RDA, *Krey* y *Arenz*, JR, 1985, pp. 329 ss., 406 s.), dejarían sin protección a personas a las que se les impidió trasladarse a la República Federal. Bien es cierto que esta protección decaería por lo general para los hechos cometidos en el territorio de la antigua RDA y Estados asociados, por falta de norma idéntica (*infra* 5/92); pero los ciudadanos de la RDA que querían emigrar a la RFA desde otro país (p. ej., separándose de un grupo turístico) merecían protección especialmente por parte de la RFA. Desde luego habría sido innecesario, e incluso de dudosa legitimidad desde el punto de vista del Derecho internacional, equiparar a los ciudadanos de la RDA a los de la RFA en cualquier hecho dirigido contra ellos (¿competencia de la RFA en una pelea durante la feria en Leipzig, en 1988, o en una estafa contra un ciudadano de la RDA en Suecia?). La RDA prestaba a sus ciudadanos su propia protección. Con todo, esta protección no abarcaba que los ciudadanos pudieran optar por la RFA; por eso había que restringir el § 7.1 StGB a esa protección, en lo que se refiere a los ciudadanos de la RDA. En sentido similar, BGH, 32, pp. 293 ss., 298, deteminándose no obstante de otro modo la exigencia de norma idéntica en el lugar del hecho, pp. 294 s. Acerca de la consideración parcial de los preceptos de la RDA sobre

la RDA no se veían gravados con deberes; en favor suyo —en el § 5, núms. 3 *a*, 5 *b*, 8 (sólo en el aspecto del autor), 9, § 7, párrafo 2, núm. 1, StGB—, habían de ser tratados como extranjeros, puesto que estaban ya sometidos a la potestad punitiva de la RDA [52]; si tras el hecho se establecían en la República Federal Alemana, su situación equivalía a la de un extranjero que hubiese adquirido la nacionalidad alemana [52a]. La norma idéntica imperante en el lugar del hecho tiene que prever pena criminal [53], y además, para la protección de bienes jurídicos individuales. Hay que tener en cuenta la redacción del tipo, y de las causas de justificación y de exculpación, en el lugar el hecho, así como los presupuestos de punibilidad de Derecho sustantivo disfrazadas de forma procesal [54]. Lo cual es controvertido especialmente en relación con aquellos supuestos en los que regulaciones no pertenecientes al tipo vulneran principios jurídicos reconocidos por la generalidad [55], pero la opinión contraria pasa por alto que el dato de la conminación penal, indispensable con arreglo a la ley, es producto del Derecho positivo, y no cabe sustituirlo por el postulado de Derecho natural de que ha de existir conminación penal (*vid. supra* con respecto al principio de legalidad 4/nota 23; además, *infra* 5/29): la norma idéntica ha de ser una que exista en el lugar del hecho, y no sólo una norma que quepa obtener a través de principios generales del Derecho. Si se ve perjudicada una persona jurídica, habrá que atender a si tiene establecida su sede en el territorio nacional [56]. No se protege a personas jurídicas con sede en el extranjero, aun cuando todos los miembros fueran alemanes.

3. El *principio de justicia supletoria* rige —presuponiendo una norma idén- 19
tica (que ha de prever pena criminal) [57] o la falta de potestad punitiva en el lugar del hecho—, con arreglo al § 7, párrafo 2, número 1, StGB, para los supuestos en que no cabe extradición conforme al artículo 16, párrafo 2, inciso 1, GG (también respecto a los «nuevos» ciudadanos procedentes de la RDA) [58], así como, conforme al § 7, párrafo 2, número 2, StGB, para los supuestos en que es admisible la extradición a tenor de la IRG, pero ésta no se produce [58a]. El momento del hecho decisivo para el § 7.2 StB se determina a través del § 8

---

adquisición de la nacionalidad, *vid.* BVerfG, JZ, 1983, pp. 539 ss., con comentario favorable de *Mangoldt*, loc. cit., p. 534, y reseña desfavorable de *Klein*, NJW, 1983, pp. 2289 ss.; con respecto a la no consideración de la pérdida de la nacionalidad de la RDA, *vid.* la sentencia en materia civil KG, NJW, 1983, pp. 2324 s.

[52] *Krey* y *Arenz*, JR, 1985, pp. 399 ss., 400 s.; *Schönke-Schröder-Eser*, núm. marg. 64, ante § 3; *Jescheck*, AT, § 20, III, 3 *b*; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 11, núm. marg. 25; *Dreher-Tröndle*, § 7, núm. marg. 3, con bibliografía; *de otra opinión*, BGH, NJW, 1978, pp. 113 ss., 115, en un *obiter dictum* relativo al § 7 StGB; *Dreher*[37], § 7, núm. marg. 3.

[52a] KG, JR, 1988, pp. 345 s.

[53] BGH, 27, pp. 5 ss., 9; ampliando, *LK-Tröndle*, § 7, núm. marg. 4 *a*.

[54] *Roggemann*, ZRP, 1976, pp. 243 ss.; *Krey* y *Arenz*, JR, 1985, pp. 399 ss., 403 s., todos con bibliografía; equivocado, *Woesner*, ZRP, 1976, pp. 248 ss., 250; OLG Düsseldorf, NJW, 1983, pp. 1277 s.

[55] *Vid. LK-Tröndle*, § 7, núm. marg. 5; *Lackner*, § 7, nota 2; *Kilian*, NJW, 1983, pp. 2305 s., todos con bibliografía.

[56] *LK-Tröndle*, § 7, núm. marg. 10, con bibliografía.

[57] BayObLG, JR, 1982, pp. 159 s., con comentario de *Oehler*, JR, 1982, p. 160.

[58] *Krey* y *Arenz*, JR, 1985, pp. 399 ss., 402.

[58a] BGH, NStZ, 1985, p. 545. Acerca del tratamiento a través del § 7.2 StGB de los alemanes «mediante acto coactivo» en el período nacional-socialista, hasta el final de la guerra, *vid. Oehler*, Bockelmann-Festschrift, pp. 771 ss.

StGB (al respecto, *supra* 4/53 s.). Dado que el principio de supletoriedad se refiere a circunstancias personales, puede ocurrir que, de entre varios partícipes, se abarque a unos y no a otros. El tener en cuenta una eventual conminación penal más leve en el lugar del hecho es propio del principio de supletoriedad y por eso hay que demandarlo *de lege ferenda* para el § 7.2 StGB. En la medida en que no cabe explicar el § 7.2 mediante el principio de supletoriedad (así, p. ej., en un hecho en relación con el cual ningún Estado salvo la República Federal reclama la potestad de castigar), el precepto se basa en el principio de personalidad [59]. Este principio puede ser adecuado en algunos delitos de los más graves (ejemplo: asesinato de un apátrida por parte de un alemán en un lugar no sometido a ninguna potestad punitiva), pero en los demás casos su justificación resulta cuando menos dudosa.

20 4. Por último, el § 6 StGB impone la punición con arreglo al *principio de justicia universal* para el genocidio (núm. 1), así como para aquellos delitos que sólo cabe combatir si media solidaridad internacional (núms. 2 a 8). El contenido del catálogo se determina primariamente mediante acuerdos internacionales. La cláusula general del número 9, conforme a la que también se incluyen los hechos a cuya persecución se ha obligado la República Federal Alemana [60] mediante Acuerdo interestatal, es superflua: Si el acuerdo está ratificado, y por tanto ha pasado a ser Derecho interno, ya está ampliada la validez [61]; si el acuerdo sólo es vinculante desde el punto de vista del Derecho internacional, falta la suficiente taxatividad *legal* (art. 103.2 GG, § 1 StGB) [62].

B. Problemas relativos al lugar del hecho

21 1. El *lugar del hecho*, importante en relación con los principios de territorialidad y de bandera, así como, por lo demás, con el requisito de existencia de norma idéntica, se determina con criterio amplio en el § 9 StGB de acuerdo con el *principio de ubicuidad*: Lugar del hecho es, en la autoría, el lugar de la acción (o sea, de la acción de ejecución y de la tentativa [63], y de la preparación con arreglo al § 30 StGB y según preceptos específicos, como p. ej., el § 159 StGB), así como el lugar en que se produce el resultado *típico* (en la tentativa: el resultado representado y objetivado en el comienzo de la tentativa) [63a]; en la participación, el lugar de la acción del partícipe, así como el lugar del hecho principal (en la tentativa de participación: el lugar del hecho principal representado); en la participación ocurrida en el territorio nacional, sin consideración a la punibilidad del hecho principal en su lugar de comisión. Para los supuestos, trascendentales en la práctica, de determinación del lugar a efectos del principio de territorialidad, se abarca tanto las acciones (tabuización del com-

[59] *Vid. Schönke-Schröder-Eser*, § 7, núm. marg. 1, con bibliografía.

[60] Se quiere decir: para quedar comprendidos en el ámbito de validez del Derecho penal alemán; *Schönke-Schröder-Eser*, § 6, núm. marg. 10.

[61] Se quiere decir la validez de los preceptos penales *existentes*; *Dreher-Tröndle*, § 6, núm. marg. 9.

[62] *Vid.* también *LK-Tröndle*, § 6, núm. marg. 9; *Schönke-Schröder-Eser*, § 6, núm. marg. 10.

[63] KG, JR, pp. 37 s., 38.

[63a] *Oehler*, Internationales Strafrecht, p. 215, considera que la *mera* representación no es suficiente punto de conexión.

portamiento delictivo) como los resultados (principio de protección), producidos en el territorio nacional, lo primero desde luego sólo cuando el bien extranjero está protegido por la norma interna (*vid. supra* 5/2 s.). Lo último, respecto a la acción en el extranjero con mera producción del resultado en el territorio nacional (aquel que ha recibido un disparo en el extranjero cruza la frontera arrastrándose y muere en el territorio nacional), es una regulación objetable (inobjetable: El disparo procedente del otro lado de la frontera acierta a la víctima en el territorio nacional) [64]. Respecto a la determinación de la acción, *vid. supra* 4/53 s. La determinación del lugar del resultado presenta dificultades cuando se trata de resultados no concretables materialmente (p. ej., perjuicio patrimonial mediante pérdida de una pretensión, ofensa al honor); aquí, la determinación tendrá que llevarse a cabo por analogía a como se lleva a cabo en los resultados concretables materialmente (p. ej., daños) sin atender al lugar de residencia del titular del bien lesionado [64a]. Los delitos de peligro abstracto se cometen en el lugar de ejecución de la acción y en el de un eventual resultado intermedio típico (la conducta de hacer uso de un documento, § 267, párrafo 1, variante 3.ª, StGB, se realiza en el lugar en que se presenta la prueba), pero no también en el lugar de la producción del resultado posible o real (la conducción bajo la influencia del alcohol en el extranjero, pero muy cerca de la frontera y por eso con posibles consecuencias en el territorio nacional, no constituye un hecho interno en el sentido del § 36 StGB, sí en el del § 315 *c* StGB), pues la producción del daño posible o real en los delitos de peligro abstracto no es ninguna circunstancia relevante *típicamente* [64b] (dudoso).

Resultado, en el sentido del § 9.1 StGB, es siempre, exclusivamente, el resultado *típico*, no cualquier otro daño, y ello ni siquiera si éste fuese relevante para la determinación de la pena. Ejemplo: Aquel que sólo tiene relación de confianza con una sociedad filial extranjera, comete un desfalco en el extranjero, cuyo perjuicio ha de soportarlo evidentemente la sociedad matriz radicada en el territorio nacional; ahí no rige el Derecho alemán con arreglo a los §§ 3, 9.1 StGB, ya que el daño *típico* (a saber, el daño a una persona por cuyos intereses patrimoniales haya que velar, § 266 StGB) se produce en el extranjero [64c]. Con respecto a las condiciones objetivas, *vid. infra* 10/8).

2. Si una acción en el extranjero se refiere *típicamente* a una situación del territorio nacional, aquélla también se ha cometido en éste; ejemplo: Quien, habiendo devenido, en el territorio nacional, incapaz de cumplir sus obligaciones, realiza una acción relativa a la quiebra, de las descritas en el § 283.1 StGB, en el extranjero, la comete (también) en el territorio nacional (dudoso). 22

En las acciones a título de autor realizadas en el territorio nacional, con resultado en el extranjero (*delitos a distancia*), o en acciones de participación, realizadas en el territorio nacional, en un hecho que por lo demás tiene lugar en el extranjero (participación a distancia), las consecuencias de la aplicación literal del § 9.1 StGB son insatisfactorias si la producción del resultado es impu-

---

[64] *Vid. Krey*, Strafanwendungsrecht, pp. 133 ss.

[64a] *Oehler*, Internationales Strafrecht, pp. 211 s.

[64b] *De otra opinión*, *Martin*, Strafbarkeit, pp. 79 ss., 118 ss., *passim*, con sentencias diferenciadas acerca de cómo se relacionan los estándares de seguridad nacionales (alemanes) con los extranjeros, pp. 287 ss., 305 ss.

[64c] OLG Frankfurt, NJW, 1989, p. 675 s.

ne por motivos razonables en el lugar del resultado o del hecho principal. Los ejemplos se encuentran no sólo en el campo de los delitos, acentuadamente peculiares de cada cultura, contra la libertad sexual, sino en casi todos los delitos que protegen bienes sin consideración a su ubicación, así como en los deberes de actuar en los delitos de omisión y en los delitos de comisión caracterizados por la infracción de deberes especiales, así como en las causas de justificación. En concreto: Se suministran instalaciones industriales a un país escasamente desarrollado, de modo que el funcionamiento de tales instalaciones habría sobrepasado en Alemania el riesgo permitido de poner en peligro la salud; no obstante, para el país receptor las instalaciones presentan el máximo de seguridad que pueden permitirse financiar [65]. En la medida en que se advierte el problema, se propone enjuiciar con arreglo al Derecho extranjero la pertenencia del bien atacado (p. ej. la ajenidad de la cosa), el riesgo permitido, la posición de garante en los delitos de omisión impropia, etc. [66]. La propuesta es aceptable; además —como ya en relación con el § 5, números 12 y 13, StGB— hay que aplicar la idea jurídica del § 3.2 StGB, redacción antigua: Si en el lugar del resultado o del hecho principal falta un injusto punible, debido a las especiales circunstancias allí reinantes (¡lo que respecto a los §§ 5 a 7 *ex lege* ha de decidirse negativamente!), el Derecho alemán no se extiende a resultados o hechos principales producidos en tales lugares [67]. El hecho de que el Derecho penal alemán proteja diversos bienes sin tener en cuenta su ubicación no quiere decir que el alcance de la protección, los deberes especiales, la justificación y la exculpación sean transferibles también sin consideración a *su* referencia especial. Aquello que es específico de cada país no puede determinarse sólo con el bien atacado. Sólo así cabrá evitar, además, que la extradición por una infracción penal que en el Estado receptor, concebido como Estado de Derecho, esté conminada con pena de muerte, haya que calificarla como complicidad con el homicidio [68].

23 3. Acción en el § 9 StGB es el respectivo comportamiento propio del interviniente. Quien participa de modo imputable en el comportamiento objetiva y subjetivamente típico y antijurídico de otros partícipes, actúa, de acuerdo con el § 9.2 StGB, también en el lugar en que actúan los demás partícipes. Ejemplo: Quien desde el extranjero incita a un cómplice que se encuentra en el territorio nacional a que le envíe medios para un asesinato, actúa también en el territorio nacional a causa de la inducción (independiente, o que pasa a un segundo plano ante la autoría) a la complicidad cometida en el territorio nacional. Si se continúa en el extranjero un injusto cometido en el territorio nacional, la sola continuación no fundamenta ya una comisión en el territorio nacional. Ejem-

[65] Más supuestos en *SK-Samson*, § 9, núm. marg. 15.

[66] *Nowakowski*, JZ, 1971, pp. 633 ss.; distingue en función del principio de conexión (a excepción de la determinación de la pertenencia del bien), *Liebelt*, Zum deutschen internationalen Strafrecht, p. 239; en favor de la aplicación del Derecho alemán, *incluido el correspondiente Derecho conflictual*, *Cornils*, Fremdrechtanwendung, pp. 71 ss.

[67] *SK-Samson*, § 9, núm. marg. 20; *Jescheck*, AT, § 18, I, 1; en otro sentido, la doctrina dominante; en favor de una solución procesal, *LK-Tröndle*, § 9, núm. marg. 15.

[68] En favor de la admisibilidad de la extradición, atinadamente, BVerfG18, pp. 112 ss.; muy controvertido; referencias bibliográficas en *Maurach-Zipf*, AT, I, § 11, núm. marg. 38. En favor de la restricción del, § 9 StGB a los casos del género descrito en los §§ 5 a 7 StGB, *Jung*, JZ, 1979, pp. 325 ss.

plo: Si desde el territorio nacional se induce a una persona que se encuentra en el extranjero a cometer un hecho en el extranjero, la inducción sí se comete en el territorio nacional, con arreglo al § 9.2 StGB, pero la persona inducida actúa en el extranjero (si es que no ha dado lugar imputablemente a la inducción, p. ej., solicitando una recompensa). De entre varias aportaciones al hecho pueden, pues, someterse algunas al Derecho penal alemán, pero no otras (*vid.* asimismo *supra* 5/19 *in fine*). Si uno de los partícipes no actúa típica o antijurídicamente, sobre todo como instrumento en situación de error, su actuar no constituye injusto y por tanto no es una acción en el sentido del § 9 StGB, ni un comportamiento en el que pudiera basarse la participación accesoria; una aportación así sólo supone un lugar de paso hacia el resultado (al igual que un suceso natural): los *delitos de tránsito*, que pasan causalmente por el territorio nacional, sin que aquí se cometa injusto alguno (ni se produzca el resultado típico), no se cometen en el territorio nacional [69], ya que tales delitos, por falta de comportamiento ejecutado en el territorio nacional, no menoscaban la validez de la norma en el territorio nacional, por falta de injusto cometido, ni tampoco el activo nacional de bienes, es decir, no presentan criterio alguno para la conexión. Ejemplo: El que la carta ofensiva procedente de Dinamarca con destino a Suiza se transfiera de un medio de transporte a otro en Francfort manualmente o por procedimientos automáticos, es indiferente en todo caso, no hay comisión en el territorio nacional (distinto sería si la carta la echa al buzón un cómplice en Francfort).

4. En los delitos de omisión, en vez del lugar de la acción —junto al lugar de producción del resultado (representado)— es determinante aquel en que el autor habría tenido que actuar, tanto respecto a la autoría como a la consumación. Este es siempre el lugar en el que el autor de la omisión se hallaba, puesto que allí habría tenido que dar comienzo a sus acciones [70]. Si para llevar a cabo la salvación tenía que trasladarse a otros lugares, no por eso se convierten éstos en lugar del hecho, pues no se trata de cualquier lugar de un comportamiento hipotéticamente conforme a Derecho (salvación no producida), sino sólo del lugar de la negativa real ante el Derecho (discrepa la doctrina dominante). En la responsabilidad por omisión derivada de deberes de relación y en la injerencia, éste es también el lugar en que se sitúa la fuente de peligros. 24

C. Particularidades procesales

1. En la medida en que de los §§ 3 ss. StGB resulta la aplicación del Derecho penal alemán, puede que se dé otra competencia penal extranjera concurrente. En caso de enjuiciamiento previo extranjero no rige el artículo 103.3 GG, referido a seguridad jurídica conforme al propio ordenamiento juridico [71]. El abono de penas cumplidas lo establece el § 53, párrafo 3, inciso 1, StGB, 25

[69] Muy discutido; como aquí, *Oehler*, Internationales Srafrecht, pp. 217 s.; *Schönke-Schröder-Eser, § 9, núm. marg. 6; KKOWiG-Rogall*, § 7, núm. marg. 9, todos con bibliografía; *de otra opinión, Jescheck*, AT, § 18 IV 2 a; edición previa. Las regulaciones son posibles, p. ej., el § 29, párrafo 1, núm. 5 BtMG.

[70] Poco claros *Schönke-Schröder-Eser*, § 9, núm. marg. 5.

[71] BGH, NJW, 1969, pp. 1542 s.

así como el abono regular de cualquier otra privación de libertad relacionada con el hecho, § 53, párrafo 3, inciso 2, en conexión con el párrafo 1 StGB (*vid.* asimismo § 153, párrafo 1, núm. 3, StPO).

26 2. Las consecuencias, en parte poco laudables, del principio de ubicuidad y del principio de bandera las subsana el § 153 *c*, párrafo 1, números 1 y 2, párrafos 2 a 4, StPO, en el terreno procesal. El § 154 *b* StPO hace posible, en caso de extradición o expulsión, renunciar a imponer la punición en la República Federal Alemana.

D. El Derecho penal interlocal

27 En el *Derecho penal interlocal* se trata de la aplicación del Derecho penal de algunos Estados federados de la República Federal Alemana, bien se trate de Derecho penal federal vigente en parte (*vid.* art. 125 GG; además, *supra* 5/15), bien de Derecho penal de los *Länder*. De acuerdo con la doctrina común, en el Derecho interlocal, en contraposición con el Derecho penal internacional, se trataría de Derecho conflictual [72]. Esta opinión es cuando menos equívoca. El Derecho penal internacional también regula supuestos de conflicto, desde luego con arreglo a preceptos vigentes, siempre mediante la renuncia a toda aplicación del Derecho penal (el hecho cometido en el extranjero por un extranjero, por falta de los requisitos de los §§ 4, 5, 6, 7, párrafo 1, párrafo 2, núm. 2, StGB), o mediante la exclusiva aplicación del Derecho penal alemán, pero siempre haciendo referencia *indirecta* al Derecho penal extranjero, como en los casos en que se requiere una norma idéntica vigente en el lugar del hecho. El que en el Derecho penal internacional no esté prevista la aplicación *directa* del Derecho penal extranjero (como p. ej., en el art. 6 del Código penal suizo), y pueda mantenerse la competencia extranjera concurrente, no supone ninguna renuncia a decidir, sino sólo es el resultado de decidir un conflicto. También el Derecho penal interlocal regula no *sólo* conflictos, sino además el ámbito de aplicación, y ello — consuetudinariamente, o, mejor: con arreglo a principios de los Estados federales— de acuerdo con el principio del lugar del hecho, determinado analógicamente a los §§ 3 y 9 StGB [73]. Ha de rechazarse el principio de residencia [74] que en ocasiones se afirma junto a aquél, dado que la perturbación es independiente del ordenamiento del *Land* de residencia. El cervecero con residencia en Munich que expende cerveza en Hesse sin cumplir los preceptos bávaros sobre higiene (§§ 9, 18 BierStG) [74a] está libre de responsabilidad, así como sí responde el de Francfort (*Land* de Hesse) que vende tal género de cerveza en Munich (*Land* de Baviera).

El conflicto entre punibilidad en un *Land* e impunidad en otro, o entre distinta punibilidad en diversos *Länder*, ha de resolverse del modo siguiente: Los

---

[72] *Jescheck*, AT, § 20, I, 1; *LK-Tröndle*, núm. marg. 85 ante, § 3; *SK-Samson*, § 3, núm. marg. 15.

[73] Ya *Kohler*, Internationales Strafrecht, p. 223.; RG, 74, pp. 219 ss.; doctrina absolutamente dominante.

[74] *Jescheck*, AT, § 20, I, 3; distinguen, *Schönke-Schröder-Eser*, núm. marg. 54, ante § 3; en contra, *Baumann-Weber*, AT, § 6, II, 4.

[74a] Con respecto al Derecho de los *Länder*, *vid.* BGH, 11, pp. 365 ss., 368.

tribunales del *Land* aplican el Derecho del lugar del hecho, aun cuando se trate del Derecho de otro *Land*; en caso de varios lugares de comisión, se aplica la ley más rigurosa [75].

Si en hechos cometidos en el extranjero rige el Derecho penal alemán, en caso de Derecho interno divergente hay que atender a en qué lugar tiene el autor sus medios de subsistencia (así también el art. 1 *b* EGStGB en la redacción del anexo I, capítulo III, campo C, sección II del Acuerdo de Unificación; *vid.* nota 42 *a*).

E. La antigua relación con la República Democrática Alemana

1. *a)* La antigua relación con la RDA sigue siendo trascendente para el período transitorio, pues los hechos cometidos en el territorio de la RDA antes de la eficacia de la adhesión, para los que ya regía en su tiempo el StGB, han de juzgarse también con posterioridad a la adhesión *sin pasar por el filtro del § 2 StGB* (*supra* 5/15). 28

b) Respecto a los hechos del período en que imperaban unas circunstancias contrarias a los principios del Estado de Derecho en la RDA rige lo siguiente:

El *Bundesgerichtshof*, en su jurisprudencia inicial, y la doctrina antaño dominante, aplicaban las reglas del Derecho penal interlocal a la relación de la República Federal Alemana con la RDA [76]. No obstante, ya la necesidad de analizar el Derecho penal de la RDA a la luz del *ordre public* [77] de la República Federal pone de manifiesto que las respectivas normas surgían de concepciones jurídicas radicalmente distintas, de modo que la aplicación de normas (incluidas las causas de justificación) de la RDA en la República Federal presuponía un aislamiento de las normas con respecto a su contexto, es decir, con respecto al ordenamiento a proteger, y por tanto una redeterminación del contenido sustantivo. Aquí no se trata, como en el Derecho penal interlocal, de *un* ordenamiento común en los principios esenciales y sólo divergente espacialmente en cuanto a las concreciones [78]. Por eso será más correcta la aplicación de los §§ 3 ss. StGB, hoy defendida por casi toda la doctrina, e incluso por el *Bundesgerichtshof* [79], *vid.* ya *supra* 5/15.

c) Tampoco con respecto a los hechos cometidos tras el cambio de las circunstancias políticas en la RDA (1989) hasta la efectividad de la adhesión hubo

---

[75] RG, 75, pp. 385 ss.; 76, pp. 201 ss.; *v. Weber*, Kohlrausch-Festschrift, pp. 120 ss.

[76] BGH, 2, pp. 300 ss., 308; 7, pp. 54 ss., 55; LG Stuttgart, JZ, 1964, pp. 101 ss.; abiertamente después, no obstante, BGH, 27, p. 5 ss.; *vid.* también BGH, NJW, 1978, pp. 113 ss., 115, en relación con el § 7.2 StGB. *De otra opinión* —aplicación paralela de los §§ 3 ss. StGB— ya BGH, 30, pp. 1 ss.; con ampliaciones al § 7.1 StGB (al respecto, en seguida, 5/29), BGH, 32, pp. 293 ss., 294 ss.; *vid.* ya OLG Düsseldorf, JR, 1980, pp. 73 ss.; indeciso KG, JR, 1981, pp. 37 s., 38.

[77] BGH, 7, pp. 54 ss., 55; *Maurach*, AT[4], § 11, II, C *b*.

[78] *Jescheck*, AT, § 20, III, 1.

[79] Ampliamente, *Krey*, JR, 1980, pp. 45 ss.; *el mismo*, en: Entwicklung, pp. 199 ss.; *Krey* y *Arenz*, JR, 1985, pp. 399 ss., 401, con bibliografía exhaustiva sobre la controversia en torno a la aplicación directa o analógica.

alternativa preferible a esta regulación [79a], porque la competencia legislativa penal en la República Federal y en la RDA no estaba ligada por una Constitución unitaria.

29 2. En relación con los hechos cometidos en la época en que dentro de la RDA reinaban circunstancias contrarias a los principios del Estado de Derecho, quedan difíciles problemas en la aplicación, con trascendencia práctica, del §7, párrafos 1 y 2, número 2, StGB (acerca del § 7, párrafo 2, núm. 1, StGB, *vis. supra* 5/18).

a) Impedir la «fuga de la República» mediante la muerte del fugitivo, o su detención, no era punible conforme al Derecho interno de la RDA [80]. En esta situación no altera nada la manifiesta vulneración de principios humanitarios elementales, dado que ni siquiera rechazar la eficacia justificante de la orden de disparar puede «restablecer» la *puni*bilidad. Otro tanto cabe afirmar con respecto a las delaciones de personas dispuestas a huir, que en consecuencia padecieron penas privativas de libertad en el RDA [80a]. Un ordenamiento normativo resulta falseado si de su conjunto se tachan normas aisladas, modificando así el contenido de las normas restantes; las normas alteradas ya no son las del Estado respectivo [81]. La situación —hay que concederlo, insatisfactoria— sólo puede mejorarse modificando el Derecho positivo, pero no construyendo una «punibilidad natural» (*vid.* ya *supra* 5/18) [82].

30 *b) a')* Aún sigue sin aclarar la situación de consecución por la fuerza de la «huida de la República» mediante legítima defensa contra la guardia fronteriza de la RDA (¿§§ 32 ss. StGB en relación con la muerte de guardias fronterizos?). La antijuricidad de la huida con arreglo al ordenamiento de la RDA no es vinculatoria para la República Federal [83]. No obstante, por falta de tal vinculatoriedad no se convierte ya en antijurídico para el Derecho penal alemán todo acto de impedir cruzar la frontera, así p. ej., no los casos de autores de delitos sin tintes políticos. En los demás casos, al decidir sobre el derecho a la legítima defensa del fugitivo hay que tener en cuenta que los guardias fronterizos de la RDA en parte actuaban sin la oportunidad de optar a su vez por el sistema de la República Federal.

[79a] *De otra opinión* —Derecho penal interlocal— *Wessels*, AT, § 2, III, 3.

[80] *Grünwald*, JZ, 1986, pp. 633 ss.

[80a] Siempre que no sea de aplicación el § 5, párrafo 1, núm. 6; *de otra opinión*, BGH, 32, pp. 293 ss., 298 s. «en todo caso» si se trata de delitos «en los que se realiza el peligro presupuesto con la delación (o secuestro) y da lugar a lesión». Mediante esta interpretación del § 7.1 StGB (aún más resueltamente en favor de la aplicación de este precepto *Oehler*, JZ, 1984, p. 948 ss., 949) se elude la estricta enumeración del § 5, párrafo 1, núm. 6, StGB.

[81] *Grünwald*, Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht, p. 11; *Krey* y *Arenz*, JR, 1985, p. 399 ss., 403 s.

[82] Sumamente polémico; *vid.*, respecto a las distintas posiciones, *Grünwald*, JZ, 1966, pp. 633 ss.; *Dichgans*, NJW, 1966, pp. 2255 ss.; *Krey*, Strafanwendungsrecht, pp. 150 s.; *LK-Tröndle*, núm. marg. 99 s., ante § 3; *Dreher-Tröndle*, § 3, núm. marg. 12; *Schönke-Schröder-Eser*, núm. marg. 70 ante § 3; *Schroeder*, JZ, 1974, pp. 113 ss.; *Roggemann*, ZRP, 1976, pp. 243 ss.; *Woesner*, ZRP, 1976, pp. 248 ss.; LG Stuttgart, JZ, 1964, pp. 101 ss. (caso Hanke); *Oehler*, Internationales Strafrecht, p. 289, nota 19; distingue OLG Düsseldorf, JR, 1980, pp. 73 ss., 75.

[83] Discrepan *Roggemann*, loc. cit.; *Grünwald*, loc. cit., quien al dilucidar la proporcionalidad de la orden de disparar no tiene en cuenta el carácter valioso de los objetivos perseguidos por el fugitivo (p. 638).

b') En conclusión, el fugitivo al que, sin un motivo aceptable conforme a normas propias del Estado de Derecho en sentido material, se le impedía su libertad de desplazamiento, y que por ello reivindicaba su derecho recurriendo a la violencia contra los guardias fronterizos que intentaban detenerlo, tendrá derecho a legítima defensa conforme al Derecho de la República Federal, pero sólo con pleno alcance si el guardia fronterizo no se veía involucrado en una situación de necesidad conforme al § 35 StGB en caso de tolerar la fuga [84] (acerca de la legítima defensa en caso de agresión exculpada, *vid. infra* 12/18). Es irrelevante que no haya un derecho a emigrar reconocido en Derecho internacional [85], pues el Derecho penal alemán no sólo garantiza posiciones reconocidas en Derecho internacional. Las consecuencias de esta solución con respecto a la legítima defensa de terceros y al auxilio legitimado policialmente, sobre todo por parte de la guardia de fronteras de la República Federal, y la inseguridad de la situación efectiva en cada caso (¿es sólo libertad de desplazamiento lo que pretende conseguir el fugitivo?) no pueden satisfacer sino en escasa medida [86].

---

[84] Al respecto *Schroeder*, NJW, 1978, pp. 2577 ss., 2578.

[85] Acerca de la situación distinta, desde el punto de vista de los tratados de Derecho internacional, *vid. Jescheck*, AT, § 20, II, 3 *b; Woesner*, ZRP, 1976, pp. 248 ss.; *Schönke-Schröder-Eser*, núm. marg. 70, ante § 3.

[86] Todo sumamente controvertido; OLG Hamm, JZ, 1976, pp. 610 ss.; BGH, NJW, 1978, pp. 113 ss. (ambos sobre el caso Weinhold); OLG Düsseldorf, MDR, 1985, pp. 521 (los organismos de la RDA en materia de fronteras —si acaso salvo en las vulneraciones flagrantes del derecho de salir al extranjero— habrían tenido las «competencias de control e intervención» ordinarias); en relación con la doctrina, *vid.* la nota precedente, y además *Sax*, JZ, 21959, pp. 385 ss.; *Schroeder*, NJW, 1978, pp. 2277 ss.

LIBRO SEGUNDO

Teoría de la imputación

TITULO PRIMERO

Contenido y función de la imputación, principalmente en el delito de comisión

CAPITULO PRIMERO

La realización del tipo

APARTADO 6

Fundamentos y conceptos básicos de la realización del tipo mediante acción

I. EL CONCEPTO DE ACCION

BIBLIOGRAFIA: *H. Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974; *el mismo*, Die Sanktionen gegen die Unternehmensdelinquenz im Umbruch, JuS, 1990, pp. 601 ss.; *B. Ackermann*, Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen, 1984; *H. Alwart*, Recht und Handlung, 1987; *A. Baratta*, Über Jherings Bedeutung für die Strafrechtswissenschaft, Jherings Erbe, pp. 17 ss.; *H.-J. Behrendt*, Die Unterlassung im Strafrecht, 1979; *el mismo*, Affekt und Vorverschulden, 1983; *el mismo*, Das Prinzip der Vermeidbarkeit im Strafrecht, Jescheck-Festschrift, pp. 303 ss.; *R. Bloy*, Finaler und sozialer Handlungsbegriff, ZStW, 90, pp. 609 ss.; *P. Bockelmann*, Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, 1949; *E. v. Bubnoff*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berucksichtigung der Hegelschule, 1966; *B. Burkhardt*, Der Wille als konstruktives Prinzip der Strafrechtsdogmatik, en: *Heckhausen et al.* (ed.), Jenseits des Rubikon, 1987, pp. 319 ss.; *R. Busch*, Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbande, 1933; *el mismo*, Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, 1949; *G. Dornseifer*, Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merkels, 1979; *K. Engisch*, Der finale Handlungsbegriff, Kohlrausch-Festschrift, pp. 141 ss.; *el mismo*, Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen? Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, t. II (E), 1954, pp. 12 ss.; *el mismo*, Tun und Unterlassen, Gallas-Festschrift, pp. 163 ss.; *el mismo*, Logische Überlegungen zur Verbrechensdefinition, Welzel-Festschrift, pp. 343 ss.; *H. A. Fischer*, Die Rechtswi-

drigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911; *H. Franzheim*, Sind falsche Reflexe des Kraftfahrers strafbar?, NJW, 1965, pp. 2000 s.; *W. Gallas*, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW, 67, pp. 1 ss.; *el mismo*, Studien zum Unterlassungsdelikt, 1989; *H. Geser*, Elemente einer soziologischen Theorie des Unterlassens, Kölner Zeitschrift 1986, pp. 644 ss.; *E. Gimbernat Ordeig*, Handlung, Unterlassung und Verhalten, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 159 ss.; *E. Göhler*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen, Beiheft ZStW, 1978, pp. 100 ss.; *K. H. Gossel*, Wertungsprobleme des Begriffs der finalen Handlung, 1966; *K. A. Hall*, Fahrlässigkeit im Vorsatz, 1959; *W. Hardwig*, Die Zurechnung, 1957; *F. Hartung*, Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen? Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, t. II (E), 1954, pp. 43 ss.; *E. Heinitz*, Der Ausbau des Strafensystems, ZStW, 65, pp. 26 ss.; *el mismo*, Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit juristischer Personen gesetzlich vorzusehen? Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, t. II (E), 1954, pp. 73 ss.; *R. D. Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *el mismo*, „Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten, JZ, 1988, pp. 73 ss., 63 ss.; *H. J. Hirsch*, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ZStW, 93, pp. 831 ss., 94, pp. 239 ss.; *A. Hold v. Ferneck*, Die Rechtswidrigkeit, t. 1, 1903; *J. Hruschka*, Strukturen der Zurechnung, 1976; *el mismo* y *J. C. Joerden*, Supererogation: Vom deontologischen Sechseck zum deontologischen Zehneck, ARSP, t. LXXIII (1987), pp. 93 ss.; *A. Huss*, Die Strafbarkeit der juristischen Person, ZStW, 90, pp. 237 ss.; *G. Jakobs*, Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, Welzel-Festschrift, pp. 307 ss.; *el mismo*, Die juristische Perspektive zum Aussagewert der Handlungsanalyse einer Tat, en: *J. Gerchow* (ed.), Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983, pp. 21 ss.; *el mismo*, Über die Aufgabe der subjektiven Deliktseite im Strafrecht, en: *H. Witter* (Hrsg.), Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht, 1987, pp. 271 ss.; *H.-H. Jescheck*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Personenverbände, ZStW, 65, pp. 210 ss.; *el mismo*, Die Behandlung der Personenverbände im Strafrecht, SchwZStr., 70 (1955), pp. 243 ss., *el mismo*, Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre, ZStW, 73, pp. 179 ss.; *el mismo*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung, Eb. Schmidt-Festschrift, p. 139 ss.; *el mismo*, Grundlagen der Dogmatik und Kriminalpolitik, ZStW, 93, pp. I ss.; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *el mismo*, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Welzel-Festschrift, pp. 393 ss.; *el mismo*, Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft, Tjong-Gedachtnisschrift, pp. 100 ss.; *Arthur Kaufmann*, Introducción a: G. Radbruch, Der Handlungsbegriff, reimpresión 1967, pp. VII ss.; *el mismo*, Die ontische Struktur der Handlung, H. Mayer-Festschrift, pp. 79 ss.; *el mismo*, Die finale Handlungslehre und die Fahrlassigkeit, JuS, 1967, pp. 145 ss.; *U. K. Kindhäuser*, Intentionale Handlung, 1980; *el mismo*, Basis-Handlungen, Rechtstheorie, 1980, pp. 479 ss.; *el mismo*, Kausalanalyse und Handlungszuschreibung, GA, 1982, pp. 477 ss.; *el mismo*, Der Vorsatz als Zurechnungskriterium, ZStW, 96, pp. I ss.; *el mismo*, Gefährdung als Straftat, 1989; *el mismo*, Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum, GA, 1990, pp. 407 ss.; *U. Klug*, Der Handlungsbegriff des Finalismus als methodisches Problem, Emge-Festschrift, pp. 33 ss.; *E. Kohlrausch*, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903; *J. Krümpelmann*, Motivation und Handlung im Affekt, Welzel-Festschrift, pp. 327 ss.; *el mismo*, Vorsatz und Motivation, ZStW, 87, pp. 888 ss.; *E.-J. Lampe*, Das personale Unrecht, 1967; *el mismo*, Verantwortung und Verantwortlichkeit im Strafrecht, en: *W. Maihofer et al.* (ed.), Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, t. XIV, 1989, pp. 286 ss.; *D. Lang-Hinrichsen*, «Verbandsunrecht», H. Mayer-Festschrift, pp. 49 ss.; *K. Larenz*, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1927; *H. von der Linde*, Rechtferti-

gung und Entschuldigung im Strafrecht?, 1988; *R. Lippold,* Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin, 1989; *K. Luff*, Die biologische Betrachtung von Verkehrsunfällen und ihre Bedeutung für die Verkehrsrechtsprechung, DAR, 1959, pp. 89 ss.; *N. Luhmann*, Soziologische Aufklärung, t. III, 1981; *W. Maihofer*, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, 1953; *el mismo*, Zur Systematik der Fahrlässigkeit, ZStW, 70, pp. 159 ss.; *el mismo*, Der Unrechtsvorwurf, Rittler-Festschrift, pp. 141 ss.; *el mismo*, Der soziale Handlungsbegriff, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 156 ss.; *M. Maiwald*, Abschied vom strafrechtlichen Handlungsbegriff?, ZStW, 86, pp. 636 ss.; *H. Mayer*, Vorbemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff, v. Weber-Festschrift, pp. 137 ss.; *A. Merkel*, Kriminalistische Abhandlungen, t. I, 1867; *E. Mezger*, Die subjektiven Unrechtselemente, GS, 89, pp. 207 ss.; *el mismo*, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950; *K. Michaelowa*, Der Begriff der strafrechtswidrigen Handlung, 1968; *R. Moos*, Die finale Handlungslehre, en: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, t. II, 1974, pp. ss.; *J. Nagler*, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, Binding-Festschrift, t. II, pp. 273 ss.; *W. Niese*, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951; *P. Noll*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, en: *A. Mergen* (ed.), Kriminologische Schriftenreihe, t. 54, 1971, pp. 21 ss.; *F. Nowakowski*, Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, JZ, 1958, pp. 335 ss., 388 ss.; *el mismo*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JurBl, 1972, pp. 19 ss.; *D. Oehler*, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959; *el mismo*, Die erlaubte Gefahrsetzung und die Fahrlässigkeit, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 232 ss.; *K. Otter*, Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechensaufbau, 1973; *R. Pohl-Sichtermann*, Geldbuß gegen Verbände, 1974; *G. Radbruch*, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904; *el mismo*, Zur Systematik der Verbrechenslehre, Frank-Festgabe, t. I, pp. 158 ss.; *el mismo*, Rechtsidee und Rechtsstoff, ARSP, 17, pp. 343 ss.; *el mismo*, Rechtsphilosophie (Literaturbericht), ZStW, 2, pp. 251 ss.; *Th. Rittler*, Die finale Handlungstheorie im Strafrechtssystem Maurachs, JurBl., 1955, pp. 613 s.; *H. E. Rotberg*, Für Strafe gegen Verbände, DJT-Festschrift, t. II, pp. 193 ss.; *C. Roxin*, Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts, Radbruch-Gedächtnisschrift, pp. 260 ss.; *el mismo*, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW, 74, pp. 515 ss.; *H.-J. Rudolphi*, Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen, en: *B. Schünemann* (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pp. 69 ss.; *G. Schewe*, Reflexbewegung Handlung Vorsatz, 1972; *el mismo*, Alkoholdelinquenz aus medizinischer Sicht, separata, ZStW, 1981, pp. 39 ss.; *el mismo*, Wille und Freiheitjuristische und medizinischpsychologische Aspekte, en: *J. Gerchow* (ed.), Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983, pp. 1 ss.; *W. Schild*, Die «Merkmale» der Straftat und ihres Begriffs, 1979; *E. Schmidhäuser*, Willkürlichkeit und Finalität als Unrechtsmerkmale im Strafrechtssystem, ZStW, 66, pp. 27 ss.; *el mismo*, Zur Systematik der Verbrechenslehre, RadbruchGedächtnisschrift, pp. 268 ss.; *el mismo*, Was ist aus der finalen Handlungslehre geworden?, JZ, 1986, pp. 109 ss.; *el mismo*, Begehung, Handlung und Unterlassung im Strafrecht, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 131 ss.; *Eb. Schmidt*, Soziale Handlungslehre, Engisch-Festschrift, pp. 339 ss., *el mismo*, Der Arzt im Strafrecht, 1939; *R. Schmitt*, Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände, 1958; *K. Schneider*, Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit, 4.ª ed., 1961; *Chr. Schöneborn*, Zum «Erfolgsunwert» im Lichte der sozialpsychologischen Attributionstheorie, GA, 1981, pp. 70 ss.; *B. Schünemann*, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, en: *el mismo* (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pp. 1 ss.; *el mismo*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA, 1985, pp. 341 ss., GA, 1986, pp. 293 ss.; *R. Seiler*, Strafrechtliche Maßnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände, 1967; *R. Spiegel*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Kraftfahrers für Fehlreaktionen, DAR, 1968, pp. 283 ss.; *G. Stratenwerth*, Die Be-

deutung der finalen Handlungslehre für das schweizerische Strafrecht, SchwZStr., 81 (1965), pp. 179 ss.; *el mismo*, Literaturbericht, ZStW, 85, pp. 469 ss.; *el mismo*, Unbewußte Finalität? Welzel-Festschrift, pp. 289 ss.; *E. Struensee*, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ, 1987, pp. 3 ss.; *K. Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, t. I, 1976; *el mismo*, Die «Bebußung» von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, NJW, 1988, pp. 1169 ss.; *Z. U. Tjong*, Der Ursprung und die philosophische Grundlage der Lehre von den «sachlogischen Strukturen» im Strafrecht, ARSP, 4, pp. 411 ss.; *H. v. Weber*, Grundriß des tschechoslowakischen Strafrechts, 1929; *el mismo*, Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935; *el mismo*, Über die Strafbarkeit juristischer Personen, GA, 1954, pp. 237 ss.; *el mismo*, Bemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff, Engisch-Festschrift, pp. 328 ss.; *H. Wegener*, Zum Aussagewert der Handlungsanalyse einer Tat - die psychologische Perspektive, en: *J. Gerchow* (ed.), Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983, pp. 3 ss.; *O. Weinberger*, Die formal-finalistische Handlungstheorie und das Strafrecht, Klug-Festschrift, pp. 199 ss.; *H. Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935; *el mismo*, Kausalität und Handlung, ZStW, 51, pp. 703 ss.; *el mismo*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW, 8, pp. 491 ss.; *el mismo*, Um die finale Handlungslehre, 1949; *el mismo*, Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft, Grünhut-Erinnerungsgabe, pp. 173 ss.; *el mismo*, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 1951, 4.ª ed., 1961; *el mismo*, Die finale Handlungslehre und die fahrlässigen Handlungen, JZ, 1956, pp. 316 ss.; *el mismo*, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, 1958; *el mismo*, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 1961; *el mismo*, Zur Dogmatik im Strafrecht, Maurach-Festschrift, pp. 3 ss.; *el mismo*, Ein unausrottbares Mißverständnis? Zur Interpretation der finalen Handlungslehre, NJW, 1968, pp. 42 ss.; *el mismo*, Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre, JuS, 1966 pp. 421 ss.; *el mismo*, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975; *E. A. Wolff*, Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen, 1964; *el mismo*, Das Problem der Handlung im Strafrecht, Radbruch-Gedächtnisschrift, pp. 291 ss.; *J. Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; *G. H. v. Wright* y *G. Meggle*, Das Verstehen von Handlungen, Rechtstheorie, 20 (1989), pp. 3 ss.; *W. Ziegert*, Vorsatzschuld und Vorverschulden, 1987.

A. Las teorías jurídico-penales de la acción

1. *La teoría de la acción como parte de la teoría de la imputación*

1 La función de la imputación se deriva de la función de la pena y ya se esbozó en relación con ella (*supra* 1/1 ss.). La imputación establece a qué persona ha de castigarse para la estabilización de la norma. El resultado reza así: Ha de castigarse al sujeto que se ha comportado de contrariedad a la norma y culpablemente (si es que la ley no renuncia a la pena, lo que es posible por diversos motivos). *La teoría de la imputación desarrolla los conceptos que se han empleado: comportamiento del sujeto, infracción de la norma y culpabilidad.*

La presente exposición comienza por la acción, consistente en el comportamiento del sujeto en el delito de comisión. Los problemas a resolver para determinar la acción se pueden conectar con casi todos los problemas de la imputación de un comportamiento como delito [1], especialmente con la teoría del

[1] La doctrina antigua distingue entre delito (*Delikt*) y crimen (*Vebrechen*). Delito sería la «ac-

tipo (¿preceden al tipo los elementos generales de la acción, o están éstos determinados por el tipo?), la teoría del injusto (¿hasta qué punto se puede individualizar o subjetivizar el injusto mediante la acción?), la teoría de la culpabilidad (¿es acción específicamente humana una acción no enteramente imputable, es decir, no culpable?), y finalmente la distinción entre hacer y omitir (¿son ambos comportamientos acción, ya que ambos pueden ser delito?): Tan ricas en variantes y complejas son las propuestas de solución, oscureciéndose el panorama bibliográfico porque no siempre se distingue con claridad entre el problema sustancial (¿cuáles son los presupuestos de la imputación y cómo han de ordenarse; cómo está estructurado un delito?) y el terminológico (¿qué puede o debe llamarse acción?) [2].

2. *La posibilidad de una acción no culpable*

a) No existe impedimento lógico alguno en llamar acción sólo al hecho en- 2
teramente imputable, es decir, culpable. Un comportamiento antijurídico, pero no culpable, para este modo de hablar, no es una acción completa, sino imperfecta.

Optar por esta solución no significa que sólo puedan ser acciones los hechos punibles, es decir, que el comportamiento conforme a Derecho no sea ya acción. El concepto de acción, más bien, cabe vincularlo a la total imputabilidad, sin consideración a la antijuricidad; imputables pueden ser no sólo las «malas» obras, sino también las «buenas», y la imputación no es sólo una categoría jurídica, sino también ético-social. Ejemplo: Si alguien construye un aparato para salvar personas o para matarlas, en todo caso puede plantearse la cuestión de la pertenencia de la obra, y de su consecuencia, al constructor, es decir, la cuestión de la imputación [2a]. La existencia de una acción de relevancia *jurídica* sigue dependiendo, en esta solución, de los presupuestos *jurídicos* de la imputación; la acción se convierte en un concepto que es relativo al sistema de imputación relevante en cada caso.

b) Un concepto de acción que —en terminología moderna— excluye lo 3
no culpable ha sido desarrollado por *Hegel* [3] e introducido por los hegelianos, sobre todo por *Abegg* [4], *Berner* [5] y *Köstlin* [6] en la Ciencia del Derecho penal [7].

---

ción antijurídica culpable, tanto si es punible como si no»; crimen, la manifestación punible del delito (*Binding*, Handbuch, pp. 499 ss., 503; sobre ello, *Armin Kaufmann*, Normenthorie, p. 30). Esta distinción sólo se lleva a cabo aquí en conexión con la doctrina antigua; por lo demás, se emplea como supraconcepto el de delito. Acerca del concepto de crimen en sentido de técnica legislativa, *vid. infra* 6/102 ss.

[2] En relación con la controversia terminológica, *vid. Klug*, Engisch-Festschrift, pp. 33 ss. *Schmidhäuser* (JZ, 1986, pp. 109 ss., 115 ss.) aporta una exposición crítica de la posición que aquí se propugna. *Lippold* (Rechtslehre, pp. 179 ss.) intenta llevar a cabo una comparación crítica de los sistemas científicamente posibles.

[2a] *Hruschka y Joerden*, ARSP, 73 (1987), pp. 93 ss.

[3] Sobre la remisión a *Puffendorf*, *vid. Welzel*, Die Naturrechtlehre S. Puffendorfs, pp. 19 ss., 84 ss.; *el mismo*, Strafrecht, § 8, III, 1.

[4] Lehrbuch, pp. 124 ss.

[5] Lehrbuch, §35, I, § 62.

[6] System, § 56.

[7] Con detalle, *v. Bubnoff*, Entwicklung, pp. 36 ss.; *vid.* también *Otter*, Funktionen, pp. 30 ss.

Hegel [8]: «Es acción la exteriorización de la voluntad en tanto que subjetiva o moral... Sólo la exteriorización de la voluntad moral es acción.»

La ventaja de un concepto de acción así configurado reside en que la acción no se determina por sus aspectos externos (movimiento corporal o resultado), sino por su relación de sentido con la norma. Lo que quiere decir para la acción delictiva: Lo grave no es el suceso externo, sino la actitud del autor ante la norma (o sea, ante el ordenamiento en general) puesta de manifiesto en el hecho de la ejecución de la acción. De nuevo *Hegel* [9]: En la acción del autor «considerada como acción de un ser racional reside el hecho de que es algo general, que mediante ella se establece una ley que él ha reconocido en ella para sí, bajo la cual se le puede subsumir como bajo su derecho». Este concepto de acción se adecua a una teoría de la pena en la que ésta no sirve a un estado externo, sino a la existencia de las normas; la concepción de *Hegel* al respecto es conocida: En la punición se trata de «la anulación del delito, que de otro modo prevalecería», y ello a fin de «restablecer el Derecho» [10].

Un concepto de acción así configurado no proporciona nada para la averiguación y la elaboración didáctica de lo que es un delito, sino que más bien deja a los presupuestos de la imputación en una situación de amalgama inarticulada [11]. Pero no es esto sólo lo que conduce a la desaparición del concepto *hegeliano* de acción. Condición de la evolución es más bien, además, que pierda vigencia la concepción *hegeliana* del delito como expresión de sentido. En *Hegel* se trata tan claramente de un sentido de la acción, del proyecto de conformación del mundo exterior «manifestado» en la acción, que la solución sólo se adapta para el sentido verdaderamente pretendido, o sea, para los hechos dolosos: «El derecho de la voluntad es, sin embargo, reconocer en su hecho como acción suya... sólo lo que estaba en su propósito (*Vorsatz*)» [12]. En esta concepción no se abarca a los hechos imprudentes [13].

4 *c)* La posición contraria a la concepción de la acción como expresión de sentido es su concepción como suceso externamente peligroso, y este cambio, la naturalización del fundamento de la pena, es decir, el cambio de la teoría de la pena desde la retribución de la persona racional al aseguramiento ante peligros para intereses, es la base sobre la que a finales del siglo pasado tiene lugar una transformación en la doctrina de la acción, en principio considerándose que la acción ya no es un comportamiento imputable, sino un acto voluntario peligroso para intereses [14]. Dicho cambio lo expresa la concisa definición

---

[8] Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 113; naturalmente, en *Hegel* también se encuentra la referencia a acciones (!) de personas incapaces de moralidad, *op. cit.* § 120.

[9] *Hegel, op. cit.*, § 100.

[10] *Hegel op. cit.*, § 99.

[11] Ello no constituye nada peculiar de la teoría de la acción de *Hegel*, sino que afecta a la confusión de injusto y culpabilidad tan común en el siglo XIX; *vid.* sobre todo en relación con *A. Merkel* y *Hold*, *v. Ferneck*, *Mezger*, GS, 89, pp. 207 ss., 208 ss.; *vid.* asimismo *infra* 6/74.

[12] *Hegel, op. cit.*, § 117.

[13] Discutido; *vid. Larenz*, Hegels Zurechnungslehre, pp. 33, 35; *Jakobs*, Studien, pp. 41 s.

[14] Naturalmente, *v. Liszt* y *Radbruch* no apuntan precisamente a la formación de un sistema orientado *teleológicamente* al fin de la pena, sino a un sistema *clasificatorio*; *vid. v. Liszt*, Strafrecht[2], § 28; *Radbruch*, Handlungsbegriff, pp. 7 ss., 66 s., *Radbruch* abandonaba después este punto de vista; *el mismo*, ZStW, 25, pp. 251 ss., 256; *el mismo*, ARSP, 17 pp. 343 ss.; *el mismo*, Frank-Festgabe, t. I, pp. 158 ss. Sobre la sistemática de *Radbruch*, con detalle, *Schmidhäuser*, Rad-

(posterior) del injusto debida a *Mezger:* «*Injusto* es la oposición al Derecho como *norma de valoración,* modificación de un estado valorado jurídicamente o realización de un estado jurídicamente desvalorado, *y no* alteración jurídicamente desvalorada de un estado. El delito es antijurídico porque genera antijuricidad» [15].

Esta transformación ha traído un resultado todavía hoy útil: el escalonamiento de los presupuestos de la imputación. Con independencia de la decisión acerca de qué parte de la estructura escalonada de la imputación se designe como acción, queda la separación de al menos dos escalones: una imputación como injusto y una imputación como culpabilidad. Esta separación resulta necesaria, pues para una parte de la imputación, la culpabilidad, puede ser significativa la relación del autor con una parte precedente, el injusto. Se trata, de antemano, de la capacidad de intelección del injusto y de comportarse conforme a esta intelección (§§ 17, 20, 21 StGB, § 3 JGG) [16]. Con otras palabras, la *primera* cuestión de la imputación, la de si alguien contraviene una norma con su comportamiento, es decir, la de si se comporta antijurídicamente, ha de separarse de la *segunda* cuestión de la imputación, la de si la infracción fue evitable mediante una conducta racional. Ninguna norma puede regir sólo para el caso de que se la comprenda, pues debe ser, como norma ya vigente, objeto de la comprensión [17].

d) Si la relación del autor con el injusto no puede ser presupuesto del in- 5
justo, se podría, sin embargo, a pesar de la necesidad de un escalonamiento, llamar acción sólo a aquel comportamiento que no es sólo injusto, sino además realizado por un autor con capacidad de intelección, etc. El concepto de *Hegel* quedaría a fin de cuentas intacto. Una aplicación en este sentido del concepto de acción correspondería incluso a una terminología jurídica usual, según la cual se llama acción a aquel comportamiento que puede producir efectos jurídicos (aquí, la pena). Esta terminología [18], mantenida en principio también en

---

bruch-Gedächtnisschrift, pp. 268 ss.; *vid.* asimismo *Arthur Kaufmann*, Introducción a la reimpresión del Handlungsbegriff de *Radbruch* (Darmstadt, 1967), pp. VII ss., X s. Pero la elección del sistema clasificatorio y la incardinación de la acción de acuerdo con este sistema tiene la función latente de representar también una teoría de la pena.

[15] GS, 89, pp. 207 ss., 245 s.; subrayado en el original.

[16] *Cfr.*, frente a ello, la formulación del § 51 StGB, en la versión de 1871, en la que la culpabilidad no se determina por referencia al injusto, es decir, no como *grado* de la imputación, sino, sin constituir un grado, como «libre determinación de la voluntad».

[17] Con detalle, *Jakobs*, Studien, pp. 9 ss., 11 s., con bibliografía; *el mismo*, Welzel-Festschrift, pp. 307 ss., 317 ss. De todos modos, el círculo de destinatarios de una norma obligados en concreto cabe limitarlo por medio de las capacidades de cada individuo —en ello se basa la doctrina del injusto personal (*infra* 6/8)—, pero no precisamente, con lógica, por medio de la capacidad de comprender a la norma como norma, que ha de imponerse. Desde luego, cabe perseguir —no la construcción, pero sí— el resultado de una norma limitada por la propia comprensión, dirigiendo la norma *concreta* sólo a aquel que podría comprender una norma *hipotética* —ilimitada en su círculo de destinatarios— del género en cuestión. Sobre ello, *vid. Mezger*, GS, pp. 207 ss., 208; *Lampe*, Personales Unrecht, pp. 11 ss., *Nagler*, Binding-Festschrift, t. I, pp. 273 ss.; *Armin Kaufmann*, Normentheorie, pp. 121 ss.; *el mismo* Welzel-Festschrift, pp. 393 ss., 396, nota 4. Contra la separación de injusto y culpabilidad, *von der Linde*, Rechtfertigung, pp. 137 ss.

[18] Mantenida junto a la acción como acto voluntario sobre todo por *v. Liszt*: «Podemos también determinar la imputabilidad (capacidad de imputación) como capacidad jurídico-penal de acción. Pues la capacidad de acción en sentido jurídico es la capacidad de... (emprender) aquellas acciones a las que, como tipo (supuesto de hecho), el Derecho vincula la producción de conse-

la Ciencia del Derecho penal a pesar del escalonamiento de los presupuestos de la imputación realizado, retrocede sin embargo tras la aplicación del concepto de acción ya sólo para el hecho antijurídico: La polémica en torno al concepto de acción se convierte en polémica en torno al concepto de injusto. Junto al cambio de perspectiva, ya mencionado, desde la infracción de la norma a la lesión de intereses, motivo para esta asignación del concepto de acción al «arranque» de la imputación es que la articulación de los presupuestos de la imputación en un sistema clasificatorio desvía la mirada de la composición de sus miembros. La concentración en el injusto se refuerza además por la formulación de una antijuricidad objetiva (o sea, en todo caso inculpable) en Derecho civil por *v. Jhering* [19].

3. *Concepto causal de acción*

6 *a)* La antijuricidad objetiva de *Jhering* tropezó con oposición en el Derecho penal; la culpabilidad y el injusto eran inseparables según la concepción enteramente dominante [20]. El alejamiento, decisivo hasta la fecha, con respecto a esta concepción sólo tiene lugar a través de *v. Liszt* [21], *Beling* [22] y *Radbruch* [23], quienes entienden que en el hacer delictivo han de separarse dos componentes: el proceso causal externo (objetivo), por una parte, y el contenido de voluntad interno (subjetivo), por otra. Acción sería, pues, un proceso causal, siempre que pueda atribuirse a una voluntad humana, *sea cual sea el contenido de ésta*, a un movimiento corporal voluntario. El movimiento corporal, a su vez, se define como «la tensión (contracción) de los músculos dispuesta por la mente, y que tiene lugar por la inervación de los nervios motores» [24]. La voluntad humana se toma, pues, como hecho, sin consideración a su contenido, y por lo mismo sin consideración a su sentido. «Para la comprobación de *que* concurre una acción basta la certeza de que el autor ha actuado activamente o ha permanecido inactivo. *Lo que* éste haya pretendido es aquí indiferente; el contenido de la voluntad sólo tiene significado para la cuestión de la culpabilidad» [25]. El motivo para esta reducción de la voluntad es el afán de con-

---

cuencias jurídicas»; Strafrecht[5], § 35, I. Análoga es la solución de *E. A. Wolf*, quien desarrolla, junto al concepto social de acción, un concepto individual de acción (sobre ello *infra* 6/23) y éste lo define a través de la capacidad de culpabilidad («adoptar libremente, con sentido, una de las posibilidades individuales que se ofrecen»); Handlungsbegriff, p. 17; *el mismo*, Radbruch-Gedächtnisschrift, pp. 291 ss., 298. *Vid.* asimismo *Jakobs* Welzel-Festschrift, pp. 307 ss., 318 ss.

[19] Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht (Birnbaum-Festschrift), 1867, pp. 4 ss.; al respecto, *H. A. Fischer*, Rechtswidrigkeit, pp. 120 ss.; *Mezger*, GS, 89, pp. 207 ss., 211 ss.; *Welzel*, JuS, 1966, pp. 421 ss.; *Baratta*, en: Jherings Erbe, pp. 17 ss., 18 ss.; *Achenbach*, Grundlagen, pp. 23 ss. El injusto no culpable como «injusto neutro» ya lo había desarrollado *Hegel* (*op. cit.*, § 83, § 84 ss.; sobre ello *v. Jhering op. cit.*, p. 5, nota 1), pero sin consecuencias para su concepto de acción.

[20] Así lo considera, poco antes de la obra de *Jehring*, *A. Merkel*, Kriminalistische Abhandlungen, t. I, pp. 42 ss.; asimismo, *Binding*, Normen, t. I[1], pp. 153 ss. (de otro modo, ya en, t. I[2], p. 245); *Kohlrausch*, Irrtum und Schuldbegriff, pp. 23 ss. y *passim*; *Hold v. Ferneck*, Rechtswidrigkeit, t. I, pp. 76 ss., 370 ss.; *zu Dohna*, Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal, pp. 55 ss.

[21] Strafrecht, § 28.

[22] Grundzüge des Strafrechts 2, p. 38.

[23] Handlungsbegriff, pp. 68 ss., 129 s.

[24] *v. Liszt*, *op. cit.*, II.

[25] *Beling*, *op. cit.*, p. 38, subrayado en el original; *Radbruch*, *op. cit.*, pp. 130 s.

seguir una separación lo más pura posible entre el proceso causal y el conjunto de la culpabilidad, y «no sólo hasta el movimiento corporal», o sea, en el ambito de la causalidad subsiguiente al acto corporal, «sino hasta la propia voluntad» [26].

En esta separación del lado externo del delito como injusto y del lado interno como culpabilidad, al principio se define al aspecto externo drásticamente como una «modificación perceptible sensorialmente», así por ejemplo en las injurias como «provocación de vibraciones sonoras y de procesos psicológicos en el sistema nervioso del ofendido» [27]. Después se modifica en el sentido de que un resultado puede ser efecto externo también en su sentido social, por ejemplo en las injurias en tanto que menosprecio [28]. Además, se modifica la ecuación: el injusto es a la culpabilidad lo mismo que lo externo a lo interno, mediante la elaboración de los elementos subjetivos del injusto [28a] (*infra* 8/93). Asimismo, se añade la idea de que en la tentativa los únicos fragmentos objetivos que concurren apenas pueden especificarse como injusto sin tener en cuenta al dolo [28b]. Pero si el dolo pertenece al injusto de la tentativa, no puede ser únicamente elemento de la culpabilidad en la consumación, cuanto más que la delimitación de tentativa y consumación en parte carece de significación material (al respecto, *infra* 25/1). Finalmente, la concepción de la culpabilidad como algo interno no es equivocada sólo en cuanto que se entiende lo interno como una relación psicológica con el resultado externo (tal relación con un resultado típicamente relevante está ausente por completo en la imprudencia, *infra* 9/3, 5), sino que además al caracterizarla como algo interno se recorta su alcance, pues en la culpabilidad se trata —prescindiendo de la pertenencia del injusto al tipo de culpabilidad (*infra* 17/44, 47)— no sólo de una situación psicológica, sino también de su valoración (concepto normativo de culpabilidad, *infra* 17/7, 46 y *passim*) [29]. La importancia del concepto causal de acción en tanto que clasificador y forjador de un sistema se ha venido abajo, pues, por diversos motivos [30].

b) Incluso en la actualidad se sigue manteniendo que la acción es un mo- 7
vimiento voluntario sin consideración al contenido de la voluntad [31]. Pero una vez que el injusto no se puede entender ya como el lado externo del delito, este concepto de acción no puede servir de enlace del injusto; sirve para descartar los movimientos reflejos, los actos convulsivos, los movimientos corpo-

---

[26] *Radbruch*, *op. cit.*, pp. 131.

[27] *v. Liszt*, Strafrecht[2], § 28.

[28] *Radbruch*, Frank-Festgabe, t. I, pp. 158 ss., 161.

[28a] Críticamente, *Lippold*, Rechtslehre, pp. 292 ss.

[28b] *Lippold*, Rechtslehre, p. 262, esboza dos esquemas —que, sin embargo, apenas satisfacen— de determinación puramente objetiva de la tentativa (peligrosidad objetiva de la tentativa y culpabilidad de tentativa sin injusto de tentativa), contra el que no cabe esgrimir el argumento de la tentativa citado en el texto.

[29] Acerca de la historia dogmática, pormenorizadamente, *Achenbach*, Grundlagen, pp. 97 ss.

[30] *Vid. v. Bubnoff*, Entwicklung, p. 135; no obstante, notables contraobjeciones en *Lippold*, Rechtslehre, pp. 233 ss., 292 ss. y *passim*.

[31] *Baumann-Weber*, AT, § 16 II; *LK*[9]*-Heimann-Trosien*, Introducción, núm. marg. 31; *Dreher-Tröndle*, núm. marg. 3 ante, § 13; de la época intermedia cabe citar a *Mezger*, Strafrecht, § 14; sobre la escuela austríaca, *vid. Moos*, en: Strafrechtliche Probleme, pp. 5 ss. Sobre la discusión entre España y Alemania, *vid. Gimbernat Ordeig*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 159 ss., 163 ss.

rales que tienen lugar durante el sueño y en estado de inconsciencia, así como los movimientos forzados mediante violencia absoluta (irresistible) [32], pero para nada más. Y el descartar estos supuestos a su vez no sirve de gran cosa, en la medida en que el movimiento corporal que no es acto voluntario se emprenda en condiciones que por su parte se han realizado mediante actos voluntarios. Ejemplo: Matar intencionalmente a una persona con un martillo es una acción constitutiva de homicidio, como lo son fabricar el martillo sin sospechar para qué se usará, o engendrar al autor o a la víctima (!); siempre cabe encontrar actos voluntarios. Bien es verdad que un ataque de convulsiones en una tienda de artículos de porcelana no es acción, pero sí lo es el entrar en la tienda, etc. Y precisamente este carácter no comprometedor del concepto causal de acción es el motivo de su difusión: No prejuzga casi nada.

4. *Concepto final de acción*

8 *a)* Es mérito de la doctrina final de la acción haber superado en el concepto de acción y con ello en el injusto la separación de los lados objetivo y subjetivo del delito: El injusto pasa a ser de injusto naturalístico a injusto personal. Se trataba de trasladar al terreno de la dogmática la idea de que un acto voluntario, sin tener en cuenta su contenido, constituye un factor causal como otro cualquiera y que por tanto no aporta nada a la determinación de lo que es contrario a la norma. Carece de sentido dirigir normas a los factores causales, así como dirigirlas a las personas en tanto que éstas, sin capacidad para influir en el proceso causal, sólo son eslabones en la relación causal natural. La norma exclusivamente puede referirse a sucesos evitables: Acción es la causación de un resultado, evitable para quien lo causa.

9 *b) a')* El desarrollo de la doctrina final de la acción es obra de *Welzel* [33]. *Welzel* sitúa, conectando con nociones de la Psicología del conocimiento [34], junto a la forma de determinación «causalidad», la de la «intencionalidad». Con ello se quiere decir que el ser humano puede anticipar mentalmente las consecuencias de sus movimientos corporales, elegir los procesos causales para la consecución de un fin y «poner» las condiciones necesarias para el desarrollo de los procesos [35]. También concurriría la intencionalidad cuando no se ponen con-

[32] *v. Liszt*, Strafrecht[2], § 28; *Mezger*, Strafrecht, § 14 I; *Baumann-Weber*, AR, § 16 I 2.

[33] La primera teoría —naturalmente, sin configurar del todo—, según la cual el dolo como elemento subjetivo pertenece al tipo, se encuentra en *v. Weber*, Grundriß des tschechoslowakischen Strafrechts, § 9; *v. Weber* nunca ha reconocido después a la acción final como la única forma de acción relevante jurídico-penalmente; *vid. el mismo*, Zum Aufbau des Strafrechtssystem, pp. 11 ss.; *el mismo*, Grundriß[2], § 8; *el mismo*, Engisch-Festschrift, pp. 328 ss. Aparte de las obras de *Welzel* que a continuación se citarán, hay que mencionar ante todo, en relación con el desarrollo de la doctrina final de la acción, a: *Busch*, Moderne Wandlungen, pp. 7 ss.; *Niese*, Finalität, p. 12, 15 ss. y *passim*; *Maurach*, AT, 1, § 16, I A, 1 y 2; *Armin Kaufmann*, Normentheorie, pp. 282 ss. y *passim*; *Stratenwerth*, SchwZStr., 81 (1965), pp. 179 ss., 197 ss.; *el mismo*, AT, núm. marg. 144 ss.; *Gössel*, Wertungsprobleme, pp. 91 ss.; más bibliografía sobre la situación en los años treinta, en *Welzel*, ZStW, 58, pp. 391 ss., 498 ss.; sobre cuestiones particulares, *vid.* el texto que sigue.

[34] Sobre la historia de la doctrina final de la acción, *vid. Welzel*, Das neue Bild[4], Prólogo, p. IX; *el mismo*, JuS, 1966, pp. 421 ss., 423 ss.; *Tjong*, ARSP, 54 (1968), pp. 411 ss., 415 ss.

[35] Strafrecht und Philosophie (1930), ahora en: Abhandlungen, pp. 1 ss., 4; *el mismo*, ZStW, 51, pp. 703 ss., 709 ss.

diciones de un proceso causal, sino que para conseguir el fin *no* se emplean factores causales, como ocurre en los delitos de omisión. No sólo es imputable lo pretendido realmente (es decir, sólo lo doloso o sólo lo realizado a propósito), sino que basta que se hubiera podido adoptar la dirección final (en la imprudencia). El resultado comprende tanto la actuación dolosa e imprudente como la omisión: «Como hecho propio o acción le es propio a un sujeto, y por tanto le es imputable, todo resultado establecido típicamente que fue dispuesto con sentido por el autor o cuya evitación era previsible y disponible con sentido» [36].

b') El concepto de acción, que abarca por tanto lo intencional y lo que puede serlo, y tanto el hacer como el omitir, se reduce a continuación al ámbito de la conducta intencional prototípica: al hacer final [37]. Como la acción sin dirección planeada sólo puede ser un «proceso causal ciego», la «voluntad consciente del fin, que dirige el acontecer causal» se convierte en «columna vertebral de la acción final». «La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por ello, acontecer "final", no "causal". La "finalidad" de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento de los procesos causales, puede prever hasta cierto punto las consecuencias de su actuación, como consecuencia señalarse diversos fines y dirigir su actividad conforme a plan para la consecución de tales fines. Sobre la base de su conocimiento anticipado acerca de la causalidad, es capaz de orientar los actos singulares de su actividad dirigiendo el acontecer causal externo a un fin, supradeterminándolo finalmente. La actividad final es un actuar dirigido conscientemente desde el fin, mientras que el puro acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante de los componentes causales presentes en cada caso. Así pues, dicho gráficamente, la finalidad es "vidente"; la causalidad, "ciega"» [38]. 10

La dirección final se realiza, con arreglo a esta doctrina, en dos fases: 1) en la fase de la anticipación del fin, así como de la elección de los medios necesarios para la consecución del fin, teniendo en cuenta las consecuencias secundarias, y 2) en la fase de la ejecución en el «mundo real», lo que convierte a la acción (también) en un proceso causal, si bien «supradeterminado» [39]. Ejemplo [40]: El autor de un robo (fin: apropiación) planea al principio emplear violencia (fin intermedio), apretando el cuello a la víctima mediante una correa (medio del hecho), pero rechaza este medio a causa del elevado riesgo de muerte (consecuencia secundaria) y planea golpear a la víctima con un saco relleno de arena (nuevo medio; conclusión de la primera fase). Como al ponerlo en ejecución el plan no da resultado (el fin intermedio fracasa; fallo en la fase de realización), el autor recurre al plan anterior, el arriesgado (al medio «antiguo» como fin intermedio; vuelta a la primera fase); la víctima resulta asfixiada (se produce la consecuencia secundaria; ejecución en la realidad). En el ejemplo no se trata sólo de un acción final de robo, sino también de una acción final de homicidio [41].

---

[36] *Welzel*, ZStW, 51, pp. 703 ss., 720; *vid.* también *el mismo*, Naturalismus, pp. 81 ss.

[37] *Welzel*, ZStW, 58, pp. 491 ss., 505 ss.; *el mismo*, Um die finale Handlungslehre, pp. 9 ss.; *el mismo*, Das neue Bild, § 1; *el mismo*, Grünhut-Erinnerungsgabe, pp. 173 ss.; *el mismo*, NJW, 1968, pp. 425 ss.; *el mismo*, Strafrecht, § 8.

[38] *Welzel*, Strafrecht, § 8, I, 1, ante 1.

[39] *Welzel*, Strafrecht, § 8, I, 1 *a* y *b*.

[40] En BGH, 7, pp. 363 ss.

[41] *Vid. Welzel*, Strafrecht, § 8, I, 1 *b*.

11 *c')* Antes de abordar la crítica necesaria y de proseguir con el análisis del concepto final de acción, ha de resaltarse el estado alcanzado con esta teoría: La acción no es sólo —como en el concepto causal de acción— un eslabón entre el autor y un resultado que fundamenta la antijuricidad, sino que es incluso «expresión de sentido» [42], y sobre ella recae ya, en tanto que acción prohibida, el juicio de antijuricidad, o sea, que constituye injusto. El hecho de que en el delito doloso el dolo, como tipo subjetivo, tenga que ser presupuesto del injusto, es hoy —esto sólo— opinión dominante y el mínimo de cualquier doctrina del injusto personal. De todos modos, por «expresión de sentido» no debe entenderse aquí la toma de posición (actitud) individual ante la *norma*, pues la finalidad existe con independencia de una regulación normativa del ámbito de objetos configurados finalmente. En la esfera de las infracciones contra lo establecido normativamente, la acción final es una propiedad del comportamiento antijurídico, sea culpable o no. Cuando se habla de «expresión de sentido» se alude a la toma de posición *ante la configuración del ámbito de objetos* de las normas. Ejemplo: El médico que administra una inyección letal a un paciente aquejado de horribles sufrimientos, no manifiesta con su acción un desprecio hacia la norma contra el homicidio en tanto que norma general, pues puede considerar su conducta, con error inevitable, ajustada a Derecho; pero pone de manifesto que, en la situación que le es conocida va a tener lugar la acción de matar, infringiendo por tanto la norma (que en esta situación prohíbe matar). Y lo manifiesta también, si, como enfermo mental, no puede obrar culpablemente en virtud del § 20 del StGB, pero en este caso como «expresión de sentido» no enteramente imputable [43].

---

[42] *Welzel*, ZStW, 58, pp. 491 ss., 503.

[43] A este resultado se aproximarán los nuevos esquemas de filosofía del lenguaje. *Hruschka* interpreta la acción como aplicación de la regla que ha de apreciarse —por los demás sujetos, en cada caso— por un sujeto (Strukturen, p. 13 y *passim*), y *Kindhäuser* la interpreta como hacer, que se puede decidir, mediante el que el sujeto actuante está en condiciones de producir un resultado (Intentionale Handlung, p. 175, 202 y *passim*; *vid.* también *el mismo*, Rechtstheorie, 1980, pp. 479 ss.; *el mismo*, GA, 1982, pp. 477 ss., 487 ss.). Esta última versión se desarrolla desde la perspectiva del sujeto, y la primera desde la perspectiva de los co-sujetos (*Hruschka*, *op. cit.*, pp. 16 s., 21 s. y *passim*; ¡los argumentos de *Kindhäuser* contra *Hruschka* son los argumentos estereotipados de la teoría final de la acción!, *op. cit.*, pp. 200 ss.). En todo caso, según estas teorías, en la verificación de un acción no se trata de percibir un hecho, sino (en *Hruschka*) de una *interpretación* (*op. cit.*, p. 13); (en *Kindhäuser*:) «actuar es... la interpretación de una autorrealización intencional» (*op. cit.*, p. 207). Desde luego, *Kindhäuser* dice recientemente no entender ya el hecho punible como acción, sino como «resultado de una atribución graduada de responsabilidad que tiene por objeto el reproche por no haber tendido, por mor de la observancia de la norma, a evitar la realización del tipo» (Gefährdung, p. 25). Sobre la imprudencia, *vid. Kindhäuser*, Intentionale Handlung, p. 210, y ZStW, 96, pp. 1 ss., 15, nota 56, 102 ss., 120 ss.: «La imprudencia... es... una realización de tipo que el autor podría haber evitado o impedido si no hubiera sido incapaz de ello en el momento del hecho debido a una infracción de deber» (Gefährdung, p. 351). Así pues, para *Kindhäuser* la propia producción imprudente del resultado no constituye una acción (Gefährdung, p. 129). La imprudencia se transforma más bien en una especie de *actio libera in causa* (*op. cit.*). Pero en el delito de comisión imprudente no se trata de la infracción de un deber de obrar (*actio*) sólo después de verificar cuidadosamente, sino de *no obrar* si no se ha controlado previamente (*vid.* al respecto el ejemplo de *Kindhäuser*, Gefährdung, p. 77). Esquemas más recientes se acercan desde el sentido individual hacia el sentido comunicativo; *vid. v. Wright* y *Meggle*, Rechtstheorie, 20 (108989) pp. 3 ss.

c) Contra la concepción de *Welzel* se han formulado diversos argumentos, 12
que en parte obligaron al desarrollo ulterior de la teoría final [44].

a') Así, se aduce —no sólo bajo el efecto sugestivo de la palabra «final»— que la teoría se ajusta sólo a los hechos intencionales [45], una objeción que el propio *Welzel* había provocado al insistir en la actividad final, pues en puridad no puede afirmarse que las meras consecuencias secundarias se realicen finalmente. De todos modos, también existe una acción final cuando la finalidad no se extiende hasta las consecuencias, pues la *ejecución* de la acción, en tanto que concurre una acción voluntaria consciente, siempre es intencional, lo sean o no las consecuencias. Cuando las consecuencias no son intencionales, pero sí conocidas por el autor, la ejecución final de la acción es también «expresión de sentido» para esas consecuencias secundarias, y lo es en la medida en que sobre su evitación ha prevalecido el interés en ejecutar de la acción. Claro que entonces el acento de la relevancia jurídica de la acción se desplaza de lo perseguido intencionalmente a lo meramente asumido (*in-Kauf-genommen*). Lo intencional no interesa por su contenido, sino porque el autor, así como puede ejecutar lo intencional, también podría no hacerlo, evitando de este modo las consecuencias secundarias. Dicho de otro modo, lo final interesa sólo como elemento indiciario de que eran evitables las consecuencias secundarias conocidas.

b') A la inversa, se objeta que la separación entre la supradeterminación 13
vidente y la causalidad ciega no es la existente entre dolo y no-dolo, sino que es la separación entre dolo más imprudencia consciente y lo no-consciente [46]. Tal objeción se queda sin contenido en la delimitación entre dolo e imprudencia que aquí se adopta, dado que en ésta no queda espacio para la imprudencia consciente (*vid. infra* 9/3). Pero en la medida en que se reconoce la imprudencia consciente como forma de imprudencia, el problema no reside en cómo excluir*la* de la acción, sino en cómo se puede fundamentar la imprudencia *in*consciente como acción.

c') El hecho de que haya comportamientos debidos a «impulsos desinte- 14
resados y despreocupados» no obsta a considerarlos como actividad final [47]. No se trata de la utilidad de un comportamiento ni tampoco de si, más allá de su ejecución, se persiguen otros fines. Así, p. ej., un paseo, mediante el que no persigue nada distinto al mero pasear, también es acción final (acerca de los automatismos, *infra* 6/35 ss.).

d') Con mayor claridad aún que en las consecuencias secundarias de una 15
acción final abarcadas por el dolo, se convierte en irrelevante como actividad

[44] Se trata de la acción como presupuesto del injusto. En la medida en que a partir del concepto final de acción se afirman consecuencias sistemáticas que van más allá de la formación de un supraconcepto del comportamiento injusto (p. ej., para el requisito de hecho principal doloso en la participación; para la necesidad de dominio final del hecho en la autoría; para la necesidad de separación de dolo y conciencia de la antijuricidad), no se admiten aquí tales afirmaciones. De acuerdo con la sistemática que aquí se desarrolla, función de la imputación es servir de punto de vista rector de la formación del sistema, no siéndolo el concepto de acción. Las objeciones contra lo que da de sí el concepto final de acción no se tratan, pues, en el concepto de acción, sino en cada caso en el respectivo presupuesto de la imputación.

[45] *Hardwig*, Zurechnung, p. 81: *Schmidhäuser*, ZStW, 66, pp. 27 ss., 36 ss.

[46] *Engisch*, Kohlrausch-Festschrift, pp. 141 ss., 155 s.; *Gallas*, ZStW, 67, pp. 1 ss., 43.

[47] No obstante, de otro modo *Hall*, Fahrlässigkeit im Vorsatz, pp. 13 ss., 15.

final la finalidad referida a las consecuencias de la acción en las acciones imprudentes. La relación entre imprudencia (inconsciente) y acción final siempre ha sido problemática para la doctrina final de la acción. Tras diversos cambios [48], sobre todo debidos a la influencia de *Niese* [49], entre los partidarios de la doctrina final se ha impuesto la siguiente concepción: También la acción imprudente será final, pero no final para la consecuencia realizada imprudentemente, sino final para lo extratípico [50]. Se piensa sobre todo en los casos en que el sujeto que actúa imprudentemente persigue con su acción determinados resultados, pero no precisamente el resultado realizado imprudentemente. La imprudencia se añadiría a la acción final como cualidad, es decir, como modo de dirigir la ejecución opuesto al «cuidado necesario en el tráfico» [51].

Así formulada, la solución no puede satisfacer, ya que en ella el contenido de lo querido se halla desvinculado del tipo, e incluso es extratípico. En esa medida se trata, pues, de un acto voluntario en el sentido de la doctrina causal de la acción, con una denominación superflua del contenido de aquella voluntad que es precisamente irrelevante jurídicamente en cuanto a su contenido [52]. Ejemplo: Si, en caso de identidad de la *ejecución de la acción* se arroja pendiente abajo una roca que, por el ímpetu de la caída, puede previsiblemente matar a una persona, ello constituirá según esta teoría una acción imprudente de homicidio, con independencia de que el autor persiguiera otro objeto distinto o sólo quisiera saber hasta dónde llegaría rodando la piedra, o sólo despejar el camino, o probar si era capaz de apartarla del paso, etc. Las *consecuencias* perseguidas finalmente no interesan; lo único relevante es la *ejecución* de la acción —también final—. Y por esa limitación a la ejecución de la acción se puede seguir justificando el concepto final de acción, pues señala, en movimientos corporales que se ejecutan voluntariamente, el comportamiento prohibido en su aspecto concreto. Desde luego que en la ejecución final, con las consecuencias previsibles de un tipo imprudente, lo final no es lo injusto a causa de la finalidad, sino a causa de la evitabilidad final. La finalidad es, pues, aquí, sólo una manifiestación de la categoría relevante «evitabilidad».

16 *e')* Más importantes son las objeciones relativas a las reacciones automatizadas (con más detalle *infra* 6/35 ss.), es decir las reacciones que están tan interiorizadas que se originan por un estímulo desencadenante sin participación de la consciencia «despierta» y por tanto sin voluntad consciente. A estas reacciones, que llegan a ser especialmente relevantes para el Derecho penal en el tráfico rodado, les falta la finalidad consciente y con ello la supradeterminación «vidente». Pese a ello no falta toda finalidad, sino que más bien está pre-

---

[48] *Vid. Jakobs*, Studien, pp. 70 ss., con bibliografía; *Welzel*, § 18, Introducción 4.

[49] Finalität, pp. 53, 62 s.

[50] Aludiéndose sólo a la falta de finalidad referida al resultado del tipo de delito imprudente; naturalmente, la finalidad puede dirigirse *por su parte* al resultado de un tipo doloso. Ejemplo: Quien, al disparar a un blanco con una escopeta, acierta por error a un transeúnte, obra no finalmente en relación con esta lesión, pudiendo ser típico o atípico el disparar final al blanco elegido. *Vid.* asimismo *infra* 9/10 sobre *b*.

[51] *Welzel*, Strafrecht, § 18, Introducción 4; pormenorizadamente sobre la imprudencia, *infra* 9/1 ss.

[52] En este sentido la crítica de *Arthur Kaufmann*, H. Mayer-Festschrift, pp. 79 ss., 95; *el mismo*, JuS. 1967, pp. 145 ss., 147; *Struensee*, JZ, 1987, pp. 53 ss., 55 s.; *Jescheck*, AT, § 23 III 2 b; *H. Mayer*, Studienbuch, § 9 II; *Blei*, AT, § 20.

sente una finalidad prefigurada, aunque en la realidad se desenvuelva desde luego inconscientemente. Esta finalidad inconsciente no interesa —como la consciente— *per se,* sino sólo en la medida en que puede ser supraformada motivadoramente. Lo cual falta, p. ej., cuando el automatismo se despliega con tal rapidez que no queda tiempo para correcciones. La supraformación motivadora, a su vez, no depende forzosamente de la finalidad del automatismo: Si es que hay ejecuciones de acciones no coordinadas, que son supraformables motivadoramente, nada se opondría a su integración en el concepto de acción. En los casos límite se puede prescindir incluso de la finalidad inconsciente: No se trata de realizaciones finales de resultados, ni tampoco sólo de ejecuciones finales de acciones, sino de las condiciones de la evitabilidad del comportamiento. Naturalmente, estas condiciones se concretan en su mayor parte, aunque no necesariamente, en ejecuciones de acciones finales (al menos externamente).

f) Resumiendo la crítica [53]: La finalidad, como dirección consciente e in- 17
tencional de las *consecuencias* de la ejecución de la acción, no se extiende a las consecuencias secundarias, realizadas dolosamente, ni mucho menos a las consecuencias realizadas imprudentemente. Pero tampoco la ampliación del concepto de finalidad a la dirección consciente de la *ejecución* de una acción proporciona denominador común apropiado alguno, pues los automatismos no necesariamente se despliegan conscientemente. A fin de cuentas, la finalidad es una metáfora que se refiere, abreviándolas (!), a las condiciones del comportamiento evitable, y nada más [54].

5. *¿La acción como finalidad externa?*

a) No sólo en los automatismos, sino también en los casos límites de los 18
actos pasionales *(Affekttaten)* y en los hechos de personas con alto grado de embriaguez (*infra* 6/42), falta la consciencia de alcanzar fin alguno mediante acciones corporales, es decir, falta una finalidad en el sentido de la doctrina final de la acción. Por ello se ha propuesto renunciar, en la determinación del concepto de acción, al hecho de que el sujeto actuante sea consciente de la intencionalidad de su acción (lo que también en la solución aquí propugnada se considera necesario), pero no renunciar a la finalidad, sino más bien, en tanto que finalidad externa, desconectarla de las vivencias subjetivas que la acompañan.

---

[53] Acerca de la polémica en torno a la doctrina final de la acción, *vid.* además las siguientes controversias: *Engisch*, Kohlrausch-Festschrift, pp. 141 ss.; sobre ello, *Welzel*, Lehrbuch, 2, pp. 24 s.; *Bockelmann*, Über das Verhältnis, etc., pp. 20 ss.; sobre ello, *Welzel*, Um die finale Handlungslehre, *passim*; *Mezger*, Moderne Wege, *passim*; al respecto, *Niese*, Finalität, *passim*; *Rittler*, JurBl., 1955, pp. 613 s.; sobre ello, *Welzel*, JZ, 1956, pp. 316 s.; *Nowakowski*, JZ, 1958, pp. 335 ss., 388 ss.; al respecto ello, sin embargo, *el mismo*, JurBl., 1972 pp., 19 ss.; *Roxin*, ZStW, 74, pp. 515 ss.; sobre ello, *Welzel*, Vom Bleibenden und Vergänglichen, *passim* = Grünhut-Erinnergungsgabe, pp. 173 ss.; más bibliografía en *Welzel*, Strafrecht, § 8, III, 2 *in fine*. Críticamente sobre el estado actual, *Schmidhäuser*, JZ, 1986, pp. 109 ss.

[54] La posterior explicación de *Welzel* del concepto final de acción como «consideración biocibernética» (Strafrecht, § 8, I, 1 *b in fine*; *op. cit.*, § 18, ante II *fine*; *el mismo*, Maurach-Festschrift, pp. 3 ss., 8) indica el cambio hacia las condiciones de la dirección de la acción; naturalmente, la anticipación del acento desde lo actualmente dirigido a lo evitable, aquí propuesta, va más allá de la reinterpretación de Welzel; *vid.* también *Stratenwerth*, Welzel-Fetschrift, pp. 289 ss., 299 s.; sobre el estado actual, *vid. Hirsch*, ZStW, 98, pp. 831 ss., 94 ss., 329 ss.

Así pues, acción es lo que se ejecuta en una «adaptación» aún cognosciblemente «regulativa» o «mutabilidad adaptativa» de las reacciones corporales «manteniendo un fin inmutable» [55]. La finalidad externa realmente existente puede ser más o menos clara; el *quantum* suficiente para afirmar la presencia de una acción debe determinarse mediante una «decisión valorativa» [56]. «Desde las acciones voluntarias en sentido propio con una participación subjetiva, claramente experimentada, en el acto del movimiento, pasando por los hábitos, hasta los simples reflejos, como el patalear, se pueden presentar matices variables no sólo en la medida en que la participación subjetiva del autor en el acto del movimiento disminuye cada vez más, de modo que los procesos inferiores de motilidad se desenvuelven finalmente sin el mínimo correlato de la consciencia (...); también para el observador va perdiendo importancia la adaptación regulativa a los sucesos esperados en el futuro y a los fines pretendidos, es decir, la finalidad, y en los reflejos inferiores, como en el patalear, surge al final la impresión de una causación, ya sólo mecánica, del movimiento mediante el golpe en el tendón. Pero la adaptación regulativa no desaparece en modo alguno» [57].

19 *b)* Este esquema de solución [58] repite el error de la doctrina final de la acción: vincula el concepto de acción sólo a las propiedades del acto ejecutado, descuidando la cuestión de las alternativas que el autor tiene. Al final, la solución es en parte muy estricta y en parte muy amplia. Muy estricta porque la finalidad externa debe ser condición mínima de una acción; pero no decide lo formado del acto, sino su evitabilidad. Y muy amplia en cuanto que incluye como acción aquellas reacciones corporales externamente finales que no se pueden evitar; de ese modo el concepto de acción pierde su función delimitadora. Finalmente, esta solución confunde la distinción entre comisión y omisión: El automatismo que se puede anular mediante motivación y el movimiento reflejo en cortocircuito que sólo es evitable mediante *actividad contraria* (movimiento convulsivo de un músculo, etc.), por la finalidad externa, se convierten ambos en acción.

B. La acción como causación del resultado individualmente evitable

1. *La distinción entre dirección de la acción y control del impulso*

20 En la determinación del concepto de acción no se trata sólo de imputar su acción a un sujeto, sino que al establecer el concepto de acción se determina simultáneamente lo que es un sujeto y lo que es su acción. De todos modos, el Derecho penal vigente determina que sujeto actuante sólo puede serlo una persona física y no una persona jurídica (*vid. infra* 6/43 ss.). La constitución psicofísica de la persona, relevante para el injusto penal, no está establecida

[55] *Schewe*, Reflexbewegung, pp. 57 ss., 109 con nota 169.

[56] *Schewe*, *op. cit.*, pp. 67, 70, 146.

[57] *Schewe*, *op. cit.*, p. 67; el mismo, en: Handlungsanalyse, pp. 1 ss., 7.

[58] Sobre *Schewe*, *vid. Stratenwerth*, AT, núm. marg. 148; *el mismo*, ZStW, 85, pp. 469 ss.; *el mismo*, Welzel-Festschrift, pp. 289 ss.; *Jakobs*, Welzel-Festschrift, pp. 307 ss., 310 ss.; *el mismo*, en: Handlungsanalyse, pp. 2 ss., 26 ss.; *Krümpelmann*, Welzel-Festschrift, pp. 328 ss., 337 s.; *Ziegert*, Vorsatz, pp. 31 ss.

desde el principio. Ya la diversidad de los conceptos de acción hasta ahora manejados en el injusto entraña también una diversidad de sujetos actuantes: El sujeto que actúa voluntariamente en el concepto causal de acción está menos especificado que el sujeto que actúa directivamente en el concepto final de acción.

Tanto para el concepto causal de acción como para el concepto final debe 21
tratarse de *actos voluntarios*. Con lo cual ya está decidido que no importa el *origen* de la voluntad; la dirección de la voluntad (el control de los impulsos, en contraposición a la dirección de la acción como realización de la voluntad) no influye en absoluto en la existencia de una acción [59]. Esta decisión supone también una decisión sobre el sujeto al que se le imputa: En el ámbito del injusto, éste no puede distanciarse del origen de su voluntad, invocando p. ej., que su voluntad de actuar ha surgido de un modo y con una fuerza desproporcionados para él y que no ha sido capaz de reprimir que surja su voluntad. Ejemplo: Si ante un objeto ajeno codiciado «el impulso de poseer desborda simplemente... a los esfuerzos contrarios» y el apoderamiento de la cosa se origina por el «puro juego de fuerzas de los instintos» [60], ello no altera nada en el carácter de acción del apoderamiento. *En la determinación del sujeto de la imputación se declara sistema una estructura psicofísica de la cual en el ámbito del injusto sólo interesa el* output *en forma de actos voluntarios* (concepto causal de acción) *o de actos dirigidos* (concepto final), mientras que el control de los impulsos, en el ámbito del injusto, es asunto (interno) del sistema, es decir, es asunto del sujeto de la imputación. Por ello no concurre acción alguna, ni siquiera una acción lícita, cuando el sujeto consigue, denodamente y tras mucho luchar, reprimir los impulsos que le empujan a actuar antijurídicamente; los deseos que siguen siendo motivadores no son *output*, sino asunto propio del sistema «sujeto de la imputación». El dominio de uno mismo no es acción en sentido penal, pero el sujeto arrastrado por la explosión de sus impulsos actúa. *«El concepto penal de acción es, pues, una noción equívoca de lo que ha de analizarse; se trata de lo que es un sujeto, de lo que es mundo exterior para el sujeto y de cuándo se puede vincular la conformación del mundo exterior con el sujeto (imputársela)* [61].

El excluir, tal como se acaba de esbozar, el control de los impulsos del con- 22
cepto de acción y consiguientemente del injusto, no tiene lugar forzosamente desde el punto de vista ontológico o de lógica objetiva, sino que es el resultado del intento de formular la clase de expectativas penalmente relevantes y de sus garantías en el contacto social [62]. No hay aquí una decisión igualmente válida para todas las formaciones sociales [62a]. Así, p. ej. —en el ámbito de lo extra-

[59] Con detalle, también sobre las dificultades de diferenciar, *Krümpelmann*, ZStW, 87, pp. 888 ss.; *vid.* además *Burckhardt*, en: Jenseits des Rubikon, pp. 319 ss., 329.

[60] Beispiel nach *K. Schneider*, Zurechnungsfähigkeit, p. 21.

[61] *Luhmann*, Soziologische Aufklärung, t. III, pp. 50 ss., 57 s., así como 67 ss.

[62] *Vid. Bloy*, ZStW, 90, pp. 609 ss., 656. A pesar de excluir del injusto la *dirección* de los impulsos, determinados *tipos* de impulsos pueden pertenecer al injusto; ello es así incluso a menudo. *vid. infra* sobre los elementos subjetivos del injusto, 8/91 ss. Se trata únicamente de que el dominio del impulso no es problema del injusto. *Vid.* sobre ello *Krümpelmann*, ZStW, pp. 888 ss., 896 s.

[62a] Por eso hay que darle la razón a *Gallas* cuando rechaza, tanto para la comisión como para la omisión, «un concepto natural de acción al que estén unidos como atributos los demás elementos del delito» (Studien, p. 49; *el mismo*, ZStW, 67, pp. 1 ss., 8 ss.). No se trata de naturaleza.

penal—, las expectativas de los padres frente a su temperamental hijo de cuatro años pueden consistir en que aprenda a resistir el asalto de los impulsos. Cuando se cumple la expectativa, ello se alaba como logro positivo (acción) y cuando no se cumple ello se censura como omisión de una acción esperada. No se define, pues —de modo distinto al Derecho penal— al niño, incluidos sus impulsos, como sistema de imputación, sino que sistema de imputación es sólo el sujeto que se enfrenta a la represión de los impulsos; los impulsos son más bien, en este modelo de acción, el mundo que el sujeto ha de configurar, lo objetivo. De modo enteramente análogo suelen estar estructurados los modelos de acción psicológicos y psiquiátricos, que se determinan mediante las expectativas frente al sujeto del experimento o frente al paciente, acuñadas según la respectiva rama del saber.

La imputación penal del injusto no puede permitirse tener en cuenta hasta tal punto la constitución de cada individuo, pues el Derecho penal debe posibilitar también la seguridad de la expectativa en contactos sociales poco asegurados y anónimos, es decir, en situaciones en que tener en cuenta el aspecto de los impulsos está descartado ya por falta de previsibilidad. En una palabra: Las expectativas frente a quien viaja con uno en el tren residen en que, con independencia de especulaciones sobre grupos de impulsos, se comporte motivado por el Derecho. Así pues, ni el concepto causal de acción ni el final tienen en cuenta el aspecto de los impulsos. Se distinguen sólo en el ámbito de la dirección de la acción: El concepto causal de acción elige la amplitud mayor posible (equiparación a la causalidad), mientras que el concepto final de acción limita el injusto, al menos en el ámbito del dolo, a los sucesos dirigidos por el individuo.

2. *Excurso: Concepto social de acción*

23 Una vía intermedia la busca la doctrina del *concepto social de acción*, en virtud de la cual la dirección de la acción no se agota en la causalidad ni ha de determinarse individualmente; más bien la dirección de la acción debe indagarse de un modo objetivamente generalizador, es decir, que en el ámbito del injusto las desviaciones del modelo objetivamente generalizador se convierten en asunto interno del sujeto. Las propuestas formuladas hasta ahora divergen señaladamente [63]. En ocasiones se generaliza considerando al autor como «una

sino de imputación, y dentro de ella específicamente de imputación jurídico-penal. Cuando *Gallas* más adelante descarta la conexión con datos prejurídicos basándose en que «el Derecho, como principio autónomo de conformación adecuada de la vida comunitaria», se crea «él mismo la materia social a la que se refiere» (Studien, p. 42), ello es ciertamente exagerado, pero acertado en el fragmento que aquí interesa: La imputación *jurídico-penal* no puede ser un trasunto completamente fiel de la socialidad al margen del Derecho penal. Sin embargo, todo esto no excluye que, *dentro* de la imputación jurídico-penal al injusto, se indaguen grados de imputación (comportamiento, ulterior imputabilidad objetiva, dolo e imprudencia). Al señalar *Gallas* que el plano del comportamiento no se puede formar como grado común, dado que la omisión sólo es una «imagen mental», mientras que la acción representa un «fragmento de la realidad social» (Studien, p. 54), hay que objetar lo siguiente: La acción no es relevante socialmente en tanto que movimiento corporal que causa, sino como esquema interpretativo del acontecer social; y a éste no le va en zaga una omisión en nada. El comportamiento es un esquema parcial en el esquema interpretativo «injusto».

[63] Tales propuestas en parte sólo destacan la relevancia social de conceptos de acción fundamentados de otro modo, o son limitaciones de tales conceptos sociales mediante el requisito de la

persona responsable dotada de un entendimiento normal» [64], en otras se atiende —más estrictamente— a «la típica persona media en determinados roles y situaciones sociales (p. ej., como conductor o médico)» [65] o —desde el punto de vista de la víctima potencial— a las capacidades que se pueden esperar [66], o en otras al «contenido de sentido objetivamente cognoscible» de la acción como «unidad funcional de sentido» [67]. Dicho gráficamente: Una acción de determinada clase, p. ej., una acción de matar, concurrirá —según esta teoría— si la persona normalmente dotada, o quien debe desempeñar determinado papel, habría ejecutado una acción idéntica, habiendo tenido presentes justamente las consecuencias de esa determinada clase de acciones (la muerte).

3. *La evitabilidad individual*

a) A pesar de esta nivelación de la dirección de la acción, en el concepto 24
social la acción conserva un perfil más definido que en el concepto causal. Pero por medio de la nivelación ya de la dirección de la acción el sujeto se diluye en el estándar como si no fuera un sujeto, sino un modelo del portador, dotado normalmente, en el contacto social. Si bien una nivelación tal puede estar justificada en Derecho civil, no puede convencer en Derecho penal, pues la imputación penal, que está orientada a las capacidades individuales, trasciende a los roles. Lo cual no querrá decir que haya que extraer forzosamente consecuencias de no haber cumplido (de modo individualmente reprochable) las exi-

---

relevancia social. La doctrina se inicia con *Eb. Schmidt* (Arzt im Strafrecht, § 28 y § 30), recurriendo al «sentido social» del comportamiento, no siendo ya la «enervación muscular» y el «movimiento corporal» ni siquiera «objeto de referencia de la valoración jurídica». Junto a esta concepción genuinamente referida a lo social, surgen otras secundariamente sociales, como la teoría, que atiende a la dirigibilidad objetiva, de *Engisch* (Kohlrausch-Festschrift, pp. 141 ss., 160 s.), *Larenz* (Hegels Zurechnungslehre, pp. 94 ss.), *Oehler* (Objektives Zweckmoment, pp. 71 ss., 124 ss.; *el mismo*, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 232 ss., 236 s.), entre otros; se trata de limitaciones de la amplitud desbordada del concepto causal de acción. *Jescheck* reúne en el «comportamiento humano socialmente relevante» (AT, § 23, IV, *i)* el actuar final del comportamiento doloso y el comportamiento objetivamente dirigible del comportamiento imprudente (dudoso en relación con la objetividad: en AT, § 23, IV, 1, se trata de la «posibilidad de reaccionar disponible —para el autor— conforme a su libertad»; en *op. cit.*, § 55 I, se trata del cuidado objetivo, así como la inactividad cuando existe una expectativa de acción, en la omisión; *el mismo*, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 139 ss., 151 ss.; igualmente, *Wessels*, AT, § 3, II, 2 *c);* en todo caso, en el ámbito de la comisión dolosa, el objeto de referencia es aún pre-social, y por tanto secundariamente social el concepto de acción. Más bibliografía en seguida en relación con el texto. Para la crítica, *vid. Otter*, Funktionen, pp. 37 ss., 74 ss.; *Bloy*, ZStW, 90, 609 ss.; *Schünemann*, GA, 1985, pp. 341 ss., 346 s.; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 16, núm. marg. 50 ss.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 33 ss., ante § 13. Sobre el problema del supraconcepto que englobe el hacer y el omitir, *vid. infra* 6/31 s.

[64] *E. A. Wolf*, Handlungsbegriff, p. 32, con acertadas observaciones sobre la realidad social de la individualidad, nota 89 a, p. 31; *el mismo*, Radbruch-Gedächtnisschrift, pp. 291 ss., 299.

[65] *Maihofer*, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 156 ss., 177; *vid.* también *el mismo*, Rittler-Festschrift, pp. 141 ss., 148; *el mismo*, ZStW, 70, pp. 159 ss., 171; de este modo cabe afirmar que se ha abandonado la definición de *Maihofer* de la acción como suceso exclusivamente externo («comportamiento dirigido a la lesión de bienes sociales», Handlungsbegriff, p. 72; de forma semejante, *v. Weber*, Engisch-Festschrift, pp. 328 ss., 332 s.); contra esta última versión, *Gallas*, ZStW, 67, pp. 1 ss., 12, nota 36; *Armin Kaufmann*, Dogmatik, pp. 23 s.; *Welzel*, Strafrecht, § 7 II.

[66] *Schöneborn*, GA, 1981, pp. 70 ss., 798 ss.

[67] *Eb. Schmidt*, Engisch-Festschrift, pp. 339 ss., 341.

gencias de *un* rol, siempre, en todo papel, pero que sí puede ser así, ya que en caso de reprochabilidad individual el no cumplir las exigencias no se basa en los elementos identificadores de un titular de un rol, sino que afecta también a la parte del sujeto que fundamenta la unidad, en distintos roles, del portador, es decir, los elementos de identidad independientes de roles. Por expresarlo con un ejemplo: Un cirujano que en su trabajo no pone cuidado, lo que le es individualmente evitable, no puede eludir las dudas sobre su competencia en otros roles aduciendo que el hecho de no haber cumplido las exigencias ha sido específico de un único rol. Así pues, el autor debe soportar en otros ámbitos de la vida el estigma que ha adquirido en uno de ellos. Por eso, el hecho no sólo da motivo para distanciarse a aquellas personas que tienen trato con él en aquel papel cuyas exigencias no ha cumplido, sino que se le aísla, trascendiendo a todos los roles. Función de la imputación individualizadora es posibilitar una distanciación del autor lo más amplia posible [67a]. En esta concepción no se deja de tener en cuenta el estándar, pues determina instituciones de la imputación objetiva (comisión referida a garante, riesgo permitido, principio de confianza), pero ello *junto a* la individualización, no en lugar de ella.

La garantía individualizadora tiene por contenido que las normas jurídicas siempre sean el motivo dominante. Lo que aparece en el individuo, sobre la base del motivo dominante, en cuanto a ejecución de acciones, depende de la capacidad individual para dirigir la acción. Si ya no se frustran las posibilidades de la dirección individual de la acción, como ocurre cuando el individuo causa inevitablemente (ni siquiera imprudentemente) un resultado, p. ej., una muerte, falta una expresión de sentido individual de que algo es más importante que respetar con carácter dominante la vida humana; falta, pues, un proyecto no conforme a Derecho y la norma no resulta lesionada. Un acto no llega a ser «expresión de sentido individual» mediante propiedades psíquicas (o de otro tipo) *per se,* sino mediante la intelección de qué es un sujeto y cuándo éste es responsable de las consecuencias de su organización. No se trata, por tanto, de un problema de Psicología, sino de teoría de la imputación. La interpretación de la norma orientada subjetivamente en tan gran medida no goza desde luego de validez general [67b], sino que constituye el intento de una descripción de condiciones de interacción practicadas efectivamente en el ámbito del Derecho penal. La posibilidad de atender en la imputación a lo pretendido individualmente (dolo) o a lo pretendible individualmente (imprudencia), y no a lo realizado, presupondría que las interacciones no acaben en daño con alta probabilidad. Allí donde existe fundamento para una gran desconfianza, el concepto de acción se vuelve más objetivista (*vid.* también *infra* acerca de la culpabilidad 17/3), así como también en las interacciones ritualizadas; ejemplo: Quien en el *foyer* de la ópera empuja a un espectador, no puede sustraerse a la inculpación alegando que no había podido evitar el empujón.

25 En definitiva, pues, el control de los impulsos ha de excluirse del concepto de acción, pero la dirección de la acción ha de determinarse siempre en fun-

[67a] *Jakobs*, en: Der Sachverständige, pp. 271 ss., 274 s.

[67b] No es éste el lugar de demostrar tal interpretación, sino sólo de hacerla plausible; críticamente, *Lippold*, Rechtslehre, pp. 308 s. nota 67.

ción de las capacidades individuales del autor [68]. Sólo así puede garantizarse que la expresión de sentido de la acción sea en todo caso expresión de sentido de un sujeto. La doctrina final de la acción procede así, en definitiva, también en los hechos dolosos; lo único que hace falta es transferir la evitabilidad residente en la finalidad, en el ámbito del dolo, a los hechos imprudentes y a las reacciones automatizadas, como criterio decisivo.

En la solución aquí elegida el injusto no es ni perturbación de la existencia del bien jurídico (como en el concepto causal de acción) ni perturbación de la seguridad del bien jurídico (como en las teorías de la tentativa de orientación causalista), sino objetivación de una actitud incorrecta ante la norma (pudiendo la norma establecer un estándar, como especialmente en los delitos de peligro abstracto, o pudiendo interpretársela por medio de estándares, es decir, por medio de la imputación objetiva). Se atiende a la mencionada actitud porque proporciona la posibilidad de una interacción densa mediante la posibilidad de libre determinación de la propia organización. Por expresarlo con un ejemplo: Si estuviera regulado todo movimiento corporal, si, por tanto —en caso de estandarización exhaustiva por medio de la ley— no hubiera libre determinación de la propia organización, le quedaría al concepto de acción tan poco que aportar como, a la inversa, en el estado de naturaleza hobbesiano, de libertad absoluta, en el que no se garantiza posibilidad de interacción alguna.

b) El concepto de la evitabilidad: En la evitabilidad no importa si el autor 26
puede conocer que está prohibida la ejecución de la acción en sí (delitos de mera actividad, tentativa) o por sus consecuencias (delitos de resultado). La evitabilidad es, pues, independiente de la cognoscibilidad de la regulación jurídica y tiene que ser así porque la cognoscibilidad no aporta nada en absoluto al poder del autor de realizar o no realizar algo, sino que sólo da un buen motivo al autor leal al Derecho para utilizar su poder a fin de evitar lo prohibido (así como para realizar lo prescrito): La cognoscibilidad del Derecho pertenece al

[68] En relación con el concepto intencional de acción de *Schmidhäuser* existe la siguiente diferencia: *Schmidhäuser* entiende el injusto como lesión de una pretensión de respeto (AT, 6/6), lesión que debe producirse mediante un comportamiento voluntario (AT, 6/7 s.; 8/19 ss.; análogamente, *Alwart*, Recht, pp. 114 ss.); el comportamiento voluntario debe consistir al menos en querer el movimiento corporal (AT, 8/23; Studienbuch, 5/10: la acción base). Si se prescinde del problema de los automatismos, no solucionable así, o incluso de las actividades corporales que han salido mal en la ejecución de la acción, queda el problema ulterior de cómo una pretensión de respeto, en calidad de ser espiritual (AT, 2/30, 35), puede verse lesionada por un comportamiento voluntario. Así ocurre si el comportamiento voluntario es igualmente más que un dato psíquico, es decir, si no se atiende sólo a que se quiere algo que después produzca consecuencias, sino a que el sujeto que quiere tenga acceso al sentido espiritual de aquello de lo que se trata. Pero este acceso, o sea, el carácter doloso o imprudente del comportamiento voluntario, en *Schmidhäuser*, como en los causalistas, queda fuera del concepto de acción y del injusto, y es parte de la culpabilidad (AT, 6/13, 10/32). Ello sólo se modifica marginalmente cuando en el supraconcepto de acción intencional se introduce, junto a la acción base, una acción de consecuencias, que abarca también las consecuencias queridas (pretendidas) como parte de la acción (Studienbuch, 5/10, 5/13 ss.), pues con esta ampliación, la acción se sigue determinando aún como dato psíquico (en función de lo querido). La consecuencia evidentemente preferible del planteamiento de *Schmidhäuser*, es decir, liberar a la dolosidad de la voluntad (AT, 7/36 ss.; 8/26 ss.; 10/31 ss.) cabe alcanzarla igualmente desde el planteamiento, que aquí se defiende, de determinar la acción sirviéndose de una hipótesis; *vid. infra* 8/8.

control de los impulsos, no a la dirección de la acción, por lo que es, en el ámbito del injusto, asunto propio (interno) del sujeto de la imputación.

27 La evitabilidad se determina con ayuda de la hipótesis de que el autor, si hubiese tenido el motivo dominante [69] de evitar una determinada acción, la habría evitado. Así pues, el motivo se da por supuesto meramente; cómo se desenvuelve, no interesa en el ámbito del injusto [70]. Ejemplo: Si alguien arroja tejas desde el tejado a un camino, puede evitar la acción «arrojar tejas a un camino», y ello, cuando las está arrojando conscientemente, con sólo omitir continuar haciéndolo; si él no es consciente en realidad de que por donde está arrojando tejas pasa un camino, o las arroja sin participación de la consciencia actual, en un automatismo, aun así puede evitar la acción si, supuesta una motivación dominante (no arrojar teja alguna a un camino), reconocería las características propias de la acción que está realizando y entonces la omitiría. Desde luego, el autor puede ahorrarse el esfuerzo de evaluar las consecuencias de su acción omitiendo *per se* todas las acciones con consecuencias desconocidas. Para la evitablidad es indiferente si el autor está interesado en no arrojar teja alguna al camino, o si le es igual, porque, p. ej., no está prohibido, o porque él no conoce la prohibición, o porque no le importa que esté prohibido: El control de los impulsos es, en el ámbito del injusto, cosa suya. Pero sí es inevitable la acción si el autor no puede reconocer que allí donde arroja las tejas discurre un camino, o que las tejas que arroja caen donde discurre un camino —éste sí conocido—: Entonces, el autor ejecuta aún la acción «arrojar tejas», pero ya no la acción «arrojar tejas a un camino». Lo que es contenido de una acción depende, pues, de la respectiva capacidad de conocer del sujeto actuante. Lo mínimo de resultado externo es un movimiento corporal (evitable de haber prevalecido el motivo de su evitación). Si la acción se define como causación evitable del resultado, no se trata de causación de resultados en el sentido de los delitos de resultado (¡también en la tentativa se actúa!), y ni siquiera necesariamente de la causación de un suceso típico, sino de todos los movimientos corporales cognoscibles en su conformación y —si a su vez son cognoscibles— de sus consecuencias [70a].

La causación del resultado individualmente evitable es el supraconcepto que engloba el actuar doloso e (individualmente) imprudente. El conocimiento de la ejecución de la acción y en su caso de sus consecuencias (en el dolo), o la cognoscibilidad individual (en la imprudencia), como condiciones de la evitabilidad, pertenecen a la acción y, por tanto, al injusto. En el ámbito del dolo,

---

[69] Este modelo parte de la idea de que la convicción dominante acerca de lo preferible que es una alternativa de comportamiento, «clarifica» el aspecto de los impulsos. Tal idea es menos aceptable ya para el plano de la acción en la medida en que el aspecto de los impulsos, mientras que tiene lugar el comportamiento relevante, se ve perturbado actualmente por impulsos corporales contrarios. Ejemplo: ¿Es acción sacar la mano del agua hirviendo porque no se hubiera sacado la mano de haber dominado la motivación de dejarla dentro? O, en relación con la omisión: ¿Es cualquiera capaz de ahogar todo grito incluso cuando se sufre el dolor más intenso, motivándose de modo dominante a mantener cerrada la boca? En caso de impulsos contrarios muy enérgicos, se tendrá que considerar al sujeto —como en el estado de sueño o de inconsciencia— como no motivable dominantemente a la evitación.

[70] *Vid.* sobre ello, *Jakobs*, Welzel-Festschrift, pp. 307 ss., 309 s.; *el mismo*, Studien, pp. 34 ss.; *Armin Kaufmann*, Dogmatik, pp. 38 ss.; *Kindhäuser*, GA, 1990, pp. 407 ss., 416.

[70a] Lo cual lo interpreta incorrectamente *Lippold*, Rechtslehre, p. 253 con nota 9.

pues, no existe en definitiva diferencia alguna con el concepto final de acción: sólo que el punto de vista se ha desplazado desde la finalidad en relación con el resultado a las condiciones de la evitabilidad del resultado. Este cambio del punto de vista proporciona un concepto de acción que incluye genuinamente acciones imprudentes, también como reacciones imprudentes automatizadas, y ello a través de las respectivas condiciones de la evitabilidad [71].

4. *La separación de acción y omisión*

a) *La distinción*

28 La argumentación precedente atiende a si el autor ejecuta una acción de determinada clase (delitos de mera actividad) o de determinadas consecuencias que van más allá de la actividad (delitos de resultado), es decir, de si hace algo. El concepto de acción se trata ahí como concepto de los delitos de comisión, en los que el autor causa (una ejecución de una acción o una ejecución de una acción más consecuencias). Pero no sólo hay responsabilidad por causaciones, sino también por omitir evitar un suceso cuyas condiciones ya han sido puestas suficientemente por otra parte. También el delito de omisión presupone la evitabilidad, aunque frente a la comisión, en relación inversa con la motivación y con el movimiento corporal. En la comisión, una concurrencia de impulsos consciente o inconsciente conduce a la formación de un motivo para el movimiento corporal y éste causa un resultado; en la omisión se produce un suceso que no se habría producido si el autor se hubiera motivado a impedirlo y hubiese realizado los movimientos corporales necesarios. Así como en la comisión la evitabilidad es el dolo o la imprudencia de la *propia* conducta, del mismo modo también en la omisión la evitabilidad está vinculada a la propia conducta. Por eso no sólo contiene el conocimiento o la cognoscibilidad de las condiciones de la producción de un resultado, sino además que esas condiciones dependen de la propia conducta, es decir, la posibilidad propia de influir en el suceso.

29 Si se equiparan evitabilidad y acción y se define la acción como un suceso que designa una *diferencia* (p. ej., vida) entre un hacer (p. ej., matar de un disparo o salvar de la muerte) y un omitir (p. ej., no disparar o no salvar), *con independencia de cuál* de ambas alternativas se realice, entonces la omisión se ajusta al concepto de acción, y la acción es el supraconcepto que abarca tanto comisión como omisión. Pero si se atiende a *cuál* de las alternativas se realiza, entonces hay que buscar para la realización mediante causación (actuar, cometer, hacer) otro nombre distinto que para la producción de un resultado que no se evita (omitir, comisión por omisión), aun cuando ambas alternativas permanezcan idénticas en la *característica* de resultado y también en la medida en que se pueden designar conjuntamente: Ambas son formas de *comportamiento* humano.

30 Aquí se elige una terminología en la que sólo el hacer se designa como acción, y para la cual una omisión es una conducta en la que falta una acción.

[71] En definitiva como aquí, *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 158 ss., 161; *SK-Samson*, § 16 apéndice, núm. marg. 13 ss.; sobre el conjunto, *vid. Jakobs*, Welzel-Festschrift, pp. 307 ss., 308 ss.

Sin embargo, acción y omisión tiene en común el ser formas de conducta de la persona. En relación con la conducta delictiva: En la acción hay un motivo de más, y como consecuencia de éste un movimiento corporal de más: el motivo delictivo (el autor ha causado algo prohibido, que habría debido omitir), en la omisión hay un motivo (etc.) de menos: el motivo de evitar el resultado delictivo (el autor no ha causado algo prohibido, pero habría debido actuar) (acerca de todo ello *vid. infra* 28/3).

b) *El supraconcepto común*

31 Con independencia de esta separación terminológica [72] de acciones y omisiones, persiste el problema de hasta qué punto el supraconcepto de conducta humana contiene algo más que la mera suma de los presupuestos del actuar, por una parte, y del omitir, por otra; de hasta qué punto, pues, tanto acción como omisión presentan elementos comunes. Falta un carácter común [73] tanto antes cuanto más se vincule el concepto de acción, sin consideración a las alternativas que se le abren al sujeto, *únicamente* a hechos psíquicos y físicos que tienen lugar en el actuar. Por ello se puede formar, en todo caso para el concepto causal de acción, un supra-«concepto» comprensivo de acción y omisión que proporcione un nombre (pero no un concepto) para el hecho de que en el Derecho penal tanto acciones como omisiones pueden ser punibles. *Radbruch*: «La omisión no es que sólo tenga en común con la acción los elementos voluntad, hecho y causalidad entre ambos, sino que se agota más bien en negarlos. Si poseyese, en lugar de ésos, otros elementos positivos, aún habría esperanza de reducirla junto con la acción a un común denominador. Pero así como la afirmación y la negación, A y no A, no se pueden reunir bajo un supraconcepto, tampoco se pueden reunir acción y omisión, ¡llámese el supraconcepto acción en un sentido más amplio, conducta humana, o como sea!» [74]. El concepto final de acción llama finalidad al elemento en el que se debe concentrar la capacidad de, en una alternativa, decidirse, y por ello puede encontrar en la «capacidad de acción» el «elemento fundamentador de la comunidad entre acción y omisión» [75]. El concepto social de acción en parte se desarrolla precisamente con la función de fundamentar la comunidad entre acción y omisión [76].

---

[72] Acerca de las posibilidades terminológicas, *vid. Maihofer*, Handlungsbegriff, pp. 12 ss.; *Klug*, Emge-Festschrift, pp. 33 ss.; en profundidad, exponiendo el —en parte contradictorio— uso lingüístico, *Schmidhäuser, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift*, pp. 131 ss., 137 ss.

[73] Sobre los problemas lógicos de la formación de conceptos, *vid. Engisch*, Welzel-Festschrift, pp. 343 ss., 355 ss.; *vid.* también *Weinberger*, Klug-Festschrift, pp. 199 ss., 208 s. Acerca de la posición de *Gallas*, *vid. supra* 6/nota 62 a. Sociológicamente (separando tajantemente acción y omisión, como si la acción no presupusiera también expectativas sociales), *Geser*, Kölner Zeitschrift, 1986, pp. 644 ss.

[74] Handlungsbegriff, p. 140. Acertada crítica, desde el punto de vista lógico, de *Lippold*, Rechtslehre, p. 255.

[75] *Armin Kaufmann*, Dogmatik, pp. 84 s.; naturalmente, de otro modo, *Maurach-Gössel*, AT, II, § 45, núm. marg. 17 ss.; *Gössel*, Wertungsprobleme, pp. 94 s.; según los cuales también la omisión es final: También la inactividad corporal se emplea hacia un fin y por eso es acción. Pero olvidar una cita (omisión) o contemplar impertérrito un accidente o desgracia sin socorrer (omisión) no son empleos *finales* de inactividad. Con más detalle, *infra*, sobre el aspecto subjetivo del delito de omisión 29/82 ss.

[76] *Jescheck*, AT, § 23 IV, con bibliografía; *A. E. Wolff*, Handlungsbegriff, pp. 17 ss.; *Wessels*, AT, § 3, II, 2 *c*.

A partir del concepto, aquí empleado, de acción como causación evitable del resultado y del concepto de omisión correlativo como no evitación evitable de un resultado, se puede formar un supraconcepto de comportamiento que en la respectiva *diferencia* de resultado, evitable, abarque la comunidad entre actuar y omisión. Ejemplo: El que alguien cause evitablemente la muerte de otro, o no impida, de modo evitable (dolosa o imprudentemente), las condiciones suficientes, por otro origen ya existentes, de la muerte, a pesar de la diferencia entre acción y omisión, coinciden en la diferencia evitable entre las respectivas alternativas; se trata precisamente de la diferencia entre la vida y la muerte [77]. Por expresarlo en una fórmula: Conducta es la evitabilidad de una diferencia de resultado. 32

c) *¿Concepto negativo de acción?*

El hecho de que para el concepto de acción haya de tenerse en cuenta la alternativa que se le ofrece al autor ha conducido erróneamente a que en el delito de comisión sólo se considere ya la alternativa, y a intentar la solución del concepto de acción, tanto para la comisión como para la omisión, unitariamente, a través del omitir —menos lastrado por naturalismos—: La acción (aquí como supraconcepto de hacer y omitir), según esta doctrina del *concepto negativo de acción*, ha de ser el «no evitar lo evitable en posición de garante» [78] o no emprender una acción que evitaría el peligro, pudiendo ser producido el peligro por el propio «impulso destructivo» del autor o con independiencia de él [79]. Este intento de desligar al delito de comisión, pasando por la omisión, de las ataduras de la consideración naturalística [80], es un contragolpe tardío a los intentos ya concluidos, pero usuales en el período en que la consideración 33

[77] *Jakobs*, Studien, p. 27; *el mismo*, Welzel-Festschrift, pp. 307 ss., 309 ss.

[78] *Herzberg*, Unterlassung, pp. 172 ss.; *el mismo*, JZ, 1988, pp. 573 ss., 576 s. *Herzberg* (p. 176) ha reparado en que el concepto de acción, con su relación a la posición de garante, no comprende el comportamiento penalmente relevante, es decir, las omisiones propias, no equivalentes a comisión (*infra* 28/11); con ello no sólo se quiebra la significación sistemática de su concepto de acción, sino además en una medida que el propio *Herzberg* subestima, pues en el Derecho penal especial las omisiones propias, no equivalentes a comisión, constituyen una forma de regulación sumamente común (algunos ejemplos, *infra* 29/nota 54, y en *Herzberg*, *op. cit.*); acertadamente crítico, *Stratenwerth*, Welzel-Festschrift, pp. 289 ss., 296, nota 21. ¿Cuál será entonces el contenido de la posición de garante sino un «no evitar evitable» que ha de existir con independencia de la posición de garante? (¿y cómo no en tanto que acción?)

[79] *Behrendt*, Unterlassung, pp. 121 ss., 130; *el mismo*, Jescheck-Festschrift, pp. 303 ss. La materialización por conexión a la destructividad seguramente es demasiado restringida; ¿acaso los hechos cometidos en estado de necesidad (como conservación de intereses, lo contrario de destructividad) ya no serán acción? Para *Behrendt* surge, además, la dificultad de tener que convertir en objeto de la valoración jurídica a la lucha contra el impulso destructor como comportamiento puramente *interno* (¿y el principio del hecho?) o bien —en este sentido su solución (Unterlassung, pp. 155 ss., 165 ss., 169 ss.)— poder conectar sólo con la objetivación del impulso destructor en movimientos corporales; en el momento de esta objetivación, sin embargo —p. ej., en automatismos rápidos, pero también en otras ejecuciones de acciones casi instantáneas (un puñetazo)— puede ser ya demasiado tarde para adoptar una dirección contraria: La acción dirigida (!) ya no cabe detenerla, y según *Behrendt* ésta sería jurídico-penalmente irrelevante. *El mismo*, Affekt, pp. 77 ss., 100, desarrolla una solución análoga para las acciones en estado pasional.

[80] *Vid. Herzberg*, *op. cit.*, p. 184: «materia absolutamente normativa».

naturalística se hallaba en su apogeo, de atribuir a la omisión causalidad del resultado, dándole así el sentido de una comisión (*infra* 28/2; 29/15 ss.). El fruto es, una vez más, confusión terminológica: El hecho de que el autor en la comisión ya responda por la causación se expresa menos correctamente con un no-evitar o con la capacidad de impedirse a sí mismo realizar algo. El autor de la comisión aparece sólo como espacio en blanco en la descripción de lo que él no es [81].

5. *Problemas en supuestos-límite*

34 *a)* Falta acción si la realización del resultado ocurre inevitablemente, o sea, ni siquiera imprudentemente. Dado que en caso de diversas consecuencias de un único movimiento corporal la evitabilidad puede evaluarse de modo distinto para cada una de ellas, la acción es un concepto relativo [82]: Puede darse acción en consideración a determinadas consecuencias, pero no frente a otras. Ejemplo: Quien dispara una escopeta, que creía, evitablemente, descargada, hacia unos matorrales, lesionando a una persona oculta en ellos, con cuya presencia en tal lugar él, inevitablemente, no cuenta, obra dolosamente en relación con el apretar el gatillo, imprudentemente en relación con la producción del disparo y no actúa en absoluto en relación con la lesión de la persona.

Resultado de una acción puede ser ya la ejecución externa de un comportamiento. La ejecución y las consecuencias pueden tener lugar en el cuerpo o también únicamente en la mente del sujeto; también el cálculo mental, la reflexión, etc., son acciones [83]. Al margen de ello, naturalmente, merced al principio del hecho, la mera idea como acción no puede estar prohibida y el mero pensamiento sin el fin de una objetivación no puede ser prescrito. Como fase intermedia para la objetivación, sin embargo, el propio pensar puede ser la acción prescrita, y de hecho lo es comúnmente en los delitos de omisión. Ejemplo: En una urgencia, al médico se le prescribe elaborar mentalmente los hechos perceptibles sensorialmente para llegar a un diagnóstico (¡obrar!) a fin de poder comenzar una terapia, etc.

35 *b) El problema de los automatismos*: Hay ámbitos en que la diferencia entre acción y omisión carece de consecuencias para la imputación, pues el autor responde en todo caso. Entre ellos se cuentan los supuestos en que obrar y omitir son intercambiables mediante un acto de organización. Ejemplo: El que un conductor acelere (acción) o no frene (omisión) —supuesta la misma evita-

---

[81] Evidentemente, no deja de ser mérito de esta teoría el haber señalado la necesidad, para el delito de comisión, de tener en cuenta la alternativa de acción. Esta teoría hasta ahora se ha tropezado predominantemente con rechazo, desde luego sin que se haya otorgado el justo valor a sus aspectos positivos; *LK-Jescheck*, núm. marg. 30 ante, § 13; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 36 ante § 13; *Stratenwerth*, Welzel-Festschrift, pp. 289 ss., 296 s.; *Maiwald*, ZStW, 86, pp. 626 ss., 653, nota 86; *Engisch*, Gallas-Festschrift, pp. 163 ss., 193 ss.; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 45, núm. marg. 12 ss.; *vid.*, no obstante, también *Jakobs*, Welzel-Festschrift, pp. 307 ss., 310, nota 12.

[82] *Welzel*, Strafrecht, § 8, I, 1 *b*; *el mismo*, NJW, 1968, pp. 425 ss.

[83] *Gössel*, Wertungsprobleme, pp. 94 s.; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 45, núm. marg. 20; *de otra opinión*, *LK-Jescheck*, núm. marg. 36 ante, § 13; también *Herzberg*, Unterlassung, p. 188; *vid.* asimismo *Maiwald*, ZStW, 86, pp. 626 ss., 640 ss.

bilidad— carece de importancia (*vid. infra* acerca de la responsabilidad en virtud de la responsabilidad de organización, en la omisión 29/29 ss.). Asimismo delicada es la distinción entre acción y omisión cuando se trata de la organizabilidad del cuerpo del autor; la distinción ya no tiene aquí valor propio alguno, sino que se deriva sólo de la aplicación consecuente de las máximas desarrolladas para otros ámbitos a un supuesto límite.

a') Sería propio de la terminología usual excluir del concepto de acción, como *reflejos* [84], a los casos de movimientos corporales que surgen mediante una transmisión directa (que no pasa por el sistema nervioso central) de un estímulo sensorial a una acción motora, pero por el contrario incluir en la acción, como *automatismos* [85], las reacciones repetitivas o instintivas, pero que en todo caso se desenvuelven sin intervención de la conciencia activa, realizadas mediante coordinación del sistema central. Esta solución, orientada a la dirección central, aun cuando sea inconsciente, pueden ser correcta a grandes rasgos, pero es cuestionable metodológicamente y en la descripción de los objetos de estudio. Metodológicamente, la solución parte únicamente del suceso que se realiza, sin considerar la alternativa que se produciría en caso de motivación dirigida predominantemente a la evitación; además, la separación de dirección y no-dirección mediante el criterio de la intervención del sistema central en el impulso se podría trazar si acaso de modo burdamente fenotípico [86]. 36

b') Considerando la alternativa, se deriva la siguiente distinción: 37

— Dado que el Derecho penal garantiza la motivación predominante hacia la evitación del comportamiento prohibido, constituyen acciones aquellas reacciones corporales cuyo lado impulsivo, en caso de motivación predominante para evitar, no habría existido, pues la organización del lado impulsivo es, en el concepto de acción, asunto del sujeto.

— Ahora bien, aquellas reacciones corporales que no se pueden solucionar sólo con motivación, pero que pueden ser detenidas en sus efectos por una contraactividad corporal, no son acciones, pero sí dominables mediante acciones, y por tanto son omisiones [86a], ya que la motivación dirigida predominantemente a la evitación no elimina el impulso, sino que determina una acción en sentido contrario (la contracción de un músculo impide el efecto motor del reflejo

[84] OLG Frankfurt VRS, 28, pp. 365 ss.; OLG Hamm NJW, 1975, pp. 657 s.; doctrina dominante; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 40 ante, § 13; *Jescheck*, AT, § 23, IV, 2 *a; SK-Rudolphi*, núm. marg. 21 ante § 1; *Gössel*, Wertungsprobleme, pp. 102 s.; *Franzheim*, NJW, 1965, pp. 2000 s.; *Spiegel*, DAR, 1968, pp. 283 ss., 286. *De otra opinión*, *Maihofer*, Handlungsbegriff, pp. 33 ss.; *v. Weber* Engisch-Festschrift, pp. 328 ss., 335; *Nowakowski*, Grundzüge, p. 43. Más bibliografía en *Jakobs*, Studien, pp. 76 ss.

[85] En este sentido la doctrina dominante; *H. Meyer*, AT, pp. 42 ss.; *el mismo*, Studienbuch, § 8, II, 4; *Hall*, Fahrlässigkeit im Vorsatz, pp. 13 ss.; *Arthur Kaufmann*, JuS, 1967, pp. 145 ss., 151 s.; *el mismo*, H. Mayer-Festschrift, pp. 79 ss., 109 ss.; más bibliografía en *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 41 ante § 13, y en *Jakobs*, Studien, pp. 76 ss. En los automatismos, *Welzel* ha atendido a si en un comportamiento final se tiene en cuenta defectuosamente el «límite funcional» de las «disposiciones automatizadas a determinadas acciones»; Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, p. 34; *el mismo*, Strafrecht, § 20, II, *in fine*; *el mismo*, Das neue Bild, p. 57; así no cabe solucionar el problema de los automatismos que se activan por sorpresa, pero de modo aún dominable.

[86] *Schewe*, Reflexbewegung, pp. 63 ss., 67.

[86a] *AK-Zielinski*, §§ 15, 16, núm. marg. 26.

patelar; el apretar los dientes impide que la mandíbula castañetee de frío, etc.). Para responder en este ámbito es necesaria una posición de garante, en relación con la omisión impropia, relevante en la práctica (§ 13 StGB), que naturalmente concurre por lo general a causa de la responsabilidad por la organización del propio cuerpo [87].

— Finalmente, las reacciones pueden ser inevitables, o bien porque no se pueden evitar en absoluto (p. ej., formas enérgicas del vómito) o bien porque al menos no son evitables en situaciones en las que se dispone de poco tiempo para reaccionar.

38 *c')* Así pues, para los supuestos de automatismos importantes en la práctica, sobre todo de las reacciones automatizadas en la conducción de un vehículo, está excluida la posibilidad de una clasificación unitaria.

— En la medida en que el automatismo es neutralizable motivadoramente y no falta el tiempo necesario para el proceso de motivación, se trata de una acción: De darse la motivación predominante por evitar, el movimiento corporal no tendría lugar. Ejemplo: Cuando la calzada está helada, el conductor debe acelerar, frenar, etc., de un modo especialmente suave, para que no patine el vehículo; por eso, cuando ve encenderse las luces de frenado del vehículo de delante, no le está permitido frenar enérgicamente «como siempre», sino que debe anular el impulso de realizarlo así y asumir de modo enteramente consciente —como un principiante— el mecanismo de la conducción.

— Si el automatismo se ha independizado de modo que no se puede neutralizar sólo motivadoramente, a pesar de ello sí puede ser detenido en algunos casos mediante un acto voluntario consciente. No es entonces acción alguna, pero sus consecuencias se pueden paralizar por medio de una acción, y la ausencia de la acción paralizadora constituye una omisión. Ejemplo: Al pequeño animal que se cruza ante un vehículo a gran velocidad no lo podría atropellar apenas conductor alguno sin persistir con energía, conscientemente, en la dirección (para evitar movimientos de esquivar), al menos si está por vez primera en la situación. Los gritos por dolores fuertes cabe evitarlos, hasta cierto punto, mediante el proverbial apretar los dientes (acerca de los supuestos límite, *vid. supra* 6/nota 69).

— El automatismo se puede desenvolver ya antes de que el sujeto haya percibido la situación o el carácter erróneo de reaccionar automáticamente en la situación: Entonces ello no es acción, ni la ausencia de una acción paralizadora es omisión. Ejemplo: El conductor frena automáticamente cuando el vehículo se balancea por una carretera supuestamente mojada, pero en realidad manchada de grasa; al frenar, el vehículo patina en seguida y lesiona a otra persona.

39 *d')* Aun faltando la evitabilidad *en* la situación, puede que el comportamiento por el que el sujeto ha venido a parar a la situación proporcione un fundamento de responsablidad (evitabilidad por haber *emprendido* una situación) [88]. Con esta responsabilidad por haber emprendido cabe fundamentar

[87] Sin embargo, ésta también se puede eludir mediante la asunción de la organización por parte de terceros; ejemplo: El paciente al que el médico asistente golpea en la rodilla para comprobar el reflejo patelar, mientras que el médico jefe, que es miope —abstraído en otra investigación—, está agachado a corta distancia del pie, no es garante de la evitación de lesiones al médico jefe.

[88] Por eso se pone en duda en ocasiones la función delimitadora del concepto de acción; *Armin Kaufmann*, Welzel-Festschrift, pp. 393 ss., 394; *Otter*, Funktionen, pp. 179 ss., pero sin ra-

también que en la determinación de la evitabilidad no siempre se tenga en cuenta que se haya sufrido un instante de pánico —psíquicamente inevitable—. Cuando alguien se desenvuelve en una situación en que por miedo produce reacciones automatizadas erróneas [89] o no es capaz de producir reacciones correctas [90], ya el mero emprender esa situación supone sobrepasar el riesgo permitido. No se espera que no se produzca el instante de pánico, sino que no se produzca el emprender [91].

c) El hecho de que los movimientos corporales obtenidos mediante *vis absoluta* no son acciones es propio de la opinión general, y es correcto, pero se delimita de un modo que se presta a malentendidos: Las modificaciones de la situación del cuerpo de un sujeto en que no cabe intervención susceptible de motivación no son acción; en caso de fuerza absoluta, no se pueden resolver mediante contraactividad, es decir, no son tampoco omisión. Sólo esto último es de otro modo en caso de intervención no absolutamente violenta. Ejemplo: Cuando a un sujeto (que por su parte permanece sin reaccionar) se le guía la mano para realizar un documento falso (§ 267 StGB), falta en todo caso una acción de falsificación en el sujeto; pero si se guía la mano con un fuerza no irresistible, puede concurrir una falsificación documental por omisión. Desde luego son acciones aquéllas obtenidas coerciendo la motivación del sujeto. Ejemplo: Se tortura al litógrafo hasta que accede a fabricar las planchas para la falsificación de moneda (§ 149 StGB). 40

d) No constituyen acciones las *reacciones de sujetos* (motivadas inconscientemente y también externamente finales) *en estados de sueño profundo y de total inconsciencia*, ya que mientras duran los mencionados estados, le falta al sujeto la posibilidad de experimentar conscientemente la acción propia, faltando así el terreno en que debe producirse otra motivación predominante. La suposición de otra motivación dominante en la determinación de la acción perturba siempre la concreta estructura de *sentido (Sinn)* del sujeto; respecto a una persona dormida o inconsciente, la suposición destruiría, sin embargo, la estructura del *ser (Sein)* (sueño, inconsciencia). 41

En casos graves de *embriaguez*, el límite entre la acción propia experimentable aun conscientemente —no necesariamente con reflexión— y la falta de posibilidad de experimentar, es difícil de determinar en la práctica [92]. En los hechos ejecutados bajo un estado pasional (*vid.* también *infra*, acerca del dolo,

---

zón: El comportamiento precedente debe ser evitable en relación con las consecuencias relevantes, no bastando con que se trate, desde cualquier punto de vista, de un comportamiento. Ejemplo: Quien ha ido a una tienda de artículos de porcelana y, al oír un estallido, se estremece inevitablemente y daña una cosa, si el suceso no era previsible al encaminarse hacia allí, ciertamente ha realizado una acción al dirigirse a la tienda, pero no una acción de daños.

[89] OLG Frankfurt VRS, 28, pp. 364 ss. (obviamente con deberes demasiado amplios de adaptarse a peligros); BGH VRS, 33, pp. 358 ss., 361.

[90] BGH VRS, 23, pp. 376 ss., 378; 25, p. 51 s.; 26, pp. 203 ss., 205; 27, pp. 119 ss., 123; 34, pp. 205 ss., 207; 34, pp. 434 ss., 435; 38, pp. 119 s.

[91] *Vid. Spiegel*, DAR, 1968, pp. 283 ss., 291 s. (tratándolo incorrectamente, desde luego, como problema de la culpabilidad); *Luff*, DAR, 1959, pp. 89 ss., 92. Más bibliografía en *Schönke-Schröder-Cramer*, § 15, núm. marg. 216; *Jakobs*, Studien, p. 81, nota 157.

[92] *Vid.* BGH, 1, pp. 124 ss., 126 s.; *LK-Jescheck*, núm. marg. 33 ante, § 13; críticamente sobre la delimitación jurídico-penal, *Schewe*, Reflexbewegung, pp. 40 ss., 68 ss.; *el mismo*, Alkoholdelinquenz, pp. 39 ss., 68 s.

8/13, e *infra*, acerca de la culpabilidad, 18/17), se trata de acción en tanto que puede existir todavía una consciencia del sujeto actuante, aun cuando éste se sienta también movido por sus propios impulsos [93].

42 Cuando en los supuestos mencionados falta una acción, el mero *emprender* la situación —como ocurre con los automatismos (*supra* 6/39)— aún puede dar lugar a responsabilidad. Ejemplo: La madre que, embriagada o tras tomar somníferos, se acuesta en una cama estrecha con su niño de pecho, responde por este comportamiento si aplasta al bebé al moverse mientras se encontraba profundamente dormida. Desde luego, el § 323 a StGB requiere que se actúe (o se omita) aun en la situación en que no cabe descartar la culpabilidad excluida, ya que el precepto pretende contrarrestar la pérdida de imputabilidad del comportamiento, pero no el peligro de que una persona, por falta de dominabilidad de la *massa carnis*, se convierta en incapaz de acción.

6. *Lo inevitable*

42a Por lo inevitable en sí no se responde penalmente. Lo que no quiere decir que algo inevitable no pueda contribuir nunca a la responsabilidad penal. Más bien así se puede fundamentar el deber de aprovechar un posible estado posterior de evitabilidad o de cargar con los costes de una evitación dispuesta por otra persona. Este es especialmente el caso cuando un ámbito de organización de una persona invade, inevitablemente, el ámbito de organización de otra persona; entonces es misión del titular del ámbito de organización invasor anular posteriormente el suceso. Ejemplo: El perro doméstico acabado de adquirir se revela de repente como un fiera rabiosa y ataca a un transeúnte. Aquí la adquisición del perro, por falta de evitabilidad, no es una acción de lesiones, pero del comienzo del dominio sobre el animal se deriva un deber de proteger y salvar a la víctima (reteniendo al perro o, en caso de necesidad, matándolo) que de otro modo no existiría. Así pues, lo que es inevitable puede fundamentar la responsabilidad por un desenlace dañoso [93a]. Tal responsabilidad no la desencadena la causalidad *per se*. Ejemplo: El perro acabado de adquirir atrae a un animal callejero, que a su vez ataca a un transeúnte, etc. Aquí no falta la causalidad, pero sí un dominio suficientemente amplio. Con más detalle, *infra* 29/29 ss.

C. ¿Capacidad para delinquir de una asociación, en especial: acciones de una asociación?

43 1. Las personas jurídicas (de Derecho público de Derecho privado) y otras asociaciones, según el Derecho penal alemán vigente, no pueden ser punidas. Contra las personas jurídicas, las asociaciones sin capacidad jurídica y las so-

---

[93] *Krümpelmann*, Welzel-Festschrift, pp. 327 ss., 337 s., contra *Schewe*, *op. cit.*

[93a] En ello se basa la admisibilidad del planteamiento de *Schmidhäuser*, AT, 8/19 ss. (*supra* 6/nota 68) que desde luego argumenta de forma excesivamente naturalística, ya que deduce la responsabilidad (incumbencia) del dato de la confluencia de varios ámbitos de organización (*vid.* los ejemplos en 8/33).

ciedades mercantiles, según la OWiG, en caso de delitos o contravenciones de sus órganos, de su presidencia o de miembros representantes, se puede imponer una multa cuando el hecho ha vulnerado deberes de la asociación o ésta se enriqueció o se iba a enriquecer (§ 30, párrafo 1, OWiG; *vid.* también los párrafos posteriores). Esta solución, indecisa por partida doble —pena no, pero sí multa, y ésta sólo facultativamente—, se eligió porque, supuestamente, la pena, por su vinculación a un juicio de culpabilidad desvalorador, resultaría desproporcionada, en contraposición con la multa, ético-socialmente más bien indiferente [94]. Acerca de la responsabilidad del representante *vid. infra* 21/10 ss.

En la doctrina [95] se discute si una persona jurídica (o cualquier otra aso- 44
ciación) es acaso *capaz de acción* en sentido penal, lo que la doctrina dominante niega no sólo de *lex lata* [96] *(societas delinquere non potest)*, pero injustamente [97]: Ya para las personas físicas la comprobación de si concurre acción no se resuelve desde un punto de vista exclusivamente naturalístico; más bien lo importante es la determinación valorativa del sujeto de la imputación, es decir, qué sistema psicosomático se trata de juzgar por sus efectos exteriores (*supra* 6/21). Pero no cabe fundamentar que en la determinación del sujeto el sistema que ha de formarse deba estar compuesto siempre de los ingredientes de una persona física (mente y cuerpo) y no de los de una persona jurídica (estatutos y órganos). Más bien los estatutos y los órganos de una persona jurídica se pueden definir también como sistema, en el cual lo interno —paralelamente a la situación en la persona física— no interesa (ejemplo: el acuerdo de dos órganos para cometer un delito no es aún un actuar delictivo, a tenor del § 30 StGB, *de la persona jurídica*), pero sí interesa el *output*. Las actuaciones de los órganos con arreglo a sus estatutos se convierten en acciones propias de la persona jurídica.

2. Más difícil es determinar la culpabilidad de la persona jurídica. Con la 45
culpabilidad de sus órganos no está dada la culpabilidad de la persona jurídica, al igual que en los actos de participación de los §§ 25 ss. StGB no se comparte

[94] *Göhler*, Beratungen Sonderausschuß V, p. 1079; *el mismo*, separata ZStW, 1978, pp. 100 ss., 102. Con todo, la antigua denominación de *consecuencia accesoria* para la multa ha decaído; sobre ello, pormenorizadamente, *Tiedemann*, NJW, 1988, pp. 1169 ss.; *Achenbach*, JuS, 1990, pp. 602 ss., 605 ss. Como medidas de seguridad son posibles en Derecho penal, al igual que en el Derecho de contravenciones, la confiscación y el comiso (§§ 73, 73 *a*, 75 StGB; § 20 OWiG).

[95] En relación con el Derecho comparado, *vid. Huss*, ZStW, 90, pp. 237 ss.; *Jescheck*, SchwZStr., 70 (1955), pp. 243 ss., 252 ss.; *Schmitt*, Maßnahmen, pp. 29 ss.; *Ackermann*, Strafbarkeit, pp. 75 ss.

[96] *LK-Jescheck*, núm. marg. 35 ante § 13; *Jescheck*, AT, § 23 V 1; *el mismo*, SchwZStr., 70 (1955), pp. 243 ss., 259 (de otro modo, *el mismo*, ZStW, 65, pp. 210 ss., 212 s.; las asociaciones tendrían capacidad de acción, pero no de culpabilidad); *Maurach-Zipf*, AT, I, § 15, núm. marg. 6 ss.; *Engisch*, Verhandlungen, 40. DJT II(E), pp. 7 ss.; *Hartung*, ibídem, pp. 43 s.; *Heinitz*, ibídem, pp. 7 ss.; *el mismo*, ZStW 65, pp. 26 ss., 51; *Lang-Hinrichsen*, H. Mayer-Festschrift, pp. 49 ss., 53, nota 21; *Schmitt*, Maßnahmen, pp. 178 ss.; *Schmidhäuser*, AT, 8/15; *Pohl-Sichtermann*, Geldbuße, pp. 3 ss. En sentido negativo, la jurisprudencia desde RG 16, pp. 121 ss., 123 ss.; BGH 3, pp. 130 ss., 132.

[97] En definitiva como aquí, *Baumann-Weber*, AT, § 16, II, 3 *a; M. E. Meyer*, AT, pp. 96 s.; *v. Liszt-Schmidt*, Strafrecht, § 28, I, 2 con nota 4; *Busch*, Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, pp. 89 ss.; *Rotberg*, DJT-Festschrift, t. II, pp. 193 ss., 197; *v. Weber*, GA, 1954, pp. 237 ss., 241; *Ackermann*, Strafbarkeit, pp. 186 ss.; *vid.* asimismo *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, t. I, pp. 204 s.

la culpabilidad de los otros partícipes (§ 29 StGB). Pero también se descarta renunciar en absoluto a la comprobación de la culpabilidad. Al igual que en las personas físicas, hay supuestos en que la persona ciertamente actúa, pero puede hacer comprender que las condiciones internas de la acción pueden considerarse indisponibles, o sea, han de disculparse. Especialmente, se trata de que un órgano actúe con efecto para la persona jurídica sin que la competencia del órgano pudiera recortarse mediante los estatutos de la persona jurídica. Aun cuando el órgano se ha impuesto a la persona, sus acciones son también acciones de la persona jurídica, pero no se basan en las peculiaridades de esta persona. En tales casos, el marco estatutario legal indisponible es condición de la acción, y por ello la persona jurídica queda disculpada. Así pues, tanto para la acción como para la culpabilidad son idénticas las formas dogmáticas (y no sólo los nombres) en la persona física y en la persona jurídica.

II. EL CONCEPTO DE TIPO

BIBLIOGRAFIA: *I. Andrejew*, Die integrierende Lehre vom Tatbestand, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 639 ss.; *G. Arzt*, Die Neufassung der Diebstahlsbestimmungen, JuS, 1972, pp. 515 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, StV, 1985, pp. 103 s., loc. cit., pp. 104 ss.; *el mismo*, Erfolgsdelikt und Tätigkeitsdelikt, SchwZStr., 107 (1990), pp. 168 ss.; *J. Baumann*, Folgenlose Verkehrsgefährdung als Massenerscheinung, 1961; *el mismo*, Haltet den Dieb!, DAR, 1962, pp. 93 ss.; *el mismo*, Hat oder hatte der Handlungsbegriff eine Funktion?, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 181 ss.; *E. Beling*, Die Lehre vom Tatbestand, 1930; *H. Blei*, Literaturübersicht, JA, 1975, pp. 237 ss.; *M. Bergmann*, Die Milderung der Strafe nach § 49, Abs. 2, StGB, 1988; *U. Berz*, Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz, 1986; *J. Bohnert*, Die Abstraktheit der abstrakten Gefährdungsdelikte, BGH, NJW, 1982, 2329, JuS, 1984, pp. 182 ss.; *W. Brehm*, Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts, 1973; *el mismo*, Die ungefährliche Brandstiftung, BGH, NJW, 1975, 1369, JuS, 1976, pp. 22 ss.; *H. Bruns*, Kritik der Lehre vom Tatbestande, 1932; *H.-J. Bruns*, Comentario a BGH, JR, 1986, pp. 336 s., loc. cit., pp. 337 ss.; *el mismo*, Über Strafrahmenänderungen bei unterschiedlich Beteiligten an unbenannten Falldifferenzierungen, GA, 1988, pp. 339 ss.; *E. Buchholz*, Tatbestandslehre in der DDR, ZStW, 101, pp. 943 ss.; *R.-P. Calliess*, Die Rechtsnatur der «besonders schweren Fälle» und Regelbeispiele im Strafrecht, JZ, 1975, pp. 112 ss.; *W. Class*, Grenzen des Tatbestandes, 1933; *H. Demuth*, Der normative Gefahrbegriff, 1980; *F. Dencker*, Erfolg und Schuldidee, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 441 ss.; *G. Dornseifer*, Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merkels, 1979; *E. Dreher*, Comentario a BGH 20, pp. 140 ss., JZ, 1965, pp. 455 s.; *el mismo*, Der Irrtum uber Rechtfertigungsgründe, Heinitz-Festschrift, pp. 207 ss.; *el mismo*, Nochmals zur Sphinx des § 113, StGB, JR, 1984, pp. 401 ss.; *U. Ebert*, y *K. Kühl*, Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat, Jura, 1981, pp. 225 ss.; *K. Engisch*, Untersuchungen uber Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *el mismo*, Comentario a OLG Frankfurt, SJZ, 1946, pp. 231 s., *op. cit.*, pp. 232 ss.; *el mismo*, Die neuere Rechtsprechung zur Trichotomie der Straftaten, SJZ, 1948, parágrafos 660 ss.; *el mismo*, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-Festschrift, t. I, pp. 401 ss.; *el mismo*, Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, Mezger-Festschrift, pp. 127 ss.; *el mismo*, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW, 70, pp. 566 ss.; *J. Fabry*, Der besonders schwere Fall der versuchten Tat, NJW, 1986, pp. 15 ss.; *M. Fincke*, Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts, 1975; *R. Frank*, Rechtsprechung des Reichsgerichts, ZStW, 14, pp. 354 ss.; *W. Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983; *el*

mismo, Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat?, BGH, 36, 1, JuS, 1990, pp. 362 ss.; *W. Gallas*, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW, 67, pp. I ss.; *el mismo*, Abstrakte und konkrete Gefährdung, Heinitz-Festschrift, pp. 171 ss., *el mismo*, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Bockelmann-Festschrift, pp. 155 ss.; *M. Grünhut*, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Frank-Festgabe, t. I, pp. I ss.; *B. Haffke*, Delictum sui generis und Begriffsjurisprudenz, JuS, 1973, pp. 402 ss.; *K. A. Hall*, Die Lehre vom corpus delicti, 1933; *V. Hassemer*, Delictum sui generis, 1974; *W. Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968; *E. Heinitz*, Empfiehlt sich die Dreiteilung der Straftaten auch für ein neues Strafgesetzbuch, Materialien, t. I, pp. 55 ss.; *R. v. Hippel*, Gefahrenurteile und Prognoseentscheidungen in der Strafrechtspraxis, 1972; *H. J. Hirsch*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; *el mismo*, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW, 74, pp. 78 ss.; *el mismo*, Reseña bibliográfica, ZStW, 84, pp. 380 ss.; *el mismo*, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ZStW, 93, pp. 831 ss., 94, pp. 239 ss.; *el mismo*, Zur Reform der Reform des Widerstandsparagraphen (§ 113 StGB), Klug-Festschrift, pp. 235 ss.; *A. Hold v. Ferneck*, Die Rechtswidrigkeit, Bd. I, 1903; *E. Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973; *A. Hoyer*, Die Eignungsdelikte, 1987; *el mismo*, Zum Begriff der «abstrakten Gefahr», JA, 1990, pp. 183 ss.; *Hruschka*, Die Dogmatik der Dauerstraftaten und das Problem der Tatbeendigung, GA, 1968, pp. 193 ss.; *B. Imhof*, Die Einteilung der strafbaren Handlungen, Materialien, t. II (I), pp. 1 ss.; *H.-Chr. Jahr*, Die Bedeutung des Erfolges für das Problem der Strafmilderung beim Versuch, 1981; *G. Jakobs*, Nötigung durch Drohung als Freiheitsdelikt, Peters-Festschrift, pp. 69 ss.; *el mismo*, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW, 97, pp. 751 ss.; *el mismo*, Nötigung durch Gewalt, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 791 ss.; *H.-H. Jescheck*, Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre, ZStW, 73, pp. 179 ss.; *el mismo*, Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht, ZStW, 98, pp. 1 ss.; *J. C. Joerden*, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, 1988; *A. Kastenbauer*, Die Regelbeispiele im Strafzumessungsvorgang, 1986; *Armin Kaufmann*, Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung, JZ, 1955, pp. 37 ss.; *el mismo*, Die Dogmatik im Alternativentwurf, ZStW, 80, pp. 34 ss.; *el mismo*, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Welzel-Festschrift, pp. 393 ss.; *el mismo*, Die Funktion des Handlungsbegriffs im Strafrecht, en: *G. Dornseifer et al.* (ed.), Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982, pp. 21 ss.; *el mismo*, Die Rechtswidrigkeit im Zivil- und Strafrecht, loc. cit., pp. 3 ss.; *el mismo*, Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung Klug-Festschrift, pp. 277 ss.; *Arthur Kaufmann*, Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, JZ, 1954, pp. 63 ss.; *el mismo*, Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, JZ, 1956, pp. 353 ss., 393 ss.; *el mismo*, Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit, JZ, 1963, pp. 42s ss.; *el mismo*, Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum, Lackner-Festschrift, pp. 185 ss.; *U. Kindhauser*, Gefährdung als Straftat, 1989; *E. F. Klein*, Grundsätze des Gemeinen Deutschen und Preußischen Peinlichen Rechts, 1796; *U. Klug*, Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrecht, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 249 ss.; *M. Köhler*, Die bewußte Fahrlässigkeit, 1982; *D. Kratzsch*, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985; *el mismo*, Prävention und Unrecht - eine Replik, GA, 1989, pp. 49 ss.; *D. Krauß*, Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht, ZStW 76, pp. 19 ss.; *J. Krümpelmann*, Die Bagatelldelikte, 1966; *M. Kruse*, Die scheinbare Rechtsgutsverletzung bei den auf Enteignung gerichteten Eigentumsdelikten, 1986; *K. Kühl*, Landfriedensbruch durch Vermummung und Schutzbewaffnung?, NJW, 1986, pp. 874 ss.; *W. Küper*, Deliktsversuch, Regelbeispiel und Versuch des Regelbeispiels, JZ, 1986, pp. 519 ss.; *G. Küpper*, Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter

Fahrlässigkeit, ZStW, 100, pp. 78 ss.; *L. Kuhlen*, Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB), GA, 1986, pp. 389 ss.; *K. Lackner*, Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht, 1967; *E. J. Lampe*, Das personale Unrecht, 1967; *D. Lang-Hinrichsen*, Tatbestandslehre und Verbotsirrtum, JR, 1952S.302 ss.; *el mismo*, Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, JZ, 1953, pp. 362 ss.; *R. Lange*, Die Systematik der Strafdrohungen, Materialien, t. I, pp. 69 ss.; *W. Langer*, Vorsatztheorie und strafgesetzliche Irrtumsregelung, GA, 1976, pp. 193 ss.; *K. Laubenthal*, Der Versuch des qualifizierten Delikts einschließlich des Versuchs eines besonders schweren Falls bei Regelbeispielen, JZ, 1987, pp. 1065 ss.; *H. Luden*, Über den Thatbestand des Verbrechens nach gemeinem teutschen Rechte, 1840; *K. Lüderssen*, Die strafrechtsgestaltende Kraft des Beweisrechts, ZStW, 8, pp. 288 ss.; *el mismo*, Erfolgszurechnung und «Kriminalisierung», Bockelmann-Festschrift, pp. 181 ss.; *W. Maihofer*, Objektive Schuldelemente, H. Mayer-Festschrift, pp. 185 ss.; *M. Maiwald*, Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele, Gallas-Festschrift, pp. 137 ss.; *el mismo*, Zur Problematik der «besonders schweren Falle» im Stafrecht, NStZ, 1984, pp. 433 ss.; *el mismo*, Die Bedeutung des Erfolgsunwertes im Unrecht, en: *H. Schöch* (ed.), Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987, pp. 64 ss.; *K. Marxen*, Straftatsystem und Strafprozeß, 1984; *E. Mezger*, Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, NJW, 1953, pp. 2 ss.; *J. Minas- v. Savigny*, Negative Tatbestandsmerkmale, 1972; *S. Mir Puig*, Die *ex ante* Betrachtung im Strafrecht, Jescheck-Festschrift, pp. 338 ss.; *A. Montenbruck*, Strafrahmen und Strafzumessung, 1983; *el mismo*, Zur Aufgabe der besonders schweren Fälle, NStZ, 1987, pp. 311 ss.; *Chr. Mylonopoulos*, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, 1981; *J. Nagler*, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, Binding-Festschrift, Bd. II, pp. 273 ss.; *F. Nowakowski*, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, *ZStW*, 63, pp. 287 ss.; *el mismo*, Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz, ZStW, 6, pp. 379 ss.; *el mismo*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JurBl., 1972, pp. 19 ss.; *H. Ostendorf*, Grundzüge des konkreten Gefährdungsdelikts, JuS, 1982, pp. 426 ss.; *H.-U. Paeffgen*, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97 b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979; *C. Roxin*, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1959; *el mismo*, Die Irrtumsregelung des Entwurfs, 1960 und die strenge Schuldtheorie, MonSchrKrim., 1961, pp. 213 ss.; *el mismo*, Ein neues Bild des Strafrechtssystems, ZStW, 83, pp. 369 ss.; *el mismo*, Reseña de bibliografía, ZStW, 82, pp. 67 ss.; *H.-J. Rudolphi*, Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Maurach-Festschrift, pp. 51 ss.; *F. Sack*, Die Kriminologie auf fremdem Boden, en: *K. Lüderssen* y *F. Sack* (ed.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, Bd. I, 198 0, pp. 3 ss.; *W. Sax*, «Tatbestand» und Rechtsgutsverletzung, JZ, 1976, pp. 9 ss., 80 ss., 429 ss.; *G. Schäfer*, Comentario a BGH, 33, pp. 370 ss., JR, 1986, pp. 522 ss.; *F. Schaffstein*, Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Welzel-Festschrift, pp. 557 ss.; *W. Schild*, Die «Merkmale» der Straftat und ihres Begriffs, 1979; *U. Schittenhelm*, Probleme der umweltgefährdenden Abfallbeseitigung nach § 326 StGB, GA, 1983, pp. 310 ss.; *E. Schmidhäuser*, Der Unrechtstatbestand, Engisch-Festschrift, pp. 433 ss.; *el mismo*, Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht, Lackner-Festschrift, pp. 77 ss.; *R. Schmitt*, Juristische «Aufrichtigkeit» am Beispiel des § 243 StGB, Tröndle-Festschrift, pp. 313 ss.; *Chr. Schöneborn*, Zum «Erfolgsunwert» im Lichte der sozialpsychologischen Attributionstheorie, GA, 1981, pp. 70 ss.; *F. C. Schroeder*, Die Gefährdungsdelikte, separata ZStW, 1982, pp. 1 ss.; *H. Schroder*, Gesetzliche und richterliche Strafzumessung, Mezger-Festschrift, pp. 415 ss.; *el mismo*, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, ZStW, 81, pp. 7 ss.; *B. Schünemann*, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA, 1975, pp. 435 ss., 511 ss., 575 ss., 647 ss., 715 ss., 787 ss.; *el mismo*, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, en: *el*

mismo (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pp. 1 ss.; *el mismo*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA, 1985, pp. 341 ss., GA, 1986, pp. 293 ss.; *H. Schweikert*, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957; *W. Stöckl*, Ist durch die Neufassung des §1 StGB durch das 1. Strafrechtsreformgesetz (bzw. § 12 des 2. Strafrechtsreformgesetzes) der Theorienstreit über die Dreiteilung der Straftaten beendet?, GA, 1971, pp. 236 ss.; *E. Steininger*, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, JurBl., 1987, pp. 205 ss., 287 ss.; *D. Sternberg-Lieben*, Versuch und § 243 StGB, Jura, 1986, pp. 183 ss.; *el mismo*, Gleichstellung von «versuchtem» und «vollendetem» Regelbeispiel?, NStZ, 1984, pp. 538 ss.; *G. Stratenwerth*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, SchwZStr., 79 (1963), pp. 233 ss.; *el mismo*, Zur Relevanz des Erfolgsunwerts im Strafrecht, Schaffstein-Festschrift, pp. 177 ss.; *W. Stree*, Beteiligung an einer Schlägerei, BGHSt. 16, 130, JuS, 1962, pp. 93 ss.; *R. F. Suárez Montes*, Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre? Welzel-Festschrift, pp. 379 ss.; *K. Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; *el mismo*, Neue Auslegungs- und Methodenfragen des Strafrechts, en: Studi in memoria di Giaccomo Dalita, t. 3, 1984, pp. 2149 ss.; *G. Timpe*, Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983; *el mismo*, Comentario a BGH, JR, 1986, pp. 75 s., loc. cit., pp. 76 s.; *H. Vianden-Grüter*, Der Irrtum über Voraussetzungen, die für § 240 II StGB beachtlich sind, GA, 1954, pp. 359 ss.; *E. Wahle*, Zur strafrechtlichen Problematik «besonders schwerer Fälle», erläutert am Beispiel der Verkehrsunfallflucht, GA, 1969, pp. 161 ss.; *H. v. Weber*, Negative Tatbestandsmerkmale, Mezger-Festschrift, pp. 183 ss.; *U. Weber*, Die Überspannung der staatlichen Bußgewalt, ZStW 92, pp. 313 ss.; *el mismo*, Die Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungsund Unternehmensdelikte, separata ZStW, 1987, pp. 1 ss.; *H. Welzel*, Zur Systematik der Tötungsdelikte, JZ, 1952, pp. 72 ss.; *el mismo*, Der Irrtum über die Zuständigkeit einer Behörde, JZ, 1952, pp. 133 ss.; *el mismo*, Der Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung, JZ, 1952, pp. 19 s.; *el mismo*, Comentario a BGH, 3, pp. 248 ss., JZ, 1953, pp. 119 ss.; *el mismo*, Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem, ZStW, 67, pp. 196 ss.; *el mismo*, Diskussionsbemerkungen zum Thema «Die Irrtumsregelung im Entwurf», ZStW, 76, pp. 619 ss.; *el mismo*, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4.ª ed., 1961; *J. Wessels*, Zur Problematik der Regelbeispiele fur «schwere» und «besonders schwere Fälle», Maurach-Festschrift, pp. 295 ss.; *el mismo*, Zur Indizwirkung der Regelbeispiele fur besonders schwere Fälle einer Straftat, Lackner-Festschrift, pp. 423 ss.; *E. Wolf*, Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit, 1931; *J. Wolter*, Konkrete Erfolgsgefahr und konkreter Gefahrerfolg im Strafrecht, OLG Frankfurt, NJW, 1975, 840, JuS, 1978, pp. 748 ss.; *el mismo*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; *D. Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973; *H. Zipf*, Comentario a BayObLG, JR, 1981, pp. 118 s., loc. cit., pp. 119 ss.; *R. Zippelius*, Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg, AcP, 157, pp. 390 ss.

A. La realización del tipo como fase de la imputación

46 En la imputación jurídico-penal no se sigue consecuencia alguna de la circunstancia de que algo sea una acción; más bien, en la imputación al sujeto actuante interesa sólo la acción penal típica. Tampoco se sigue nada sólo de la concurrencia de una acción típica penalmente en lo que se refiere a la imputación al sujeto actuante de la acción en tanto que punible: La consecuencia ju-

rídica «pena» presupone el obrar penalmente típico, antijurídico y culpable (u omitir, *infra* 28/9 ss.). Sólo en algunas medidas de seguridad (*vid.* 63 ss., 71 StGB, §§ 69, 70 StGB) o en caso de comiso e incautación (*Verfall, Einziehung*) (§§ 73 ss., 76 StGB) basta el actuar típico y antijurídico.

Esta sola relevancia de la acción típica, antijurídica y culpable no debe inducir a la suposición de que todas las condiciones de la imputación sean equivalentes; lo son únicamente en relación con el resultado final de la punibilidad; para éste es indiferente si falta un elemento del tipo o bien un autor está disculpado. Pero el resultado sólo se puede averiguar con seguridad si se articulan de determinado modo los presupuestos de la imputación [98], y ello no sólo por motivos didácticos. Pues, por una parte, cada uno de los presupuestos de la imputación depende de la existencia de otros (el § 16 StGB define el dolo con ayuda del concepto de tipo; los §§ 17, 20, 21 StGB definen la culpabilidad con ayuda del concepto de injusto). Por otra parte, la regulación legal de los presupuestos de la imputación, sobre todo los de naturaleza subjetiva, presenta lagunas; el problema de la coordinación de un ámbito no regulado no cabe resolverlo con la idea genérica de que se trata de imputación, sino sólo con la distinción de a qué complejo (sectorial) pertenece el problema. Ejemplo: Quien supone erróneamente que es objeto de un ataque y se defiende lesionando al supuesto atacante, yerra sobre un tipo de justificación; la relevancia del error (¿§ 16, o § 17, o forma especial?) no puede determinarse sólo a partir de la idea de que el autor no conoce el carácter delictivo de su actuar (acerca de la solución, *infra* 11/42 ss.).

47 2. La articulación es también necesaria porque en la determinación de la imputación puede ser importante como cuestión previa un actuar no típico, o típico y antijurídico, pero no culpable, de *otra* persona. Ejemplos: La legítima defensa no sólo está permitida contra ataques típicos y antijurídicos, sino en general contra ataques antijurídicos (y por lo demás culpables) (§ 32 StGB, *infra* 12/14 ss.); la participación de varias personas no presupone en todas comportamiento culpable, sino sólo típico y antijurídico (§ 29 StGB, *infra* 23/5), y en algunas formas de autoría mediata incluso ni siquiera actuación típica por parte de todos (*infra* 21/17 ss., 88 ss., 97 ss.).

Resulta necesario desarrollar y dilucidar el concepto de tipo aquí empleado y su relación con los escalones del delito cercanos a «acción» e «injusto»:

B. Evolución del concepto de tipo *(Tatbestand)*

48 1. El concepto de tipo se obtuvo al desarrollarse la doctrina del *corpus delicti* [99]. Se llamaba *corpus delicti* a aquellos signos externos de un delito que jus-

[98] Lo cual no excluye que, en el caso concreto, el resultado se anticipe sin tener en cuenta los distintos pasos de la articulación; p. ej., el psicótico permanentemente grave es permanentemente incapaz de culpabilidad y la cuestión de si se da hecho antijurídico, por lo que se refiere a la punibilidad del autor (y no a su aseguramiento) ha de decidirse, constando la psicosis, antes de toda comprobación relativa al tipo y a la antijuricidad y a cualquier otra exculpación.

[99] En relación con el texto que sigue, *vid. Schweikert*, Wandlungen, pp. 7 ss.; *Hall*, Lehre vom *corpus delicti*, pp. 12 ss. y *passim*; *Bruns*, Kritik, pp. 10 ss.; *Marxen*, Straftatsystem, pp. 44 ss.; *Luden*, Über den Thatbestand des Verbrechens, pp. 5 ss.; *Mittermaier*, Noten I y II, en: *Feuer-*

tificaban especiales medidas de persecución («inquisición especial»). El *corpus delicti* era, pues, un concepto procesal —en el entendimiento actual—. El concepto de tipo desaloja al de *corpus delicti* al trasladarse el interés desde lo procesal (¿qué ha de considerarse como ocurrido?) a lo material (¿cómo ha de valorarse lo ocurrido?).

Aun después de este cambio —que sólo fue posible de la mano de un cambio de las formas procesales— se designa al principio como *corpus delicti* o tipo (supuesto de hecho) a lo ocurrido en concreto (en terminología actual, un hecho: *Sachverhalt*), aunque ya no como hecho procesalmente relevante, sino como un hecho definido por su relevancia jurídico-material. *E. F. Klein* [100]: «Aquellos hechos que juntos determinan el concepto de una determinada clase de delitos conforman el tipo (*corpus delicti*).» Al aumentar la penetración científica en el Derecho penal desaparece el interés por los hechos para centrarse en las clases de hechos. Ya en *Feuerbach* [101] el tipo es una «totalidad de elementos»: «La totalidad de los elementos de una determinada acción o hecho que están contenidos en el concepto legal de una determinada clase de acciones antijurídicas se denomina tipo del delito (*corpus delicti*).»

2. *a)* El concepto de tipo así definido, junto con el de delito, no presenta gran utilidad: Tipo y delito coinciden en lo esencial (se seguía discutiendo si la imputabilidad debía pertenecer al tipo). Sólo a comienzos del presente siglo se activa dogmáticamente el concepto, al situarlo *Beling* como escalón independiente del delito, anterior a la antijuricidad y a la culpabilidad (Lehre vom Verbrechen, 1906). Según *Beling* [102], todo delito es una acción, una «acción típica, antijurídica y culpable, subsumible en una conminación penal ajustada a ella, y que realiza las condiciones de la conminación penal» [103]. Entendiéndose el tipo como «totalidad de los elementos que hacen patente de qué delito se trata típicamente» [104], como «tipo de delito» [105]; pero este tipo, como tipo de delito, no ha de contener juicio de valor alguno [106]. Además, debe ser «completamente objetivo», o sea, desprovisto de dolo o imprudencia o de cualquier otra impureza subjetiva [107], a excepción de la voluntariedad, que es propia de toda acción, según el concepto causal. Dolo e imprudencia serán la «relación de la mente con el tipo», y no parte del tipo [108]. Finalmente, el tipo garantizará la taxatividad de la ley penal: Sólo la determinación del tipo en el Derecho positivo constituirá un delito (§ 2 StGB antiguo; ahora, art. 103.2 GG; § 1 StGB) [109]. 49

b) Beling sobrecargó el tipo con toda esta plétora de funciones, subestimando sin embargo las implicaciones sistemáticas de cada una de ellas. Si el 50

---

bach, Lehrbuch[14], § 81. Sobre la evolución en la República Democrática Alemana a partir de 1989, *Buchholz*, ZStW 101, pp. 943 ss.

[100] Grundsätze, § 68.

[101] Lehrbuch, § 81.

[102] Pormenorizadamente sobre ello, *Schweikert*, Wandlungen, pp. 14 ss.

[103] Lehre vom Verbrechen, p. 7.

[104] *Op. cit.*, p. 3.

[105] *Op. cit.*, p. V, 21, 110.

[106] *Op. cit.*, p. 147.

[107] *Op. cit.*, pp. 178 s.

[108] *Op. cit.*, p. 179.

[109] *Op. cit.*, pp. 23 ss.

tipo ha de designar al tipo de delito, como ya aportó la doctrina de los elementos subjetivos del injusto (*infra* 8/93) desarrollada ya pronto después de *Beling*, puede contener no sólo elementos objetivos. Sin embargo, si contiene sólo elementos objetivos no puede garantizar la determinación del hecho, dado que el delito sólo está garantizado en su configuración legal completa, tanto de sus elementos objetivos como subjetivos (*supra* 4/9). Finalmente, la ausencia de valoración del tipo de delito sólo se puede entender en el sentido de que con la tipicidad aún no se ha determinado nada acerca de la justificación ni de la exculpación, mientras que el juicio de valor de que lo típico no es socialmente normal (*unauffällig*) está indisolublemente ligado al tipo de delito.

Así pues, si bien el concepto de *Beling* en sí no es consecuente [110], sí que es viable su intento de establecer, junto a la acción, aún antes del injusto, un escalón más del delito, y meritoria la articulación del delito que aporta, como acción típica, antijurídica y culpable. Esto, de todos modos, es discutido hasta en la actualidad.

C. La significación dogmática del tipo

1. *El concepto de tipo*

51 Injusta es una acción no tolerable socialmente. Las acciones que no constituyen injusto se pueden distinguir de las acciones antijurídicas de dos modos: *a)* No pueden ostentar los elementos de las acciones antijurídicas (un disparo al aire predeciblemente sin consecuencias no es, pues, ninguna acción de homicidio o de lesiones), o bien *b)* pueden ostentar todos los elementos de las acciones antijurídicas, pero además otros elementos adicionales, los elementos de justificación, que convierten en tolerable lo socialmente insoportable (están permitidas una lesiones dolosas en legítima defensa frente a un ataque antijurídico, § 32 StGB). En el primer caso, no ha ocurrido nada socialmente anómalo (al menos no con la consistencia presupuesta por el Derecho penal y la taxatividad legal requerida por éste); en el segundo, ha de fundamentarse positivamente la tolerabilidad del suceso. Por expresarlo con un símil: En el primer caso, ninguna fuerza actúa sobre la palanca (cuyo movimiento anuncia el injusto en una determinada dirección); en el segundo, opera una fuerza cuya virtualidad queda neutralizada por otra fuerza de signo contrario. En ambos casos falta el injusto; en sus efectos para el injusto, pero sólo en eso, son equivalentes, pues, la falta de elementos de una acción injusta y la presencia de elementos de justificación. Pero en su contenido, en su composición, una acción que no cuenta con todos los elementos de una acción injusta es diferente con respecto a otra que sí cuenta con ellos, pero está justificada: Aquélla no es injusto, *sin consideración al contexto social* en el que se halla; ésta no lo es *sólo porque se tiene en cuenta el contexto*. La diferencia, pese a la equivalencia, es importante para el injusto; si ambas clases de acciones fuesen iguales, no sólo

[110] *Beling* corrigió más tarde este esquema en: Die Lehre vom Tatbestand, 1930; sobre todo, en tal corrección *Beling* abandonó la conexión entre supuesto de hecho (*Tatbestand*) y tipo de delito (*Deliktstyp*) o bien tipo de injusto (*Unrechtstyp*); *op. cit.*, pp. 10 ss.; con detalle, *Schweikert*, Wandlungen, pp. 76 ss.

en sus efectos para el injusto, sino también objetivamente, *deberían* tratarse del mismo modo los aspectos subjetivos, especialmente en los supuestos de error; el desconocimiento de los presupuestos del injusto y la suposición de presupuestos de justificación deberían mostrar idénticos efectos. Pero como las acciones mencionadas son distintas objetivamente, pueden diferir también las consecuencias del error (con detalle, *vid. infra* 11/18 ss., 42 ss.).

El conjunto de los elementos con los cuales se define un comportamiento 52
que, si acaso, es tolerable en un concepto de justificación, se denomina tipo de injusto (acerca de las especialidades de las condiciones exclusivamente objetivas, *vid. infra* 10/1 ss., 15 ss.). La verificación de que se ha realizado un tipo de injusto tiene lugar con independencia de la existencia de un contexto de justificación. A este tipo de injusto se alude cuando, en lo sucesivo, se emplea el concepto de tipo sin añadido alguno. Hay tantos tipos como formulaciones de diversas acciones en el Derecho positivo; al mismo tiempo, un precepto legal puede contener varios tipos (p. ej., el § 266.1 StGB contiene en el primer grupo de casos un tipo de abuso de confianza: *Mißbrauch*; en los demás un tipo de deslealtad: *Treubruch*) o un tipo con varios grupos de sub-casos (p. ej., el tipo de coacciones del § 240 StGB contiene una distinción, según que la forma de comisión sea mediante violencia o mediante intimidación).

2. *Otros conceptos de tipo*

Antes de abordar el tratamiento de las controversias en torno a esta defi- 53
nición del tipo, conviene mencionar lo que se puede resolver en el ámbito puramente terminológico:

a) Llamar tipo a un suceso típico (supuesto de hecho), o sea, aludir al lado concreto del *corpus delicti*, es hoy desusado en Derecho penal (no lo es en Derecho procesal civil: *vid.* §§ 313 ss., 543 ss. ZPO).

b) La generalidad de la doctrina reconoce que la garantía del artículo 103, párrafo 2, GG y § 1 StGB no se limita al tipo de injusto, sino que debe referirse a un tipo de garantía más amplio (*vid. supra* 4/9).

c) Por lo demás, se puede llamar tipo a cada conjunto de elementos que sirve de base a un juicio jurídicamente relevante [111]. Así, se puede reconocer, junto a un tipo de injusto, también un *tipo de justificación* que comprenda los presupuestos de una justificación, y se puede unir en un *tipo total de injusto* [112] el tipo de injusto con la falta de un tipo de justificación, ya que el injusto concurre siempre que está presente el tipo de injusto y ausente el tipo de justificación, y sólo entonces. Correlativamente al tipo de injusto cabe formar un *tipo de culpabilidad* [113] que abarque los elementos positivos de la culpabilidad, y a

[111] *Engisch*, Mezger-Festschrift, pp. 127 ss., 130 ss.; *Jescheck*, AT, § 25, I, 3.

[112] *Engisch* DJT-Festschrift, t. I, pp. 401 ss., 409; al tipo total de injusto (*Gesamtunrechtstatbestand*) también lo llaman en ocasiones los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo meramente tipo de injusto.

[113] *Gallas*, ZStW, 67, pp. 1 ss., 31 ss.; *Schmidhäuser*, Engisch-Festschrift, pp. 433 ss., 446; *Engisch*, DJT-Festschrift, t. I, pp. 401 ss., 413; *Maihofer*, H. Mayer-Festschrift, pp. 185 ss., 191, 201.

su vez correlativamente al tipo de justificación un tipo de exculpación que reúna los elementos de las causas de exculpación; ambos pueden unirse —paralelamente al tipo total de injusto— en un *tipo total de culpabilidad*. Los elementos que el dolo debe abarcar en el delito doloso pueden reunirse en un tipo-figura rectora (*Leitbildtatbestand*) [114]; a su vez, pueden llamarse tipos los elementos cuya realización debe conocerse o ser cognoscible para la culpabilidad. Es sólo cuestión de conveniencia terminológica decidir si se forma un concepto de tipo propio (por algunos llamado *tipo en el sentido de la teoría jurídica*) [115] también para la totalidad de los presupuestos de punibilidad jurídico-materiales, incluidas las condiciones únicamente objetivas (*infra* 10/1 ss.), o bien incluso para todos los presupuestos materiales y procesales, y ello, a su vez, en general o concretado a un comportamiento individual (en este último caso, p. ej., la presencia efectiva de un juez competente se convierte en elemento del tipo de la condena concreta de un delincuente). Finalmente, cabe hablar asimismo de un *tipo de acción*, comprensivo de los elementos de la acción en Derecho penal, o de un *tipo de aplicación de la pena*, comprensivo de los elementos necesarios, según los §§ 3 ss. StGB, para la aplicación del Derecho penal alemán, etc.

3. *Crítica de la doctrina de los elementos negativos del tipo*

54 *a)* La independencia del escalón valorativo descrito (tipo de injusto) en relación con el escalón valorativo del injusto es objeto de vivo debate y reflejado sólo imperfectamente con la separación usual de tipo y antijuricidad. Desde luego, son fallidos los intentos de simplificar la situación considerando a los presupuestos de la justificación como elementos negativos del tipo, de modo que siempre coincidirían la realización del tipo y el injusto.

55 *a')* La posición más radical *en contra* del reconocimiento del tipo como escalón de valoración jurídica la ocupa la teoría —fundada por *A. Merkel* [116] y *Frank* [117]— de los elementos negativos del tipo [118], con arreglo a la cual los elementos del denominado tipo positivo (aquí llamados «tipo de injusto»), junto con la ausencia de los elementos de un tipo de justificación, se unen en un tipo de injusto total [119]. Según esta doctrina, el tipo de injusto total comprendería los elementos del tipo de injusto más la ausencia (de ahí su carácter negativo) de todos los tipos de justificación. Ejemplo: El tipo del § 303.1 StGB rezaría

---

[114] *Vid. Engisch*, Mezger-Festschrift, pp. 127 ss., 132, con bibliografía.

[115] *Mezger*, NJW, 1953, pp. 2 ss.; *el mismo*, Strafecht, § 21, II, I; *Jescheck*, AT, § 25, I, 3; *Engisch*, Mezger-Festschrift, pp. 127 ss., 130.

[116] Lehrbuch[1], § 30.

[117] ZStW, 14, pp. 354 ss., 363; *el mismo*, StGB[1], 1987, § 59, nota II, 2.

[118] Con detalle sobre la historia dogmática, *Hirsch*, Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, pp. 13 a 219.

[119] *Baumann-Weber*, AT, § 19, III, 3 *b* gamma; *SK-Samson*, núm. marg. 9 ss. ante, § 32; *Engisch*, DJT-Festschrift, pp. 401 ss., 406; *el mismo*, ZStW, 70, pp. 566 ss., 583 ss.; *Arthur Kaufmann*, JZ, 1954, pp. 653 ss.; *el mismo*, JZ, 1956, pp. 353 ss., 393 ss.; *el mismo*, Lackner-Festschrift, pp. 185 ss., 187; *Roxin*, Offene Tatbestände, pp. 174 ss.; *el mismo*, MonSchrKrim., 1961, pp. 213 ss.; *Lang-Hinrichsen*, JR, 1952, pp. 306 ss.; *el mismo*, JZ, 1953, pp. 363 ss.; *v. Weber*, Mezger-Festsschrift, pp. 183 ss.; *Schünemann*, GA, 1985, pp. 341 ss., 347 ss., 351, 373 s.; bibliografía sobre el estado de la discusión en la doctrina antigua en *Mezger*, Strafrecht, § 22, II, nota 8.

así, con arreglo a esta teoría: Si alguien daña o destruye una cosa ajena, salvo en los casos (1) de legítima defensa frente a un ataque actual y antijurídico (etc., § 32 StGB) o (2) de la evitación de un peligro actual (etc., § 34 StGB)..., etc.

b') En la teoría de los elementos negativos del tipos *no* se trata, pues, *de elementos del tipo de injusto concebidos negativamente* [120], como lo son, p. ej., la *ausencia* de acuerdo que excluye el tipo (*infra* 7/111 ss.); o la anulación de la posesión ajena *sin* la voluntad del tenedor de la posesión, en la apropiación característica del hurto; o la entrada *sin* la voluntad del titular, en el allanamiento de morada; o las palabras *no* dichas en público, en la violación de la confidencialidad. Tales elementos del tipo concebidos negativamente no caracterizan el contexto especial en el que una acción socialmente anómala es tolerable (como ocurre en un tipo de justificación), sino que sólo su ausencia convierte a la acción en socialmente anómala. Por lo general, en los elementos del tipo concebidos negativamente importa que una acción vaya dirigida contra un bien que sólo está protegido con arreglo a la discrecionalidad del interesado; por ello, la falta de una voluntad conforme es condición para que la acción vulnere algo protegido. Ejemplo: Si a alguien se le rapa el cabello, ello no constituye unas lesiones típicas pero justificadas por el contexto en que tiene lugar (consentimiento), sino que en realidad no llega a haber lesiones típicas, pues no se protege la intangibilidad de todo cabello, sino sólo el existente y con arreglo al arbitrio del titular. Todos los elementos del tipo concebidos negativamente se pueden reformular como elementos positivos; especialmente, en los casos de ausencia de acuerdo que excluye el tipo se trata de la presencia de un ataque a la facultad de disposición ajena. 56

b) A la teoría de los elementos negativos del tipo, referida al tipo de justificación, hay que concederle que, efectivamente, sobre el juicio de antijuricidad decide únicamente el tipo de injusto total. Un comportamiento justificado no es menos conforme a Derecho que otro ni siquiera típico, y está prohibido o es contrario a la norma en tan escasa medida como éste [121]. Pero esto rige sólo en lo que al resultado final se refiere, y no significa nada acerca del fundamento del injusto ni acerca de la relevancia del escalón valorativo anterior al injusto [122]. El hecho de que el tipo de injusto y los presupuestos de la justificación, frente a lo mantenido por la teoría de los elementos negativos del tipo, han de separarse [123], se pone de manifiesto claramente en las consecuen- 57

---

[120] No obstante, ambas cosas las conjuga *v. Weber*, Mezger-Festschrift, pp. 183 ss.; en contra, con razón, *Hirsch*, Lehre von den negativen Tatabestandsmerkmalen, pp. 256 ss.; *Jescheck*, AT, § 25, III, 3.

[121] *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 178.

[122] *Vid. Minas-v. Savigny*, Negative Tatbestandsmerkmale, pp. 78 ss.

[123] *Dreher*, Heinitz-Festschrift, pp. 207 ss.; *Armin Kaufmann*, Normentheorie, pp. 138 ss., 148 ss.; *el mismo*, JZ, 1955, pp. 37 ss.; *Welzel*, ZStW, 67, pp. 196 ss., 208 ss.; *el mismo*, ZStW, 76, pp. 619 ss., 621 ss.; *el mismo*, Das neue Bild, 4, pp. 22 ss.; *el mismo*, Niederschriften, t. II, pp. 31 ss.; *el mismo*, Strafrecht, § 10, III; § 14, I, 1; *Nowakowski*, ZStW, 65, pp. 379 ss., 392; *Hirsch*, Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, pp. 220 ss., 267 ss., 322 ss., 347; *LK-Hirsch*, núm. marg. 7 ss. ante, § 32; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 4 ante, § 32; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 37, núm. marg. 24 ss.; *Lackner*, nota III ante § 13; *Wessels*, AT, § 5, II. 3; § 11, III, 1 *a; Jescheck*, AT, § 25, I, *a* III; *Paeffgen*, Verrat, pp. 78 ss.; en conclusión, también *Gallas* ZStW, 67, pp. 1 ss., 16 ss.; sobre ello, con detalle, *Welzel*, Strafrecht, § 10, III.

cias para el aspecto subjetivo, y desde luego con independencia de cómo se decidan los supuestos de error. En caso de comisión del hecho, el dolo ha de extenderse, con arreglo al § 16 StGB, a todas las circunstancias pertenecientes al tipo legal. Requerir en el hecho un conocimiento de la ausencia de todas las causas de justificación (es decir, de la parte negativa del tipo de injusto total) sería, sin embargo, aun cuando se consideraran los contenidos de consciencia sobre los que no se llega a reflexionar, no sólo psicológicamente absurdo, sino además imposible si se refiere a *la totalidad* de los tipos de justificación (véanse si no las causas de justificación mencionadas a título de ejemplo en los apartados 12 a 16). Por lo general, únicamente cabe esperar que esté ausente la suposición de una causa de justificación, es decir, que falte una actualización psíquica de la situación justificante, si acaso unida a la suposición global de estar obrando contra Derecho, y sólo en casos concretos unida a la suposición de que falta una determinada causa de justificación en particular [124].

58 Esta conclusión no se deriva de la concepción negativa de los presupuestos de justificación; los elementos del tipo concebidos negativamente no muestran en el § 16 StGB particularidad alguna. Tampoco se deriva sólo de la gran cantidad de causas de justificación que hay, y cuya actualización es imposible por razones puramente cuantitativas. La conclusión se deriva más bien de la relación material de tipo de injusto y justificación [125]: El tipo de injusto es una unidad de sentido jurídica (y social) propia, con independencia de una situación justificante dada, ya que la justificación puede anular la antijuricidad, pero no la anormalidad (*Auffälligkeit*) social del suceso. El homicidio de una persona en legítima defensa no constituye injusto, pero su anormalidad social se pone de manifiesto por el simple hecho de que debe estar conectada a la legítima defensa para poder convertirse en tolerable; la muerte de por sí no es tolerable, mientras que en un suceso atípico, como, p. ej., matar a una mosca, ni siquiera se plantea la cuestión de en qué contexto se produjo la acción [126]. Dicho de otro modo, ciertamente son iguales las consecuencias penales del actuar atípico y del actuar típico pero justificado, mas difieren los fundamentos jurídicos de

---

[124] La doctrina considera, en ocasiones, suficiente la falta de la apreciación de un tipo de justificación, es decir, en contra del § 16 StGB, la ausencia de un proceso psíquico; v. *Weber*, Mezger-Festschrift, pp. 183 ss., 185, pretende hacerlo valer incluso para los elementos del tipo de injusto concebidos negativamente; con buen criterio, en contra, *Armin Kaufmann*, JZ, 1955, pp. 37 ss., 38; *Hirsch*, Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, pp. 267 ss.

[125] *Armin Kaufmann* ha demostrado que, también debido a la limitación de las intervenciones justificadas a lo necesario, ha de reconocerse un escalón valorativo previo al injusto; JZ, 1955, pp. 37 ss., 40 s.; *el mismo* Normentheorie, pp. 255 s.; no obstante, es dudoso si este escalón lo forma el tipo o más bien una ponderación de intereses independiente del tipo. Si, p. ej., para la evitación de un peligro existe la alternativa de unos daños mínimos (¡pero típicos!) o de una importante privación de una cosa (¡atípica!), la ponderación debe poder llevarse a cabo sin tener en cuenta si las intervenciones están formuladas típicamente o no.

[126] *Welzel*, Strafrecht, § 14, I, 1. Lo dicho es válido también cuando la materia de *prohibición* es contenido de un *mandato* (el agente de policía que ejecuta una orden de detención *debe* privar de libertad); *de otra opinión*, *Armin Kaufmann*, Klug-Festschrift, pp. 277 ss., 280, fundamentándolo en que en estos supuestos falta la limitación a través de lo necesario que es común en las causas de justificación (*vid.* asimismo *Klug*, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 249 ss., 260 ss.). No obstante, la comprobación de la necesidad es parte integrante de la fundamentación del mandato por parte de la ley, o de la concreción del mandato por parte de órgano competente (al dictar la orden de detención). En caso de «división del trabajo», no hace falta que cada interviniente verifique *por sí mismo* la necesidad.

las consecuencias según que el tipo se haya realizado o no; en este último caso no hace falta tener en cuenta la justificación. Cuando se argumenta en contra que lo común entre un hecho típico y antijurídico y otro típico pero justificado, es decir, la realización del tipo, no es sino un «artificio jurídico» [127], se orienta la atención unilateralmente a las consecuencias, descuidando el proceso de fundamentación; con este modo de proceder no ya sólo el tipo, sino el propio injusto, se puede estilizar hasta considerarse un «artificio jurídico»: La suerte de la pena se decide sólo en la culpabilidad, y en *todos* los escalones anteriores sólo recaen juicios con reservas.

4. *La relación entre tipo e injusto*

a) *El axioma*

La independencia del tipo ya descrita se entiende sobre todo como inde- 59
pendencia tanto frente al juicio de antijuricidad como frente al juicio de justificación. De acuerdo con ello, el tipo realizado, si falta la justificación, no constituirá injusto, sino sólo «indicio» de éste; si concurre justificación, expresará la anormalidad social, a pesar de la falta de injusto. En consecuencia, se propone una estructura del delito que consta de tres escalones: El delito será una acción típica, antijurídica y culpable. *Con este sistema de tres escalones no se expresa adecuadamente la relación entre tipo e injusto.* Tipo e injusto (o, formalmente: antijuricidad) sólo serán escalones (separados) del delito, si el escalón de la antijuricidad añade algo al escalón del tipo. Este es el caso cuando concurre justificación, dado que entonces al tipo de injusto se añade el tipo de justificación. Sin embargo, cuando está ausente la justificación, esta ausencia ha de verificarse en un paso mental distinto a la averiguación de la realización del tipo, y en esa medida se puede hablar de un escalón de la *comprobación* del delito, pero la ausencia de justificación no es ningún escalón del delito mismo; *más bien, el tipo realizado constituye el injusto en caso de ausencia de causas de justificación* [128].

Sin embargo, si con los escalones del delito no se alude al respectivo juicio con su sustrato objetivo, sino al proceso de verificación, entonces sí es consecuente enumerar por separado tipo e injusto incluso en caso de ausencia de causas de justificación; desde luego, entonces también en la culpabilidad se debe, consecuentemente, separar los presupuestos positivos de la culpabilidad y la ausencia de causas de exculpación [129]. Unicamente en el supuesto de justificación sólo parcial —por razones objetivas o subjetivas— se obtiene un injusto pasan-

---

[127] *Roxin*, Offene Tatbestände, p. 181.

[128] *Schmidhäuser*, AT, 8/2, 8/11, 9/5 s.; *el mismo*, Lackner-Festschrift, pp. 77 ss., 89 s.; *Kruse*, Rechtsgutsverletzung, pp. 219 ss. Así pues, no hay que considerar al tipo —en terminología antigua— como *ratio cognoscendi*, con *M. E. Mayer*, AT, pp. 52, 182 ss., 185, sino como *ratio essendi*, con *Mezger*, Strafrecht, § 22, I; obviamente, la opción de *Mezger* en favor de concebir al tipo de injusto como *ratio essendi* se contradice con su reconocimiento de la teoría de los elementos negativos del tipo (*op. cit.*, II; *LK*[8]*-Mezger*, Introducción, p. 11). *Vid.* al respecto *Class*, Grenzen des Tatbestandes, pp. 142 ss., 147; *Welzel*, Strafrecht, § 10, III.

[129] *Vid. Schmidhäuser*, Engisch-Festschrift, loc. cit.

do por dos escalones, cada uno con su propio sustrato: el tipo y la justificación parcial que disminuye el injusto.

La enumeración de los presupuestos negativos del delito no es sino herencia de la fallida equiparación de las condiciones negativas a las positivas en la causalidad, perdiéndose así el carácter únicamente hipotético de las condiciones negativas (*infra* 7/25).

b) *Supuestos problemáticos*

60 La equiparación de realización del tipo e injusto en caso de ausencia de justificación sirve, naturalmente, sólo cuando se entiende el tipo como sustrato completo del injusto, y la verificación de la antijuricidad se limita a la comprobación de la falta de causas de justificación. Lo cual se discute en relación con dos ámbitos de problemas, y de ello se trata en (a) la teoría de los tipos abiertos y (b) la teoría de los elementos especiales de la antijuricidad (también llamados elementos del deber jurídico). Según ambas teorías, hay presupuestos del injusto *positivos* independientes del tipo.

a') Acerca de los *tipos abiertos*:

61 — Con arreglo a la teoría de los tipos abiertos, en algunos tipos concretos —se piensa sobre todo en las coacciones y en la extorsión (§§ 240, 253, 255 StGB)— los elementos del tipo describen algo más que el injusto de su respectiva clase, y estos tipos no cabría reducirlos a la medida del injusto, mediante una interpretación que completara, limitando. Más bien, el tipo debe conservar su amplitud, pero mediante un «juicio de valor judicial independiente» debe comprobarse si la realización del tipo constituye injusto [130]. El juicio —descrito en los §§ 240.2, y 253.2 StGB como reprochabilidad del hecho— está sólo bosquejado mediante el recurso a la valoración social; esta valoración no se debe diluir en elementos del tipo, sino que debe seguir siendo valoración de la antijuricidad. En esta solución —rechazada por la doctrina mayoritaria— [131], hay, fuera del tipo, elementos del injusto de naturaleza positiva: los elementos del «juicio de valor del juez»; en consecuencia, la antijuricidad es un escalón (independiente) del delito, con contenido positivo.

62 — La formulación legal incompleta de elementos típicos no representa nada singular; también se encuentra en las posiciones de garante de los delitos de omisión impropia (*infra* 29/26 ss.), en el riesgo permitido (*infra* 7/35) y en otros elementos más, en mayor o menor medida, sin que los tipos correspondientes se conviertan en abiertos por lo que respecta al injusto; sólo están «abiertos» a la concreción intensiva por medio de interpretación, lo que no es distinto en

---

[130] *Welzel*, Strafrecht, § 14, I, 2 *b; vid.* también Niederschriften, t. VI, pp. 276 ss.

[131] Con razones lógicamente heterogéneas; *vid. Engisch*, DJT-Festschrift, t. I, pp. 401 ss., 411 s.; *Gallas*, ZStW, 74, pp. 78 ss., 117 ss.; *Hirsch*, Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, pp. 289 ss. *Roxin*, Offene Tatbestände, pp. 153 s. y *passim*, con amplia bibliografía, pp. 15 ss.; *Jescheck*, AT, § 25, II, 1; *LK-Jescheck*, núm. marg. 43 ante, § 13; *LK-Hirsch*, núm. marg. 19 ss. ante § 32; *Baumann-Weber*, AT, § 19, III, 2 *a; Stratenwerth*, AT, núm. marg. 352; la toma de postura de *Schmidhäuser*, AT, 9/11, se ve determinada por la idea de que el § 240 StGB está *descrito* típicamente de modo cerrado; en contra, *Roxin*, ZStW 83, pp. 369 ss., 385; *Jakobs*, Peters-Festschrift, pp. 69 ss., 70.

los llamados tipos abiertos: Tampoco en éstos se trata sólo de valorar los elementos mencionados legalmente, sino que más bien la valoración es posible únicamente cuando se comprueba, primero, en qué contexto social se realizan los elementos mencionados en la ley. Los elementos del contexto social complementan a los elementos mencionados legalmente para formar una totalidad que constituye un sustrato completo del injusto. La concreción tiene lugar, pues, mediante complementación *del tipo*; que al mismo tiempo la anticipación de un posible injusto guíe al intérprete, no obsta para que como resultado de la concreción surja un *tipo* de injusto. Ejemplo: Si en un contrato de suministro, el suministrador amenaza con quebrantar el contrato, con efectos ruinosos para el receptor, a no ser que éste adelante el pago sin descuento de los intereses, pertenecen al tipo las condiciones especiales de la amenaza, es decir, el anuncio de denegar las prestaciones garantizadas contractualmente (¡requisito del dolo!) [132].

En esta complementación del tipo la falta de los presupuestos de la justificación es elemento del tipo en tan escasa medida como en los tipos cerrados y determinados. En caso de justificación subsistiría, por tanto, la tipicidad [133]. El límite entre la atipicidad y la justificación se rige, también en los tipos abiertos, por el hecho de si un comportamiento es tolerable únicamente en un determinado contexto (justificación) o de si no supone una perturbación, aun sin tener en cuenta el contexto (atipicidad) (*supra* 6/58). Lo que quiere decir, en particular para los delitos de coacciones: Si el propio *sujeto coaccionado* es responsable de que un comportamiento organizativo del que coacciona influya en tanto que coerción en su ámbito organizativo (del coaccionado), falta ya el tipo de coacciones. Ejemplo: El estudiante, para no quedarse encerrado, debe salir de la biblioteca antes de la hora de cierre. Si el que coacciona es responsable de dicho influjo coercitivo, pero tiene derecho a ejercerlo, se comporta típicamente, pero está justificado. Ejemplo: Sólo propinándole una bofetada se consigue que un garante cumpla con su deber; ciertamente, esto constituye (además de lesiones) un menoscabo de la esfera de libertad, es decir, una coacción típica, pero no injusto, por el tipo de justificación que concurre a la vez (§ 32 StGB).

— Rechazar la teoría de los elementos negativos del tipo en favor de tipos **63**
cerrados indeterminados acarrea consecuencias para el aspecto subjetivo del delito: El dolo debe referirse a los elementos complementadores del tipo. El hecho de que estos elementos pueden ser no exclusivamente descriptivos, sino que hayan de abarcar también la *ordenación* de los bienes, impide el requisito del dolo en tan escasa medida como en los elementos normativos del tipo (*infra* 8/48 ss.). Desde luego, el propio juicio de reprochabilidad no pertenece al tipo [134].

---

[132] BGH LM, núm. 3, sobre el § 240; *Vianden-Grüter*, GA, 1954, pp. 359 ss.; *Armin Kaufmann*, Klug-Festschrift, pp. 277 ss., 282 s.

[133] En esto *de otra opinión*, *Roxin*, Offene Tatbestände, pp. 186 s.; *el mismo*, ZStW, 82, pp. 675 ss., 683; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 66 ante, § 13; como aquí, *LK-Hirsch*, núm. marg. 21 ante, § 32; *Armin Kaufmann*, *op. cit.*, nota 132; *Jakobs*, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 791 ss., 797 s. con nota 26.

[134] De otra opinión, *Langer*, GA, 1976, pp. 193 ss., 200.

64 *b')* Acerca de los *elementos especiales de la antijuricidad*:

— A numerosos elementos, que expresan una competencia estatal (o privada) (sobre todo el elemento «competente» en los §§ 110, 116, 137 StGB antiguo, «conforme a Derecho» en los §§ 113.3, y 136.3 StGB) los trata la jurisprudencia como independientes del dolo (las llamadas condiciones objetivas de punibilidad), aun cuando su ausencia elimina ya el injusto. Ejemplo: El § 113 StGB (resistencia) protege sólo de ataques a las acciones de ejecución judicial ajustadas a Derecho. La teoría de los elementos especiales de la antijuricidad, frente a la agrupación de estos elementos en las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, ofrece una mejor coincidencia de los aspectos objetivo y subjetivo, porque no asigna los elementos al tipo (entonces, requisito del dolo), sino que pretende entenderlos como requisitos positivos de la antijuricidad, de modo que les son aplicables las reglas del error de prohibición [135]. Sin embargo, en la medida en que estos elementos resultan necesarios para constituir el injusto, deben referirse a un sustrato cuyo concepto, entonces, realiza la totalidad de los requisitos que pueden establecerse para un elemento del tipo: El concepto expresa, pues, un requisito positivo del injusto [136]. El hecho de que unos elementos del tipo formulados tan globalmente se refieran a su vez a una antijuricidad que corresponde a la antijuricidad que sólo se fundamenta mediante el tipo (los llamados elementos de valoración global del hecho), no representa peculiaridad alguna de estos elementos, sino que se da en numerosos elementos normativos del tipo. Ejemplo: En la conformidad a Derecho del ejercicio de cargo está contenida la prohibición —lógicamente aquí aún no garantizada penalmente— de resistir (*vid. infra* 8/57).

65 — Los elementos del deber jurídico, pues, han de reducirse a elementos típicos normativos. En relación con los supuestos más relevantes de los §§ 113 y 136 StGB ello significa [137] que la conformidad a Derecho del ejercicio de cargo es en el § 113 StGB un elemento del tipo (¡por tanto, requisito del dolo!). Acerca de la suposición errónea de la conformidad a Derecho, *vid. infra* 25/51 *a)*; la perturbación de un acto de ejercicio de cargo contrario a Derecho —en lo que se refiere únicamente a la obstaculización del ejercicio de cargo antiju-

---

[135] *Welzel*, Strafrecht, § 14, I, 2 *c; el mismo*, JZ, 1952, pp. 19 s.; *el mismo*, JZ, 1952 pp. 133 ss.; *el mismo*, JZ, 1953, pp. 119 ss.; *el mismo*, ZStW 67, pp. 196 ss., 224; *el mismo*, Klug-Festschrift, pp. 277 ss., 287 ss.; más bibliografía en *Roxin*, Offene Tatbestände, p. 15. *En sentido negativo*, con distintas razones, la doctrina dominante; *Baumann-Weber*, AT, § 26, II, 4 *a; Engisch*, Mezger-Festschrift, pp. 127 ss., 157 ss.; *el mismo*, DJT-Festschrift, t. I, pp. 401 ss., 411 s.; *Gallas*, ZStW, 67, pp. 1 ss., 24; *Hirsch*, Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, pp. 296 ss.; *Roxin*, Offene Tatbestände, pp. 132 ss., 188; *Steininger*, JurBl., 1987, pp. 205 ss., 287 ss., 293 ss.; *LK-Hirsch*, núm. marg. 19 ss. ante § 32, con más bibliografía.

[136] En lo esencial como aquí, *Jescheck*, AT, § 25, II, 2; *LK-Jescheck*, núm. marg. 43 ante, § 13; *Engisch*, Mezger-Festchrift, pp. 127 ss., 157 ss.; *Roxin*, Offene Tatbestände, pp. 132 ss., 135; en ocasiones se encuentra la contraposición equívoca entre partes descriptivas del elemento, por una parte, y la prohibición, por otra. Esta distinción pasa por alto el hecho de que los tipos —en medida variable— acogen realidad formal o informalmente *regulada* (y que, por tanto, va contra las prohibiciones).

[137] Acerca de las numerosas propuestas de solución relativas a estos preceptos, *vid. Dreher*, JR, 1984, pp. 401 ss. (entre otras cosas, con bibliografía de *sus* anteriores trabajos); *Hirsch*, Klug-Festschrift, pp. 235 ss., 243 ss.; *Schünemann*, en: Straftatsystem, pp. 1 ss., 16 ss.; *Bergmann*, Milderung, pp. 109 ss.; *Maurach-Schroeder*, BT, II, § 69, II, 3; *Schönke-Schröder-Eser*, § 113, núm. marg. 19 ss., con bibliografía.

rídico, no a las incidencias sobre los bienes de la autoridad o funcionario o del Estado— no es que esté justificada, es que no afecta a ningún objeto de protección [138]. El § 113.4, inciso 1, StGB regula el supuesto de imprudencia.

El párrafo 4, inciso 2, contiene un tipo más que prohíbe la puesta en peligro abstracto: Incluso contra un acto de ejercicio de cargo que se supone antijurídico ha de procederse sólo adecuadamente, es decir, con medios jurídicos, mientras ello sea posible, sin sacrificar intereses de relevancia, siendo la relevancia relativa al carácter (supuestamente) drástico de la acción en ejercicio de cargo (ello viene designado en la ley meramente como exigibilidad). Al realizar este tipo de delito de peligro abstracto la conformidad a Derecho del ejercicio de cargo constituye una llamada condición objetiva de punibilidad, o más exactamente, una condición jurídica exclusivamente objetiva (*vid. infra* 10/1 ss., 2). Lo mismo rige para el § 136 StGB. Acerca de los requisitos de la conformidad a Derecho del ejericio de cargo, *vid. infra* en las causas de justificación 16/2 ss.

c) En definitiva, el único presupuesto del injusto de naturaleza positiva es **66** la realización del tipo.

III. LA RELACION ENTRE TIPO Y ACCION

BIBLIOGRAFIA: *Vid.* la relativa a II.

A. La acción como contenido mínimo común de los tipos

1. Tampoco tipo y acción son distintos escalones del delito. La acción es **67** un concepto relativo; es decir, no hay acción en sí, sino sólo acciones determinadas en cada caso mediante los efectos externos evitables del sujeto (*supra* 6/27, 34). Estos efectos, en tanto que no típicos, son jurídicamente irrelevantes (el pasear no es jurídicamente relevante por el hecho de ser acción), pero en tanto que típicos ellos mismos son realizaciones de tipos. Esta identidad de acción y realización del tipo no obsta para que se traten ambos como escalones del delito separados.

---

[138] *Hirsch*, ZStW, 84, pp. 380 ss., 390 ss.; ahora, de otro modo, *Hirsch*, Klug-Festschrift, pp. 235 ss., 249, entre otros, con el apreciable argumento de que también en el § 240 StGB el derecho a coaccionar es un problema de justificación, no de tipo (sobre ello, distinguiendo, *supra* 6/62, nota 133). No obstante, para un Estado de libertades es útil no proteger a un funcionario que ejecuta un acto antijurídicamente (*en relación a su función ejercida antijurídicamente*) mediante el elemento de la necesidad que caracteriza a las causas de justificación correspondientes. Particularmente, el ciudadano está autorizado a oponerse a actos de ejecución antijurídicos incluso si se da cuenta de la inutilidad o innecesariedad de sus intentos de defensa (*vid.* el supuesto de hecho en que se basa el fallo OLG Düsseldorf NStZ, 1984, pp. 316 ss.). Esta solución concuerda con el privilegio que comporta el § 113 StGB frente al § 240 StGB. Ejemplo: Se puede obstaculizar que el agente judicial examine un objeto de embargo al llevar a cabo una ejecución antijurídica aun a sabiendas de que a éste le parecerá inembargable al examinarlo. Naturalmente, si hubiese que suprimir el privilegio, en favor de lo cual aboga *Hirsch* (*op. cit.*, pp. 241 ss.), resultaría preferible la solución de la justificación.

Sin embargo, sería desacertado dejar que el concepto de acción se deshiciera en el de tipo, lo que se propone por gran parte de la doctrina con la fundamentación —en sí acertada— de que penalmente relevante es (como pronto) la realización del tipo. Y es que el concepto de tipo no se verifica en absoluto *antes* del de acción; así pues, el problema de lo que es una acción no puede resolverse integrándola en el concepto de tipo [138a]. Aun cuando no se haga valer la pretensión de algunos finalistas de anteponer «la estructura final del actuar humano», como «constitutiva por excelencia», a las «normas penales» [139], queda por resolver lo que es acción. La solución ha de materializarse teniendo en cuenta la normas existentes, y no al contrario (p. ej., limitar los sujetos de la acción a las personas físicas no es ninguna característica específica pretípica del concepto de acción, *vid. supra* 6/22). Así entendida, *la acción es, en el delito de comisión, el máximo denominador común, y único, de absolutamente todos los tipos*. La acción se caracterizó *supra* (6/20 s.) como el concepto de lo que ha de definirse como un sujeto que puede comportarse defraudando expectativas, y de aquello que puede definirse como mundo configurado por este sujeto. Todos los tipos describen configuraciones del mundo que defraudan expectativas, realizadas por sujetos; las condiciones de la acción son las condiciones mínimas de los tipos.

68 2. Los elementos de la acción son, pues, elementos del tipo. Del concepto de acción más arriba expuesto, como causación de resultado individualmente evitable, se deduce para el tipo que éste —como la acción— no es algo exclusivamente objetivo (es decir, no sólo actividad corporal que ocasiona el resultado) o algo exclusivamente subjetivo (es decir, sólo dolo), sino una estructura de elementos objetivos y subjetivos: la evitabilidad (subjetiva) de un resultado (objetivo) en sentido amplio que es al menos una actividad corporal, pero que puede ser también ésta junto a consecuencias. Así pues, se distinguen un tipo objetivo y un tipo subjetivo, entendiéndose por objetivo el aspecto externo del delito a partir de la actividad corporal, y por subjetivo la actitud psíquica (interna) del sujeto que en cada caso toma parte. Lo que es objetivo depende, pues, del individuo interviniente; p. ej., el dolo de la persona inducida es para ésta algo subjetivo, pero algo objetivo para el inductor.

Esta separación de tipo objetivo y tipo subjetivo no significa falta de relación entre ambas partes: El tipo subjetivo es la condición del tipo objetivo. Cuando, no obstante, más abajo, se antepone el tipo objetivo del delito consumado a su tipo subjetivo, esta desviación del orden lógico se realiza en la génesis del delito principalmente con vistas a mejorar la exposición. Y es que como el tipo subjetivo es la evitabilidad de la realización del objetivo, si se anticipase la exposición del tipo subjetivo habría que tratar implícitamente todo el tipo objetivo. Además, puede servir de cierta justificación de comenzar por el tipo objetivo el hecho de que la génesis individual del delito, para el delito como fenómeno social, es algo que sólo se verifica mediante deducción de la

---

[138a] Con buen criterio, *Armin Kaufmann*, en: Strafrechtsdogmatik, pp. 21 ss., 31 ss., 3: la acción como reguladora del ámbito del injusto (al respecto *Baumann*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 181 ss.).

[139] *Welzel*, Strafrecht, § 8, II, ante 1; extendiéndolo al Derecho civil, *Armin Kaufmann*, en: Strafrechtsdogmatik, pp. 35 ss., 40 ss.; en fecha reciente, decididamente a favor de un concepto de acción prejurídico, *Hirsch*, ZStW, 93, pp. 831 ss., 863 y *passim*, 94, pp. 239 ss.

causa por el efecto: Como fenómeno social, el delito sólo se experimenta al objetivarse. La exposición individualizada del tipo objetivo y del tipo subjetivo no debe inducir a suponer que cada una de las partes es de por sí, cualitativamente, injusto; más bien, una realización exclusivamente objetiva del tipo —p. ej., un homicidio inevitable— es una desgracia, pero no injusto, y un dolo de cometer delito sin aspecto externo no constituye ni siquiera tentativa.

B. La pertenencia del resultado típico a la acción y al injusto

1. *El problema*

69 Que al injusto pertenece un aspecto externo no llega a discutirse, en virtud del principio del hecho; pero sí se discute si este aspecto externo abarca potencialmente más que la ejecución de la acción, es decir, si abarca también *consecuencias* de la ejecución evitables. Dado que el concepto de acción se formó aquí desde el punto de vista de una regulación de sistemas de expectativas y por tanto con una orientación utilitaria, no puede por consiguiente decidirse *a priori* la cuestión de si a las acciones antijurídicas pertenece sólo la ejecución de la acción o si en los delitos de resultado pertenece además un resultado de la acción que va más allá (incluyendo la puesta en peligro concreta) [140]. La polémica en torno a la pertenencia del resultado al injusto sólo tiene sentido si se la entiende como polémica acerca de qué concepto de injusto sirve mejor a la sistematización de un Derecho penal que se propone la estabilización de expectativas: uno al que pertenezca el resultado u otro al que no pertenezca el resultado. Lo mismo es aplicable a la relación entre resultado y acción. Para ello no sirve de aclaración extraer conclusiones sobre el injusto desde la culpabilidad; no cabe decidir que al principio de culpabilidad se opone que la responsabilidad penal dependa de la producción del resultado [141], pues la culpabilidad, al igual que el injusto, no cabe definirla al margen del sistema (al respecto, *infra* 17/18 ss.).

2. *¿Imposibilidad de injusto sin resultado típico?*

70 *a) a')* Se puede reservar el concepto de injusto para un suceso objetivo, p. ej., para una lesión de bien jurídico, y entonces, en la tentativa, consecuentemente, no castigar por un injusto de tentativa, pues no lo hay, sino por la tentativa de realizar un injusto (¡realmente no existente!) [142]. El concepto de injusto se forma entonces desde otro punto de vista que el concepto de acción.

b') La misma consecuencia en relación con la tentativa resulta de una consideración que parte del fin de la norma de prevenir lesiones o puestas en pe-

---

[140] Acerca de las diversas aplicaciones del concepto de injusto, *vid.* también *Schmidhäuser*, AT, 8/82; discrepando, el mismo AT, 8/89.

[141] En este sentido, *Krauß*, ZStW, 76, pp. 19 ss., 62, en una solución con todo ecléctica.

[142] De época reciente, *Nowakowski*, Österreichisches Strafrecht, pp. 42 ss., con más bibliografía; *el mismo*, ZStW, 63, pp. 287 ss., 299 ss., 313; *Nowakowski* ha abandonado esta teoría: JurBl., 1972, pp. 19 ss., 22 s.

ligro de bienes jurídicos, objetos de ataque, etc., influyendo en la motivación humana, en el sentido de evitar, en la medida de las respectivas posibilidades, realizar lo valorado negativamente [143]. Los aspectos objetivo y subjetivo determinan entonces el injusto conjuntamente, pero a veces necesariamente y a veces no suficientemente. Cuando no se produce el resultado, o sea, en la tentativa, no hay nada que evitar, y el injusto de la tentativa no es, a su vez, algo real, sino sólo injusto imaginado [144].

71 *b)* Ambas soluciones son factibles consecuentemente, pero carecen de un concepto para expresar la perturbación que en la tentativa no sólo está anticipada en la consciencia del autor, sino que ya está completa por lo evidente del ataque a la norma, es decir, un concepto para expresar el injusto de la tentativa. Mientras que quede claro que el injusto no se exige como base forzosa de una pena en este sistema, sino que basta el injusto imaginado [145], es inocua esta forma de emplear los conceptos. Dado que esta formación de conceptos parte del punto de vista (policial) de evitar resultados, en lugar de partir del punto de vista penal de pagar por una vulneración de la norma, no puede captar adecuadamente los objetos propios de la Ciencia penal.

3. *¿El injusto siempre desprovisto de resultado típico?*

72 *a)* En el extremo opuesto, se priva del resultado al injusto y a la acción. El injusto está sujeto a la *ejecución* de la acción y queda completo con la tentativa acabada [146]. También esta solución es factible, consecuentemente, si se desacoplan abiertamente injusto y pena, es decir, si, por una parte, se asume que un injusto idéntico a veces es punible y a veces no, o sea, siempre punible en caso de consumación, pero no siempre punible en la tentativa acabada (§ 23.1, 2.° grupo de casos StGB), y por otra parte si se asume que la posibilidad de atenuación en la tentativa (§ 23.2 StGB) no tiene nada que ver con el injusto de la tentativa, al menos de la tentativa acabada. Dicho de otro modo, esta posición pone de relieve consecuentemente la máxima participación de un sujeto en un comportamiento que defrauda expectativas, pero no que sólo esta participación máxima constituya una base adecuada para el desarrollo de la consecuencia jurídica [147]. Sin embargo, se afirma lo contrario: Unicamente el injusto de acción es base de la pena en la concepción descrita [148], porque el transcurso del hecho, *después de* la tentativa acabada, ya no está en las manos del autor, y en esa medida depende del azar y es irrelevante para la pena. En consecuencia, se propugna descartar la atenuación de la pena para la tentativa acabada. Gráficamente: «No se puede determinar cómo es que, si la víctima mue-

[143] Con detalle, *Jakobs*, Studien, pp. 1 ss., con bibliografía.

[144] *Jakobs*, *op. cit.*, pp. 120 ss.

[145] *Jakobs*, *op. cit.*, p. 125.

[146] *Armin Kaufmann*, ZStW, 80, pp. 34 ss., 50 s.; *el mismo*, Welzel-Festchrift, pp. 393 ss., 403; además, *el mismo*, Normentheorie, p. 72; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert pp. 127 ss. y *passim*; desde el punto de vista jurídico-civil, *Zippelius*, AcP, 157, pp. 390 ss., 395.

[147] Así particularmente en sentido crítico, *Stratenwerth*, Schaffstein-Festschrift, pp. 177 ss., 185.

[148] *Armin Kaufmann*, *ut supra*, nota 146; *Zielinski*, *op. cit.*, pp. 136 ss., 144; *Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte, p. 82.

re mucho tiempo después, según el plan del autor, van a poder crecer el injusto de la acción y la culpabilidad por el hecho» [149].

b) En esta posición, la relevancia del resultado para el injusto se sustituye por la de la *producción* del resultado. La acción con éxito ya constituye, *antes* de la producción del resultado, una objetivación conseguida de un propósito, pero la acción sin éxito no, aun cuando en numerosos casos no se pueda averiguar tal éxito antes de que sobrevenga el resultado. Además: Al igual que en todos los autores que tienen dolo de persistir (y por lo demás no se discuta la punición de la tentativa) es azar si se realiza efectivamente el paso de la fase de preparación (casi siempre impune) a la del comienzo de la tentativa (casi nunca impune), o del comienzo de la tentativa a su conclusión, también se puede llamar azar el que la acción de tentativa se produzca de modo que acarree un resultado o no. Sin embargo, para un injusto como base de la pena esto sería irrelevante sólo si precisamente la idoneidad que se muestra en el resultado fuese irrelevante para la pena; pero que tal no es el caso se deduce del Derecho vigente y se pone de manifiesto en la amplia impunidad de la tentativa en los delitos menos graves (*Vergehen*) y en la impunidad general de la tentativa en los hechos imprudentes, en la posibilidad de atenuación en la tentativa [150] y en la reducción más amplia aún de la punibilidad en la tentativa burdamente insensata. 73

Y no es que sean desacertadas estas regulaciones legales: No importa la significación individual de las conductas, sino su significación social [151], y la significación social no se deduce de la mente del autor, sino que ha de deducirse, a partir del hecho, en la mente del autor: Sólo para el autor comienza el hecho con el dolo; para los demás, comienza al objetivarse [152]. Pero cuando los tipos están correctamente construidos, es decir, cuando la consumación está conectada a una lesión de un bien jurídico, o al menos a un suceso relevante para el quebrantamiento de la norma, entonces el hecho consumado tiene forzosamente más significación. Hasta ahora no se ha razonado por qué esta circunstancia va a ser precisamente irrelevante para el injusto, *teniendo en cuenta que el injusto presenta un aspecto externo*. No cabe mantener la igual culpabilidad que se afirma a veces entre el autor del delito consumado y aquel cuya tentativa acabada fracasa [153], porque en este último, por falta de injusto consumado, no surge la cuestión de la total culpabilidad, al menos *en la medida en que nos sigamos ateniendo al principio del hecho* [154].

---

[149] *Armin Kaufmann*, *ut supra*, nota 146.

[150] En contra de la explicación al margen del injusto de estas diferencias en *Zielinski*, *op. cit.*, pp. 205 ss. (diferiría la necesidad de pena) y *Horn*, *op. cit.*, pp. 100 ss. (la fuerza de impresión del resultado tendría consecuencias preventivo-especiales); con acierto *Stratenwerth* Schaffstein-Festschrift, pp. 177 ss., 187; *Timpe*, Strafmilderungen, pp. 95 ss., 105; *Dencker*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 441 ss., 448; *vid.* además *Schöneborn*, GA, 1981, pp. 70 ss.; *Mylonopoulos*, Verhältnis, pp. 59 ss., *Maiwald*, en: Wiedergutmachung pp. 64 ss., 66 ss.

[151] *Gallas* Bockelmann-Festschrift, pp. 153 ss., 164 s.

[152] Así para la imprudencia ya acertadamente *Engisch*, Untersuchungen, p. 342. *Dornseifer* objeta que la ejecución de la acción basta para la objetivación (Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 427 ss., 438). Pero como ya la ejecución de la acción es *consecuencia* de la motivación, no se explica por qué han de quedar excluidas otras consecuencias.

[153] *Armin Kaufmann*, Welzel-Festschrift, pp. 393 ss., 403; *vid. supra* la cita en nota 49; *vid.* también *Krauß*, *ut supra* nota 141.

[154] Doctrina, *aparte de la ya mencionada*: en conclusión como aquí, *Stratenwerth*, SchwZStr., 79 (1963), pp. 233 ss.; *Krümpelmann*, Bagatelldelikte, pp. 62 ss.; *Hirsch*, ZStW, 93, pp. 831 ss.,

74 *c)* Otra posición más, según la cual la norma de la ley sólo se dirigiría al autor capaz de culpabilidad, confundiéndose el injusto y a culpabilidad en un solo concepto, está por aclarar en su factibilidad desde la perspectiva de la lógica de las normas y hoy no tiene más que interés histórico [155].

4. *Conclusión*

75 *a)* En definitiva, nada obliga a la formación de conceptos de acción y de injusto desvinculados del resultado, y que por lo tanto no serían determinantes como base de la pena. Sin embargo, tampoco son adecuados los conceptos en los que el resultado contribuye imprescindiblemente a condicionar la acción y el injusto, dada la punibilidad de la tentativa (acerca de las condiciones exclusivamente objetivas, *vid. infra* 10/1 ss.). Así pues, queda la alternativa de definir el resultado como componente de la acción y del injusto, sin que, sin embargo, este componente sea necesario o suficiente, al igual que —por expresarlo con un ejemplo— las uvas pasas pueden ser parte de un pastel, sin que todo pastel deba contener pasas. Formulado con otras palabras: El resultado complementa la acción de tentativa, convirtiéndola en acción de consumación, así como convirtiendo el injusto de tentativa en injusto de consumación.

76 *b)* A veces se opera, en el contexto mencionado, con una distinción de los conceptos de desvalor de acción y desvalor de resultado. En tanto que el desvalor de acción se entiende como desvalor de intención [156] y el desvalor de resultado como desvalor de hecho [157], se trata sólo de separar en el injusto la parte subjetiva de la parte objetiva. De esta distinción no resulta un análisis más preciso. En su lugar, junto al desvalor de hecho, aparece el desvalor del suceso, como desvalor de una ejecución de acción ocasionadora de resultado, y, junto al desvalor de intención, el de la objetivación de dicha intención [158].

94; *Lampe*, Das personale Unrecht, pp. 210 ss.; *Rudolphi*, Maurach-Festschrift, pp. 51 ss., 58 ss.; *Wolter*, Objektive un personale Zurechnung, pp. 109 ss., 113 ss.; *Ebert* y *Kühl*, Jura, 1981, pp. 225 ss., 234 s.; *Paeffgen*, Verrat, pp. 103 ss., 110 ss.; *vid.* también *Jahr*, Bedeutung, pp. 36 s. y *passim*; contra la posición que aquí se asume, *Suárez Montes*, Welzel-Festschrift, 379 ss.; *Mir Puig*, Jescheck-Festschrift, pp. 338 ss., 345; *Schaffstein*, Welzel-Festschrift, pp. 557 ss., 561; *Lüderssen*, ZStW, 85, pp. 288 ss., 282; *el mismo*, Bockelmann-Festschrift, pp. 181 ss., con notables consideraciones sobre la significación del resultado para la selección y el proceso; estas consideraciones siguen siendo válidas si se incorpora el resultado al injusto. Lo cual desde luego no aparece en la perspectiva de *Lüderssen*, dado que parte, como de algo evidente, de un concepto ontologicista de norma (pp. 182 s.), cerrando el paso desde el principio a una consideración funcional; en contra, detalladamente, *Schöneborn*, GA, 1981, pp. 70 ss., 78 ss. En relación con el ímpetu científico-social en *Lüderssen*, *vid. Sack*, en: Vom Nutzen und Nachteil, t. I, pp. 35 ss.; bibliografía exhaustiva en *Zielinski*, así como en nota 146.

[155] En relación con la controversia sobre la postura de *Binding*, *vid. Nagler*, Binding-Festschrift, t. II, pp. 273 ss.; *Armin Kaufmann*, Normentheorie, pp. 145 ss.; sobre *Hold von Ferneck*, Die Rechtswidrigkeit, t. I., *vid. Armin Kaufmann*, Normentheorie, pp. 109 s. y *passim*; *vid.* también *Jakobs*, Studien, pp. 9 ss.; sobre *A. Merkel*, Kriminalistische Abhandlungen, t. I, p. 44 (clásico: «Como lesiva del Derecho sólo cabe caracterizar... determinada actividad siempre que sea imputable, y únicamente en esa medida») *vid.* ya *Dornseifer*, Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merkels, pp. 82 ss.

[156] El concepto está formulado a la medida del delito cometido intencionalmente; para el dolo y la imprudencia conjuntamente se trata del desvalor de evitabilidad.

[157] *Rudolphi*, Maurach-Festschrift, pp. 51 ss.

[158] *Vid. Gallas*, Bockelmann-Festschrift, pp. 155 ss.

Ejemplo: Quien pretende romper de una pedrada el cristal de una ventana ajena, y en vez de ello alcanza de modo evitable a una persona, realiza el desvalor de suceso y el desvalor de hecho de las lesiones, así como el desvalor de objetivación y el desvalor de «intención» de unos daños dolosos y de unas lesiones imprudentes. Esta separación de desvalores sólo sirve para aclarar la posible estructura del injusto: Al igual que un tipo objetivo no es de por sí injusto, tampoco lo es un desvalor de resultado o un desvalor de suceso por sí solos. Las condiciones mínimas para el injusto son siempre las condiciones mínimas de la acción. Por consiguiente, el injusto requiere al menos el desvalor de intención y el de objetivación; la acción es precisamente la producción evitable («intención») de al menos un movimiento corporal (objetivación).

IV. LAS FORMAS DE LOS TIPOS

BIBLIOGRAFIA: *Vid.* la indicada en relación con el epígrafe II.

A. Algunas formas de tipo son de significación tan amplia que al menos en parte están reguladas en la Parte General; su tratamiento se lleva a cabo aquí en apartados separados. Se trata de la distinción entre delitos de comisión y de omisión, que ya supone una diferencia en los propios tipos (§ 13 StGB) (*infra* 28/1 ss.), de la distinción entre consumación, tentativa (incluido el emprendimiento) y los actos preparatorios (§§ 22 ss., 11.1, núm. 6, 30 *f* StGB) (*infra* 25/1 ss.), de la distinción de tipos de autor y tipos de partícipe (§§ 25 ss. StGB) (*infra* 21/1; 22/1 ss.), y de la distinción entre tipos dolosos y tipos imprudentes (§ 15 StGB) (*infra* 8/1 ss.), junto con las formas mixtas de las combinaciones dolo-imprudencia (*vid.* § 18 StGB) (*infra* 9/28 ss.). 77

Más allá de estas formas de tipos expresamente reguladas, numerosos tipos de la Parte Especial muestran, al margen de los bienes jurídicos protegidos en cada caso, semejanzas en la estructura que son susceptibles de clasificación [159]. A ellas se aludirá aquí, sobre todo en tanto que de la estructura dependa la aplicabilidad de reglas generales.

B. 1. *a)* Todo delito debe, por el principio del hecho, evidenciar un resultado exterior a la psique del autor, es decir, al menos una acción corporal [160]. En los *delitos de resultado* debe producirse, además, un resultado condicionado por la ejecución de la acción. Sólo en estos delitos de resultado se plantea el problema causal del Derecho penal. El resultado, en el sentido estricto de los delitos de resultado, lo designa la ley en la mayoría de los casos como alteración completa en un objeto de actuación, p. ej., como muerte en los delitos contra la vida, como apoderamiento en el hurto, etc.; importando, sólo en los *delitos de lesión*, pero no necesariamente en todos los delitos, el dañar a un objeto de ataque; así, p. ej., no se trata de ello en la elaboración de un documento en el primer grupo de casos del § 267 StGB (el documento elaborado es un resultado, pero no un objeto lesionado). Junto a la modificación 78

[159] Casi siempre llamados tipos de supuestos de hecho, *E. Wolf*, Typen, pp. 12 ss.; *Jescheck*, AT, § 26, II. No está clara la atribución de estos problemas clasificatorios a la Parte General. El texto sigue a *Fincke*, Verhältnis, p. 27 (general, formal, forma - especial, material, contenido).

[160] *Maurach-Zipf*, AT, § 20, núm. marg. 27 s.; *Baumann-Weber*, ZT, § 16, III, 1 *a*.

completa, como resultado, se encuentra la *puesta en peligro concreta* de un objeto de ataque, p. ej., de la integridad corporal o la vida de otro, o de cosas ajenas de valor relevante en los §§ 315, 315 *a* ss. StGB.

En los delitos propios de lesión la ley describe sólo el resultado cuya producción —de un modo u otro— está prohibida. En estos delitos, el propio autor debe determinar qué comportamiento podría realizar el resultado y evitar tales formas de comportamiento. Ejemplo: En el § 313 StGB (un delito de resultado lesivo), el autor debe evitar todo riesgo no permitido en relación con una cosa, pero en el § 316 StGB (un delito de peligro abstracto) debe evitar el mero conducir en una situación de incapacidad determinada por la influencia de bebidas alcohólicas, y nada más. En el delito de resultado lesivo, por consiguiente, la norma debe concretarse en mayor medida hasta describir el comportamiento concreto. Esta concreción la lleva a cabo el propio autor antes del hecho (siempre que actúe con conciencia de la antijuricidad; de lo contrario, sólo podría llevarla a cabo en tanto que pudiese evitar realizar el injusto), y después el órgano encargado de la persecución penal, pero en todo caso no la lleva a cabo el legislador. El delito de resultado lesivo es, pues, una muestra de regulación social descentralizada, mientras que los delitos que describen el comportamiento contrario a la norma de un modo más concretado son propios de una regulación más bien central.

79 *b)* El *peligro concreto* constituye resultado porque es algo más que la ejecución de una acción en una determinada situación subjetiva: es el ocasionamiento de una situación de peligro para un objeto de ataque determinado, realmente dado [161]. Se discuten los detalles en relación con el concepto, surgiendo dificultades en la consideración de aquellas circunstancias del hecho que se expresan de distinto modo desde la perspectiva del autor (subjetivamente, *ex ante*) que con arreglo a un juicio general (objetivamente, *ex ante*) o incluso tras la ejecución del hecho (*ex post*); se trata, pues, entre otras cosas, de si (y cuándo) de la ausencia de una lesión cabe deducir la falta de un peligro, y de cuándo de la producción de una lesión cabe deducir la presencia de un peligro en la ejecución de la acción. Las soluciones más tempranas trasladan el problema al concepto de la probabilidad; se trataría de, renunciando «a una descripción científica exacta», aquello que no es improbable «en el caso concreto, según la experiencia cotidiana general» [162], o de lo no improbable de acuerdo con el juicio del «mejor observador posible» [163]. Según los esquemas más recientes, esta falta de precisión se eliminaría atendiendo a la dilucidabilidad del carácter necesario del proceso (*¡ex post!*) por medio del «círculo de expertos competente» [164], o bien —lo que quizá prometa éxito— se intenta una solución normativa: En caso de ausencia de resultado, hay que atenerse a si cabía confiar en los elementos obstaculizadores [165], o a si éstos estaban «normalmente» [166] disponibles, o a si un bien podía preservarse decididamente de una lesión ya con

[161] *Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte, p. 161, con más bibliografía.

[162] BGH, 18, pp. 271 ss., 272, con remisiones a la jurisprudencia precedente.

[163] *Schröder*, ZStW, 81, pp. 7 ss., 8 s..

[164] *Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte, p. 192; sobre el peligro en caso de producción del resultado, *vid. op. cit.*, pp. 52 ss.

[165] *Schünemann*, JA, 1975, pp. 787 ss., 796.

[166] *Demuth*, Gefahrbegriff, p. 2118.

los medios propios del ámbito de organización al que pertenece [166a] (entonces, ausencia de peligro concreto en cada caso). Los detalles están por aclarar [167].

En tanto que el autor, en el delito de peligro concreto, repite o reproduce (*vollzieht nach*) el juicio de peligro, tiene dolo de peligro y a la vez *dolus eventualis* de lesión, si el peligro tiene la intensidad suficiente para el juicio. Ejemplo: Quien sabe que puede contagiar una enfermedad a su pareja en un contacto sexual de cierto género, la cual (como igualmente sabe) no es improbable que tenga un desenlace mortal, no sólo tiene dolo de poner en peligro la vida, sino también dolo de homicidio (*vid.* también 8/23). Un dolo de peligro sin dolo de lesión es posible sólo si el autor conoce el juicio objetivo de peligro, sin que le parezca razonable, o cuando el peligro tiene una intensidad no relevante para el juicio [168].

c) Los delitos de resultado se suelen subdividir en *delitos de creación de* 80
un estado y *delitos permanentes*. En los delitos de creación de un estado el hecho queda concluido (consumado y agotado) con la realización de un estado (por ejemplo, el § 303 StGB); en los delitos permanentes, el estado, tras su creación (es decir, tras la consumación), debe ser mantenido por el autor (p. ej., el § 316 StGB). Una diferenciación en el sentido indicado es importante en relación con el momento de la participación (*infra* 21/60; 22/38), con los deberes de aseguramiento y salvamento en los delitos de omisión (*infra* 29/8), con cuestiones concursales (*infra* 32/27), de la prescripción (§ 78 a StGB) y de la aplicación de la pena (§ 9 StGB), entre otras, pero no constituye una solución que pueda verificarse mediante la contraposición indicada, y tampoco es válida en igual medida para todos los grupos de problemas [169].

Grupos de supuestos:

[166a] *Kindhäuser*, Gefährdung, pp. 201 ss., 214.

[167] *Vid.*, aparte de los ya mencionados, *Lackner*, Das konkrete Gefährdungsdelikte, pp. 16 ss.; *v. Hippel*, Gefahrurteile und Prognoseentscheidungen in der Strafrechtspraxis, pp. 83 ss.; *Gallas*, Heinitz-Festschrift, pp. 171 ss.; *Hoyer*, Eignungsdelikte, pp. 73 ss.; *Schmidhäuser*, AT, 8/33; *SK-Horn*, núm. marg. 4 ss. ante, § 306: *Ostendorf*, JuS, 1982, pp. 426 ss.; *Maurach-Schroeder*, BT, II, § 51, II, 1; *Schroeder*, separata ZStW, 1982, pp. 1 ss., 11 ss.; *Wolter*, JuS, 1978, pp. 748 ss.; *el mismo*, Objektive und personale Zurechnung, pp. 197 ss., con más bibliografía.

[168] Muy discutido; en esencia como aquí, *Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte, pp. 204 ss., 210; *Frisch*, Vorsatz, pp. 297 ss.; *el mismo*, JuS, 1990, pp. 362 ss., 366; *Joerden*, Strukturen, pp. 150 ss.; *de otra opinión*, *Köhler*, Bewußte Fahrlässigkeit, pp. 287 s.; *Küpper*, ZStW, 100, pp. 758 ss., 768 s. (dolo de lesión como conocimiento de la producción del resultado —no necesariamente probable— más aceptación de dicha producción; dolo de peligro como conocimiento de la probabilidad del resultado más aceptación de esa probabilidad; imprudencia consciente como conocimiento de la mera posibilidad del resultado más cualquier postura ante la probabilidad del resultado, o bien conocimiento de ésta, cuando se confía en la ausencia de resultado; lo cual es tan ateórico como impracticable), todos con bibliografía. Ejemplo: Para el dolo de peligro del § 145 *a* StGB no hace falta más que el conocimiento de que la infracción de reglamentos, *según un juicio objetivo*, puede impedir la realización del fin de la medida de seguridad, no requiriéndose la convicción subjetiva de esta consecuencia (en el supuesto de OLG Hamburg NJW, 1985, pp. 1232 s., se daba la intelección subjetiva, de modo que no se entró a considerar el conocimiento sobre la peligrosidad juzgada desde un punto de vista exclusivamente objetivo). Acerca del dolo eventual, *vid. infra* 8/21 ss.

[169] En relación con el texto que sigue, *vid. Hruschka*, GA, 1968, pp. 193 ss.; particularmente sobre los delitos de peligro abstracto como delitos permanentes, *vid. Hau*, Beendigung, pp. 90 s., 94 ss.; *Jescheck*, Welzel-Festschrift, pp. 683 ss., 686; *Schittenhelm*, GA, 1983, pp. 310 ss., 322 ss. (en relación con la puesta en peligro común, imprudente, del § 326 StGB).

81 *a')* En algunos delitos, los delitos permanentes en sentido estricto, el injusto se va intensificando al aumentar la medida del ataque a un bien jurídico por medio de un obrar u omitir posterior del autor. El comportamiento delictivo se prolonga entonces en la medida del comportamiento subsiguiente, en el que es posible la participación, que impide la prescripción, etc. Como ejemplos cabe citar la detención ilegal, en caso de que el autor mantenga la privación de libertad mediante su comportamiento, o sea, si sujeta a la víctima (acción) o no la libera (omisión), así como la coacción persistente o la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas con arreglo al § 315 c.1, número 1, letra *a* StGB [170] o al § 316 StGB [171].

82 *b')* En algunos de los tipos mencionados puede darse el caso de que la medida de la intromisión no se haya realizado, aun cuando el autor ya haya perdido su posibilidad de intervenir en el suceso. Entonces, el comportamiento delictivo está concluido, pero la producción del resultado no es todavía completa, si bien ya concurre un resultado suficiente para estimar la consumación. Ejemplos: El autor arroja a la víctima a un pozo, de donde ya no la logra sacar ni por sí solo ni con ayuda ajena; el comportamiento por el que se priva de libertad está consumado, por falta de posibilidad de intervenir, pero el resultado consistente en la privación de libertad no ha alcanzado aún su dimensión completa, en tanto que la víctima permanece encerrada. El autor lesiona a la víctima, que sufre dolores duraderos, ya no susceptibles de remedio. En tales casos, cabe hablar de delitos permanentes en sentido amplio; ya no son aplicables las instituciones jurídico-penales que presuponen un *comportamiento* del autor (participación), pero sí aquellas que atienden al momento de producción del resultado (a pesar de la consumación, aún no comienza a contar el plazo de prescripción).

83 *c')* La delimitación de los delitos en los que el injusto se puede ir acrecentando potencialmente con el transcurso del tiempo, con respecto a aquellos con resultado inmediatamente completo (delitos de creación de estado) es difícil y depende de los tipos en particular. En la mayoría de éstos el legislador no ha señalado el bien que merece protección penal, sino un objeto o bien derivado en el que se encarna el bien principal. Así, toda la protección de la propiedad no existe por las cosas susceptibles de propiedad, sino por la relación del propietario con sus cosas, es decir, por la libertad del propietario. Si en tal situación se altera completamente el bien derivado (se destruye o se hurta una cosa), ello no significa una alteración completa del bien principal cuya protección se pretende (la cosa sigue faltando día a día y obliga continuamente a actos de disposición limitadores de la libertad). Sin embargo, dado que el tipo atiende sólo a la existencia del bien derivado, la suma de las pérdidas que con el transcurrir del tiempo van creciendo en el bien principal no constituye resultado típico; el resultado está completo con la alteración en el bien derivado. Ejemplo: En el § 223 StGB se protegen las funciones corporales de la persona. El resultado típico queda completo con el proceso corporal que conduce a la pérdida de una función (el brazo queda inútil), aun cuando la víctima experimente de nuevo en el futuro día a día los efectos de la pérdida (la limitación de movimientos) y sufra anímicamente por ello. La repetición del sufrimiento

[170] BGH, 22, pp. 67 ss., 71; no obstante, *vid.* también *infra* sobre el concurso 32/nota 42.
[171] BGH VRS, 48, pp. 354 ss., 355; 49, pp. 177 ss.; 49, p. 185, entre otras.

no incrementa el resultado típico de lesión corporal *per se* (sólo entonces habría delito permanente), sino sólo en caso de encarnación corporal posterior (p. ej., en caso de dolores continuos o anomalía psíquica derivada) [171a]. En especial, el resultado de los §§ 224 y 225 StGB ya queda completo con la producción de un daño de duración considerable, antes del transcurso de un período largo, si es que no ocurren además otros procesos *corporales* perturbadores de alguna función, como debería ser por lo general en algunos grupos de casos de ambos preceptos. En tanto que a pesar del *resultado típico perfecto* es posible una reversión de la situación (la cosa destruida puede repararse, el brazo tullido curarse), impedir la reversión no realiza resultado típico alguno, y la omisión, contraria a deber, de la reversión no constituye un delito de omisión. Los detalles son propios de la interpretación de los tipos en la Parte Especial.

d) Los tipos de los delitos de resultado pueden limitarse a describir autor y resultado («el que... lesione»; §§ 212, 222, 223.1, 2.° grupo de casos, 230, 303 StGB), o bien añadir una *limitación de la conducta*, es decir, limitar las modalidades de conseguir el resultado a algunas de las variantes posibles en la práctica. Así, p. ej., no existe ningún tipo que comprenda la privación de propiedad o patrimonio sin más, sino que siempre se encuentra una limitación de la conducta (sustracción, engaño, violencia o intimidación, etc.). La limitación de la conducta, en caso de que se pase de los delitos de comisión a los delitos de omisión impropia, ha de trasladarse correlativamente, como se deduce del § 13 StGB (*infra* 29/78 ss.). 84

2. En los *delitos de mera actividad*, el tipo describe la ejecución de una acción. Sin embargo, como la ejecución de la acción a su vez ostenta un aspecto externo y en este sentido un resultado, este grupo de delitos así definido no se puede separar tajantemente de los delitos de resultado de conducta limitada [171b]. Ejemplos: el allanamiento de morada en la modalidad de penetrar en ésta (§ 123 StGB) cabe caracterizarlo como delito de mera actividad, pero también como delito en el que se ha ocasionado de un modo determinado un «estar dentro»; el perjurio (§ 154 StGB) puede definirse como jurar o como llevar a cabo de propia mano un juramento [172] (o incluso como comunicación con el órgano ante el que se presta juramento, y en este caso sería un delito de resultado con conducta tasada). 85

Un grupo propio lo forman en todo caso los delitos en los que está descartada una prolongación del injusto más allá del tiempo de la actividad; este es el caso en la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas (§ 316 StGB), en el incesto (§ 173 StGB) y en algunas infracciones contra la libertad sexual (§§ 174 ss. StGB), así como en los delitos con naturaleza material de tentativa, en los que la ausencia de consumación no consta hasta concluir la acción. Los delitos de mera actividad en este sentido son, pues, delitos que no pueden desencadenar responsabilidad por la injerencia. Entre éstos no se cuenta el alla-

[171a] *Vid.* OLG Frankfurt, NJW, 1988, p. 2965.

[171b] *Arzt*, SchwZStr., 107 (1990), pp. 168 ss., 172.

[172] Ambos delitos suelen denominarse delitos de mera actividad; *vid. Jescheck*, AT, § 26, II, 1 *b*; *Maurach-Zipf* AT, I, § 20, núm. marg. 28; la resistencia del § 113 StGB, a la que en ocasiones se alude, no es un delito de mera actividad, sino un velado delito de emprendimiento: El resultado de la resistencia no es necesario para la consumación, pero si se produce, pertenece al tipo de injusto.

namiento de morada (la duración de la permanencia, tras la penetración, contribuye a determinar el injusto) ni el perjurio (hasta descubrirlo, la Administración de Justicia sigue puesta en peligro).

86 3. *a)* Tanto los delitos de mera actividad como los de resultado pueden ser *delitos de peligro abstracto*. Lo son cuando ni el tipo objetivo ni el subjetivo apuntan a la lesión o la puesta en peligro concreto de un bien [173]: Fundamento de punibilidad es la peligrosidad general (con abstracción del caso concreto) de un comportamiento determinado o de un comportamiento con determinada consecuencia [174]. Constituyen ejemplos [175] los §§ 153 ss. (la puesta en peligro de la Administración de Justicia puede ser descartable objetiva y subjetivamente), 306 (no se requiere peligro alguno para una vida humana en concreto), 318 (el peligro está concretado sólo según la naturaleza y situación de los objetos del incendio, otros factores pueden excluir un peligro concreto), 316 (no se puede haber puesto en peligro ningún bien personal o material), 331 StGB (puede faltar el peligro de que surja incluso la mera apariencia de una actuación administrativa con parcialidad).

86a *b) La problemática general*

a') Existe necesidad de prever delitos de peligro abstracto [175a] siempre que sólo quepa organizar un ámbito social normalizando la conducta. Tal es el caso cuando, p. ej., a causa de la naturaleza complicada del ámbito no cabe esperar que las personas a él pertenecientes se conducirán de modo que no se produzcan daños. Ejemplos: Un testigo ante un órgano judicial no puede juzgar por sí mismo la relevancia de su declaración (§§ 153 ss. StGB), y una persona no experta no puede calibrar las consecuencias del incendio de una vivienda (§§ 306 y 307 StGB). Asimismo, las decisiones masivamente semejantes, como las que resultan necesarias, p. ej., en el tráfico automovilístico (¿a

---

[173] Sólo desde el punto de vista objetivo puede faltar una puesta en peligro concreta en todos los delitos de consumación anticipada, en los delitos de emprendimiento y en la tentativa, *infra* 25/1, 57.

[174] *Kindhäuser* (Gefährdung, pp. 225 ss., 238 ss., 277 ss.) señala que con la «relevancia general para el daño» no cabe fundamentar la responsabilidad en el caso concreto: «En favor del autor, ha de asumirse que el comportamiento en cuestión no había podido conducir a una lesión» (p. 238). Por eso interpreta los delitos de peligro abstracto como lesiones de un bien específico: «La seguridad que se ve afectada por la puesta en peligro abstracta es el estado que se le garantiza jurídicamente, a aquel que dispone sobre bienes, de que se vela por éste suficientemente» (p. 280). Se tratará entonces sólo de un bien parcial que también se ve afectado en los delitos de lesión (*vid.* sobre ello *op. cit.*, pp. 337 s.). Es incorrecto que los delitos de peligro abstracto sean siempre delitos de mera actividad —así, p. ej., *Ostendorf*, JuS, pp. 426 ss., 429, entre otros—; *vid.* los ejemplos que se insertarán en seguida en el texto.

[175] También los §§ 264, 265 *b* StGB, los concibe la doctrina dominante como delitos de peligro abstracto (*Schönke-Schröder-Lenckner*, § 264, núm. marg. 5, § 265 *b*, núm. marg. 4, en ambos casos con bibliografía); a ello se opone, no obstante, la regulación del desistimiento en los §§ 264.4, 265 *b*, párrafo 2 StGB; y es que si exonera de responsabilidad evitar un efecto *con posterioridad* al hecho, también debe comportar la impunidad la idea *acertada en el momento* del hecho de que está excluido dicho efecto. En cualquier caso, hay que aplicar analógicamente el § 23.3 StGB; ejemplo: El autor declara de modo burdamente falso hechos notorios.

[175a] En relación con el texto que sigue: *Jakobs*, ZStW, 97, pp. 751 ss., 777 ss.; *Weber*, separata ZStW, 1987, pp. 1 ss., 15 ss.; *el mismo*, ZStW, 92, pp. 313 ss.; *Berz*, Tatbestandsverwirklichung, pp. 100 ss.; *Kühl*, NJW, 1986, pp. 874 ss.; *Kindhäuser*, Gefährdung, pp. 177 ss., 225 ss. Pormenorizadamente sobre el dominio del azar por medio de la prohibición de poner en peligro abstracto, *Kratzsch*, Verhaltensteuerung, pp. 274 ss., 283; *el mismo*, GA, 1989, pp. 49 ss., 67 ss.

qué comportamiento del otro ha de ajustarse uno?) sólo son posibles mediante una estandarización del comportamiento de los participantes. Finalmente, un comportamiento en el caso concreto sólo arriesgado marginalmente puede llegar a ser efectivamente arriesgado por su acumulación; si la acumulación puede ocurrir en cualquier momento, puede ser propio del modelo el mero evitar en absoluto tal comportamiento [175b]. Ejemplos: *Un* solo viaje en automóvil tras un consumo moderado de alcohol, o *un* solo litro de aceite usado vertido en un gran río no determinan un riesgo relevante, pero sí lo hace el que ocurran masivamente tales conductas (§§ 316, 324 StGB).

b') Desde luego, la necesidad de estandarización debe depender de que se trate de normas para la regulación del comportamiento social; queda descartada la estandarización por el Derecho penal de ámbitos privados (internos); el autor debe arrogarse, más bien, una organización que no es de su incumbencia (*infra* 25/1 ss.). Acerca de la solución de las dificultades de delimitación que surgen, ha de distinguirse:

— En un primer grupo de supuestos, concurre un comportamiento externo que perturba por sí mismo; simplemente, la tendencia al daño de este comportamiento se determina generalizando. Ejemplos: el falso testimonio, el perjurio o el incendio de edificios habitados.

— En el grupo siguiente se determina generalizando no sólo la tendencia al daño, sino lo externamente perturbador. Un tipo de conducta en el que el autor se arroga a veces una organización ajena, se define como constitutivo de arrogación en general. Ejemplos: la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, la bancarrota según el § 283.1 StGB, o manipular indebidamente combustible nuclear.

En los dos grupos mencionados hasta ahora, el comportamiento peligroso ha sido realizado por completo: la anticipación de la punibilidad, pues, no es mayor que en la tentativa acabada.

— Decidir se vuelve más difícil cuando se criminaliza un comportamiento que, sin un hacer adicional posterior, a su vez delictivo, del autor o de otra persona, no es peligroso o sólo lo es en una medida mínima. Sirva como ejemplo la fabricación no autorizada de armas automáticas (§ 52 *a* WaffG). Aun cuando es evidente, por una parte, que con el comportamiento comienza un proceso peligroso, también lo es que la realización del peligro depende sólo de hechos que quizá todavía ni siquiera han sido planeados, y que desde luego aún no se han intentado ni exteriorizado de algún otro modo. Se trata, pues, de un comportamiento que, incluso previendo las complicaciones posteriores, no sería aún ejecución de un delito, sino acto preparatorio de un delito propio o participación en un delito ajeno, todavía en fase de preparación; dicho con otras palabras, la punibilidad se adelanta a la fase de la preparación. Esta anticipación es ineludible en algunos casos, p. ej., cuando se producen prototipos de medios delictivos que al principio se guardan en el ámbito interno: armas, dinero falso, pasaportes falsificados, drogas, etc.; y es que en tales objetos existe el peligro aumentado de que los utilice delictivamente, si no el productor mismo, sí cualquier otra persona (una ametralladora es más idónea para la reali-

[175b] *Kuhlen* GA, 1986, pp. 389 ss., 399 ss.

zación de delitos que un cuchillo de cocina, así como el dinero falso lo es más que el papel de escritorio), a veces incluso sin la voluntad del productor. Lógicamente, esta consideración legitima sólo una pena dirigida a la creación de un peligro abstracto de que se faciliten delitos venideros a *cualquier* persona. No cabe preguntarle al autor qué es lo que planea, porque ello aún reside en su ámbito interno. Unicamente puede importar si realiza, sin tener en cuenta lo que planee, una situación de peligro.

Los delitos de peligro abstracto del último género expuesto invaden, pues, el ámbito interno, no respetan por tanto el principio del hecho y no son correctos en un Estado de Derecho, desde el momento en que para fundamentar o agravar la pena se recurre a lo planeado o no por el autor [175c]. Los principales ejemplos se encuentran en los delitos de falsificación de moneda y de documentos: Se castiga del mismo modo una falsificación *para usar* que el propio uso (§§ 146 s., 267 StGB); ahí se pone de manifiesto que la creación peligrosa de objetos falsificados se define como hecho externo para poder penalizar algo distinto: la intención de usar. Tales delitos son castigos velados, a través de un comportamiento peligroso en abstracto, de meros actos de planear, es decir, de ideas. Otros ejemplos los proporcionan los §§ 311 *b* y 316 *c*, párrafo 3 StGB.

87 *c) Problemas particulares*: No está claro: *a')* qué delitos son de peligro abstracto, ni *b')* hasta qué punto lo es cada uno.

a') En el grupo de aquellos tipos que atienden a la «idoneidad» de un comportamiento para ocasionar un resultado (p. ej., los §§ 130, 130 *a*, 186, 187, 229, 308, 326 StGB), o en general a una «puesta en peligro» (§ 223 *a* StGB), se discute si la idoneidad o la puesta en peligro han de entenderse en concreto o en abstracto [176]. En contra de la interpretación como delito de peligro abstracto habla el hecho de que un peligro abstracto, mediante la sola denominación del bien a proteger, no puede determinarse de un modo que satisfaga el artículo 103.2 GG, así como el § 1 StGB, ya que el número de factores de los que ha de abstraerse es por principio ilimitado y paralelamente el concepto de peligro carecería de límites. Sin embargo, ello no significa que el peligro tenga que ser concreto, pues idóneo para lesionar no es sólo el ataque a un objeto de determinada clase, presente en el lugar de la actuación (*vid. supra* 6/79), sino también el ataque a un objeto que no está presente en absoluto o al menos no con determinadas propiedades, siendo así que se puede contar con su concurrencia o con sus propiedades determinadas. Ejemplo: Quien incendia mercancías que ha colocado junto a mercancías ajenas realiza el tipo del § 308 StGB aun cuando las mercancías ajenas fueron robadas poco antes, inadvertidamente (no existe concreto objeto de ataque), o, también inadvertidamente, se habían cubierto o humedecido de tal modo que no pueden inflamarse (no existe en concreto la propiedad «inflamabilidad»).

88 *b')* Los delitos de peligro abstracto están formulados como delitos de desobediencia, es decir, se exige al sujeto a la norma que obedezca aun cuando

---

[175c] *Jakobs*, ZStW, 97, pp. 751 ss., 770 ss.; *Weber*, separata ZStW, 1987, p. 1 ss., 15 ss., 17 ss., obviamente *de otra opinión* con respecto a la falsificación de moneda.

[176] Con detalle, *Gallas*, Heinitz-Festschrift, pp. 171 ss.; *SK-Horn*, núm. marg. 15 ss. ante, § 306; *Schönke-Schröder-Cramer*, núm. marg. 3 ss. ante, § 306, todos con bibliografía; sobre el § 326 StGB, *Schittenheim*, GA, 1983, pp. 310 ss., 3217 ss.

esté descartada la puesta en peligro concreto (esto ocurriría incluso en la mayor parte de los casos en determinados ámbitos del tráfico rodado). Ejemplos: La testigo de cincuenta años declara tener cuarenta y nueve al serle preguntados sus datos personales; antes de incendiar la vivienda, el autor ha llevado a cabo todos los controles imaginables para asegurarse de que no se encontraba nadie en el interior; el autor conduce un vehículo de noche, con una proporción de alcohol en la sangre del 1, 3 por 1.000, unos pocos metros en una apartada carretera secundaria, que evidentemente se halla vacía del todo. El mero ejercitar la obediencia tiene aún sentido, a pesar de la evidente falta de peligrosidad, cuando hay que ejercitar en la observancia de la regla [177]. Ejemplo: Si los conductores, en las ciudades, se pararan a pensar en cada ocasión si merece la pena detenerse ante el semáforo en rojo, dejaría de haber un tráfico rodado fluido a la vez que seguro. Por lo demás, rigen las reglas generales para los casos de bagatela.

Asimismo, como justificación de los delitos de peligro abstracto hay que tener en cuenta que el concepto de peligro abstracto, con la consecuencia en su caso de exigir obediencia inútil, es relativo al nivel de abstracción, elegible discrecionalmente, en que se asientan los bienes jurídicos. Si, por ejemplo, se atiende, en los delitos contra el patrimonio, no al patrimonio como bien, sino —más abstractamente— a la libertad encarnada en el patrimonio, los delitos contra el patrimonio se convierten en delitos de puesta en peligro abstracto de la libertad (el peligro de un concreto menoscabo de la libertad puede faltar, p. ej., porque el importe es una *quantité negligeable* para el titular o porque antes de su aprovechamiento se hubiera perdido de todos modos en una catástrofe natural). Cuando un delito lo es de peligro abstracto, ello no significa que su resultado no pueda lesionar, sin embargo, un objeto que represente el bien a un nivel menos abstracto. Así como esta función de representación en la propiedad y en el patrimonio se acepta como algo evidente, de modo que tanto propiedad como patrimonio, sin tener en cuenta las complicaciones posteriores, se pueden tratar como bienes dignos de protección en sí, también se encuentran en el ámbito de los delitos de peligro abstracto, p. ej., la verdad en el proceso, para la adecuada Administración de Justicia (§§ 153 ss. StGB), o la falta de provecho propio del funcionario o autoridad para el buen funcionamiento del aparato administrativo (§ 331 StGB) [178].

— De este modo, quedan como supuestos problemáticos aquellos delitos 89
en los que no se trata de la observancia de una regla ni de la función representativa de un objeto, y que por lo demás tienen un marco penal inferior agravado. En estos delitos, sobre todo en el § 306 StGB, ha de enriquecerse el tipo mediante el requisito no descrito de una imprudencia —sin consecuencias— en

[177] *Lackner*, Gefährdungsdelikte, p. 9. La solución de *Horn*, consistente en añadir al delito de peligro abstracto la contrariedad a cuidado objetiva del comportamiento (Konkrete Gefährdungsdelikte, pp. 94 s., con nota 114), aboca, por falta de relación subjetiva con la contrariedad a cuidado, a una condición objetiva de punibilidad. Si se requiere —siempre a falta de peligro concreto— también la imprudencia subjetiva (*Hoyer*, Eignungsdelikte, pp. 41 ss.; *el mismo*, JA, 1990, pp. 183 ss.) se pierde el ejercitamiento en la observancia de las reglas. Cuando *Schünemann* atiende a normas con función ordenadora meramente formal (JA, 1975, pp. 787 ss., 798), ello es el resultado, pero no proporciona razón alguna de la necesidad de tales normas.

[178] En definitiva igualmente *Schünemann*, *op. cit.*: «Bien jurídico intermedio espiritualizado».

relación con el bien protegido, para poder equilibrar el marco penal y la cantidad de injusto [179].

90 4. Los *delitos de propia mano* tienen en común con los delitos de peligro abstracto que en ambos se trata de la ejecución de una conducta determinada (por su forma o por sus consecuencias); sin embargo, en aquéllos el injusto no lo constituye la peligrosidad general de esta conducta, sino la insuficiencia personal del autor que se objetiva en el comportamiento delictivo. Los delitos de propia mano no se pueden tratar según las reglas generales en relación con los problemas de participación (*infra* 21/22); asimismo, existen especialidades en los delitos de omisión impropia (*infra* 29/2, 79).

91 5. En los *delitos especiales* en sentido amplio no puede ser cualquiera (para los partícipes, *vid. infra* acerca del § 28 StGB, 23/24 ss.) autor de un delito consumado, sino sólo una persona con determinadas características o en determinada situación. La amplitud de esta definición abarca desde los funcionarios, como únicos autores en los delitos de funcionarios (sobre todo los §§ 331 ss. StGB) hasta el autor de los delitos contra la propiedad consumados (§§ 242 ss., 303 StGB) que sólo lo puede ser un no-propietario de la cosa, o hasta el autor del homicidio consumado que no puede ser la misma persona de la víctima.

Este grupo de delitos, escasamente útil por su amplitud, alcanza perfiles más precisos si se le reduce a la alternativa de si el autor del delito en cuestión sólo puede ser una persona que, con independencia de la comisión del delito, se encuentra en una relación (estatus) con el bien jurídico (delito especial en sentido estricto), o de si la relación con el bien sólo la proporciona el comportamiento delictivo; de este modo, se derivan especialidades para la participación (*infra* 21/115 ss.; 23/25) y la tentativa (*infra* 25/43 ss.), así como en la omisión (*infra* 29/57 ss., 106 s., 112, 115). Si el deber especial fundamenta la punibilidad (ejemplo: § 331 StGB), se habla de delitos especiales *propios*; en los demás casos (cuando meramente se agrava la penalidad), de delitos especiales *impropios* (ejemplo: § 340.1, 1er grupo de casos StGB).

---

[179] Muy discutido; lo deja abierto para el incendio grave del § 306 StGB la sentencia BGH 26, pp. 121 ss., 124 s., con remisiones; de acuerdo con BGH NJW, 1982, p. 2369 (con comentario, en que niega toda limitación, de *Bohnert*, JuS, 1984, pp. 182 ss.), BGH StV, 1984, pp. 446 s. y BGH NStZ, 1985, pp. 408 s., en el § 306 StGB se podría desplegar un cuidado suficiente como para evitar cualquier consecuencia de muerte al menos en edificios en que cabe verificar la ausencia de personas; en los demás casos, el cuidado se puede tener en cuenta en la determinación de la pena; no obstante, rechazando con amplias miras el § 306 StGB, BGH NStZ, 1984, p. 455. *Berz*, Formelle Tatbestandsverwirklichung, pp. 110 ss., 115, en los delitos de peligro abstracto pretende extraer del tipo las acciones que se ejecutan con el pleno conocimiento de su inocuidad, cuando el comportamiento no se revela al final lesivo. *Kindhäuser* rechaza la posibilidad de limitación del tipo, argumentando que la responsabilidad por el tipo limitado, es decir, más especial, se produce *sine lege* (Gefährdung, pp. 225 ss., 228). Desde luego seguirían siendo en todo caso admisibles aquellas limitaciones que, en un tipo no limitado, agravarían en el marco de la determinación de la pena. Sobre el problema de la limitación del tipo, *vid.*, además de los ya citados, *Schröder*, ZStW, 81, pp. 7 ss., 10 s.; *Stree*, JuS, 1962, pp. 3 ss.; *Baumann-Weber*, AT, § 12, II, 2 *b*; *el mismo*. Folgenlose Verkehrsgefährdung, p. 173; *el mismo*, DAR, 1962, pp. 93 ss., 99; *Arthur Kaufmann*, JZ, 1963, pp. 425 ss., 432; *Brehm*, JuS, 1976, pp. 22 ss.; *el mismo*, Dogmatik, pp. 105 ss., 137 ss.; *Tiedemann*, en: Studi, pp. 2149 ss., 2151 ss.; *Wolter*, Zurechnung, pp. 276 ss.; *Weber*, separata ZStW, 1987, pp. 1 ss., 32 ss.

6. Con frecuencia *no* son *congruentes* el tipo objetivo y el tipo subjetivo, 92
o más bien está especificado con mayor exactitud el tipo subjetivo, es decir, cuenta con más elementos que han de realizarse cumulativamente que el tipo objetivo [180, 180a]. Esta forma de delito presenta múltiples variantes; la terminología no es unitaria [181].

a) Puede ocurrir que el delito se considere consumado antes de que se pro- 93
duzca la lesión del bien jurídico (acerca de la consumación como concepto formal, *infra* 25/1 s.). Como falta un resultado en un bien, se habla de delitos de resultado cortados. Este «corte» del resultado puede tener lugar de dos modos: Por una parte, el legislador, en su impaciencia, puede prescindir de una parte del comportamiento necesario para la lesión del bien jurídico; entonces el delito está consumado aun cuando en relación con la lesión del bien ni siquiera haya habido tentativa acabada (delitos imperfectos o mutilados de dos actos). El tipo reza en abstracto: «El que, con intención de lesionar un bien, lleva a cabo la primera de varias acciones...». Por otra parte, el legislador, si bien puede esperar a la conclusión del comportamiento del autor, sin embargo prescinde del acaecimiento del resultado. El tipo reza en abstracto: «El que ha hecho todo lo que según su propósito es necesario para la lesión del bien...» La pertenencia de estos elementos subjetivos al injusto se deduce de que se trata de condiciones de la evitabilidad (es decir, condiciones de la acción) del planeado comportamiento total de injusto.

b) Pero, con independencia de la lesión del bien jurídico, son también fre- 94
cuentes los elementos subjetivos trascendentes, tales como intenciones («el que dañe un bien para alcanzar algo —irrelevante penalmente si se considera aisladamente—»), valoraciones de impulsos de la acción («el que con un motivo fútil...») o como elementos del carácter o de la actitud (delitos de intención o de tendencia: «el que con determinada actitud...»). La pertenencia al injusto puede resultar dudosa en algunos casos concretos. Con vistas a la decisión carece de utilidad la clasificación en tipos de delitos. Para más detalles, *vid. infra* en relación con la teoría de los elementos subjetivos del tipo, 8/91 ss.

7. Lo que sí tiene relevante significación es la distinción entre tipos bási- 95
cos y tipos modificados, ocurriendo la modificación siempre de modo que se añaden elementos típicos al tipo básico, que han de realizarse cumulativamente [182].

---

[180] Lo contrario, o sea, la especificación más exacta del tipo objetivo, está descartado por la regulación del § 16 StGB. Obviamente para una parte del tipo subjetivo puede bastar imprudencia, como ocurre sobre todo en los delitos cualificados por el resultado, § 18 StGB, *infra* 9/30. En relación con los elementos exclusivamente objetivos, como presupuestos de punibilidad independientes del dolo, *vid. infra* 10/1 ss., 15 ss.

[180a] Si incluso fracasa lo básico del tipo objetivo, no se pasa de la tentativa. Ejemplo: Quien se propone hurtar dinero de una bolsa (pero no la misma bolsa), y sólo se hace con la bolsa, únicamente *intenta* un hurto; BGH StV, 1990, pp. 205 s.

[181] *Vid.* en relación con el texto siguiente, *Mezger*, AT, § 21, III, 1 y 2; *LK*[9]*-Heimann-Trosien*, Introducción, núm. marg. 75; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 20, núm. marg. 38 ss.

[182] *Montenbruck*, Strafrahmen, pp. 67 ss., intenta trasladar la graduación del marco penal de las variantes codificadas de delito (ya sean cualificaciones o privilegios, ya sean supuestos especialmente graves o menos graves, 6/99 ss.) a los delitos sin graduación del marco penal, concretando así el marco penal de estos delitos.

96 *a)* La complementación tiene lugar en los —raros— injustos *privilegiados* añadiéndoles elementos atenuantes del injusto; así, en el homicidio a petición (§ 216 StGB) se le añade al homicidio (§ 212 StGB) el ruego expreso y serio de la víctima. Pero no todo previlegio es un privilegio del injusto, sino que puede haber también circunstancias atenuatorias de la culpabilidad que, dejando intacto el injusto, complementen sólo el tipo de culpabilidad. Así, en el infanticidio, el tipo de injusto equivale al del homicidio, pero el tipo de culpabilidad se complementa con los elementos atenuatorios de la culpabilidad mencionados en el § 217 StGB. El privilegio puede referirse también sólo al requisito de persecución a instancia de parte, en los §§ 247, 248 *a*, 263.4, StGB. Los privilegios del injusto ofrecen especialidades en el dolo y el error (§ 16.2, StGB, *infra* 8/83), los privilegios de la culpabilidad en el error (*infra* 17/77 ss.), y todo ellos en la teoría concursal (*infra* 31/19, 32, 37, 39, 45, 47).

97 *b)* En las *cualificaciones* del injusto, la complementación tiene lugar mediante elementos que agravan el injusto, a veces de naturaleza exclusivamente subjetiva [183]. Los elementos de complementación, en su mayor parte, no forman *por sí solos* ningún tipo de delito propio, ni siquiera una acción, como ocurre, p. ej., con las circunstancias del asesinato, con los deberes especiales en todos los delitos especiales impropios y con las cualificaciones que son sólo elementos de la situación del hecho o de la situación del autor. A veces, el legislador complementa, sin embargo, el tipo básico con un comportamiento ya de por sí punible (tipos complejos). Así procede sobre todo en el homicidio o lesiones imprudentes de los delitos cualificados (por el resultado), como, p. ej., los §§ 224, 226, 239.2 y 3, 251.1, StGB, entre otros. A veces se añaden (partes de) delitos dolosos; así, el robo (*Raub*, § 249 StGB) consiste en un hurto cometido mediante una coacción cualificada (una parte del § 240 StGB); el hurto-robo (*räuberischer Diebstahl*: § 252 StGB) consiste en un hurto y la tentativa de una coacción cualificada, en fragmentos separados de la acción.

98 *c)* A veces, en las modificaciones mencionadas, se distingue según que surja un *delito autónomo (delictum sui generis)* (así, supuestamente, el robo frente al hurto o, con arreglo a una opinión superada, el asesinato frente al homicidio) [184] o la modificación siga siendo *dependiente*. A esta distinción se vincularían principalmente consecuencias para la participación: Los elementos personales especiales que fundamentan un delito autónomo deben ser tratados con arreglo al § 28.1 StGB, y los que complementan un tipo sin que éste deje de ser dependiente, con arreglo al § 28.2 StGB. Tal diferenciación carece de apoyatura legal y sacrifica la técnica legal de los tipos en aras de ideas prejurídicas poco claras acerca del tipo de delito (*Deliktstyp*), motivo por el cual ha de rechazarse [185].

También cabe concebir cualificaciones, aun permaneciendo invariable el injusto, complementando el tipo de culpabilidad; el que el Derecho vigente con-

---

[183] Este último es el caso en los elementos del asesinato del § 211, párrafo 2, grupos 1.° y 3.° (obviamente, desde la sentencia BVerfG, 45, pp. 187 ss., el asesinato es un tipo necesitado de complemento).

[184] En contra, con buen criterio, *Welzel*, JZ, 1952, pp. 72 ss.; *Schönke-Schröder-Eser*, núm. marg. 2 ss. ante, § 3211, con bibliografía.

[185] *Jescheck*, AT, § 26, III, 1 y 3; *V. Hassemer*, Delictum *sui generis*, pp. 88 ss.; *Haffke*, JuS, 1973, pp. 402 ss., 407 ss.

temple o no puras cualificaciones de la culpabilidad (¿§ 211.2, 1.ª y 3.ª grupo, StGB?) depende de la interpretación de algunos elementos como elementos subjetivos del injusto o de la culpabilidad; sobre ello, *infra*, 8/96, 98.

8. *a)* Según opinión extendida, los elementos de los *supuestos especialmente graves* (§§ 240.1, 263.3, 266.2, 267.3 StGB, entre otros) o de los *supuestos menos graves* (§§ 177.2, 217.2, 249.2, 311.2 StGB, entre otros) no complementan el tipo, ni aun cuando se expresan mediante ejemplos vinculantes (§ 213 StGB) o mediante *ejemplos del género «concurre por lo general cuando...»* (*Regelbeispiele*: §§ 218.2, 243 StGB, entre otros). Se trataría más bien de reglas de medición de la pena [186]. Expresadas las cosas con esta generalidad —tipo contra regla de determinación de la pena— no hay lógicamente contraposición alguna. Así como algunos tipos básicos son cerrados *de modo indeterminado* (*vid. supra,* acerca de los tipos abiertos, 6/60 ss.), tampoco la indeterminación de los supuestos especialmente graves o de los menos graves implica nada en contra de su pertenencia al tipo, y dado que el *quantum* de realización del tipo, a través del *(ceteris paribus)* correlativo *quantum* de culpabilidad, es la principal regla de medición de la pena (§ 246, primer inciso, StGB), la pertenencia a estas reglas no implica nada contra la pertenencia al tipo de injusto. Así como la ley, en el § 242 StGB, no distingue entre el hurto de una pequeña cantidad y el hurto de una gran suma, y sin embargo la diferencia de cantidad entre ambas clases de hurto fundamenta una diferencia de injusto, así también todo lo que el juez (siguiendo un ejemplo vinculante, o un ejemplo del género «concurre por lo general cuando...», o libremente) reúne considerándolo elemento de un supuesto especialmente grave o menos grave, pertenece al tipo como material imputable en sentido atenuatorio o agravatorio. Los elementos de este material ni siquiera por su indeterminación legal cabe distinguirlos de los otros elementos del delito que fundamentan o modifican la pena; una indeterminación de este género también la evidencian los elementos complementadores de los tipos cerrados de modo indeterminado. 99

Al igual que ocurre en los privilegios y cualificaciones, los supuestos menos graves o especialmente graves pueden ser independientes del tipo de injusto e integrarse en el tipo de culpabilidad. Estos elementos son, pues, elementos del tipo (de injusto o de culpabilidad) [187], sean designados tácitamente, o como *Regelbeispiel*, o como ejemplo vinculante.

b) De este modo, sin embargo, poco se resuelve. El hecho de que el tipo a complementar, en tanto que se trate del tipo de injusto, haya de realizarse dolosa o imprudentemente, o en parte imprudentemente (p. ej., análogamente al § 18 StGB), sólo cabe decidirlo por separado en relación con cada supuesto 100

[186] *Jescheck*, AT, § 26 V; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 44 ante, § 38; *LK-G. Hirsch*, núm. marg. 45 ante, § 46; *Arzt*, JuS, 1972, pp. 525 ss.; *Blei*, JA, 1975, p. 237; *Schröder*, Mezger-Festschrift, pp. 415 ss., 427; *Kastenbauer*, Regelbeispiele, pp. 125 ss., 177; *Schmitt*, Tröndle-Festschrift, pp. 313 ss.; *Wessels*, Maurach-Festschrift, pp. 295 ss., 299, con abundante bibliografía; asimismo, BGH 23, pp. 254 ss., 256, pero no refiriéndose al tipo de injusto, sino al tipo en el sentido del § 12 StGB y al hecho en el sentido del § 260.4 StPO (sobre esto último, *vid.* BGH NJW, 1970, p. 2120; en contra, a su vez, BGH 27, pp. 287 ss., 289); BGH 26, pp. 104 ss., 105, como *ob iter dictum* superfluo; *vid.* también BayObLG NJW, 1980, p. 2207.

[187] *Calliess*, JZ, 1975, pp. 112 ss., 117, con más bibliografía, p. 113, nota 8; *Wahle*, GA, 1969, pp. 161 ss.; como elemento normativo del tipo pretende *Maiwald* entender todo el supuesto especialmente grave, Gallas-Festschrift pp 137 ss., 150; *el mismo*, ZStZ, 1984, pp. 433 ss., 435.

objetivo (vid. *infra*, acerca del dolo, 8/43). En relación con la tentativa, no se derivan especialidades, según la solución de la tentativa aquí defendida, ya que, por una parte, la realización de un solo elemento del tipo no condiciona de por sí la tentativa y, por otra, la tentativa del supuesto especialmente grave no requiere la consumación de la circunstancia agravatoria [188]. Tampoco la teoría del concurso impide la solución del tipo, sino que la favorece: Si el supuesto especialmente grave consiste en un delito punible por sí solo, la mención separada de este delito ya no es adecuada para la designación de lo que se imputa; consecuencia: concurso de leyes, como en una cualificación expresamente formulada [189].

Se rige por reglas generales el decidir si se puede participar no sólo en la realización del tipo básico, sino también en la realización de los elementos de un supuesto menos grave o especialmente grave [189a], lo que quiere decir sobre todo: El dolo y la imprudencia, así como todos los elementos de la culpabilidad, generales o especiales, no son accesorios; los deberes especiales y la naturaleza de delito de propia mano son limitadamente accesorios (lo que en las circunstancias modificativas de la pena, las únicas que aquí interesan, carece de efectos, por el § 28.2 StGB, en el marco penal); y otros elementos son totalmente accesorios (con más detalle, *infra*, apartado 23). Ejemplo: Si, en el § 263 el juez considera concurrente un supuesto especialmente grave a tenor del párrafo 3.º del precepto, porque el daño asciende a millones *y* se arruina a pluralidad de víctimas, ello no afecta a un partícipe que no conociera esta segunda consecuencia (de acuerdo con el § 16.1 StGB). Si el motivo del supuesto especialmente grave reside en la cualidad de funcionario del autor, en relación con la participación rige el § 28.2 StGB. Dado que la jurisprudencia atiende a una consideración global, o sea, forma el supuesto especialmente grave o menos grave a partir de un conglomerado de elementos personalísimos, limitadamente accesorios y completamente accesorios (*infra* 6/101), se ve forzada en la práctica a fallar para cada partícipe comenzando desde el principio [189b].

La solución del tipo no significa que sea aplicable el § 12 StGB en caso de marcos penales diferentes: El § 12 StGB tiene asignada una función de técnica legislativa y por tanto no es susceptible de consideraciones materiales (*infra* 6/103). También desde el punto de vista terminológico es preferible llamar privilegios y cualificaciones sólo a las variantes de tipos señaladas de modo legalmente determinado.

---

[188] BGH 33, pp. 370 ss., 373 ss., con reseña de *Schäfer*, JR, 1986, pp. 522 ss.; BGH, NStZ, 1984, pp. 262 s.; *Maiwald*, NStZ, 1984, pp. 433 ss., 437; *Lauenthal*, JZ, 1987, pp. 1065 ss., 1068 ss.; *Fabry*, NJW, 1986, pp. 15 ss., 18 ss.; *Kastenbauer*, Regelbeispiele, pp. 307 ss.; en lo esencial también BGH StV, 1985, pp. 103 s.; *de otra opinión* BayObLG JR, 1981, pp. 118 s., con reseña acertadamente crítica de *Zipf*, *op. cit.*, pp. 119 ss.; *Wessels*, Lackner-Festchrift, pp. 423 ss., 430 ss.; *Küper*, JZ, 1986, pp. 518 ss., 522 ss.; *Sternberg-Lieben*, Jura, 1986, pp. 183 ss., 187 s.; *el mismo*, NStZ, 1984, pp. 538 ss., 540 s., con bibliografía; en general en contra de la vinculación de tentativa en supuesto especialmente grave, *Arzt*, StV, 1985, pp. 104 ss.

[189] En definitiva también *Wessels*, Maurach-Festschrift, pp. 295 ss., 308; *Jescheck*, AT, § 26, V, 2 *in fine*; § 69, II, 3 *b*.

[189a] *Jeschech*, AT, § 26, V, 2; *Maiwald* NStZ, 1984, pp. 533 ss., 437 s.

[189b] En favor de esta solución, también *Bruns*, GA, 1988, pp. 339 ss., 353 ss.; *Kastenbauer*, Regelbeispiele, pp. 328 ss.; asimismo, *Blei*, JA, 1975, p. 237.

c) Mediante la complementación de los supuestos especialmente graves o menos graves por medio de ejemplos [190] se consigue, frente a los marcos penales indiferenciados, una mayor determinación del tipo si los ejemplos, en tanto que ejemplos agravatorios, están taxativamente mencionados, pero no son vinculantes para el juez, y los ejemplos atenuatorios no están mencionados taxativamente, pero son vinculantes para el juez: La ley determina siempre la medida máxima de la intervención (así, p. ej., en el § 213 StGB). Cuando la ley, sin embargo, a veces *ofrece sólo Regelbeispiele* no vinculantes aún en cualquiera de las direcciones, apenas existe entonces una ganancia cuantitativa en relación con los marcos penales amplios indiferenciados. «Una ley que sólo está "un poco" determinada sigue siendo una ley indeterminada» [191] y da cuenta de la aversión del legislador a tolerar tipos penales precisos, pero con lagunas. La inexactitud de la regulación la incrementa la jurisprudencia al darles a las circunstancias atenuantes genéricas (p. ej., en casos de tentativa o de culpabilidad disminuida) el sentido de supuestos menos graves [192], o al servirse de una consideración global [192a], como si se tratase, no de encontrar la pena con el marco penal, sino de hallar el marco penal con la pena. Este modo de proceder es desacertado, además, porque la sujeción de los supuestos menos graves a un tipo *determinado* ya no se puede aclarar con la complementación por circunstancias que son posibles en *cualquier* delito. 101

V. APENDICE: LA DISTINCION DE TECNICA LEGISLATIVA ENTRE DELITOS GRAVES *(VERBRECHEN)* Y MENOS GRAVES *(VERGEHEN)*

BIBLIOGRAFIA: *Vid.* la contenida en el apartado II.

A. 1. Los hechos antijurídicos con arreglo al § 11.1 StGB, es decir, los hechos que realizan un tipo penal, o sea, no meras infracciones administrativas (*Ordnungswidrigkeiten*) ni meras acciones no permitidas, se dividen, taxativamente [193], en Derecho positivo, en delitos graves [194] y menos graves (§ 12 102

[190] Sobre el origen de esta técnica, *vid. Lange,* Materialien, t. I, pp. 69 ss., 84 s.

[191] *Maiwald,* Gallas-Festschrift, pp. 137 ss., 159; *el mismo* NStZ, 1984, pp. 433 ss., 440; para la crítica, *vid.* asimismo *Baumann-Weber,* AT, § 12, II, 2 *d; Maurach-Zipf,* AT, § 62, núm. marg. 56 ss.

[192] BGH, 16, p. 360 ss., 362 s.; 27, pp. 298 ss., 299; BGH StV, 1982, p. 70, p. 71, p. 221, p. 417; BGH, GA, 1986, p. 120; JR, 1986, pp. 75 s., con reseña desfavorable de *Timpe, op. cit.,* pp. 76 s.; JR, 1986, pp. 336 s., con reseña de *Bruns, op. cit.,* pp. 373 ss.; o bien se aplica la atenuación del § 21 StGB como obstáculo para un supuesto especialente grave, como BGH NJW, 1986, p. 1699. Ni siquiera dentro de la Parte Especial observa la jurisprudencia el principio de que prevalece la regulacion más especial; así, según BGH 33, pp. 92 s., las causas de atenuación del § 31 BtMG han de clasificarse como causas para un supuesto menos grave con arreglo al § 30.2 BtMG; al respecto, *Frisch,* JR, 1986, pp. 89 ss., 91, que combina ambos preceptos, lo cual sólo es correcto, sin embargo, cuando para cada uno de ellos se dan causas *separadas.*

[192a] BGH 23, pp. 254 ss., 257; 26, pp. 97 ss., 99; 28, pp. 318 ss., 319 s.; 29, pp. 319 ss., 322; BGH StV, 1984, p. 73 , p. 284; NStZ, 1984, pp. 357; StV, 1988, pp. 249 s. En contra, *Montenbruck,* NStZ, 1987, pp. 311 ss., 313, con bibliografía. *Vid.* asimismo *infra* 25/78.

[193] BGH 28, pp. 93 ss., 94.

[194] Aquí en el sentido de técnica legislativa; acerca del concepto de delito grave como concepto dogmático, *vid. supra,* nota 1.

StGB). Mediante el esquema bipartito se interrumpió una larga tradición [195] de tripartición de los hechos en delitos graves, menos graves y contravenciones (*Übertretungen*). Las contravenciones se rebajaron en parte a infracciones administrativas y en parte se elevaron a delitos menos graves (esto último sobre todo en el § 370.1, núm. 5, del antiguo StGB, el llamado hurto famélico). Tanto la renuncia a una diferenciación más pronunciada como el mantenimiento de la diferenciación aún existente son objeto de discusión [196]. La división se rige por el límite inferior de la pena (*Mindeststrafe*) con la que se conmina la realización de todos los elementos de la Parte Especial vinculantes y relevantes para el marco penal.

103 2. Aun cuando la distinción se base en la gravedad del hecho en general, en el propio § 12 StGB ésta tiene sólo una significación de técnica legislativa [197]. A partir de la distinción se deduce si ha de aplicarse una determinada institución jurídico-penal, procesal-penal o de otra clase, lo que desde luego tiene efectos sustantivos. Dado que la separación debe servir a la aplicación con seguridad jurídica de determinadas instituciones jurídicas, no cabe introducir consideraciones sustantivas en la formulación llevada a cabo por la ley. Ejemplo: El § 213 StGB es por su tenor literal, en la parte mencionada con carácter vinculante, un supuesto menos grave del homicidio, o sea, delito grave a tenor de los §§ 212, 12.1 y 3 StGB. No cabe proporcionar una fundamentación material de por qué esta parte no se separa de la no mencionada y se configura como privilegio cerrado (entonces, delito menos grave, según el § 12.2 StGB). A pesar de lo cual no se puede tratar el § 213 StGB, ni siquiera en favor del autor, como un delito menos grave, puesto que entonces se soslayarían algunas de las consecuencias jurídicas puramente técnicas de la regulación; sobre todo, faltaría la imposición de la penalidad de la tentativa, que en los delitos graves tiene lugar con carácter general —un método sin significación material— en el § 23.1 StGB [198].

La distinción entre delitos graves y menos graves presenta consecuencias en relación con la punibilidad de la tentativa (§ 23.1 StGB), la tentativa de participación (§ 34 StGB), las consecuencias accesorias (§ 45 StGB), con algunos tipos de la Parte Especial (§ 241 StGB), así como con la competencia judicial (§§ 25, 74 GVG), y, en una medida considerable, con el proceso penal (§§ 140.1, núm. 2, 153, 153 *a*, 407 StPO).

104 B. 1. Los hechos antijurídicos conminados al menos con un año de pena privativa de libertad son delitos graves (§ 12.1 StGB); si el límite inferior de la pena es menor, se trata de delitos menos graves (§ 12.2 StGB; el precepto es redundante). Importa el límite inferior de la pena (*Mindeststrafe*) con que se

---

[195] Acerca de la evolución histórica, *Heinitz*, Materialien, t. I, pp. 55 ss.; *Maurach-Zipf*, AT, I. § 13, núm. marg. 20; *Blei*, AT, § 25, I. Derecho comparado en *Imhof*, Materialien, t. II (1), pp. 1 ss.

[196] Sobre esto último, críticamente *Stöckel*, GA, 1971, pp. 236 ss., 242, con bibliografía.

[197] *Schönke-Schröder-Eser*, § 12, núm. marg. 4.

[198] *De otra opinión* —punibilidad de la tentativa—, *Bockelmann*, BT, t. II, § 4, I, ante 1; también *Otto*, BT, § 5, I, 1. Sin embargo, es axiológicamente absurdo dejar impune la tentativa del tipo del § 213 StGB (supuesto menos grave de homicidio), siendo como son punibles las tentativas de los § 216 StGB (homicidio a petición) y 223 a StGB (lesiones peligrosas). Con detalle, como aquí, *LK-Lange*, § 213, núm. marg. 2.

conmina; se hace abstracción de la pena *merecida* en concreto. El límite inferior de la pena, además, no se debe extraer del marco penal *que ha de aplicarse* al hecho; también de este modo se abstrae. Y es que, según el § 12.3 StGB, en la determinación del marco penal (del llamado *marco penal genérico*) no se pueden tener en cuenta las siguientes modificaciones del marco penal a aplicar: *a)* Las agravaciones y atenuaciones de la Parte General (§ 49.1, núm. 3 , párrafo 2, StGB), bien sean facultativas (§§ 13.2, 17.2, 21, 23.2 y 3, 30.1, inciso 3, 35.1, inciso 2, StGB), bien obligatorias (§§ 27, 28.1, 30.1, inciso 2, 35.2, inciso 2 StGB) [199]. El § 28.2 StGB conduce desde luego a otro marco penal con arreglo a la Parte Especial, y por tanto también en el sentido del § 12 StGB [200]. *b)* Asimismo, tampoco se tienen en cuenta los supuestos especialmente graves y menos graves, bien sean innominados, o bien nominados con carácter vinculante o mediante expresiones como «concurre por lo general cuando...» (*Regelbeispiele*) [201]. *c)* De acuerdo con el § 4 JGG, tampoco se tienen en cuenta las consecuencias jurídico-penales especiales del Derecho penal juvenil.

2. Dado que los marcos penales de los tipos cualificados y privilegiados sí se tienen en cuenta, ello quiere decir, expresado positivamente: Decide el límite inferior del marco penal del delito básico, o del tipo cualificado, o del tipo privilegiado, que en el supuesto normal (es decir, cuando no concurre ningún supuesto especialmente grave ni menos grave) se aplica al autor del delito de comisión consumado, que actúa con plena culpabilidad. Ejemplos: El cómplice del robo (§§ 250, 27, 49.1, núm. 3, 2.° grupo de casos StGB) comete un delito grave, aunque el límite inferior de la pena del marco que hay que aplicarle a él sólo es de tres meses. Los malos tratos a personas confiadas al cuidado del autor, en un supuesto especialmente grave (§ 223 b.2 StGB), sigue siendo delito menos grave (y por tanto la tentativa es impune, § 23.1 StGB). El § 216 StGB (tipo privilegiado) es un delito menos grave (por eso la punibilidad de la tentativa está expresamente regulada en el § 216.2 StGB), mientras que el § 213 StGB (supuesto menos grave) es delito grave, aun teniendo el mismo marco penal (la punibilidad de la tentativa se deduce de los §§ 212, 23.1, 12.1 y 2 StGB). **105**

3. La doble abstracción —de la pena merecida en concreto y del marco penal a aplicar— no se ajusta bien al sistema del StGB, ya que la ley, en los demás casos, o diferencia en alto grado, o al menos admite diferenciaciones amplias dentro de un marco (p. ej., en los supuestos especialmente graves o menos graves de la Parte Especial), para posibilitar una solución ajustada a los casos concretos [202]. **106**

---

[199] El § 48 StGB carece de significado para el límite de un año.

[200] BGH 6, pp. 309 ss.; *Schönke-Schröder-Eser*, § 12, núm. marg. 13.

[201] BGH 11, pp. 233 ss., 241; 20, pp. 184 ss., 185 s.; doctrina dominante; las dudas de *Dreher*, JZ, 1965, pp. 455 s., y *Stöckel*, GA, 1971, pp. 236 ss., 241, probablemente hayan quedado obsoletas por la nueva redacción de la ley.

[202] Críticamente también *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 138 ss.; *Engisch*, SJZ, 1946, párrafos 232 ss.; *el mismo*, SJZ, 1948 párrafos 660 ss.; de otro modo, sin embargo, *LK-Tröndle*, § 12, núm. marg. 15 s.

APARTADO 7

Los pormenores del tipo objetivo mediante acción; 1.ª parte: El tipo objetivo

I. EL TIPO OBJETIVO COMO OBJETO DE LA PARTE GENERAL

BIBLIOGRAFIA: *E. Beling*, Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Versuchslehre, GS, 101, pp. 1 ss.; *H. J. Bruns*, Ungeklarte verfahrensrechtliche Fragen des Contergan-Prozesses, Maurach-Festschrift, pp. 469 ss.; *M. v. Buri*, Über Kausalität und deren Verantwortung, 1873; *el mismo*, Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885; *M. Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974; *Bustos Ramírez*, Die objektive Zurechnung, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 213 ss.; *G. Dornseifer*, Unrechtsqualifizierung durch den Erfolg-ein Relikt der Verdachtsstrafe?, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 427 ss.; *U. Ebert* y *K. Kühl*, Kausalität und objektive Zurechnung, Jura, 1979, pp. 561 ss.; *K. Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931; *el mismo*, Vom Weltbild des Juristen, 2.ª ed., 1965; *el mismo*, Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug, v. Weber-Festschrift, pp. 247 ss.; *W. Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *J. Glaser*, Abhandlungen aus dem Oesterreichischen Strafrecht, 1858; *A. Gmür*, Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht, 1958; *W. Hardwig*, Die Zurechnung, 1957; *K. Hertel*, Comentario a BGH, NJW, 1966, pp. 1823 ss., loc. cit., pp. 2418 s.; *A. Horn*, Causalitäts- und Wirkensbegriff, dessen empirische Feststellung und criminalrechtliche Bedeutung, GS, 54, pp. 321 ss.; *el mismo*, Der Versuch, ZStW, 20, pp. 309 ss.; *E. Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973; *G. Jakobs*, Risikokonkurrenz-Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht, Lackner-Festschrift, pp. 53 ss.; *J. C. Joerden*, Die «Verdoppelung» ein zentrales Strukturproblem des Strafrechts; *el mismo*, Dyadische Fallsysteme im Strafrecht, 1986; *el mismo*, OGH, JBl, 1987, 191 -ein Fall alternativer Kausalität?, JurBI., 1988, pp. 433 ss.; *M. Kahlo*, Das Bewirken durch Unterlassen bei drittvermitteltem Rettungsgeschehen, GA, 1987, pp. 66 ss.; *H. J. Kahrs*, Das Vermeidbarkeitsprinzip und die *condicio sine qua non* Formel im Strafrecht, 1968; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *el mismo*, Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren, JZ, 1971, pp. 569 ss.; *el mismo*, Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt?, Jescheck-Festschrift, pp. 251 ss.; *Arthur Kaufmann*, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 200 ss.; *D. Kion*, Grundfragen der Kausalität bei Tötungsdelikten, JuS, 1967, pp. 499 ss.; *E. Kleine-Kosack*, Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht, 1988; *L. Kuhlen*, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989; *E.-J. Lampe*, Die Kausalität und ihre strafrechtliche Funktion, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 189 ss.; *M. Maiwald*, Kausalität und Strafrecht, 1980; *el mismo*, Zurechnungsprobleme im Rahmen erfolgs qualifizierter Delikte, BGHSt, 31, 96, JuS, 1984, pp. 439 ss.; *M. L. Müller*, Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht, 1912; *W. Naucke*, Über das Regreßverbot im Strafrecht, ZStW, 76, pp. 409 ss.; *I. Puppe*, Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 92, pp. 863 ss.; *la misma*, Kausalität, SchwZStr., 107 (1990), pp. 141 ss.; *J. Rödig*,

Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, 1969; *C. Roxin*, Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht, Klug-Festschrift, pp. 303 ss.; *el mismo*, Finalität und objektive Zurechnung, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 237 ss.; *E. Samson*, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972; *el mismo*, Kausalitäts- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht, ZStW, 99, pp. 617 ss.; *E. Schlüchter*, Grundfälle zur Lehre von der Kausalität, JuS, 1976, pp. 312 ss., 378 ss., 518 ss., 793 ss.; *E. Schmidhäuser*, «Objektiver» und «subjektiver» Tatbestand: Eine verfehlte Unterscheidung, *Schultz-Festgabe*, pp. 61 ss.; *F. C., Schroeder*, Der Kausalzusammenhang im Strafrecht der DDR, Meisner-Festschrift, pp. 499 ss.; *J. Schulz*, Gesetzmäßige Bedingung und kausale Erklärung, Lackner-Festschrift, pp. 39 ss.; *G. Spendel*, Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte, 1948; *H. Tarrlowski*, Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriff, 1927; *L. Träger*, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 2.ª ed., 1929; *O. Triffterer*, Die Theorie der objektiven Zurechnung in der österreichischen Rechtsprechung, Klug-Festschrift, pp. 419 ss.; *H. Walder*, Die Kausalität im Strafrecht, SchwZStr., 93 (1977), pp. 113 ss.; *H. Wegscheider*, Kausalitätsfragen im Umweltstrafrecht, ÖJZ, 1983, pp. 90 ss.; *E. A. Wolff*, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965.

A. El tipo objetivo es la parte externa del delito; con el tipo objetivo surge el delito como magnitud social, y por tanto penalmente relevante. Sin embargo, el tipo objetivo por sí solo no constituye injusto, ya que en sí no contiene ninguna acción típica y consiguientemente no cumple las condiciones mínimas del injusto. El tratar de él con anterioridad al tipo subjetivo (que temporalmente se inicia antes) responde a una razón predominantemente expositiva: El tipo objetivo es el objeto del tipo subjetivo; en su configuración anticipada (dolo) o anticipable (imprudencia), el tipo objetivo es una parte de la psique del autor y por tanto, si se procediese de otro modo, debería exponérsele a partir de su reflejo psíquico, es decir, indirectamente. 1

Para evitarlo, hay que pasar por alto la concreta configuración de una acción, es decir, que la realizacion de una acción (junto a sus consecuencias) sólo es una ejecución de acción *determinada* (junto a sus consecuencias) cuando el movimiento corporal de cierta clase (junto a sus consecuencias), precisamente por ser de esa clase (o por sus consecuencias), es influenciable por medio de motivación, o sea, es individualmente evitable. En vez de ello, prescindiendo de la evitabilidad de la acción determinada (junto a sus consecuencias), aquí se atenderá a si el movimiento corporal es propio de una acción. La acción en este sentido es sólo una modificación del acto voluntario, más arriba rechazado, en el sistema de *v. Liszt, Beling* y *Radbruch*, pero en este lugar cumple otra función que en el sistema antiguo: No es la única conexión de sujeto e injusto, sino que es sólo el primer paso de una conexión de sujeto e injusto, que ha de continuar en el tipo subjetivo (¡que no era conocido por el sistema antiguo!) *hasta la acción determinada*.

Se trata por tanto de realizar las siguientes fases de comprobación: En primer lugar, se verifica si concurren determinados efectos externos de alguna acción (tipo objetivo); acto seguido, si precisamente estos efectos externos constituyen la realización de una acción determinada por ellos (el tipo subjetivo referido al tipo objetivo). Naturalmente, se podría tomar lo objetivo del tipo ob- 2

jetivo aún de modo más objetivo, estimando suficiente todo obrar corporal, es decir, prescindir del «acto voluntario» y partir exclusivamente del aspecto externo del movimiento corporal. Las soluciones equivaldrían por completo, porque el tipo subjetivo debe ser al menos congruente con el objetivo: Si el tipo objetivo se concibe con mayor amplitud que aquí, entonces el tipo subjetivo excluye del injusto otras realizaciones de tipo objetivo más. En todo caso, hay que huir de la suposición de que la realización de un tipo objetivo sea ya una parte de injusto; si al tipo objetivo le falta el correlato subjetivo, no es cualitativamente injusto: En las descripciones de los distintos tipos no se está aludiendo en absoluto a los efectos externos sin correlatos subjetivos. El modo de exponer aquí elegido divide la acción constitutiva de injusto en dos partes que son jurídicamente irrelevantes si se consideran aisladamente [1].

3 B. La intepretación de los distintos tipos objetivos es función de la Parte Especial. Naturalmente, algunas clases de elementos objetivos del tipo presentan dificultades específicas en la aplicación de las reglas generales; el tratamiento de estos elementos se lleva a cabo en sus respectivos lugares apropiados; merecen mencionarse especialmente los llamados elementos normativos del tipo (*infra* 8/48 ss.), los elementos de la autoría (*infra* 7/56 ss.; 8/88 ss.; 21/115 ss.; 29/29 ss., 57 ss., *passim*) y los elementos que describen una conducta (*infra* 29/78 ss., *passim*).

4 C. 1. La teoría de la imputación objetiva se ocupa de la determinación de las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable, siendo así que, de los conceptos a desarrollar aquí, en la Parte Especial si acaso se menciona, expresa o implícitamente, la causalidad. Desde luego, no todos los conceptos de la atribución objetiva gozan de la misma importancia en la Parte Especial. En concreto, los problemas de causalidad afectan en la práctica sólo a los delitos de resultado en sentido estricto (*supra* 6/78). Bien es verdad que todo comportamiento penalmente relevante tiene un aspecto externo y por tanto algo que el autor lleva a cabo. También la realización de este aspecto externo puede exponerse como «llegar a ser causal» [2]. Pero en general, en un delito que se consuma ya con la ejecución de una determinada conducta, hablar de relación causal puede inducir a confusión: La ejecución es causada por el sujeto, si es que se trata de una acción (y no, p. ej., forzada mediante *vis absoluta*).

4a 2. Especialmente en los delitos de resultado surge la necesidad de desarrollar reglas generales de imputación objetiva, por el siguiente motivo: La ley menciona sólo la causación de un resultado, pero esta causación sólo puede bastar si es jurídicamente esencial. El carácter esencial falta no sólo cuando se pone de manifiesto, en relación con el tipo subjetivo, que el resultado no era subjetivamente evitable, sino que falta ya cuando el autor no es responsable de aquello a lo que da lugar. Ejemplo: El organizador de una verbena no es responsable de las diversas infracciones penales que tengan lugar en su transcurso (tráfico de drogas, lesiones, injurias, conducción en estado de embria-

[1] En relación con la exposición por la que aquí se ha optado —muy común—, *vid.* la crítica de *Schmidhäuser*, Schultz-Festsgabe, pp. 61 ss.

[2] *Welzel*, Strafrecht, § 9, 1; en contra, *Gmür*, Kausalzusammenhang, p. 18.

guez, salida de establecimientos de hostelería sin pagar las consumiciones), o al menos no responsable ya por el mero hecho de haber organizado la verbena.

El denominar atribución objetiva a las condiciones objetivas de la responsabilidad no debe entenderse en el sentido de que se trata sólo de imputación; de imputación se trata más bien en el tipo subjetivo y en la culpabilidad; tampoco debe suponerse que de la imputación objetiva se derive una imputación penal completa (*vid.* 7/1), pues para ésta se necesita aún un tipo subjetivo y la culpabilidad. Aquí se trata únicamente de las propiedades objetivas generales de la conducta imputable.

3. Los criterios de la imputación objetiva en su conjunto cabe reconducirlos a dos raíces y tienen —correlativamente a ambas raíces— dos contenidos distintos [2a]. Por una parte, se trata de la finalidad propia del Derecho penal de garantizar la seguridad de las expectativas. De esta finalidad de la regulación se deriva que el comportamiento adecuado socialmente no se puede imputar como injusto, ni siquiera aun cuando tenga efectos dañosos por un desgraciado encadenamiento de circunstancias. La realización de la conducta socialmente adecuada está permitida. Sobre todo, los criterios del riesgo permitido, del principio de confianza, de la comisión referida al garante y de la prohibición de regreso no son sino desarrollos de la adecuación social [2b]. Estos criterios coinciden parcialmente unos con otros, de modo que puede entrañar dudas encuadrar los casos concretos. Por otra parte, los criterios de la imputación objetiva sirven a la forma de regulación predominante en Derecho penal, la de los delitos de resultado. Aquí reside el principal ámbito de aplicación de las reglas desarrolladas para la causalidad. Además, esta forma de regulación comporta que, para poder hablar de consumación, ha de haberse realizado un riesgo causado por el autor de un modo no permitido. Los presupuestos de tal realización se desarrollarán al exponer la concurrencia de riesgos. Sin embargo, la causalidad y la realización del riesgo no son sólo problemas de la consumación en los delitos de resultado; tampoco el riesgo permitido y otros criterios 4b

[2a] Materialmente, en el mismo sentido *Frisch*, Verhalten, pp. 9 ss. y *passim*, que reserva el concepto de imputación exclusivamente para las causaciones de resultado en sentido estricto, llamando doctrina del comportamiento típico a las restantes partes de la imputación objetiva. Pero también el resultado pertenece —en la consumación— al comportamiento típico, y el comportamiento tampoco es un suceso natural, sino normativo, es decir, determinado mediante imputación (lo que *Frisch* tampoco pone en duda). Críticamente en torno a la teoría de la imputación objetiva en los delitos dolosos, *Armin Kaufmann*, Jescheck-Festschrift., 251 ss., 269 ss.; sobre ello, *Lampe*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 189 ss.; acerca del debate germano-español, *Bustos Ramírez*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 213 ss.; sobre el estado de la doctrina en la jurisprudencia del alto tribunal, *vid.* el informe documentadísimo de *Triffterer*, Klug-Festschrift, pp. 419 ss.

[2b] Sobre la historia y el empleo de este concepto últimamente *Roxin*, Klug-Festschrift, pp. 303 ss., con bibliografía. Así pues, la pretensión de la doctrina de la imputación objetiva va más allá de solucionar casos concretos en la Parte Especial; en contra, *Armin Kaufmann*, Jescheck-Festschrift, pp. 251 ss., 269 ss. (a su vez, acertadamente contra *Armin Kaufmann*, *Roxin*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 237 ss., 242 ss.). De ese modo, resulta indiferente que se la formule positivamente (imputación objetiva como presupuesto de la imputación) o negativamente (falta de la imputación objetiva como impedimento de la imputación), ya que no cabe determinar una situación normal (*vid. infra* 7/41. De otro modo, *Armin Kaufmann*, *op. cit.*, p. 266); aquí se discute que, al menos en delitos contra la vida, a «todo aquel que mata dolosamente» (entendido como aquel que causa dolosamente una muerte) «su víctima le afecta algo» (*op. cit.*, p. 270); *vid.*, p. ej., los ejemplos incluidos *infra* 7/64, 24/16.

de los que no cabe prescindir cuando el comportamiento no tiene consecuencias, se pueden determinar sin conocimiento de la causalidad y de la realización del riesgo: Cuando en estos criterios el curso causal conducente al resultado aparece en la perspectiva *ex ante*, es desde luego la misma clase de proceso causal que en la consumación se averigua *ex post*.

II. LA IMPUTACION OBJETIVA: LA CAUSALIDAD

BIBLIOGRAFIA: *Vid.* la relativa a I.

A. La teoría de la equivalencia

5 En la medida en que un resultado es elemento objetivo del tipo, no siempre cabe decidir fácilmente si el resultado se encuentra con la ejecución de la conducta en la relación que la ley denomina «causar» (§§ 222, 230 StGB, entre otros) o la caracteriza como «consecuencia» (todos los delitos cualificados por el resultado, § 18 StGB; *vid.* asimismo el § 225 StGB), si bien por lo general lo da a entender implícitamente utilizando un verbo («matar» en los §§ 211 ss. StGB, «maltratar» y «perjudicar» en el § 223 StGB, «dañar» o «destruir» en el 303 StGB, etc.). El hecho de que se encuadre esta problemática en la Parte General [3] obedece no sólo a que la ley, en la mayor parte de los delitos, define el comportamiento delictivo (también) por medio de un resultado, sino, antes, a que los principios de la imputación desarrollados en conexión con los delitos de resultado, sirven de patrón para todos los delitos.

6 2. Por una parte, entre todos los sucesos que tienen lugar existe una relación real en el decurso temporal continuo, pudiendo clasificarse en precedentes, simultáneos y posteriores. Sin embargo, esta relación, por sí sola, es penalmente irrelevante, por inapropiada para la imputación. Y es que no vincula a un determinado sujeto con un suceso, sino a todos los sujetos con todos los sucesos. Por otra parte, para la conexión de sujeto y suceso no es necesario que la fuerza que surte efecto en un suceso determinado espacio-temporalmente la proporcione el sujeto. No rige, pues, el principio *causa aequat effectum* [4]. En Derecho penal puede ocurrir que «a pequeñas causas, grandes efectos», ya que, dada la igualdad de efecto, lo mismo da que se active la considerable fuerza física propia o que se aproveche la escasa fuerza propia para liberar un potencial existente en estado de latencia. Ejemplo: Una puñalada (fuerza física

[3] Este encuadramiento no es obvio; en sentido contrario aún *Berner*, Strafrecht, § 62, que asigna el problema causal a la Parte Especial, y en ésta ante todo a los delitos contra la vida. Históricamente, la asignación a la Parte General se impone al generalizarse la consideración naturalística del delito y distinguirse entre el aspecto externo, como injusto, y el aspecto interno, como culpabilidad; *supra* 6/6.

[4] *Traeger*, Kausalbegriff, p. 30; *Engisch*, Weltbild, pp. 127 ss., 135; *Jakobs*, Studien, p. 10; de otro modo, una versión de las teorías causales —hoy sin importancia— llamadas individualizadoras, es decir, que sopesan las distintas condiciones; *vid. Horn*, GS, 54, pp. 321 ss.; *el mismo*, ZStW, 20, pp. 309 ss., 315. *Vid.* con respecto a la crítica de las teorías individualizadoras, *v. Liszt-Schmidt*, Strafrecht, § 29, VII, 2 y 3, con más bibliografía.

propia) en el corazón de la víctima no tiene efecto distinto que un disparo de pistola (liberación del potencial contenido en la pólvora).

3. El concepto penal de causalidad [4a] se encuentra entre los dos extremos señalados. Debe abarcar lo que en el caso límite aún basta como relación sujeto-objeto, pero eliminar lo que no basta. En los delitos de comisión no se le prohíbe al autor sino ejecutar una conducta que es *condición del resultado típico* (teoría de la condición), donde de momento queda por decidir la valoración de la condición (¿se encuentra en el ámbito de incumbencia del autor, de la víctima o de un tercero?) como objeto de la imputación objetiva, y la cognosciblidad de la condición (¿dolosa, imprudentemente, o con carácter inevitable?) como objeto del tipo subjetivo: Todas las condiciones cuentan lo mismo (*teoría de la equivalencia*). Habrá de señalarse aún que el límite entre lo que se puede considerar como condiciones del resultado y lo que no, dista de ser exacto. 7

B. Crítica de la fórmula de la *condicio sine qua non*

1. La teoría de la equivalencia se desarrolló a partir de *Glaser* [5] y *v. Buri* [6]. En ella, desde luego, la concepción de la condición como *condicio (conditio) sine qua non* desempeña hasta en la actualidad un papel que induce a confusión, que falsea el problema causal y que resulta, en definitiva, enteramente superfluo; de acuerdo con esta concepción, sería causa de un resultado penalmente relevante «toda condición» «que no puede suprimirse mentalmente sin que decaiga el resultado» [7]. 8

2. *a)* La fórmula es superflua porque ni siquiera constituye una definición, y aún menos una fórmula para determinar la causalidad. En efecto, el producto del ejercicio de la supresión mental sólo puede determinarse si se sabe de antemano si la condición es causal: La fórmula no es sino un círculo vicioso, porque el concepto que ha de definirse aparece oculto en el material con que se define [8]. 9

b) Asimismo, la fórmula destruye la equivalencia de todas las condiciones, porque aquella condición que desplaza a otra condición que en otro caso 10

[4a] Sobre la problemática hasta ahora tratada en el Derecho penal de la República Democrática Alemana como «causalidad», *vid. Meisner-Festschrift*, pp. 499 ss., con bibliografía.

[5] Abhandlungen, p. 298.

[6] Über Causalität und deren Verantwortung 1873; Die Causalität und ihre strafrechtliche Beziehungen, 1885, y en muchas otras publicacions posteriores.

[7] BGH, 1, 332 ss., 333; 7, pp. 112 ss., 114; OLG Stuttgart, JZ, 1980, pp. 618 ss., 619; así ya el RG en jurisprudencia constante: RG, 1, pp. 373 ss., 374; 5, pp. 29 ss., 31; hasta RG, 75, pp. 372 ss., 374; 77, pp. 18 ss. *Vid.* además *Mezger*, Strafrecht, § 15, II; *H. Mayer*, AT, § 19, II, ante 1; *Baumann-Weber*, AT, § 17, II, s. *a; Frisch*, Verhalten, pp. 521 ss.; como definición —no como fórmula para indagar la causalidad— también *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 218 ss.

[8] Crítica, básica, en *Engisch*, Kausalität, p. 16; *el mismo*, Weltbild, p. 130 y nota 288; *el mismo*, *v. Weber-Festschrift*, pp. 274 ss, 261. *vid.* más críticas en *Arthur Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 200 ss., 207 ss.; *Armin Kaufmann*, Dogmatik, pp. 459 ss.; *Jakobs*, Studien, p. 20; *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 81 ss.; *Puppe*, ZStW, 92, pp. 863 ss., 865 ss.; *la misma*, SchwZStr., 107 (1990), pp. 141 ss.; *Maiwald*, Kausalität, p. 57; *el mismo*, JuS, 1984, pp. 439 ss., 440; *Jescheck*, AT, § 28, II, con más bibliografía.

surtiría efecto no sería causal, según la fórmula. Ejemplo: Si el padre envenena el té de su hijo, lo que, de no haberlo realizado él lo hubiera llevado a cabo la madre, aplicando al pie de la letra la fórmula, el padre no habría causado el resultado, porque, realice o no la conducta, no hay diferencia de resultado. En sucesos de este tipo, bajo el nombre de causalidad, se adoptan decisiones —por lo demás incorrectas— sobre la incumbencia de la causalidad, es decir, sobre la imputación objetiva [9]. *Spendel* intenta soslayar tal dilema mediante una concepción modificada de la fórmula: En la situación hipotética que surge por la «supresión mental» de condiciones no cabe «añadir mentalmente» otras condiciones con sus efectos [10]. Desde luego, cuando se sabe qué es condición y qué es condición sustitutiva, el «suprimir mentalmente» no es sino lastre superfluo. Y lo que es peor: Si los efectos se pueden «suprimir mentalmente», pero no «añadir mentalmente», tampoco se podrán «añadir mentalmente» los efectos de los procesos causales que *impiden* un resultado (los llamados procesos causales salvadores) [11]. Ejemplo: El que apuñala a una persona en el corazón, no habría causado su muerte, ya que a la persona, sin la puñalada, sólo cabe imaginarla viva, si se «añaden mentalmente» los latidos del corazón y la circulación sanguínea, que en realidad cesaron por la puñalada [12].

11 *c)* El error metodológico de la fórmula radica en lo siguiente: La fórmula funciona con una hipótesis; tal modo de proceder es adecuado cuando ha de verificarse la relación de *input* y *output* de un sistema y el *input* (así como el *output*) es controlable en su totalidad, es decir, cuando si está ausente el *input* (si se le «suprime mentalmente») nada puede ocupar su lugar. Pero si se desconoce lo que puede afluir al sistema (en el proceso causal conducente al resultado) como condiciones sustitutivas, del *output* (resultado) a lo sumo se puede deducir que la condición era necesaria o no, pero no que no habría sido suficiente (que no habría surtido efecto). La fórmula sustituye los presupuestos bajo los cuales se *averigua* qué es condición por los presupuestos para que tengan lugar condiciones. Desde luego, sólo se puede averiguar qué es condición investigando los elementos distintivos de hechos con producción de resultado y hechos sin ésta. Pero esto suele ser un proceso prolijo por la dificultad de los controles de *input*. La hipótesis necesaria para la averiguación, sin embargo, no cabe asignarla como propiedad, incorrectamente, al complejo de condiciones que tienen lugar.

---

[9] Esto lo pasa por alto *Rödig*, Denkform, pp. 110 ss., 123, 125; *Rödig*, no pregunta por la causalidad, sino precisamente por la *diferencia* de resultado entre distintas alternativas de comportamiento (p. 125). No obstante, el que el Derecho exija siempre una diferencia de resultado no está determinado por anticipado, e incluso, precisamente, hay que negarlo en aquel caso en que *Röder* considera que obviamente no se da causalidad, donde la condición sustitutiva, por su parte, se añadiera antijurídicamente (p. 123) (*infra* 7/92).

[10] Kausalitätsformel, pp. 34 ss., 38, 92.

[11] *Armin Kaufmann*, Dogmatik, p. 60.

[12] En los supuestos de interrupción de cursos causales salvadores, un sector doctrinal, que se sitúa críticamente ante la *condicio sine qua non*, encuentra dificultades para conformar una verdadera relación causal (*Jescheck*, AT, § 28 I 2; *E. A. Wolff*, Kausalität, pp. 18; *Kahrs*, Vermeidbarkeitsprinzip, p. 22; *vid.* también *Engisch*, Kausalität, p. 27); sobre ello *infra* 7/22 s.

C. La causalidad como condición

El concepto de condición, así pues (entre otras razones, precisamente por 12
la equivalencia de todas las condiciones), ha de mantenerse libre de hipótesis. Importa sólo saber si un comportamiento ha condicionado un resultado (conforme a un ley causal) [13], lo que ha de juzgarse con ayuda de la experiencia general o de expertos [14].

Pormenores:

1. La condición debe surtir efecto realmente (objetivamente, *ex post*); no 13
basta una efectividad evaluada *ex ante* más la producción de resultado, porque el resultado puede deberse a una *condición que se adelanta*; dicho de otro modo, puede deberse a una *interrupción* de la condición esbozada en el punto de vista *ex ante*. Ejemplo [15]: En un proceso civil, un testigo miente al juez, el cual le cree, pero dicta una sentencia ajustada a la declaración del testigo por consideraciones no determinadas por tal declaración; no hay causación de daño patrimonial (imposibilidad de estafa procesal consumada).

2. La condición interesa exclusivamente en relación con la vía que condu- 14
ce al resultado típico; las condiciones de circunstancias concomitantes del re-

---

[13] La conformidad a ley causal (*Gesetzmäßigkeit*) se destaca en general, en conexión con *Engisch*, Kausalität, pp. 21 ss.; *Jescheck*, AT, § 28, II, 4; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 75, ante 6 13. *SK-Rudolphi*, núm. marg. 41, ante § 1; *Walder*, SchwZStr., 93 (1977), pp. 113 ss., 1346 ss., 137 ss.; *Arthur Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 200 ss., 207 ss.; *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe, pp. 31 ss.; *Schlüchter*, JuS, 1976, pp. 312 ss., 793 ss. No obstante, dado que en el ámbito penalmente relevante sólo hay condiciones conforme a ley, resulta superfluo este término especial. Acerca de las dudas desde las ciencias naturales sobre el principio causal y de la irrelevancia jurídico-penal de estas dudas, *vid. Maiwald*, Kausalität, pp. 13 ss., 84 ss., 87 ss.

[14] Pudiéndose deducir el resultado a partir de una condición (ejemplo: el jarrón que se cae ha de hacerse añicos), o la condición a partir del resultado (ejemplo: el jarrón hecho añicos ha debido de caerse); al respecto, *Schulz*, Lackner-Festchrift, pp. 39 ss., 41 ss. Se debate sobre si un Tribunal, en un ámbito científico-natural discutido, puede aplicar también máximas de experiencia discutidas; en sentido afirmativo, LG Aachen, JZ, 1971, pp. 507 ss., 510 ss. («fallo en el asunto Contergan»). Cuando —con buen criterio— se niega tal posibilidad, divergen las fundamentaciones entre situar el problema en el Derecho sustantivo o en el Derecho procesal. *Armin Kaufmann*, entiende como elemento del tipo la relación causal, conforme a la experiencia, a la que sólo cabe aprehender en el dato del reconocimiento científico (*Armin Kaufmann*, JZ, 1971, p. 569 ss., 574; igualmente, *Bruns*, Maurach-Festschrift, pp. 469 ss., 478 ss.); sin embargo, en contra, *Maiwald* (Kausalität, pp. 106 ss., 109) que, en una solución orientada hacia el Derecho procesal, atiende a si, en caso de discrepancia entre las opiniones de los expertos, falta la perspectiva de aceptabilidad del juicio. Debería atenderse a si un Tribunal tiene motivos razonables para no tener en cuenta a algunos de entre el círculo de expertos en cuestión, como no es infrecuente, p. ej., en el terreno de la Psiquiatría y de la Psicología. Desde luego, en el ámbito central de las ciencias naturales no deberá haber a estas alturas tales motivos razonables. Esta solución no ha de entenderse por fuerza, con *Maiwald*, procesalmente; por lo que se refiere a la causalidad, los tipos pueden constituir un cheque en blanco que se configure mediante la facticidad de la opinión de los círculos de expertos competentes *y a los que hay que reconocer*; *Frisch*, Verhalten, pp. 523 s. *Vid.* también *Kuhlen*, Fragen, pp. 63 ss.; *Horn*, Gefährdungsdelikte, pp. 141 s.; *Kleine-Kosack*, Kausalitätsprobleme, pp. 44 ss.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 216; *Schönke-Schröder-Eser*, núm. marg. 75, ante § 13; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 42, ante § 1.

[15] RG, 69, 45 ss., 47 s.; *vid.* además RG, 64, pp. 370 ss., 373; BGH, 4, pp. 360 ss., 362; BGH, GA, 1960, pp. 11 ss.

sultado (variaciones dentro de un riesgo ya existente) son irrelevantes [16]. Ejemplo: Quien cambia de cama a la víctima del envenenamiento, sin que ello influya en el transcurso del envenenamiento, causa desde luego la ubicación espacial de la víctima en el momento de producción de la muerte, pero ello, por sí solo, no interesa en la relación de imputación penal (de otro modo se decidiría si de este extremo dependieran posibilidades de salvación). La causación del resultado ha de distinguirse, pues, de la causación de meras circunstancias concomitantes.

15 3. *a)* Con arreglo a la doctrina hoy dominante, cuando menos formulada de modo equívoco, se trata de determinar si ha sido causado *el resultado en su forma concreta* [17]; lo que no afecte a la forma concreta del resultado sería, pues, circunstancia concomitante, sin relevancia. Esto no es acertado por dos razones. En primer lugar, no todo detalle de la configuración de un resultado es típicamente relevante. Ejemplo: El que un jarrón, tras su caída, salte en cien o en ciento un pedazos no determina diferencia alguna en la defraudación de expectativa (salvo si acaso en supuestos especiales, como en un experimento). Y en segundo lugar, la fórmula del resultado en su configuración concreta parece dar a entender que importa sólo el resultado y no el camino hasta éste. Por plantearlo con ejemplos: ¿Condiciona el resultado de sustracción en su concreta configuración quien le lleva la escalera hasta el lugar de los hechos al ladrón, escalera que éste mismo habría transportado en caso necesario? Como el cómplice ha llevado efectivamente la escalera, ha condicionado el resultado, aun cuando hipotéticamente, sin su contribución, se habría producido el mismo resultado de robo. ¿Condiciona la muerte en su concreta configuración el que le carga la pistola al asesino, lo que éste mismo habría llevado a cabo de ser necesario? Como el cómplice ha cargado efectivamente el arma, desde luego ha determinado el resultado, sin tener en cuenta lo que habría ocurrido hipotéticamente sin su colaboración.

16 *b)* Para la solución hay que partir de que la diferenciación entre una causación típica de un resultado y un mero ocasionamiento de circunstancias concomitantes no se verifica en la consideración de los elementos naturalísticos de un proceso causal, sino que depende de la finalidad de la norma: Un suceso que no hace al mundo más peligroso y que tampoco pone un complejo de condiciones de resultado (riesgo) en lugar de otro, no puede ser objeto razonablemente de una prohibición penal de causar resultados. Así pues, quien no aumenta un riesgo ya existente (*vid.* el ejemplo del lugar de la muerte, expuesto más arriba) ni modifica el alcance del riesgo (no hace cambiar el delito de incendio de un autor por el de empleo de explosivos por parte de otro), condiciona sólo circunstancias concomitantes. Dado que este condicionar circunstancias concomitantes tiene lugar dentro de un riesgo ya existente, cabe hablar de

---

[16] *M. L. Müller*, Bedeutung, pp. 10 ss.; *Engisch*, Kausalität, pp. 11 s.; *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe, p. 30; *Jakobs*, Lackner-Festschrift, pp. 53 ss., 54 ss.; *Frisch*, Verhalten, pp. 383 s. y *passim*; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 44 ante 1; incidentalmente, también BGH, 10, pp. 369 ss., 370; en esencia también *Puppe*, ZStW, 92, pp. 863 ss., 881, desde luego con solución en parte inconsecuente de los ejemplos (p. 881 *infra*).

[17] Bibliografía como en la nota precedente, y además *Maurach-Zipf*, AT, I, § 18, núm. marg. 54; de otro modo, antes, *Traeger*, Kausalbegriff, pp. 38 ss., 41 ss.; *Tarnowski*, Kausalitätstheorie, pp. 34 ss., 38; pormenorizadamente sobre ello *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe, pp. 26 ss.; críticamente, *Puppe*, ZStW, 92, pp. 863 ss., 870 ss., 878 ss.

una *mera variación de este riesgo ya existente.* Ejemplo: Si una corriente de aire hace que se gire una persona que caía al vacío, sin posibilidad de salvación, cayendo así del lado izquierdo en vez de del lado derecho, como de la vuelta no depende ninguna posibilidad de salvación, nadie señalaría a la corriente de aire como causante de la desgracia; paralalelamente, aquel que le hace dar la vuelta a quien se precipitaba en el vacío condiciona meras circunstancias concomitantes.

El límite entre la mera variación del riesgo y la creación de un riesgo nuevo no se forma espontáneamente, sino que depende de en qué relación se organiza el mundo de los riesgos, y esta formación de organizaciones depende a su vez de a qué diferenciaciones se debe uno ajustar para dominar (crear o anular) procesos arriesgados y, sobre todo, por dónde discurren los límites de la incumbencia de ese dominar. Se trata del problema normativo de cuándo se entiende un suceso, a pesar de la variación, todavía como consecuencia de una misma infracción de la norma, de una misma vulneración de la incumbencia, o de una misma mala fortuna, o cuando, por el contrario, se desplaza *una* desgracia que amenaza sobrevenir, por *otra*. Cuanto más se adopten distintas medidas de seguridad ante los peligros, cuanto antes esté uno acostumbrado a encontrarse un riesgo aislado de otros riesgos modificados, cuanto más claras estén las distintas incumbencias en relación con los riesgos, etc., en mayor medida no se tratará de simples variaciones, sino de nuevos riesgos. Un ejemplo extremo: Si la víctima se dispone a empezar una comida en que todos los platos están envenenados y alguien la convence de que comience no por la carne, sino por la guarnición, esto condiciona una mera circunstancia concomitante, siempre que el responsable de todo el envenenamiento sea la misma persona, el veneno el mismo en todos los platos, etc. Pero si en la carne y en la guarnición se han echado venenos de distinta eficacia, la decisión es discutible, y ciertamente hay un cambio de riesgo cuando son distintas las personas responsables del envenenamiento de la carne y de la guarnición. *Esta* decisión no puede adoptarse con la exactitud de las ciencias naturales. Otros ejemplos: El que dispara al aire la primera bala de una pistola de seis balas con la que se comete un asesinato, resultando después la víctima muerta por la segunda bala de la recámara en lugar de por la primera, condiciona sólo una circunstancia concomitante; pero la situación sería distinta si la segunda bala fuera significativamente más efectiva o surtiera efecto de otro modo (como proyectil de metralla o como disparo envenenado). El que, en el incendio de un edificio, le da la vuelta a un mueble de modo que arde de derecha a izquierda en lugar de de izquierda a derecha, sólo modifica el riesgo de los daños, pero no quien saca el mueble al exterior, donde lo deteriora la lluvia. Sin embargo, el que una cosa, en la confusión de un incendio de grandes proporciones, se queme o se estropee por el agua de los trabajos de extinción, se puede interpretar como mera variante del peligro global «fuego y agua», si no hay que tener en cuenta diferentes incumbencias en relación con uno y otro (así pues, no se podría configurar un peligro global a efectos del Derecho civil si una aseguradora sólo está obligada a indemnizar en relación con uno de los dos peligros).

Cuando el autor *cambia* un riesgo por otro ya no se trata de una mera variación del riesgo. Ejemplo: En una acción de salvamento, el sujeto empuja enérgicamente a una víctima cuando iba a recibir un golpe en la cabeza, con-

siguiendo así que lo esquive; pero la víctima cae *a consecuencia* del empujón, lesionándose [17a].

17 *c)* Según estos principios de carácter práctico, condiciona el resultado quien lo acelera aunque sólo sea de modo insignificante [18] (también el retrasar puede condicionar el resultado) [19]. Ejemplos: En un edificio que ya arde sin posibilidad de extinción del fuego, quien incendia una parte aún intacta causa un incendio en relación con las partes que pueden arder antes de tiempo [20]; quien mediante un tratamiento médico ocasiona la muerte prematura del paciente que de todos modos estaba en las últimas, mata en el sentido de los §§ 211 ss. StGB [21]; quien neutraliza un envenenamiento mortal mediante un contraveneno que a su vez surte efecto letal —en el mismo momento, o en uno anterior o posterior—, condiciona el resultado de muerte (faltará, naturalmente, por verificar la antijuricidad). En la medida en que el resultado sea cuantificable típicamente en su configuración concreta, dependiendo del caso concreto, el autor no puede ser causante del injusto total, sino de un *quantum* parcial [21a]. Ejemplo: Quien condiciona que en vez de las tres cosas ya imposibles de salvar queden destruidas esas tres cosas y además otras dos, condiciona sólo la diferencia [22]. Faltan por aclarar los pormenores de la cuantificación de resultados. También se condiciona un resultado cuando se altera su configuración. Así pues, es causante, p. ej., quien da lugar a que, en vez del brazo derecho de una persona, resulte lesionado el brazo izquierdo (asimismo acerca de ello, *infra*, en relación con la imputación objetiva, 7/89, 90 ss.).

18 4. *a)* Importa la causalidad del *curso causal concreto*, de manera que —frente a la fórmula de la *condicio sine qua non*— un resultado hipotéticamente igual no elimina la causalidad [23]. Como los cursos causales hipotéticos,

---

[17a] En caso de un riesgo nuevo, pero menos grave, se aplica la justificación por estado de necesidad o consentimiento presunto (así en el ejemplo citado). Otro ejemplo: Se procede a devolver a su titular un vehículo ilegítimamente sustraído (§ 248 StGB); el viaje para poner el vehículo a disposición de su titular constituye utilización ilegítima en consentimiento presunto (*de otra opinión*, OLG Düsseldorf, NStZ, 1985, p. 413, en un supuesto de complicidad con la devolución del vehículo: no hay imputación objetiva; ¡pero entonces habría que haber negado ya la imputabilidad objetiva del hecho principal!).

[18] BGH, 21, pp. 59 ss., 61; no obstante, *vid.* también *Frisch*, Verhalten, pp. 555 ss.

[19] *De otra opinión Puppe*, ZStW, 92, pp. 863 ss., 880, según la cual sólo constituyen resultados las modificaciones *perjudiciales* para un bien.

[20] OGH, JR, 1950, pp. 404 s.; RG, 22, pp. 325 s.

[21] RG, 50, pp. 37 ss., 43; *vid.* asimismo RG, 19, pp. 141 ss., 145 s.

[21a] De varios *quanta* que causan conjuntamente un resultado típico, puede que algunos *quanta de por sí* no sean típicos. Ejemplo (de acuerdo con *Samson*, ZStW, 87, pp. 617 ss., 627, con más bibliografía): Unas aguas, que deberían tener un pH ideal de 7, lo tienen realmente de 6. El primero que lleva a cabo vertidos aumenta el valor a 6,6 (¡es decir, lo mejora!), y el segundo a 7,2. En el supuesto normal, el segundo responde, y el primero no ha hecho más que crear, impunemente, la oportunidad para el delito de aquél. Pero el primero responde si es garante (p. ej., como obligado a asegurar la sustancia que ha de añadirse) de que, a la vista de ulteriores (imputables, o inevitables, o no imputables objetivamente debido al principio de confianza, o justificadas, etc.) vertidos, no se produzcan alteraciones del valor actual: Entonces cambia, con respecto al primero, el valor ideal. El segundo no responde si puede confiar en que su vertido no modifique el valor real por encima de 7.

[22] *E. A. Wolff*, Kausalität, p. 23; *Kühl* y *Ebert*, Jura, 1979, 1979, pp. 561 ss. 571.

[23] En cuanto a la bibliografía, *vid. supra* para la crítica de la fórmula de la *condicio* 7/nota 8. En el delito imprudente, la jurisprudencia trata verbalmente el curso causal hipotético como problema causal (BGH, 11, pp. 1 ss., 3 ss.; 21, pp. 59 ss., 61; 24, pp. 32 ss., 34, entre otras), mante-

por falta de realidad, no son imputables, la imputación depende de cuál, de entre los diversos cursos relevantes para el resultado, se ha realizado.

Son sustituibles —por la propia definición de sustituibilidad— sólo las condiciones suficientes, pero no las sólo necesarias [24]. Ejemplo [25]: Quien lleva una persona a un campo de concentración condiciona una detención ilegal aun cuando, de no realizarlo él, otro lo habría llevado a cabo en su lugar. Según un ejemplo «sarcástico» de *Engisch* [26], en una ejecución, «el padre de la víctima de un asesinato consigue deslizarse hasta el lado del cadalso y, en el instante decisivo, accionar la palanca en lugar del verdugo al que, *uno actu,* aparta de un empujón»; el «accionar la palanca» por parte del padre constituye condición, con independencia de la condición sustitutiva del verdugo. Según otro ejemplo debido igualmente a *Engisch* [27], «A, al que, para defenderse valientemente, está golpeando B, pide a sus amigos D y C que le alcancen el bastón que se encuentra en la esquina. C y D se disponen a hacerlo, pero C se lo arrebata a D, apartándole simultáneamente la mano, y se lo entrega a A, que entonces golpea a B». También aquí la acción de C condiciona los bastonazos, con independencia de la disposición de D a realizar la misma acción.

b) Tampoco decae una condición cuando la condición sustitutiva no sería 19
realizada de modo evitable por personas, sino por un curso causal natural. Ejemplo: Quien mediante un disparo ocasiona la muerte del que se precipitaba al vacío sin posibilidad de salvación, determina su muerte. En la variación del camino conducente al resultado, la propia condición de la variante es condición del resultado cuando éste no se modifica mediante la variación. Con mayor razón concurre una condición del resultado cuando de la variante depende una modificación del resultado, bien sea el resultado de mayor, de la misma, o de menor gravedad de lo que sería de no haberse ejercido influencia sobre él. Ejemplo: Quien, avisándola a voces, ocasiona un cambio de la postura de una persona que iba a recibir un golpe, de manera que el golpe alcanza a otro, es causante del resultado, con independencia de si el resultado lesivo es más grave, o igual, o menos grave, que si no hubiera avisado. Para las consecuencias cuantificables rigen paralelamente las consideraciones correspondientes en relación con el resultado concreto (*supra* 7/15 ss.).

5. La condición de un resultado opera siempre sólo en una determinada 20
relación con otras condiciones, de manera que siempre cabe hablar de causalidad cumulativa. En sentido estricto, se entiende por *causalidad cumulativa* la concurrencia conjunta de cursos causales que por separado no serían suficientes y cuya realización no estaba previamente acordada [28]. La causalidad no pre-

---

niéndose, sin embargo —en una terminología que induce a confusión— la atribución material a la imputación objetiva: A la «condición en sentido mecanicista-científico-natural» (?) se le contrapone una «consideración valorativa» (BGH, 11, pp. 1 ss., 7); sobre este problema, *vid. infra* 7/72 ss.

[24] *Engisch*, Kausalität, p. 17.

[25] BGH, 2, pp. 20 ss., 24; *vid.* también BGH, 13, pp. 123 ss., 14 s.: Un disposición determinada por un error sigue estando determinada por error si el disponente, de no haber sufrido error, habría dispuesto patrimonialmente por otros motivos.

[26] Kausalität, pp. 15 s.

[27] *Op. cit.*

[28] *Schönke-Schröder-Lenckner,* núm. marg. 83, ante § 13; *LK*[8]*-Nagler*, apéndice 1 a la introducción II, B, 4 *b* (pp. 30 s.).

senta problemas; acerca de la imputación del resultado (realización del peligro) *vid. infra* 7/72 ss.

21 6. La problemática [29] que se enmaraña en torno a la llamada *causalidad doble* (también causalidad alternativa) se resuelve según las reglas ya mencionadas: Esta forma de causalidad es un vástago de la fórmula de la *condicio sine qua non*, y pierde su relevancia con esta fórmula. A veces sucede que varias personas condicionan el resultado, cada una por sí sola de modo suficiente, pero no siempre de modo necesario. Ejemplo: Dos autores disparan al mismo tiempo al corazón de la víctima; dos autores vierten al mismo tiempo cierta cantidad de veneno, por separado suficiente, en la comida de la víctima. En esta situación, averiguar la acción que condiciona supone un problema de prueba, pero no un problema especial de causalidad: Puede no estar claro realmente cuál de las condiciones suficientes ha operado, sola o cumulativamente (*supra* 7/20) con otras, pero suponer que, siempre, todas las condiciones son también condiciones del resultado [30] hace pasar por consumación lo que no es más que tentativa acabada. Si las distintas aportaciones surten efecto cumulativamente, puede no obstante descartarse la imputación de las aportaciones realizadas no en coautoría, por falta de realización del peligro ocasionado evitablemente (*infra* 8/70 s.; 9/16). Si, no obstante, las aportaciones se llevan a cabo con los requisitos de la coautoría, es imputable, junto a la causalidad de la propia acción ejecutiva, la de la ajena. Ejemplo: Un pelotón de diez soldados fusila a una víctima; aquellos que condicionan la herida que conduce realmente a la muerte, causan directamente, y los demás indirectamente, al posibilitar a través de su cooperación la formación de un pelotón. Acerca de los límites de la coautoría en tales casos *vid. infra* 21/55.

22 7. *a)* La causalidad en relación con el resultado existe también en casos de *interrupción* activa *de cursos causales salvadores* (es decir, de cursos que evitarían un resultado dañoso); ello es fundamentado de distintos modos, e incluso negado por algunos, habiendo sin embargo unanimidad en que la interrupción —sea causal o no— puede ser imputable. Se trata de que la relación de condicionamiento acción-resultado sería menos real en estos casos, debiendo evidenciar más bien un elemento hipotético o «irreal», ya que el curso causal salvador *habría* influido en el resultado, pero el real no *ha* influido en él [31]. Lo cual no representa sino una interpretación errónea de lo que significa «condicionar realmente». No se trata de proporcionar fuerza o impulsos, sino de lo que debe ocurrir para que tenga lugar el resultado. Cuando concurre un proceso causal salvador del resultado, todas las condiciones del resultado dadas sólo son suficientes con el requisito adicional de que sea detenido el proceso causal salvador del resultado. La detención, por su parte, no ha de entenderse como la parada de un impulso (atar a un médico que puede y quiere ayudar),

---

[29] *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 82, ante § 13; *Baumann-Weber*, AT, § 17, II, 4 *b; Welzel*, Strafrecht, § 8, II, *d; Kion*, JuS, 1969, pp. 499 ss.

[30] Así al menos la formulación de *Welzel*, Strafrecht, § 9, II, *d; Tarnowski*, Kausalitätstheorie, pp. 45 ss.; sobre ello, *Spendel*, Kausalitätsformel, pp. 80 ss.; como aquí, *SK-Rudolphi*, núm. marg. 51, ante § 1; *Joerden*, JurBl., 1988, pp. 432 ss., 43: Puede que una alternativa se adelante a la otra; *vid.* también *el mismo*, GA, 1984, pp. 249 ss., 258 ss.; *el mismo*, Fallsysteme, pp. 1541 ss.

[31] *Engisch*, Kausalität, pp. 27 s. con nota 6; *Hardwig*, Zurechnung, pp. 148 s.; *E. A. Wolff*, Kausalität, p. 18 con nota 24; *Kahrs*, Vermeidbarkeitsprinzip, p. 22; *Jescheck*, AT, § 28, I, 2; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 71, ante § 13.

sino como condicionamiento de la no salvación, lo que también puede tener lugar mediante la disposición de la situación (llevándose a la víctima del ámbito del médico). Este suceso determina, pues, el resultado, y no sólo de modo hipotético [32]. El condicionamiento que media entre el soltar la esfera que se encontraba atada en una superficie de gran pendiente y que comience a moverse no es menos real que el existente entre el empujar una esfera por una superficie llana y su movimiento. Acerca de aquellos casos en los que el mantenimiento del curso causal salvador no le está garantizado a la víctima, *vid. infra* 7/60 ss.

b) A menudo, a falta de una idea del concreto curso causal, cabría distin- 23
guir entre si se trata de la interrupción de un curso salvador o no, como sucede en complejos procesos químicos. En toda conclusión de un proceso orgánico, especialmente en toda muerte, se condiciona el resultado mediante la interrupción de cursos salvadores (el metabolismo, la circulación sanguínea, la respiración espontánea, etc.). Así pues, resultaría inadecuada cualquier diferenciación entre este género de condición y otros.

c) También en los supuestos de interrupción de cursos causales salvadores 24
resulta irrelevante para la causalidad (pero no para la imputación objetiva) si la condición que ocasiona la interrupción, en caso de no haber concurrido, habría sido sustituida por otra. Ejemplo: Si el autor consigue, mediante soborno, que la persona que era capaz de ayudar y se disponía a hacerlo, deje morir a la víctima, condiciona la muerte de la víctima aun cuando haya otra persona dispuesta a impedir, por la violencia, que actúe el salvador, en caso de que no se dejara sobornar; el impedir por la violencia no llega a tener lugar y, por lo tanto, no es más que condición sustitutiva. Un curso causal que fracasa de modo inevitable en relación con todos los participantes no es, lógicamente, ningún proceso salvador, sino si acaso una tentativa inidónea de salvación.

d) El hecho de que la interrupción del curso causal salvador condicione 25
el resultado no significa que también la ausencia de un curso salvador sea condición del resultado, ya que la ausencia no es —en contraposición con la interrupción— ningún suceso en absoluto, sino la falta de un suceso [33]. Con independencia de la circunstancia de que, en el sentido de la Lógica, la falta de algo pueda tener consecuencias (en el sentido de «permitir consecuencias», no de «tener un resultado»), aquello que no existe en la realidad en que están situadas las consecuencias del Derecho penal, tampoco puede tener consecuencias (en el sentido de «resultado»). Más bien, la ausencia de impedimentos siempre está implícitamente contenida en la declaración de que el resultado ha sido suficientemente condicionado por un suceso; la ausencia *no* es, pues, ninguna condición *adicional junto* al suceso [34]. Si se reconociesen las condiciones exclu-

[32] *Jakobs*, Studien, pp. 21 s.

[33] Ello lo pasa por alto *Puppe*, ZStW, 92, pp. 863 ss., 898.

[34] *Jakobs*, Studien, p. 22. *Abstractamente*: El evitar un suceso sólo lo impide si por lo demás el suceso está suficientemente condicionado; si falta la evitación, las demás piezas conforman, pues, una situación suficientemente condicionada. *En concreto*: Si se lanza una pelota con determinado impulso contra un cristal, que se rompe (suceso), la falta de una red que impida que se escape la pelota es condición del suceso en tan escasa medida como aquello que existe realmente en lugar de lo que no está (la red), es decir, el aire de determinada densidad, que condiciona el suceso. Naturalmente, de haber estado la red, el suceso «rotura del cristal» no habría estado suficientemente condicionado (pero sí el suceso «se detiene el impulso de la pelota»). Si se espera que haya

sivamente negativas, cada condicionamiento se contaría por partida doble: como condición suficiente de un suceso y como ausencia de impedimento [35].

26 8. Dado que sólo un suceso puede condicionar un resultado, pero la ausencia de un suceso no puede hacerlo, una *omisión no* es *causal* de un resultado (*vid. infra* 29/55 ss.). Sin embargo, como las omisiones pueden ser imputables, la relación de imputación es, por consiguiente, más amplia que la relación causal.

27 9. Una condición puede también tener por consecuencia un *suceso psíquico*, en especial una decisión de actuar o el abandono de una decisión de actuar, no teniendo relevancia que el propio suceso psíquico le sea enteramente imputable al sujeto en que tiene lugar [35a]. También el que induce a un sujeto enteramente imputable a cometer un hecho es causa del resultado del hecho si éste se realiza. Ejemplo [36]: La amante proporciona veneno a su amante casado, con el cual éste mata dolosa y culpablemente a su esposa. Es, pues, desacertada la versión más antigua de la doctrina de la prohibición de regreso [37], conforme a la cual una relación causal no permite mediación por parte de un sujeto que actúe dolosa y culpablemente, sino que se ve interrumpida: No se trata de la interrupción de una relación causal [38], sino de la ausencia de una relación de imputación, habiéndose dado la causalidad (*infra* 24/13 ss.).

También son sucesos psíquicos constitutivos de resultado el error en la estafa [39] y la presión sobre la motivación, en los delitos de coacciones cometidos mediante intimidación o bien *vis compulsiva* (§§ 240, 253 StGB, entre otros).

28 10. Carece de relevancia para la existencia de un condicionamiento en qué *ámbito de incumbencia* se halla. En la causalidad no importa si la causalidad es

---

una red (y consiguientemente que no se rompa el cristal, lo que en esta medida es un no-suceso) como algo normal, puede que su falta sea lo único en la situación que merezca la pena mencionar; es indicador de que la rotura está, excepcionalmente, condicionada de modo suficiente. En la vida social, un no-ser puede tener *significados* sumamente distintos según el contexto (la pausa en un sinfonía y el silencio debido a apuro de un examinando no tienen el mismo significado, aun cuando en ambos casos se dé una falta de sonido); y ello se basa en la diversidad de las expectativas acerca de lo que podría haber en lugar de lo que falta. *Vid.* asimismo 29/16.

[35] Se podría continuar la enumeración con la evitación que falta de la evitación que falta, etc.

[35a] Según *Puppe*, ZStW, 95, pp. 287 ss., 293 ss., en los procesos psíquicos, sólo serían posibles las enunciados de probabilidad, siempre que se trate de un «ámbito no determinado»; de modo semejante, *Kahl*, GA, 1987, pp. 66 ss., 77, muy dudoso; con buen criterio, críticamente, *Schulz*, Lackner-Festschrift, pp. 39 ss., 45 ss.

[36] RG, 64, pp. 370 ss., 372; otras sentencias, que rechazan la prohibición de regreso en su entendimiento antiguo: RG, 61, pp. 318 ss., 320; 63 pp. 383 ss., 386; 64, pp. 316 ss., 318; OGH, 2, pp. 1 ss., 2; BGH, 4, pp. 360 ss., 362; OLG Braunschweig, SJZ, párrafos 130 ss., con comentario de *Spendel*, loc. cit., párrafos 133 ss. No obstante, de otro modo (confusión de relación causal y relación de imputación), BGH, NJW, 1966, p. 1823, con comentario desfavorable de *Hertel*, loc. cit., 2418, y *Kion*, JuS, 1967, pp. 466 ss.

[37] Fundamentado por *Frank*, StGB, 3/4, § 1, IV, 1, así como IV, ante § 47; por parte del mismo *Frank*, formulado en StGB, 18, § 1, III, 2 *a*, como problema no de la relación causal, sino de la relación de imputación; más bibliografía sobre la versión antigua en *Naucke*, ZStW, 76, pp. 409 ss., 432 ss.

[38] El que no se trata de un problema causal es hoy opinión unánime en lo sustancial; desde luego, algunos autores se ocupan de la imputación objetiva bajo el epígrafe de causalidad; bibliografía en *Jakobs*, ZStW, 89, pp. 1 ss., 4 ss.

[39] Sobre esto, *Engisch*, von Weber-Festschrift, pp. 247 ss.

incumbencia del causante, o de si la causalidad, por falta de evitabilidad, se puede descartar como azar, o se puede incluso achacar a la víctima, en tanto que la causalidad ha sido condicionada por la negligencia de la víctima [40]. Lo propio rige para los casos de constitución enfermiza de la víctima. Así pues, quien lesiona a la víctima que, sin que este extremo sea cognoscible, es hemofílica, también causa las consecuencias que sólo se producen en relación con la constitución de la víctima [41].

III. LA IMPUTACION OBJETIVA, 1.ª CONTINUACION: ¿ADECUACION?

BIBLIOGRAFIA: *L. v. Bar,* Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht, besonders im Strafrecht, 1871; *el mismo,* Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. II, 1907; *K. Engisch,* Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931; *el mismo,* Comentario a BGH, JZ, 19, SIS, 787, *op. cit.*, pp. 787 s.; *M. Fraenkel,* Tatbestand und Zurechnung bei § 823, Abs. I, BGB, 1979; *R. M. Honig,* Kausalität und objektive Zurechnung, Frank-Festgabe, t. I, pp. 174 ss.; *H. Kamps,* Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt, 1981; *J. v. Kries,* Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte, ZStW, 9, pp. 528 ss.; *el mismo,* Principien der Wahrscheinlichkeitszurechnung, 1886; *K. Larenz Hegels,* Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1927; *W. Maihofer,* Zur Systematik der Fahrlässigkeit, ZStW, 70, pp. 159 ss.; *R. Maurach,* Adäquanz der Verursachung oder der Fahrlässigkeit?, GA, 1960, pp. 97 ss.; *W. Naucke,* Der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum beim Betrug, Peters-Festschrift, pp. 109 ss.; *D. Oehler,* Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959; *G. Radbruch,* Die Lehre von der adäquaten Verursachung, 1902; *H.-J. Rudolphi,* Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, JuS, 1969, pp. 549 ss.; *H. Stoll* Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, 1968; *H. Tarnowski,* Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs, 1927; *L. Traeger,* Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 2.ª ed., 1929; *H. Walder,* Die Kausalität im Strafrecht, SchwZStr., 93 (1977), pp. 113 ss.; *J. Wolter,* Adäquanz- und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt, GA, 1977, pp. 257 ss.

A. Conceptos básicos

La causalidad es sólo condición mínima de la imputación objetiva del re- 29
sultado; a ella debe añadirse aún la relevancia jurídica de la relación causal entre la acción y el resultado. Naturalmente, la relevancia de los cursos causales no se limita sólo objetivamente, sino que también la exigencia de un aspecto subjetivo del hecho, congruente, tiene un efecto limitador. Sin embargo, aquí se especificarán en primer lugar aquellos presupuestos o requisitos de la imputación que —como ya la causalidad— son independientes de la relación del sujeto con ellos. *Vid.* asimismo *supra* 7/4 ss.

[40] RG, 6, pp. 2349 ss., 250; 22, pp. 173 ss., 175; BGH, 7, pp. 112 ss., 114.

[41] RG, 54, pp. 349 ss.; BGH, 14, pp. 52 ss.; *vid.* asimismo RG, 5, pp. 29 ss., 31; 27, p. 93; BGH, 1, pp. 332 ss., 333; OLG Stuttgart, NJW, 1956, pp. 1451 s.

B. La teoría de la adecuación

30 *a)* El intento más importante históricamente de limitar la causalidad a la imputable objetivamente se ha llevado a cabo a través de la teoría de la adecuación. La necesidad de limitar la causalidad, con independencia de la limitación que de todos modos tiene lugar a través del dolo y de la imprudencia, surgió principalmente a través de los delitos cualificados por el resultado en su versión antigua [42]; en tales delitos no se requería en relación con el resultado cualificante «al menos imprudencia», ni ninguna relación de naturaleza subjetiva, por faltar un precepto legal similar al § 18 StGB [43]. En esta situación legislativa, la cualificación por el resultado dependía en exclusiva de si había sido causada, de modo que, con arreglo a las máximas de la teoría de la equivalencia, se respondía también por la cualificación aun cuando en una consideración valorativa el autor no fuera responsable del resultado, p. ej., a causa de predominar la propia culpa de la víctima o a causa de una desgraciada concurrencia de circunstancias en el caso.

31 *b)* La teoría de la adecuación no sustituye a la de la equivalencia, sino que sólo suprime la equivalencia de todas las condiciones. Conforme a la teoría de la adecuación, una causación sólo será jurídicamente relevante (en la versión antigua: sólo valdrá como causación en sentido jurídico) si no es improbable. Esta teoría fue fundada por *v. Kries* [44] y desde entonces se ofrece como vehículo de solución para diversos supuestos problemáticos (delimitación general de la responsabilidad, concepto de peligro, desviación con respecto al dolo, marco de los delitos imprudentes, consumación anticipada, entre otros). La jurisprudencia penal no ha dejado de rechazar la aplicación de la teoría de la adecuación, incluso en las delitos cualificados por el resultado en su versión antigua [45], al contrario que la jurisprudencia civil [46], que se sirve de ella sobre todo para limitar la responsabilidad por el peligro y para completar la causalidad que da lugar a responsabilidad [47]. En la doctrina penal ha encontrado amplia acogida la teoría de la relevancia, hasta la actualidad [48]. En definitiva, la teoría

---

[42] Más razones en *Engisch*, Kausalität, p. 49; acerca del alcance de la actual aplicación de la teoría de la adecuación, *vid. Wolter*, GA, 1977, pp. 267 ss.

[43] El § 256 StGB fue añadido por la 3.ª Ley de Reforma Penal de 4 de agosto de 1953, BGBl., p. 739.

[44] Principien der Wahrtscheinlichekeitsrechnung, 1886, pp. 75 ss.; *el mismo*, ZStW, 9, pp. 528 ss.; curiosamente, *v. Kries*, no era jurista, sino fisiólogo. Antes de *v. Kries* ya en lo sustancial *v. Bar*, Die Lehre vom Kausalzusammenhang in Rechte, besonders im Strafrecht, 1871, pp. 11 s.; *el mismo*, Gesetz und Schuld im Strafrecht, t. II, 1907, p. 178.

[45] RG, 54, pp. 349 s.; BGH, 1, pp. 332 ss., 333, con comentario desfavorable de *Engisch*, JZ, 1951, pp. 787 s.

[46] RGZ, 78, pp. 270 ss., 272 («jurisprudencia constante»); RGZ, 133, pp. 126 ss.; BGHZ, 3, pp. 262 ss., 267, con más referencias.

[47] Para la nueva concepción de la problemática en Derecho civil, ya no basta la teoría de la adecuación; *vid.* BGHZ, 27, pp. 138 ss.; *Stoll*, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, pp. 5 ss.; *Fraenkel*, Tatbestand und Zurechnung, pp. 193 ss. y *passim*.

[48] Fundamental para la nueva época, *Engisch*, Kausalität, pp. 241 ss.; además, *Bockelmann-Volk*, AT, § 13 V 4; *Maurach-Zipf*, AT, § 18, núm. marg. 30 ss.; *Wolter*, GA, 1977, pp. 257 ss.; *Maurach*, GA, 1960, pp. 97 ss.; *Walder*, SchwZStr., 93 (1977), pp. 113 ss., 144 ss.; con limitaciones, también *Welzel*, Strafrecht, § 9, III, 2 y 3; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 221 ss.; *Baumann-Weber*, AT, § 17, III, 2. Limitadamente para la relación causal entre engaño y error en la estafa,

de la dirigibilidad (*Bezweckbarkeit*) objetiva [49], con arreglo a la cual la responsablidad se debe limitar a los cursos causales dominables por una persona razonable, viene a desembocar en la teoría de la adecuación.

c) Se discutía en torno a cómo había de formarse el juicio de probabilidad [50]. De dicha polémica ha resultado que si el pronóstico es puramente subjetivo, el juicio desemboca en la evitabilidad, es decir que carece de justificación alguna junto al dolo y la imprudencia, mientras que si el pronóstico es puramente objetivo [51], un autor con conocimientos especiales superiores puede emplearlos sin verse punido. Por ello, se acumulan ambas perspectivas en un —muy impropiamente denominado— [52] pronóstico objetivo posterior, aludiéndose a un juicio de posibilidad *ex ante* cumulativamente subjetivo y objetivo, y oscilando las propuestas sobre el juicio de posibilidad objetivo entre lo que puede esperarse de personas en determinado papel y la totalidad del saber experimental de un determinado tiempo en un observador ideal. Sin embargo, el pronóstico mixto subjetivo-objetivo desemboca en una confusión de los aspectos subjetivo y objetivo del delito (*infra* 7/49 ss.). La teoría de la adecuación no responde a *qué grado* de probabilidad debe tener una causación para ser jurídicamente relevante. 32

2. En la valoración de la teoría de la adecuación hay que distinguir entre *a)* la adecuación de un consecuencia de determinado género, y *b)* la de un determinado curso causal para una consecuencia. 33

a) La probabilidad de una consecuencia es en el supuesto extremo un criterio de la imputación. Hay acciones cuya escasa probabilidad de resultado excluye la responsabilidad cuando, a pesar de la escasa probabilidad, acaece el resultado. Ejemplo: Quien —sin más intervención ni conocimiento— hace que su hijo viaje en un avión comercial con la esperanza de que muera en un accidente, lo que efectivamente ocurre, no responde, porque no sobrepasa el riesgo permitido. Sin embargo, el riesgo permitido no depende sólo del grado de probabilidad, sino también de la clase del riesgo, de la situación en la que éste se desencadena, etc. El juicio de adecuación no puede sustituir al enjuiciamiento diferenciado que se realiza a través del riesgo permitido y es superfluo junto a éste [53].

Naucke, Peters-Festschrift, pp. 109 ss., 118. De la bibliografía antigua, *vid. Traeger*, Kausalbegriff, pp. 159 ss., 187; *Radbruch*, Adäquate Verursachung, pp. 64 ss. (limitado a los delitos cualificados por el resultado en su configuración antigua); *Tarnowski*, Kausalitätstheorie, pp. 330 ss., 333, 338, 345; y por los demás el índice en *v. Hippel*, Strafrecht, t. II, p. 144, nota 1.

[49] *Larenz*, Hegels Zurechnungslehre, p. 94; *Oehler*, Das objektive Zweckmoment, pp. 65 ss., 73 s.; *Honig*, Frank-Festgabe, t. I, pp. 174 ss., 184, 188; *Maihofer*, ZStW, 70, pp. 159 ss., 171, 192; *vid.* sobre esto *Jakobs*, Studien, pp. 53 ss.

[50] Bibliografía en *Engisch*, Kausalität, pp. 51 ss.; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 18, núm. marg. 30 ss.; *Wolter*, GA, 1977, pp. 257 ss., 263.

[51] Si se extiende lo objetivo hasta lo pronosticable por cada persona, es decir, hasta incluir todo lo subjetivo, pierde su significado generalizador.

[52] El pronóstico no es ni sólo objetivo, sino que acoge el conocimiento del autor, ni posterior: Cuándo se lleve a cabo psíquicamente es del todo indiferente (también los procesos causales de los que un juez nunca llega a saber pueden ser adecuados), sino que se trata del juicio *ideal*, y como tal existe intemporalmente.

[53] Cuando *Wolter* (GA, 1977, pp. 257 ss., 271 ss.), sabedor de esto, gradúa el juicio de adecuación en función de los distintos ámbitos vitales, únicamente cabe discutir, ya inútilmente, sobre el nombre (¿adecuación graduada o riesgo permitido?).

34 *b)* La adecuación de un determinado curso causal con respecto a una consecuencia [54] —y sobre ello versa la adecuación del principal ámbito de aplicación de la teoría— no existe. Se trata de que un comportamiento (un disparo a una persona) condiciona un resultado (la muerte), pero de un modo desacostumbrado y en este sentido inadecuado (la víctima del disparo fallece en el hospital en que se la había ingresado, en un incendio, por la noche). Esta falta de adecuación eliminaría la imputación objetiva, para algunas de las soluciones, desde luego sólo la imputación a título doloso, pero en todo caso, según la solución actual, la imputación como injusto [55]. Sin embargo, al examinar de modo suficientemente detallado el curso causal, cada curso se revela rarísimo. Ejemplo [56]: Si un conductor, cuyo vehículo patina con los neumáticos gastados, choca precisamente de un modo concreto contra la parte delantera de un camión que justamente se aproximaba a ese lugar, etc., resultando aplastado el pulmón del acompañante del conductor, lo que por último conduce a su muerte, al existir ya una insuficiencia del otro pulmón y producirse otras complicaciones, ésta es sólo una variante más del curso causal de entre las innumerables variantes posibles. Si se añaden datos concretos, el curso causal ocurrido no es especialmente más adecuado que lo que sería un fallo en los neumáticos no advertible. Desde luego, se puede pronosticar una cadena de sucesos no improbables (en el ejemplo: llantas gastadas, patinazo, colisión, lesión, muerte), pero tales sucesos no son precisamente pronosticables en concreto, sino sólo en el marco de una forma de aparición usual. Y tampoco es posible modificar la teoría de la adecuación en el sentido de que, abandonando la probabilidad del curso causal concreto, se atienda a la probabilidad de una forma de aparición usual. Pues esta forma de aparición sólo se podría apoyar en aquellas consecuencias intermedias que tienen lugar frecuentemente según la experiencia. Quedaría por dilucidar la adecuación de los procesos causales situados *entre* estas consecuencias intermedias. Ejemplo: Las colisiones de vehículos acarrean con frecuencia lesiones; a pesar de lo cual, en el caso concreto, la relación colisión-lesión puede basarse en un encadenamiento desgraciado de condiciones. Si no se quiere abandonar la adecuación, hay que preguntar también por la conexión adecuada de las consecuencias intermedias perceptiblemente frecuentes: No se puede eludir la adecuación hasta en el detalle. A ello se añade un error genuino de la teoría de la adecuación: La teoría cualifica procesos causales con arreglo a criterios estadísticos (¿probable?) y de perceptibilidad general (¿forma de aparición usual?), sin alcanzar a exponer la relevancia normativa [57] de estos criterios [58]. Pero en contra de la teoría de la adecuación, algunos concretos cursos causales rarísimos pueden ser normativamente relevantes sin corresponder a una forma de aparición usual. Por expresarlo con un ejemplo: Si un veneno

---

[54] Acerca del texto que sigue, *vid. Jakobs*, Studien, pp. 63 s., con nota 83.

[55] Fundamental de nuevo *Engisch*, Kausalität, pp. 51 ss., 61 ss.

[56] *Vid.* también el supuesto de hecho de OLG Stuttgart, NJW, 1982, pp. 295 s.

[57] De esta relevancia se ocupa la *teoría*, por eso llamada *de la relevancia*, cuyo significado se agota en afirmar, tras la separación entre la cuestión de las causas (equivalencia) y la de la imputación (adecuación), una distinta solución de la adecuación según el tipo en cuestión. No se entra en pormenores —y por tanto falta la descripción de la relevancia práctica relativa a los distintos tipos—. *Vid. Mezger*, Strafrecht, § 15, IV; *el mismo*, AT, 2, § 24, VI; *Blei*, AT, § 28, IV, con referencia literal a *Mezger*; *Wessels*, AT, § 6, I, 5, 6.

[58] Así, críticamente, también *Wolter*, GA, 1977, pp. 257 ss., 261; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 55, ante § 1; *Rudolphi*, JuS, 1969, pp. 549 ss., 551.

común, en una persona que se droga con un medicamento sumamente raro, a causa de su constitución modificada a través de esa adicción, no surte efecto en el estómago —como suele— sino en el esófago (o no antes de los intestinos), a pesar de la extrema improbabilidad del curso causal concreto no cabe aportar ninguna razón para no imputar el resultado; pues la consecuencia constituye la realización del peligro causado por el autor en las condiciones del caso concreto (*vid. infra* 7/85).

Con independencia de las insuficiencias que la teoría de la adecuación presenta, acabadas de describir, tanto la adecuación del curso causal concreto como la del curso causal correspondiente a la forma de aparición usual no son verificables en un número, importante en la práctica, de supuestos. El hecho de que una determinada condición tiene determinadas consecuencias es conocido a menudo en Medicina, o en Farmacia, o en Química e incluso se puede emplear para ciertos fines conforme a un plan (p. ej., para terapias, envenenamientos, explosiones), aun cuando el curso causal entre condición y resultado sea desconocido y por ello no se pueda enjuiciar su adecuación. También fracasa la teoría de la adecuación en supuestos por separado muy raros, pero que en conjunto acarrean a menudo el resultado [59] (ejemplo: reacciones psíquicas individuales a estímulos complejos).

IV. LA IMPUTACION OBJETIVA, 2.ª CONTINUACION: SU EXCLUSION EN SUPUESTOS DE RIESGO PERMITIDO

BIBLIOGRAFIA: *W. Beulke*, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 1989; *J. Bohnert*, Fahrlässigkeitsvorwurf und Sondernorm, JR, 1982, pp. 6 ss.; *M. Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974; *el mismo*, Erfolgszurechnung bei nachträglichem Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst, Jescheck-Festschrift, pp. 357 ss.; *el mismo*, Spezielle Fragen der Erfolgszurechnung und der objektiven Sorgfaltswidrigkeit, Pallin-Festschrift, pp. 39 ss.; *P. Bockelmann*, Strafrecht des Arztes, 1968; *E. Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 1963; *M. Ellmer*, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986; *K. Engisch*, Untersuchungen uber Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *el mismo*, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-Festschrift t. I, pp. 401 ss.; *el mismo*, Die Haftung des operierenden Chirurgen nach den §§ 222, 230, StGB, für Fehler der Operationsschwester, Langenbecks Archiv 288 (1958), pp. 573 ss.; *el mismo*, Wie ist rechtlich die Verantwortlichkeit des Chirurgen im Verhältnis zur Verantwortlichkeit des Anaesthesisten...?, Langenbecks Archiv, 297 (1961), pp. 236 ss.; *P. Frisch*, Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, 1973; *W. Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983; *el mismo*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *W. Gallas*, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW, 67, pp. 1 ss.; *P. Harneit*, Überschuldung und erlaubtes Risiko, 1984; *R. D. Herzberg*, Die Verantwortung fur Arbeitsschutz und Unfallverhutung im Betrieb, 1984; *el mismo*, Vorsatz und erlaubtes Risiko insbesondere bei der Verfolgung Unschuldiger, JR, 1986, pp. 6 ss.; *H. J. Hirsch*, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW, 74, pp. 78 ss.; *el mismo*, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, Universitat zu Köln-Festschrift, pp. 399 ss.; *G. Jakobs*, Das Fahrlässigkeitsdelikt, separata ZStW, 1974, pp. 6 ss.; *el mismo*, Regreßverbot beim Erfolgsdelikt, ZStW, 89,

[59] No obstante, *vid.* también sobre esto y sobre el anterior grupo de supuestos, *Engisch*, Kausalität, p. 62.

pp. I ss.; *el mismo*, Tätervorstellung und objektive Zurechnung, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 271 ss.; *H. Kamps*, Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt, 1981; *Armin Kaufmann*, Das fahrlässige Delikt, ZRV, 1964, pp. 41 ss.; *el mismo*, Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt? Jescheck-Festschrift, pp. 251 ss.; *D. Kienapfel*, Das erlaubte Risiko im Strafrecht, 1966; *K. Kirschbaum* Der Vertrauensschutz im deutschen Straßenverkehrsrecht, 1980; *D. Krauß*, Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht, ZStW, 76, pp. 19 ss.; *J. Krümpelmann*, Die Verwirkung des Vertrauensgrundsatzes, Lackner-Festschrift, pp. 289 ss.; *L. Kuhlen*, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989; *R. Kusch*, Die Strafbarkeit von Vollzugsbediensteten bei fehlgeschlagenen Lockerungen, NStZ 1985, pp. 385 ss.; *E.-J. Lampe*, Tat und Unrecht der Fahrlassigkeitsdelikte, ZStW, 101, pp. 19 ss.; *Th. Lenckner*, Technische Normen und Fahrlässigkeit, Engisch-Festschrift, pp. 490 ss.; *M. Maiwald*, Zur Leistungsfahigkeit des Begriffs «erlaubtes Risiko» für die Strafrechtssystematik, Jescheck-Festschrift, pp. 405 ss.; *Mir Puig*, Über das Objektive und das Subjektive im Unrechtstatbestand, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 253 ss.; *F. Nowakowski*, Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, JZ, 1958, pp. 388 ss.; *el mismo*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JurBl., 1972, pp. 19 ss.; *W. Preuß*, Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, 1974; *J. Rehberg*, Zur Lehre vom «Erlaubten Risiko», 1962; *H. Roeder*, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, 1969; *C. Roxin*, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Gallas-Festschrift, pp. 241 ss.; *el mismo*, Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht, Klug-Festschrift, pp. 303 ss.; *el mismo*, Bemerkungen zum Regreßverbot, Tröndle-Festschrift, pp. 177 ss.; *H.-J. Rudolphi*, Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlassigkeitslehre, JuS, 1969, pp. 549 ss.; *E. Samson*, Rechtliche Modelle zur Regelung des Risiko-Nutzen-Problems, en: *G. Rohrmoser* y *E. Lindenlaub* (ed.), Fortschritt und Sicherheit, 1980, pp. 289 ss.; *F. Schaffstein*, Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Welzel-Festschrift, pp. 557 ss.; *el mismo*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit Vollzugsbediensteter für den Mibrauch von Vollzugslockerungen, Lackner-Festschrift, pp. 79 ss.; *J. Schmidt-Salzer*, Strafrechtliche Produktverantwortung, NJW, 1988, pp. 1937 ss.; *B. Schünemann*, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlassigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA, 1975, pp. 435 ss., 511 ss., 575 ss., 647 ss., 715 ss.; *el mismo*, Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?, Schaffstein-Festschrift, pp. 159 ss.; *el mismo*, Die Regeln der Technik im Strafrecht, Lackner-Festschrift, pp. 367 ss.; *H. Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986; *G. Stratenwerth*, Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 383 ss.; *el mismo*, Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßtabes beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jescheck-Festschrift, pp. 285 ss.; *E. Struensee*, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ, 1987, pp. 53 ss.; *el mismo*, Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit, GA, 1987, pp. 97 ss.; *O. Triffterer*, Die «objektive Voraussehbarkeit» (des Erfolges und des Kausalverlaufs)- unverzichtbares Element im Begriff der Fahrlässigkeit oder allgemeines Verbrechenselement aller Erfolgsdelikte? Bockelmann-Festschrift, pp. 200 ss.; *Chr. Wastl*, Die Problematik der Arbeitsteilung im Krankenhaus, en: *Arthur Kaufmann* (ed.), Moderne Medizin und Strafrecht, 1989, pp. 243 ss.; *Wehrle*, Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt-Regreßverbot?, 1986; *H. Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW, 58, pp. 491 ss.; *el mismo*, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 1961; *D. Wilhelm*, Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin, 1984; *el mismo*, Strafrechtliche Fahrlässigkeit bei Arbeitsteilung in der Medizin, Jura, 1985, pp. 183 ss.; G. *Wofslast*, Zur Haftung für Suizide während klinischpsychiatrischer Therapie, NStZ, 1984, pp. 105 ss.; *J. Wolter*, Adäquanz- und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt, GA, 1977, pp. 257 ss.; *D. Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973; *H. Zipf*, Rechtskonformes und sozialadä-

quates Verhalten im Strafrecht, ZStW, 82, pp. 633 ss.; *el mismo*, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970.

A. Fundamentación del riesgo permitido

1. El principal defecto de la teoría de la equivalencia reside en estar erróneamente referida, es decir, en estar referida a la Estadística, la experiencia y a modelos perceptibles sensorialmente, en lugar de estarlo a la finalidad de las normas penales. Desde luego, igualmente equivocado sería atender exclusivamente a la seguridad de las expectativas que ha de conseguir el Derecho penal, sin tener en cuenta que esta seguridad no es por su parte una meta última. 35

Las normas penalmente sancionadas regulan el comportamiento humano no porque sí, sino para posibilitar la vida social, que no puede existir sin la seguridad de las expectativas. Aun cuando tuvieran que corresponderse el rigor de la regulación y la seguridad de la expectativa, esta seguridad no comporta la posibilidad de mayor diferenciación de la vida social, pues cuantas más defraudaciones de expectativas se eviten cueste lo que cueste, más se reduce el arsenal de modos de conducta posibles, hasta quedar sólo los estereotipos sin peligro, estandarizados. Dicho gráficamente: Si uno, como peatón, debe estar protegido enteramente frente a toda posible puesta en peligro proveniente de los vehículos, un enfermo que vive en una aldea no puede esperar que acuda a visitarlo a su domicilio el médico a pesar del peligro de que esté helada la calzada. Así pues, ya para mantener una oferta diferenciada de posibilidades de contacto social hay que asumir algunas defraudaciones de expectativas, resultando tanto más posible aceptar un riesgo como permitido cuanto más amplíe la libertad de actuación propia en cada caso. El exonerar de responsabilidad por determinadas consecuencias no sólo aumenta el abanico de posibilidades de comportamiento ajeno, sino también el número de acciones entre las que cada uno puede elegir, sin comportarse incorrectamente, posibilitando, por tanto, cuando se realiza una elección arriesgada, la solución a través de la imputación a la propia víctima. La fundamentación del riesgo permitido [59a] está emparentada, en esta medida, con la ponderación de intereses en el estado de necesidad [60]. Paralelamente, sólo podrá tener lugar cuando —a su vez, como en el estado de necesidad— no sólo es evaluable la magnitud del riesgo, sino también la utilidad y el perjuicio, con arreglo a baremos jurídicos, es decir, si se pueden definir como intereses jurídicamente reconocidos o no reconocidos [61]. Por eso el riesgo permitido tampoco se puede obtener teniendo en cuenta sólo un patrón técnico; el patrón técnico determina lo que es usual o también lo preferible, pero no resuelve el problema de la valoración.

[59a] *Maiwald*, Jescheck-Festschrift, pp. 405 ss., 409, trata el riesgo permitido como «concepto formal», lo cual se basa en una interpretación literal, que no tiene en cuenta la posición de esta figura: Se trata de la configuración que puede asumir un comportamiento arriesgado sin que se le defina como perturbación (acerca de la distinción entre riesgo permitido y justificación, *vid. infra* 7/41). *Maiwald* confunde el supuesto de falta de perturbación con el de tolerabilidad de tal perturbación.

[60] *Vid.* también la ponderación de intereses en BGH, 7, pp. 118 ss., 120 ss. (sobre el principio de confianza).

[61] *Samson*, en: Fortschritt und Sicherheit, pp. 289 ss., 294.

36 2. *a)* En la mayor parte de los riesgos hoy reconocidos en general como permitidos no cabe realizar un saldo coste-utilidad de este tipo, y ello a veces a pesar de contar con pronósticos exactos sobre la magnitud del riesgo (p. ej., sobre la relación entre una velocidad máxima permitida y una frecuencia de accidentes en el tráfico rodado; sobre los riesgos de la circulación de vehículos privados en días festivos, etc.). El saldo está descartado porque falta un modelo social suficientemente concreto y a la vez vinculante, en relación con el cual se pudieran determinar la clase y medida de las desviaciones [62]. Por ejemplo, cuál sea la utilidad de la parte del tráfico rodado no industrial no se puede averiguar por comparación con una sociedad ficticia sin tráfico rodado no industrial, ya que falta la necesaria determinación previa de las formas sociales legítimas en relación con las cuales poder definir la diferencia como negativa o como positiva. Por esta razón, junto al riesgo permitido por ponderación del riesgo aparece un riesgo permitido por «legitimación histórica» [63]: Determinadas formas de actividad permitida han sido consagradas por el uso históricamente, a veces forzando el marco (tráfico rodado) y por ello se aceptan como socialmente adecuadas [64].

37 *b)* La forma de riesgo permitido mencionada en último lugar sólo es posible porque el Derecho penal no tiene que proteger un arsenal de bienes en reposo, ni únicamente maximizar los bienes, sino que tiene que estabilizar expectativas en relación con determinados modos de comportamiento [65]. Cuando una conducta ciertamente daña bienes, pero sin embargo no defrauda expectativas, porque su aceptación se ha convertido en costumbre, esto sólo constituirá una contradicción si la seguridad de los bienes se considera «policialmente».

38 3. Otro requisito más del riesgo permitido está aún poco definido. Se trata de que los riesgos permitidos sólo se toleran cuando la víctima potencial está a lo sumo concretada vagamente; con otras palabras, nadie debe tener motivo para quejarse de que le ha correspondido una parte desproporcionadamente alta en las desventajas (y correlativamente baja en las ventajas) de la libertad general de acción. Así, p. ej., el número de muertes y lesiones en el tráfico rodado en un determinado día festivo se puede pronosticar *ex ante* prácticamente con exactitud aun con material estadístico de profano; no obstante, si se pudiese identificar personalmente con la misma exactitud a las víctimas potencia-

---

[62] Por eso no es viable la distinción que intenta *Schünemann* (JA, 1975, pp. 433 ss., 575 ss., 576) entre acciones de lujo, acciones socialmente normales, acciones socialmente provechosas y acciones socialmente necesarias. No cabe decidir si, p. ej., la construcción de centrales nucleares (o de autovías, etc.) es una acción de lujo o una acción necesaria socialmente, sin tener en cuenta el riesgo correspondiente (el cual, sin embargo, sólo puede averiguarse teniendo en cuenta la distinción).

[63] Con más precisión: No es la historicidad lo que legitima, sino que el consenso sugiere que la cuestión de la legitimación ya se resolvió en el pasado; legitimación *que huelga*, al recurrir a la historia. También el riesgo permitido «legitimado» históricamente en este sentido aporta libertad de acción a costa de la seguridad de los bienes; de acuerdo en esto *Frisch*, Verhalten, pp. 72 ss., 76 y *passim*. No obstante —en contra de *Frisch*—, la conclusión no es siempre producto de la «ponderación» racional, sino en ocasiones aceptación de la tradición.

[64] Lo cual se aproxima a la fundamentación de BGHZ, 24, pp. 21 ss., 26 s.

[65] Acerca de la contraposición entre la protección de bienes y el riesgo permitido, *vid.* ya *Welzel*, ZStW, 58, pp. 491 ss., 514 ss.

les, y no fueran *ex ante* anónimas, no cabría hablar ni siquiera de estado de necesidad justificante, cuanto menos aún de muerte o lesiones en situación de riesgo permitido.

B. Ubicación dogmática del riesgo permitido

1. *a)* Sobrepasar el riesgo permitido es requisito positivo del injusto, no 39
es que mantenerse dentro del riesgo permitido sea una causa de justificación. Ser causante de un resultado, por ejemplo de una muerte, no es, como tal, socialmente anómalo. Ejemplo: Todo fabricante de vehículos automóviles (aunque lo haga correctamente) es causante, por la fabricación, de todos los accidentes en que intervenga un vehículo suyo, sin que la fabricación se convierta por ello en un suceso que sea tolerable sólo en relación con un contexto justificante [66]. Únicamente al exceder el riesgo (p. ej., fabricando vehículos cuyos frenos tienen una insuficiente disminución mínima de la marcha) llegan a ser relevantes las cuestiones del dolo, de la imprudencia y, en su caso, de un contexto justificante (acerca de la separación de injusto y justificación, *vid. supra* 6/51).

b) Esta concepción corresponde a la de la doctrina dominante, al menos 40
en la imprudencia [67], no teniendo nada que ver el problema con la distinción entre dolo e imprudencia [68], ya que el riesgo permitido no se prohíbe porque el autor se represente la posibilidad de resultado (o, en los delitos de mera ac-

[66] En contra, sin razón, *Schmidhäuser*, AT, 9/32; su idea de que la fabricación de automóviles es más peligrosa que, p. ej., la de carretillas de jardinero, se refiere no sólo a un problema cuantitativo. Aun teniendo en cuenta que con máquinas de jardinería siguen siendo posibles accidentes, sin embargo el riesgo de un automóvil es eludible al menos teóricamente tanto en su género como en su magnitud, mientras que el riesgo de un artefacto de jardinería debería ser un riesgo unido a cualquier forma de vida, si no en su género, sí al menos en su magnitud. Sin embargo, no es forzoso determinar el riesgo permitido sólo a partir de un mundo no tecnificado.

[67] *Welzel* Fahrlässigkeit und Verkehjrsdelikte, pp. 14 ss.; *el mismo*, Strafrecht § 10 IV, ante *a*, y § 18, I, 1 *a* beta; *Gallas*, ZStW, 67, pp. 1 ss., 26; *Engisch*, DJT-Festschrift, t. I, pp. 401 ss., 417 ss.; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert, p. 160; *Blei*, AT, § 82, II, 1; *Schaffstein*, Welzel-Festschrift, pp. 557 ss., 559; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 337 ss., 344; *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 26 s.; *Jakobs*, separata ZStW, 1974, pp. 6 ss., 12 ss.; *el mismo*, Studien, pp. 52, 88 ss. y *passim*; *Schünemann*, JA, 1975, pp. 435 ss., 439 s., 442; *Zipf*, ZStW, 82, pp. 633 ss., 647 ss.; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 43, núm. marg. 39; en esencia, también *Preuß*, Untersuchungen, p. 185, con abundante bibliografía *passim*. *De otra opinión* (justificación): BGH, 24, pp. 21 ss.; *Schmidhäuser*, AT, 8/78, 9/30 ss., 31; *el mismo*, Studienbuch, 6/102 ss.; *Engisch*, Untersuchungen, pp. 285 ss. (exclusión de la *responsabilidad por el hecho*): *Maurach*, AT, 4, § 43, II, B y § 44, II, A; *Rehberg*, Erlaubtes Risiko, p. 186; (exclusión de la culpabilidad): *Kienapfel*, Erlaubtes Risiko, pp. 21, 27 s.; *Roeder*, Einhaltung, p. 77, con argumentos trasnochados relativos a la legítima defensa; (problema del concepto de imprudencia, por lo demás superfluo:) *LK-Hirsch*, núm. marg. 32, ante § 32; *Hirsch*, Universität zu Köln-Festschrift, pp. 399 ss., 404 ss.; *Armin Kaufmann*, Jescheck-Festschrift, pp. 251 ss.; («principio estructual común a diversas causas de justificación»): *Jescheck*, AT, § 36, I, 1.

[68] En eso como aquí, *Schmidhäuser*, AT, 9/31; *Krauß*, ZStW, 76, pp. 19, 47; *Nowakowski*, JZ, 1958, pp. 388 ss., 390; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert, p. 160; *Preuß*, Untersuchungen, pp. 194 ss.; *Frisch*, Vorsatz, *passim*; *Maiwald*, Jescheck-Festschrift, pp. 405 ss., 422 s.; *Herzberg*, JR, 1986, JR, 1986, pp. 6 ss., 7 s.; *Jescheck*, AT, § 25, IV, 1; *Triffterer*, Bockelmann-Festschrift, pp. 200 ss., 212 ss.; dubitativo, *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 160 s.

tividad —*supra* 6/85—, la posibilidad de actuar en una situación típica) [68a], ni tampoco deja de estar prohibido porque éste no piense en tal posibilidad. Naturalmente, hay una afinidad práctica del riesgo permitido con la imprudencia; el problema es conocido allí casi siempre bajo la denominación de observancia del cuidado necesario en el tráfico. Esta afinidad se basa en que el desencadenar riesgo permitido —mínimo por lo general— y los riesgos que lo sobrepasan mínimamente casi nunca se lleva a cabo con la conciencia del resultado dañoso [69]. Ejemplo: Quien correctamente o con un pequeño exceso de velocidad conduce por una ciudad muy concurrida, por lo general no piensa actualmente en el mínimo riesgo que desencadena con su conducta; al menos, no cabe demostrar lo contrario. Acerca de la problemática de la imprudencia en casos de habituación al riesgo, *vid. infra* 9/15.

41 2. El riesgo permitido como obstáculo en la imputación objetiva, es decir, como obstáculo del *tipo*, debe distinguirse, por lo demás, en el riesgo permitido fundamentado en la ponderación de intereses, del estado de necesidad *justificante*. También en el estado de necesidad justificante se tienen en cuenta riesgos («peligros») para intereses, que pueden conducir a la autorización de un comportamiento arriesgado. Sin embargo, en el estado de necesidad justificante se trata siempre de la especial relación de finalidad en que se encuentra la acción: El contexto de la acción justifica. En el riesgo permitido, por el contrario, puede que el contexto de la acción esperado típicamente haya proporcionado el motivo de la autorización del riesgo, sin que en la acción concreta importe si ésta tiene lugar en un contexto determinado. Ejemplo: Al conductor de una ambulancia únicamente le está permitido infringir las normas reguladoras del tráfico rodado para prevenir una situación de peligro que no cabe eliminar de otro modo (justificación), pero también está permitido dar una vuelta con un gran camión, lo que no reporta utilidad especial (exclusión del tipo). En este último caso se trata sólo de la libertad de acción; en el primero, de la realización de la acción en favor de un interés. Así, el límite entre el riesgo permitido y el estado de necesidad justificante se integra sin modificación alguna en el límite general entre exclusión del tipo y justificación: Lo que, sin tener en cuenta el contexto, no defrauda expectativas, ya no realiza un tipo [70]. Con

---

[68a] El riesgo permitido no es nada específico de los delitos de resultado, y en éstos no está reservado para el elemento del tipo «causación del resultado». Así, p. ej., también en el deber de veracidad relativo al falso testimonio (§§ 153 ss. StGB) hay un riesgo permitido, o también lo hay para el funcionario competente para la persecución penal, al apreciar la culpa del perseguido, en el marco de un comportamiento coactivo (§ 240 StGB); *Herzberg*, JR, 1986, pp. 6 ss., 7.

[69] En casos concretos, sobre todo cuando se reúnen muchos riesgos individuales en una acción hasta llegar a ser un riesgo total notable, tiene lugar la actualización del riesgo. Ello se pone de manifiesto en las prevenciones para salvar que entonces se adoptan. Ejemplo: Al organizar una gran obra se tiene dispuesta una ambulancia, o al construir un rascacielos se prevé un acceso para bomberos, precisamente *porque* se piensa en la posibilidad de accidentes. Pero incluso en un riesgo de resultado aislado mínimo no surge en caso de dolo ningún problema especial (es decir, ninguno propio de la imprudencia). Tampoco falta —en contra de *Hirsch*, ZStW, 74, pp. 78 ss., 98— el dominio del hecho: Este nunca es más intenso de lo que lo es la perspectiva de realización. Detalladamente sobre la relación entre riego permitido y dolo, *Preuß*, Untersuchungen, pp. 194 ss., 207 ss. Yerran *Bockelmann-Volk*, AT, § 14, IV, 2 *a*, que niegan dolo e imprudencia en casos de riesgo permitido; pero si se da el tipo objetivo, no puede faltar el tipo subjetivo *por principio*. También erradamente, pero a la inversa, *Zipf*, ZStW, 82, pp. 633 ss., que niega que haya riesgo permitido en caso de intención; ¡como si la intención creara el tipo objetivo!

[70] Igualmente, *Preuß*, Untersuchungen, p. 186; *Roxin*, Klug-Festschrift, pp. 303 ss., 310 ss.

arreglo a los mencionados criterios de distinción, resultaría erróneo deducir la observancia del riesgo permitido sólo de que se ha observado determinada *lex artis* —p. ej., en una operación arriesgada— [71], pues la autorización para emprender una acción respetuosa con la *lex artis* puede (pero no debe) llevarse a cabo sin tener en cuenta la relación de finalidad. Así, conducir «conforme a las reglas» está permitido siempre, mientras que para que esté justificada la amputación de una pierna conforme a la *lex artis* resulta necesario, junto al consentimiento, un fin razonable. Naturalmente, cabe integrar la relación de finalidad en la *lex artis:* Entonces, sólo la indicación médicamente indicada es conforme a las reglas del arte, pero así no se elimina la relevancia de la relación de finalidad.

41a No puede haber un riesgo permitido que, a causa de condiciones desafortunadas de la incumbencia del sujeto actuante, objetivamente cognoscibles, conduzca a un daño, ya que el riesgo permitido se acaba donde comienza una peligrosidad especial de tal género (*infra* 7/47). Ejemplo: Nadie puede utilizar un coche con frenos averiados, siendo esta circunstancia objetivamente cognoscible. El repeler tales peligros se verifica según las reglas del estado de necesidad ofensivo o, en el supuesto de actuación incluso culpable, según las reglas de la legítima defensa. Si las circunstancias desafortunadas son sólo de la incumbencia de la víctima o de terceras personas, el riesgo sigue siendo permitido, pero el sujeto actuante responde conforme al § 323 *c* StGB (*infra* 7/59 ss., con ejemplos). La repulsión de tal conducta sigue las reglas del estado de necesidad agresivo. Pero más difícil resulta la decisión acerca del derecho de repeler cuando una acción, a causa de circunstancias desafortunadas, objetivamente no cognoscibles, de la conducta del autor, conduce a un daño (es decir, a causa de un comportamiento arriesgado permitido), pero la víctima o un tercero con conocimientos especiales impide el curso dañoso mediante una intromisión en los bienes del agente (o ello ocurre sin conocimiento de la situación de peligro, como repulsión en desconocimiento de una situación justificante concurrente). Ejemplo: Se impide en el último instante el despegue de un aeroplano mediante un disparo al piloto; dado que se había destruido un importante grupo motor mediante sabotaje, el aparato se habría estrellado en una zona habitada. A causa de la incumbencia del curso causal, rigen las reglas del estado de necesidad defensivo [71a]; la conformidad a Derecho de la conducta y la incumbencia prevalente de evitar la consecuencia dañosa no se excluyen entre sí. En el supuesto del ejemplo, el tirador puede obrar justificadamente o, si no es consciente de la salvación, sólo responderá según las reglas de la tentativa.

[71] No obstante, en este sentido *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 94, ante § 32; en relación con los deberes del médico internista ante pacientes en peligro de suicidarse, *Wolfslast*, NStZ, 1984, pp. 105 ss., 107.

[71a] Así también *Lampe*, ZStW, 101, pp. 3 ss., 18 s.

C. Pormenores

1. *Las máximas de valoración*

42 *a)* Menos exacta que la determinación de la ubicación dogmática del riesgo permitido viene a ser la de su configuración concreta. Sin embargo, puede adoptarse la fundamentación dada más arriba para el riesgo permitido, en el sentido de que los riesgos que comporta el contacto social están permitidos [71b] (*riesgo mínimo* permitido), porque de lo contrario se perdería la finalidad de estabilización de expectativas. Ejemplo: El hecho de que una persona sin señales de enfermedad y sin contacto con ámbitos de alto peligro de infección pueda, sin embargo, estar infectada de la enfermedad contagiosa y por tanto contagiar a otras personas, no es un riesgo jurídicamente relevante [71c].

43 *b)* Además, cabe delimitar exactamente lo que ya *no* es riesgo permitido, pues por la prohibición de un determinado comportamiento, que sirve a la evitación de lesiones o bien sólo de puestas en peligro abstractas, se descarta este comportamiento del círculo de lo que posiblemente se tolera, a pesar del riesgo de consecuencia lesiva, como socialmente normal. La ejecución de tal comportamiento puede estar justificada en el caso concreto, pero no es atípica [72]. Ejemplo: El único médico disponible, que acude conduciendo moderadamente bebido a atender una urgencia, obra típicamente (§ 316 StGB), aunque de forma justificada (§ 34 StGB). Aun en supuestos de riesgo insignificante, los comportamientos descartados por la ley no están permitidos. Dado que los ámbitos vitales que comportan riesgos suelen estar regulados jurídicamente (tráfico rodado y aéreo, requisitos para ejercer profesiones y actividades peligrosas, etc.), los ámbitos descartados son importantes cuantitativamente. Ejemplo: Los comportamientos en el tráfico rodado en contra de las normas del Código penal, del Código de la circulación (StVO), de la StVZO, etc., que prohíben la puesta en peligro (abstracta), no están permitidos; por consiguiente, tampoco puede estar permitido el riesgo —a pesar de estar disminuido al máximo por una atención concentrada— de conducir en estado de embriaguez o sobrepasando la velocidad máxima permitida o con un vehículo sin dos sistemas independientes de frenado, etc. (en el sentido de atípico; la justificación sigue siendo posible). Naturalmente, la prohibición de un comportamiento no sirve a la evitación en sí de todas las consecuencias que se producen, de modo que puede faltar la relación con la finalidad de la norma (sobre ello, *infra* 7/72 ss.). Ejemplo [73]: La prohibición de adelantar en cruces protegerá al conductor de la calle

---

[71b] *Frisch*, Verhalten, pp. 90 ss.

[71c] Sobre el riesgo de transmisión del virus de inmunodeficiencia humana (HIV), *vid.* BGH, 36, pp. 1 ss., 16 s.

[72] *Jakobs*, separata ZStW, 1974, pp. 6 ss., 13 ss.; *Frisch*, Verhalten, pp. 90 ss.; más suavemente (sólo «efecto indiciario»), *SK-Samson*, § 16 apéndice, núm. marg. 20; *vid.* asimismo *Kuhlen*, Fragen, pp. 114 ss.; *de otra opinión* («deber de cuidado objetivo y norma especial son mutuamente independientes por principio», siendo no obstante posible una *limitación* —justo al contrario que en la opinión que aquí se propugna— del cuidado mediante normas especiales), *Bohnert*, JZ, 1982, pp. 6 ss., 7 s. Desde luego, a pesar del riesgo no permitido, puede faltar el tipo subjetivo: *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 163, 166.

[73] BGH, 4, p. 182 ss., 184.

transversal, pero no a aquel al que se adelanta; el adelantamiento desde luego constituye riesgo no permitido, que evidentemente no se realiza si se daña a aquel a quien se adelanta.

c) Junto a las regulaciones legales de ámbitos vitales peligrosos aparecen 44
las reglas del arte, las normas técnicas y otros sistemas de regulación no formales. Lo prohibido por estas normas no es más que indicio [74] de la naturaleza no permitida de un riesgo [75], pues el consenso de una asociación de expertos ciertamente es «experiencia acendrada» [76], pero, al contrario que la ley, no contiene valoración vinculante alguna.

d) A la significación negativa de las normas reguladoras de conducta no 45
corresponde ninguna significación positiva en el sentido, de que lo no excluido está permitido, pues el complejo regulador respectivo o bien no es completo o bien contiene —así, especialmente el § 1.2 StVO— una reserva general de prohibición [77]. Mediante esa reserva, se limita el carácter exhaustivo de lo no prohibido a condiciones concomitantes ideales, pero desde luego se reconoce que el riesgo de la actividad, bajo condiciones ideales, ha de tolerarse (*riesgo básico* permitido de un ámbito peligroso), y ello sin someterlo a limitaciones tales que con ellas perdería la justificación de su existencia [78]. Ejemplo: El riesgo básico del tráfico por carreteras, fuera de los cascos urbanos, no se debe limitar a una velocidad como dentro de ellos, al igual que la velocidad en autopistas no puede sujetarse a la misma limitación que en las demás carreteras, en la medida en que la ley distingue entre diferentes tipos de vías. Junto a este riesgo básico permitido aparece la autorización de *riesgos concretos incrementados,* siempre que la actividad, bajo condiciones no ideales, se considere más provechosa que la prohibición completa. Ejemplo: También conducir cuidadosamente con niebla, hielo o lluvia en el tráfico industrial es —como ponen de manifiesto las estadísticas de accidentes— más peligroso que bajo condiciones ideales, pero a pesar de ello está permitido sin consideración al fin concreto del viaje.

No hay, pues, una fracción de autorización del riesgo determinada expresable en términos de valor numérico, sino una medida oscilante en función del ámbito y de las circunstancias concomitantes [79]. Dicho gráficamente: Ningún conductor experimentado, levemente bebido, puede escudarse en que aun así conduce su vehículo mejor que un principiante; el *tipo* de acción «conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas» no está permitido. Evidentemente, podría ser conveniente, en supuestos de ejecución de una acción de un tipo prohibido, que no sobrepasa el *riesgo mínimo*, conceder la prevalencia a la liber-

---

[74] El abuso frecuente no suprime el «efecto indiciario»; así, p. ej., en el deporte, el juego sucio (*foul*) con alta probabilidad de lesión no se mantiene en el marco del riesgo permitido, aunque sea frecuente; *de otra opinión, Burgstaller,* Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 53 s.; *Zipf,* Einwilligung, pp. 94 ss. Se trata de un problema de consentimiento en el riesgo, que ha de separarse del del riesgo permitido, *infra* 7, § 127.

[75] Acerca de las normas técnicas, *vid. Lenckner,* Engisch-Festschrift, pp. 490 ss.; *Frisch,* Verhalten, pp. 101 ss. (que desde luego aprecia más que mero efecto indiciario); sobre la competencia de los tribunales para concretar el estándar, *Schünemann,* Leckner-Festschrift, pp. 367 ss., 389 ss.

[76] *Stratenwerth,* AT, núm. marg. 1102.

[77] *LK-Schroeder,* § 16, núm. marg. 163 *d.*

[78] *Schünemann,* JA, 1975, pp. 435 ss., 575 ss., 576.

[79] *Jakobs,* separata ZStW, 1974, pp. 6 ss., 15 ss.

tad general de acción. Ejemplo: Aquel que conduce un coche con neumáticos desgastados en una carretera solitaria, con visibilidad y sólo a 10 km/h, no realiza ningún riesgo no permitido.

46 *e)* Los riesgos especiales permitidos y los riesgos concretos incrementados permitidos no son ninguna especialidad de las empresas técnicas, sino que se dan por doquier. Así, p. ej., sin un riesgo permitido no se podría nunca tolerar la divulgación de un hecho lesivo para el honor, por el peligro de que la información fuera incorrecta (§§ 186 ss. StGB), ni tampoco la reafirmación de una declaración ante el tribunal, encareciendo que se corresponde exactamente a lo que se recuerda (§§ 153 ss. StGB). Sin el riesgo permitido, los padres no podrían enviar a sus hijos menores a un recado que entrañe cruzar la carretera, y sin un riesgo concreto incrementado no se podría admitir la flexibilidad en la ejecución de penas o medidas de seguridad [79a], etc. Los pormenores corresponden a la interpretación de las normas del ámbito respectivo.

2. *La base del juicio*

47 *a) a')* Hasta ahora se ha expuesto con arreglo a qué máximas se valora jurídicamente un riesgo dado. A continuación se presenta el problema de si concurre un riesgo y cuál es su intensidad. Existe unanimidad en que no importa el juicio del autor respectivo; ni siquiera la doctrina subjetiva de la imprudencia (*infra* 9/5 s.) determina el riesgo permitido exclusivamente desde el punto de vista subjetivo [80]. En el riesgo permitido importa que determinadas acciones, ya por su forma, no suponen defraudación de expectativas, porque su aceptación es necesaria, o al menos usual, para mantener la posibilidad del contacto social. La concreción de las referidas acciones, en esta función del riesgo permitido, debe llevarse a cabo *ex ante,* dado que la aceptación no depende de la ausencia de resultado, sino de la forma de la acción [81]. Además, debe surgir una forma de la acción aceptable en general, es decir, la determinación ha de ser *objetiva.* Las capacidades que se asignan al observador objetivo imaginario dependen de la situación y de los bienes expuestos al riesgo [82]. Mientras que, p. ej., para enjuiciar el riesgo de un reactor nuclear ha de recurrirse a todo el saber de los expertos, en el funcionamiento seguro de un vehículo importa sólo el saber de un técnico experimentado y, en el enjuiciamiento de si los alimentos están estropeados, decide si se trata de una conserva industrial, el juicio de un técnico en alimentación, pero si se trata de su consumo individual decide,

---

[79a] *Vid.* LG Göttingen, NStZ, 1985, pp. 410 s.; acerca del alcance del riesgo permitido en este sentido, *Schaffstein*, Lackner-Festschrift, pp. 795 ss., 801 ss.; *Kusch*, NStZ, 1985 pp. 385 ss.

[80] Equívoco, *Schönke-Schröder-Cramer*, § 15, núm. marg. 139.

[81] Doctrina dominante; sobre los intentos aislados de distinguir entre acciones con consecuencias dañosas y sin ellas, *vid. Jakobs*, Studien, p. 51 con notas 11 y 12.

[82] En este sentido, acerca de la previsibilidad objetiva en el delito imprudente, la doctrina dominante; *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 31 ss., 56; *Armin Kaufmann*, ZRV, 1964, pp. 41 ss., 51; *Schünemann*, JA, 1975, pp. 435 ss., 575 ss., 576; *Deutsch*, Fahrlässigkeit, pp. 128 s.; *Engisch*, Untersuchungen, pp. 283 ss., 334 ss.; *Nowakowski*, JurBl., 1972, pp. 31 s.; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert, pp. 168 ss.; *Welzel*, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, pp. 24 s.; *Frisch*, Vorsatz, pp. 128 ss.; *Herzberg*, Verantwortung, pp. 166 s.; *Kuhlen*, Fragen, pp. 101 ss., más bibliografía en *Jescheck*, AT, § 55, I, 2 *b*, nota 6.

sin embargo, el de un ama de casa experimentada. Si se atendiese en todos los casos al máximo saber de los expertos, ello no serviría para comprender el riesgo permitido fundamentado mediante el saldo coste-utilidad, y menos aún el riesgo permitido con «legitimación histórica». Dicho de otro modo, la certeza del juicio de riesgo, por su parte, ha de determinarse teniendo en cuenta un margen de riesgo oscilante según el ámbito objetivo.

b') También la jurisprudencia distingue según «esferas de la vida de relación», p. ej., mediante la capacidad de juicio de un «conductor concienzudo» [83], de un «conductor responsable» [84], de un «oficial encargado de una peligrosa misión» [85], de un «titular de una profesión con muchas responsabilidades, como lo es la de médico» [86], de un «sanitario, no médico, concienzudo» [87], de los auxiliares del médico [88], o atiende (en el enjuiciamiento de si una empresa está pronta a declararse en quiebra) al alcance del «cuidado propio de los comerciantes» [88a], etc. 48

b) a') Difícil resulta decidir cuándo, a causa de un *saber especial* superior del autor, se puede pronosticar un riesgo incrementado o incluso la seguridad de un resultado. El problema es idéntico al de si en el delito de omisión hay que emplear también, para la evitación de resultados, las capacidades individuales [89]. En favor de tener en cuenta el conocimiento especial en el pronóstico habla el hecho de que, de lo contrario, aprovechando situaciones de riesgo, se pueden conseguir, manipulando, resultados. Ejemplo: El sobrino heredero, biólogo sumamente experto, le sirve a su tío el moho venenoso que acaba de descubrir por casualidad en el plato de conserva. En contra de tenerlo en cuenta habla, desde luego, que, si no, la atención que se prestara por encima de la obligación traería como consecuencia deberes de evitar y la correspondiente limitación del ámbito de libertad de acción (en el supuesto del ejemplo: Nadie tiene por qué controlar el moho de la conserva antes de su consumo). 49

b') Los problemas del conocimiento especial surgen porque al juzgador competente para decidir sobre la situación (*supra* 7/47) se le sitúa en roles configurados de modo más o menos amplio en función de con respecto a qué sea garante el autor. En el supuesto básico, la configuración es estricta; gráfica-

---

[83] BGH, 16, pp. 145 ss., 151.
[84] BGH, 7, pp. 307 ss., 309.
[85] BGH, 20, pp. 315 ss., 319.
[86] BGH, 3, pp. 91 ss., 95.
[87] RG, 67, pp. 12 ss., 23.
[88] BGH, 6, pp. 283 ss., 288.
[88a] BGHZ, 75, pp. 97 ss., 110, 113; sobre esto, *Harneit*, Überschuldung, pp. 81 ss., 90 ss.
[89] Sobre esto, *infra* 29/14; en la práctica, el problema presenta escasa importancia (*vid.* las sentencias citadas en *Stratenwerth*, Jescheck-Festschrift, pp. 285 ss., 300, con nota 54). Distingue entre saber especial y poder especial (¿pero cómo decidir entonces en relación con un poder saber?). *Schünemann*, Schaffstein-Festschrift, pp. 159 ss., 165 s.; igualmente, *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 64 ss.; aúna expresamente poder y poder saber (¿pero cómo es que es distinto para el saber que para el poder saber?), *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 147; distingue entre el supuesto normal y la situación concreta de peligro, *Stratenwerth*, Jescheck-Festschrift, pp. 285 ss., 301 s.; objetivizando, pero sólo para los supuestos de imprudencia, *Frisch*, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 80, 94; *Roeder*, Einhaltung, pp. 54 s.; distingue *Wolter*, GA, 1977, pp. 257 ss., 270 s.; subjetiviza, determinando objetivamente la medida mínima, *Schönke-Schröder-Cramer*, § 15, núm. marg. 139 s.; también *Mir Puig*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 253 ss., 266 ss.; toda capacidad especial, por excelencia, restringe el riesgo permitido, según *Wilhelm*, Verantwortung, pp. 15 s.

mente: A un ciclista, para determinar el riesgo permitido, no hay que concebirlo como matemático o como ingeniero eléctrico si el sujeto que en concreto va montado en bicicleta posee dichas cualificaciones. Lógicamente, esta delimitación estricta de los roles sólo rige en tanto que el autor no sea garante de que se domine un riesgo especial o de que se ayude a la víctima por razón de determinada institución. No obstante, si existe tal deber de garante, no se añade, digamos, un saber del autor al saber del juzgador competente (ello conduciría a confundir los aspectos objetivo y subjetivo del hecho) [89a], sino que se sitúa el propio juzgador en un rol más ampliamente configurado. Dado que se trata de un saber del juzgador, no importan las suposiciones a las que el autor llega por exceso de recelo. Ejemplo: Quien interpreta incorrectamente el áspero olor de setas silvestres como olor de veneno, no obstante se mueve dentro del riesgo permitido si sirve las setas.

50 *c')* Así pues, en orden a la solución hay que distinguir [89b]:

— En caso de responsabilidad por organización, el papel del autor se define siempre negativamente: Se trata de evitar daños. En el supuesto básico, en tanto que el autor no acarrea a la víctima ningún riesgo especial, tampoco ésta puede exigir la activación de capacidades especiales del autor [89c]. Ejemplos: Un ingeniero que quiere adquirir un coche usado, y por sus conocimientos técnicos especiales se da cuenta en el viaje de prueba de que los frenos del automóvil no van a tardar en fallar, no comete ni homicidio ni lesiones si devuelve el coche (¡hacer!) sin avisar del defecto. Un estudiante de una Escuela Politécnica que realiza labores auxiliares en una empresa constructora no responde por las consecuencias si lleva a cabo la mezcla de hormigón para un encofrado conforme a las instrucciones recibidas, habiéndose dado cuenta de que se ha calculado incorrectamente la resistencia del material. En tales casos, el ámbito de organización de la víctima está organizado por su parte hacia el resultado, o amenazado por parte de terceros (acerca de ello, con pormenores, *infra* 7/61, 65, 65 *a* y, acerca de la prohibición de regreso, 24/15 ss.). Si amenaza producirse una catástrofe, queda una responsabilidad por el § 323 *c* StGB.

— La hechura del rol ha de ampliarse cuando el autor es garante del dominio de un riesgo especial: Entonces, al rol pertenece todo lo que es necesario para conseguir que no sobrevenga un resultado. Se trata de situaciones en que la víctima potencial estaría legitimada para emprender la evitación del daño a costa del autor conforme a las reglas de la legítima defensa o del estado de necesidad defensivo, si éste no se ocupa de ello. Así como la víctima podría tener derecho sobre los bienes del autor en el marco de lo necesario, éste debe llevar a cabo lo necesario. Ejemplo: Si un conductor, al sacar un juguete que

---

[89a] Crítico, acertadamente, contra este método, *Struensee*, JZ, 1987, pp. 53 ss., 58 s., que desde luego tiene en cuenta *siempre* en la imputación el saber especial del autor, GA, 1987 pp. 97 ss., 99, 102; igualmente *AK-Zielinski*, §§ 15, 16, núm. marg. 92 (determinando, con buen criterio, objetivamente la apreciación del riesgo, núm. marg. 95); en contra, *Jakobs*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 271 ss., 287 ss., y en seguida en el texto.

[89b] *Vid.* asimismo sobre la prohibición de regreso *infra* 24/15 y sobre la injerencia 29/105 *a*.

[89c] A este grupo pertenece también el carácter permitido de la exposición procesal del defensor que sabe que la imagen del hecho tal como se presenta procesalmente es demasiado favorable para el acusado: Todo conocimiento que no se basa en la exposición del hecho en el proceso constituye saber especial, no dando lugar a deber alguno. Detalladamente, con bibliografía, *Beulke*, Strafbarkeit, *passim*.

se le ha caído a su hijo debajo del vehículo, ve que se le está derramando el líquido de frenos, esto no lo ve sólo en su papel de padre sino también en el de conductor (así como a él todo tercero que le comunica el suceso crítico le obliga a situarse en el papel de conductor y por eso, como competente juzgador, se le dota del conocimiento de este suceso).

— En caso de responsabilidad institucional, el papel nunca se define a través del deber de evitar un resultado, sino a través de un espectro de interacciones (en padres, cónyuges, personas de confianza, etc.). A este espectro también puede pertenecer —p. ej., en las relaciones de los padres con sus hijos— la activación de capacidades especiales; por lo general, los deberes institucionales apuntan, sin embargo, a un rendimiento estándar; con detalles, *infra* 15/12 ss. 15.

— Si el autor introduce por propia inicitiativa el conocimiento especial en la relación con la víctima, tal conocimiento se incorpora al papel que caracteriza a esta relación, aun cuando el autor no estaría obligado en sí a tomar en consideración el saber especial. Está excluido, asimismo, que un autor no obligado a tomar en consideración un saber especial en favor de la víctima pueda aprovecharse de ello en perjuicio de la víctima. En el ejemplo del descubrimiento casual del moho venenoso en un plato, mencionado al principio (*supra* 7/49), sólo habrá responsabilidad por el § 323 *c* StGB si la persona que sirve el plato se comporta como si no supiera nada; pero si busca entre los invitados a su víctima, se orienta entonces por un conocimiento especial y se comporta ya bajo un riesgo no permitido.

V. LA IMPUTACION OBJETIVA, 3.ª CONTINUACION: SU EXCLUSION EN LOS SUPUESTOS DE CONFIANZA PERMITIDA (PRINCIPIO DE CONFIANZA)

BIBLIOGRAFIA: *Vid.* la relativa a IV.

A. El principio de confianza [90] significa que, a pesar de la experiencia de 51
que otras personas cometen errores, se autoriza a confiar —en una medida aún por determinar— en su comportamiento correcto (entendiéndolo no como suceso psíquico, sino como *estar permitido* confiar). El principio de confianza no es sólo un supuesto particular del riesgo permitido, sino también de la prohibición de regreso [91]: No se trata únicamente de que las personas, en acciones comunes o contactos anónimos, puedan ser factores perturbadores al igual que los procesos naturales impredecibles (en esta medida, riesgo permitido), sino

[90] Objeciones desde el punto de vista terminológico de *Kirschbaum*, Vertrauensschutz, pp. 220 s.

[91] *Jakobs*, ZStW, 89, pp. 1 ss., 13 ss. De otro modo, *Roxin*, Tröndle-Festschrift, pp. 177 ss., 185 ss.: prohibición de regreso como caso particular del principio de confianza, y éste a su vez del riesgo permitido. Consecuentemente, según *Roxin*, el principio de confianza acaba cuando se da la «inclinación al hecho percibida» (p. 190). Pero esto no cabe mantenerlo sin excepciones (*vid.*, p. 191: no hay responsabilidad si falta el sentido objetivo del favorecimiento; p. 197: inapreciabilidad general de la inclinación al hecho en las acciones cotidianas).

que también se trata de la responsabilidad [92] de estas personas por sus fallos (en esta medida, prohibición de regreso). Mientras que en el riesgo permitido cabe definir un conflicto como fallo del autor, o de la víctima, o como desgracia, en la prohibición de regreso se añade la posibilidad de definir el conflicto como fallo del tercero interviniente; esta posibilidad de tratar un conflicto podría formar la raíz principal del principio de confianza.

52 B. 1. Como en relación con la prohibición de regreso se expondrá *infra*, cuando median otras personas en una causación, el proceso causal dañoso sólo afecta a aquellos intervinientes que son garantes de la no dañosidad del curso causal; la posición de garante no se forma sólo con la causación. Ejemplo: Un empleado de gasolinera no responde por la idoneidad para circular de los automóviles a los que surte de gasolina (queda intacta la responsabilidad por el § 323 *c* StGB). Dicho de otro modo, no es problemático sólo que se *exima* de responsabilidad al que confía, a pesar de la previsibilidad de un comportamiento defectuoso de otros participantes (la exención de responsabilidad por la confianza), sino que también es problemática ya la *responsabilidad* potencial del que confía en una situación que sólo otras personas configuran delictivamente (la posible imputación de fallos ajenos). *El principio de confianza sólo se necesita si el que confía ha de responder por el curso causal en sí, aunque otro lo conduzca a dañar mediante un comportamiento defectuoso.* Esto es así desde luego en los ámbitos de los que se toman los ejemplos del principio de confianza [93], así como en los siguientes supuestos, ya que el que confía es aquí garante de un desenlace afortunado: El conducir un coche tiene lugar en el ámbito de organización de cada conductor, y fundamenta una posición de garante a causa de la naturaleza peligrosa de la cosa; del mismo modo, en una operación los médicos actúan en su ámbito de organización, los padres son garantes mientras los hijos están sometidos a sus órdenes, etc. [94].

53 2. *a)* En el ámbito que queda, en el que el carácter defectuoso del comportamiento ajeno no excluye la propia responsabilidad ya según las reglas de la prohibición de regreso, a menudo sería imposible una división del trabajo eficaz (en los equipos quirúrgicos [95], en los equipos de servicio y de manteni-

---

[92] Fundamental en relación con la responsabilidad como raíz del principio de confianza, *Stratenwerth*, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 383 ss.; *Schumann*, Handlungsunrecht, pp. 7 ss.; *Wehrle*, Beteiligung, pp. 52 ss.; *Frisch*, Verhalten, pp. 189 ss.; *Wilhelm*, Verantwortung, pp. 62 ss., al suponer que se trata de excluir la responsabilidad por comportamiento *levemente imprudente*, pierde la especificidad cualitativa precisamente del principio de confianza.

[93] Se discute si el principio de confianza tiene validez fuera de la circulación rodada; lo esencial es que en la circulación no hay competencia alguna de control y recomendación hacia el participante en el tráfico, pero sí en otros ámbitos: naturalmente no se debe renunciar a controles y recomendaciones en la confianza de que el subordinado se va a comportar correctamente por sí solo: BGH, 3, pp. 91 ss., 95; 6, pp. 283 ss., 287; StV, 1988, pp. 251 s.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1160 s.; *SK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 176; acerca de la recomendación defectuosa, con detalle *Wilhelm*, Verantwortung, pp. 119 ss. *Ellmer* (Betrug, pp. 273 ss.) intenta aplicar el principio de confianza a fin de aprehender el comportamiento de estafa.

[94] La inseguridad de la aplicación del principio de confianza a los participantes en el tráfico no motorizados (*vid.* sobre ello *Kirschbaum*, Vertrauensschutz, pp. 225 ss., con bibliografía) se debe a la responsabilidad más leve de estas personas por los peligros de la circulación: Falta la responsabilidad por el peligro especial «automóvil» o similar.

[95] Sobre la actividad médica, *vid.* BGH, StV, 1988, pp. 251 s., y los numerosos grupos de supuestos en *Engisch*, Langenbecks Archiv, 28 (1958), pp. 573 ss. y 291 (1961), pp. 236 ss.; *Kamps*,

miento de un aeroplano, del ferrocarril o de un autobús, en la fabricación mediante división del trabajo [95a], en el deporte [95b], etc.), si cada uno debiera controlar todo lo controlable. Como mínimo, el tener que dedicarse a controlar la actividad ajena excluiría la dedicación plena a la actividad propia. Lo mismo rige en relación con acciones en que participan muchos (tráfico rodado); también aquí, en los puntos en los que los cursos causales respectivos se pueden influir mutuamente, se necesita una división del trabajo para que cada participante no tenga que controlar todas las posibilidades de influencia, sino sólo determinadas, y éstas sólo con atención no dividida. Este reparto de incumbencias se puede verificar, por los dos motivos expuestos, sin menoscabo de la seguridad de las expectativas: Por una parte, sin el reparto el resultado sería por saldo peor porque se exigiría excesivamente a los participantes; por otra parte, se puede tratar el fallo como fallo de aquel a quien le compete.

b) Del motivo mencionado en último lugar se sigue que decae la posibili- 54
dad de confianza permitida cuando al competente en sí le falte el conocimiento (cognoscible) de las reglas o la posiblidad de seguirlas; así, a un conductor no le está permitido confiar en el comportamiento correcto de personas achacosas o de niños que no están al cuidado de alguien [96] o de quienes participan en un desfile de Carnaval. Acerca de cómo tratar el conocimiento especial, *vid. supra,* sobre el riesgo permitido, 7/49 ss.

c) a') La confianza permitida decae, además, cuando es función de un 55
participante (o de cada uno de ellos) compensar el comportamiento defectuoso de otros. Ejemplo: Un conductor que adelanta a un ciclista no tiene por qué contar con que éste gire a la izquierda inesperadamente (principio de confianza), pero tampoco puede descartar que su trayecto oscile algunos decímetros hacia la izquierda. Correlativamente, el ciclista no tiene por qué contar con que quien le adelante deje sólo unos pocos centímetros de distancia de seguridad (principio de confianza), pero no le está permitido dar por supuesto que puede usar hasta el último centímetro de la distancia de seguridad, sin daño para sí. En tales supuestos, se garantiza *de modo plural* que no se produzca determinado curso causal dañoso, imponiendo deberes a diversas personas (el ciclista no debe dar bandazos si puede evitarlo, el conductor del automóvil debe incluir alguna posibilidad de bandazos en el cálculo de la distancia de seguridad). Una garantía *singular* sería insuficiente, porque comportamientos defectuosos del género en cuestión no sólo tienen lugar con frecuencia, sino que no se distinguen drásticamente de la conducta socialmente adecuada. Quien se comporta incorrectamente se mantiene en su papel, y el otro debe aceptarlo en su incorrección, mientras no se salga de su papel [97].

Arbeitsteilung, pp. 170 ss., 241 s.; *Wilhelm*, Verantwortung, pp. 85 ss., 119 ss.; *el mismo*, Jura, 1985, pp. 183 ss.; *Wastl*, en: Medizin, pp. 243 ss.

[95a] Al respecto, *Schmidt-Salzer*, NJW, 1988, pp. 1937 ss.

[95b] *Vid.* el supuesto —naturalmente decidido en sentido excesivamente favorable al principio de confianza— en *Burgstaller*, Pallin-Festschrift, pp. 39 ss., 45 ss.

[96] BGH, 3, pp. 49 ss., 51; 12, pp. 162 ss., 165 s.; 14, pp. 97 ss., 99; acerca de la vigilancia, *vid.* BGH, 9 92 ss., 94; pormenores y más referencias bibliográficas en *Kirschbaum*, Vertrauensschutz, pp. 239 ss.; *Schumann*, Handlungsunrecht, pp. 12 ss.; *Krümpelmann*, Lackner-Festschrift, pp. 289 ss.

[97] De modo similar la jurisprudencia, que excluye el principio de confianza en las incorrecciones *típicas*; BGH, 13, pp. 169 ss., 173 s.; sobre esto, *Kirschbaum*, Vertrauensschutz, pp. 177 ss.,

b') Desde luego, se puede confiar en la ausencia de conducta drásticamente delictiva, es decir, que haga saltar el papel, incluso cuando el mismo que confía se comporta antijurídicamente [98], pues la evitación de tales daños mediante esa conducta sólo se puede organizar eficazmente por parte del propio titular del ámbito de organización. Sobre todo es casual el que un comportamiento de ese género esté conectado al comportamiento antijurídico de otro, o que no necesite tal conexión. Ejemplo: Quien para llevar a cabo unas coacciones se tiende en medio de una carretera, puede confiar en que los conductores que se aproximan se darán cuenta de que está allí, en que frenarán y en que los frenos estarán en orden. Pero al que se tiende detrás de una curva cerrada no le está permitido confiar en que vaya a ser posible frenar.

c') Por reglas paralelas se orienta la imputación de los llamados *daños por las consecuencias* (o también daños subsiguientes): En la situación compleja que ha surgido por medio de un primer supuesto dañoso, otras personas no consiguen evitar daños adicionales o cumplir con su deber en la eliminación del primer daño. Ejemplos: Tras un accidente, un conductor distraído choca con los restos del accidente esparcidos por la carretera. Tras un accidente, un médico realiza un diagnóstico erróneo; (también) debido a ello permanecen irreparables los daños de la víctima del accidente. El hecho de que los causantes del daño subsiguiente deberían haberse comportado de otro modo no quiere decir que en todo caso se podía confiar también en que así ocurriera [99]. En la medida en que a los causantes del daño subsiguiente se les escapa un fallo más bien incidental, se realiza un suceso por el que también es responsable el causante del primer daño, dado que en esa medida es razonable una garantía plural a través de distintas personas. Sólo si el dañador subsiguiente se sale del papel que ha de desempeñar, sobre todo comportándose de modo altamente insensato [100] ocurre ello sólo bajo su propia responsabilidad: Uno puede confiar en que no se produzcan tales excesos, pues el hecho de que un comportamiento defectuoso de tal género se conecte con un fallo del causante del primer daño es puramente casual. Ejemplo: Los diagnósticos médicos absolutamente absurdos pueden ser peligrosos también para personas que no sufran las consecuencias de un primer daño.

d) Los pormenores, por ejemplo cómo se distribuyen los deberes entre los intervinientes según la situación, o si se dejan como deberes para todos [101], per-

---

con bibliografía; *Schumann*, Handlungsunrecht, p. 16. Distinta es la motivación en *Frisch*, Verhalten, pp. 408 ss., 423 ss.: La necesidad de incluir en el cálculo los fallos o incorrecciones ajenos conduce a una pérdida de libertad de acción aún tolerable.

[98] *De otra opinión*, BGH, 17, pp. 299 ss., 301 ss.; con detalle, *Kirschbaum*, Vertrauensschutz, pp. 118 ss., con bibliografía.

[99] BGH, VGS, 16, pp. 145 ss.; en otro sentido, *Roxin*, Gallas-Festschrift, pp. 241 ss., 257 s.

[100] BayObLG, JZ, 1982, pp. 731 s.; de modo similar *Burgstaller*, Jescheck-Festschrift, pp. 357 ss., según el cual la relación de responsabilidad se vería interrumpida en los casos de imprudencia temeraria (*grob*). En favor de la responsabilidad sin limitaciones, *Frisch*, Verhalten, pp. 408 ss.

[101] La jurisprudencia reconoce en medida variable la autorización para confiar en que el comportamiento ajeno va a ser impecable: RG, 70, pp. 71 ss., 74 (en otro sentido aún RG, 65, pp. 135 ss.); básica BGH, VGS, 7, pp. 118 ss.; además BGH, VGS, 16, pp. 145 ss., 148 s.; BGH, 21, pp. 91 ss., 93 (con consideraciones sobre las ventajas e inconvenientes de los posibles repartos de deberes); Bay ObLG, VRS, 64, p. 385; BGHZ, NJW, 1982, p. 1756; específicamente sobre la división del trabajo en Medicina BGH, NStZ, 1983, pp. 263 s. Acerca de la evolución de la juris-

tenecen a la interpretación del respectivo ámbito de regulación, p. ej., el Código de la circulación (StVO). Si no existe principio de confianza, responden varios participantes conjuntamente; *vid.* sobre ello *infra* 7/83. Acerca del defectuoso comportamiento subsiguiente de la propia víctima, *vid.* también *infra* 7/59; en relación con las consecuencias muy posteriores de un daño duradero, *infra* 7/81.

3. También el principio de confianza que se orienta a que no se produzcan comportamientos drásticamente delictivos, que hacen saltar los roles, concluye cuando se da el comportamiento que defrauda expectativas. Para ello, éste debe haber sido ya ejecutado, no bastando la mera perspectiva de que va a serlo próximamente, pues en la medida en que aún existe de algún modo, para el que confía y para el autor, la posibilidad de evitar un curso causal dañoso, no hay motivo para gravar al que confía con la solución del problema. Sólo cuando al que se comporta defectuosamente se le escapa el dominio en el sentido de que ya errores incidentales pueden tener graves consecuencias, debe el que se comporta correctamente asumir la solución de la situación de necesidad [102] (de nuevo es razonable una garantía plural a través de diversas personas). Ejemplo: Aun cuando quien está obligado a ceder el paso irrumpe raudamente en una calle a la que corresponde preferencia de paso, al que va conduciendo por ella le esta permitido confiar en su preferencia; si aquél puede conseguir como mucho dar aún un brusco frenazo, ya ha concluido la confianza permitida. 55a

VI. LA IMPUTACION OBJETIVA, 4.ª CONTINUACION: LA POSICION DE GARANTE Y LA EXCLUSION DE LA IMPUTACION EN LOS SUPUESTOS DE PROHIBICION DE REGRESO

BIBLIOGRAFIA: *N. K. Androulakis*, Rechtsproblematische Studien über die unechten Unterlassungsdelikte, 1962; *Chr. Bertel*, Begehungs- oder Unterlassungsdelikt?, JZ, 1965, pp. 53 ss.; *P. Bockelmann*, Strafrecht des Arztes, 1968; *A. Breit*, Probleme der Intensivmedizin unter besonderer Berücksichtigung des Abstellens eines Reanimators, en: *Arthur Kaufmann* (ed.), Moderne Medizin und Strafrecht, 1989, pp. 117 ss.; *M. Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974; *el mismo*, Erfolgsverursachung bei nachfolgendem Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst, Jescheck-Festschrift, pp. 357 ss.; *el mismo*, Spezielle Fragen der Erfolgszurechnung und der objektiven Sorgfaltswidrigkeit, Pallin-Festschrift, pp. 39 ss.; *K. Engisch*, Tun und Unterlassen, Gallas-Festschrift, pp. 163 ss.; *F. Exner*, Fahrlässiges Zusammenwirken, Frank-Festgabe, t. I, pp. 569 ss.; *W. Frisch*, Tatbestandsprobleme der Strafvollstreckungsvereitelung, NJW, 1983, pp. 2471 ss.; *el mismo*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *G. Geilen*, Neue juristisch-medizinische Grenzprobleme, JZ, 1968, pp. 145 ss.; *el mismo*, Euthanasie und Selbstbestimmung, 1975; *K. H. Gössel*, Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt, ZStW, 96, pp. 321 ss.; *R. D. Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *el mismo*, Strafbare Beteiligung am Suizid und gerechtfertigte Tötung auf Verlangen, JZ, 1988, pp. 182 ss.; *Th. Hillenkamp*,

---

prudencia en el ámbito de la circulación rodada sobre el principio de confianza, *Kirschbaum*, Vertrauensschutz, pp. 72 ss.

[102] *Jakobs*, separata ZStW, 1974, pp. 6 ss., 17 ss.; similarmente, *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1157.

Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; *H. J. Hirsch*, Behandlungsabbruch und Sterbehilfe, Lackner-Festschrift, pp. 597 ss.; *J. Hruschka*, Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit, Bockelmann-Festschrift, pp. 421 ss.; *J. C. Joerden* Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, 1988; *H. Kamps*, Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt, 1981; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *G. Küpper*, Der «unmittelbare» Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, 1982; *D. Kratzsch*, Aufgaben- und Risikoverteilung als Kriterien der Zurechnung im Strafrecht, Oehler-Festschrift, pp. 65 ss.; *M. Maeck*, Opfer und Strafzumessung, 1983; *R. Maurach*, Fragen der *actio libera in causa*, JuS, 1961, pp. 373 ss.; *H. Meyer-Bahlburg*, Unterlassen durch Begehen, GA, 1968, pp. 49 ss.; *A. v. Overbeck*, Unterlassung durch Begehung, GS, 88, pp. 319 ss.; *L. Philipps* Der Handlungsspielraum, 1974; *O. Ranft*, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen im Strafrecht, JuS, 1963, pp. 340 ss.; *C. Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 5.ª ed., 1989; *el mismo*, An der Grenze von Begehung und Unterlassung, Engisch-Festschrift, pp. 380 ss.; *el mismo*, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Honig-Festschrift, pp. 133 ss.; *el mismo*, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Gallas-Festschrift, pp. 241 ss.; *el mismo*, Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen, NStZ, 1987, pp. 345 ss.; *E. Samson*, Begehung und Unterlassung, Welzel-Festschrift, pp. 579 ss.; *W. Sax*, Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung, JZ, 1975, pp. 137 ss.; *B. Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971; *M. Schubarth*, Begunstigung durch Beherbergen? Schultz-Festgabe, pp. 158 ss.; *H. Tröndle*, Sterbehilfe als rechtliches Problem, ZStW, 99, pp. 1 ss.; *el mismo*, Strafrechtlicher Lebensschutz und Selbstbestimmung des Patienten, Göppinger-Festschrift, pp. 595 ss.; *K. Volk*, Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen, Tröndle-Festschrift, pp. 219 ss.; *J. Welp*, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968; *J. Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981.

A. La necesidad de posición de garante

56 1. El fundamento de la responsabilidad en los supuestos básicos de los delitos de comisión es que el autor, por ser causante, amplía su ámbito de organización sin consideración a otras personas y a costa de éstas. A tenor del § 13.1 StGB, los delitos de comisión han de complementarse con una variante omisiva (los llamados delitos de omisión impropios, *infra* 29/1 ss.) cuando el omitente —junto con otros requisitos cumulativos— es garante de la evitación del resultado («debe responder de ello»). El problema de determinar estos deberes de garante a veces, es decir, en las posiciones de garante en virtud de la responsabilidad por organización (con detalle, *infra* 29/29 ss.), ha de resolverse determinando los casos en los que el autor ya no es causante activamente, pero su ámbito de organización tiene aún efectos externos. El supuesto, casi siempre evidente, de tales efectos externos del ámbito de organización propio, si bien sin acción actual, se da cuando el autor se ahorra la necesidad de cualquier acción empleando dispositivos automáticos (o personas sujetas a órdenes o animales amaestrados). Ejemplo: Es indiferente que alguien atropelle conscientemente a una persona con un vehículo acelerando (acción) o no frenando (omisión).

2. Así como en el delito de omisión el autor puede ser responsable de pro- 57
cesos causales por la vinculación de éstos con su ámbito de organización, también en los delitos de comisión, a la inversa, procesos causales puestos en marcha mediante acción actual cabe distanciarlos del ámbito de organización del agente (o del ámbito de organización que el agente gestiona en lugar de otro). Este distanciamiento del agente con respecto a la realización del tipo puede tener lugar porque la realización del tipo se puede definir como consecuencia de la voluntad de otra persona o, si no, como perteneciente a un ámbito de organización ajeno, sobre todo como perteneciente al propio ámbito de organización de la víctima [103]. En estos casos, a pesar de la causalidad, no existe incumbencia del autor por la organización. En pocas palabras: ¿Quién, en el ajedrez o en otra forma de competición en que los participantes intervienen en pie de igualdad, le imputaría con reproche al vencedor la falta de fortuna del derrotado?

Tanto en la comisión como en la omisión, en caso de falta de incumbencia de la organización puede existir desde luego responsabilidad, a saber, a causa de un deber de dedicación solidaria (*infra* 29/57 ss.). Absolutamente independiente de las posiciones de garante es el deber —más atenuado— de tener en cuenta la solidaridad mínima en virtud de los §§ 138, 323 *c* StGB.

3. *En definitiva, no sólo el autor de la omisión, sino también el de la co-* 58
misión debe ser garante si es que ha de responder de un delito de resultado mediante comisión; cierto que el autor de la comisión, en la mayoría de los supuestos que se discuten en la práctica, es garante ya por su comisión (incumbencia por la organización), pero no por principio. Si a continuación se procede a separar los casos de prohibición de regreso con respecto a los de organización de la víctima relacionada con el resultado y a los de amenaza a la víctima por terceras personas, ello es así sólo porque con la prohibición de regreso se tiene disponible un concepto reconocido para un ámbito parcial. De la separación no se desprenden diferencias materiales.

B. Grupos de supuestos en que falta la imputación

1. La responsabilidad por un delito de resultado mediante comisión decae 59
cuando una acción llega a ser causal de un resultado típico sólo porque un tercero desvía, sin relación con el agente las consecuencias de la acción hacia el daño [103a]. Ejemplo: El deudor paga su deuda y el acreedor compra con ese dinero, tal como sabía el deudor, un arma y mata a una persona del modo que también preveía el deudor; aquí no cabe apreciar complicidad del deudor en el homicidio. Se trata del ámbito de la *prohibición de regreso,* que se expone en relación con la teoría de la autoría y de la participación (*infra* 24/13 ss.). La limitación de responsabilidad afecta naturalmente también a los hechos imprudentes (en los que el Derecho vigente no distingue según formas de participación). Ejemplo: Si en el caso acabado de mencionar falta el dolo, pero no la

[103] *Vid. Roxin*, Engisch-Festschrift, pp. 380 ss., 393 ss.; *Kratzsch*, Oehler-Festschrift, pp. 65 ss., 69 ss.

[103a] *Frisch*, Verhalten, p. 230 con amplias referencias bibliográficas.

previsibilidad del curso causal, el que realiza el pago tampoco responderá (por homicidio imprudente, § 222 StGB). La realización del tipo se define aquí como consecuencia de la voluntad del que lleva a cabo la desviación y de este modo queda distanciada del agente anterior.

La limitación de responsabilidad también se produce cuando el tercero es el mismo que resulta dañado, siempre que no concurran los requisitos de la autoría mediata —incluido el aprovechamiento de alguien que se comporta sin dolo—. Ejemplo: Si la víctima de unas lesiones no se cura las heridas sin una razón comprensible (omisión), o no deja de arañárselas (acción), el autor no responde por las complicaciones o secuelas [104] (*vid. infra* 21/56 ss.).

60 2. La responsabilidad por un delito de resultado mediante comisión también decae cuando el resultado típico sólo acaece porque el *ámbito de organización del lesionado está por su parte orientado al resultado*. Lo mismo rige para el supuesto en que el ámbito de organización del lesionado está *amenazado por parte de terceros*.

61 *a) a')* El que queden ilesos los bienes del lesionado puede depender de que del ámbito de organización del agente provengan determinados procesos causales salvadores cuya existencia no está jurídicamente garantizada; si el titular de un ámbito de organización (o quien actúe en su lugar) ciega mediante una acción la fuente de esos procesos, daña los bienes del otro mediante comisión, pero no responde por ese delito de resultado mediante comisión. Ejemplo: Se secan las flores en un terreno bajo de una región seca (§ 303 StGB) al desconectar el sistema de irrigación situado en el terreno más elevado, cuya agua, al infiltrarse, impregnaba la zona más baja. Dado que la existencia de los bienes no está jurídicamente garantizada, el agente no estaría obligado a abrir una nueva fuente. Por tanto, cabe eludir la responsabilidad en tales supuestos, siempre que el ámbito de organización del autor esté configurado de manera que la fuente se tape por sí misma; en el supuesto del ejemplo: El sistema de irrigación recibe, mientras de todos modos se produce una parada, un mecanismo automático de encendido/apagado. Pero la valoración jurídica no depende de técnicas manipulables [105]: Así como en la injerencia se fundamenta un deber por el hecho de que no se atiende —como en la acción— al *output* de un sistema psicofísico, sino al de un sistema ampliado (*infra* 29/29, 39 ss.), la orientación por el sistema ampliado también puede excluir la responsabilidad: éste es el caso cuando ciertamente el sistema psicofísico tiene aún *output* (se da una acción), pero el ámbito de organización ya no (ya no se derivan de él procesos causales). Todo esto rige a salvo de los deberes especiales existentes y de la responsabilidad por los §§ 138, 323 *c* StGB.

---

[104] *Vid. Burgstaller*, Jescheck-Festschrift, pp. 357 ss.; *el mismo*, Pallin-Festschrift, pp. 39 ss., 41 ss.; *Frisch*, Verhalten, pp. 148 ss., 446 ss.; *Hillenkampf*, Vorsatztat und Opferverhalten, pp. 301 ss.; *Roxin*, Gallas-Festschrift, pp. 241 ss., 248 s.; *Küpper*, Unmittelbarkeit, pp. 91 s.; *de otra opinión* (problema de determinación de la pena), *Maeck*, Opfer, pp. 45 ss.; *vid.* también *supra* 7/55 s.

[105] *Vid. Welp*, Vorangegangenes Tun, p. 114; *Philipps*, Handlungsspielraum, pp. 140 ss.; *Schünemann*, Grund und Grenzen, p. 283; *Frisch*, Verhalten, p. 132 s.; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 160, ante § 13.

b') El problema se trata a menudo bajo la denominación abreviada [106] de 62
desistimiento de la tentativa, siendo el resultado, al parecer, dependiente de diferencias entre el alcance de la responsabilidad en los delitos de comisión y en los de omisión. Si un salvador anula su medida de salvación cuando ésta ha ido ya tan lejos que traerá ayuda *por sí* al objeto en peligro, sin más intervención, en caso de que el objeto resulte lesionado por tal anulación, la aplicación de los principios del delito de comisión *siempre* conducirá a la responsabilidad por delito de resultado mediante comisión, mientras que la aplicación de los principios del delito de omisión (los llamados delitos de comisión por omisión), *según la posición de deber*, conducirá a una responsabilidad igual a la de la comisión, o a responsabilidad por el § 323 *c* StGB o a la impunidad [107]. La responsabilidad ilimitada esbozada en aplicación de supuestos principios de la comisión depende del principio —no fundamentable— de que toda causación evitable (dolosa o imprudente) es adecuada para dar lugar a responsabilidad por delito comisivo. Sin embargo, este principio no tiene en cuenta que las máximas de la imputación han de formarse en función de categorías sociales y no naturalísticas. La aplicación de los principios del delito de omisión al grupo mencionado se desenvuelve desde luego dentro de las categorías adecuadas, ya que, según éstos, acerca de la realización del tipo no decide ya la respuesta a la cuestión de la causalidad, sino la respuesta a la cuestión del deber. Pero esta vía de solución está cerrada, porque ahora se trata de la valoración de una *acción*. Sólo queda, pues, el procedimiento aquí esbozado, con arreglo al cual también en el delito de *comisión* hay que diferenciar según la posición de deber y, sobre todo en caso de mera delimitación de cursos causales dentro del propio ámbito de organización, hay que excluir la responsabilidad, siempre que falte un deber especial o una situación de desamparo suficiente para apreciar el § 323 *c* StGB.

c') Tan pronto como el proceso causal salvador ha abandonado, siquiera 63
sea parcialmente, el ámbito de organización del agente, su anulación conduce a la total responsabilidad. El límite de la esfera interna de un ámbito de organización puede ser difícil de fijar en el caso concreto; pero esta determinación no presenta más problemas que los que aparecen en la determinación de los deberes de la vida de relación (*vid. infra* acerca de la omisión 29/29 ss.): Mientras el derecho (que en caso necesario se puede imponer ejerciendo la causa de justificación estado de necesidad) se dirija a la configuración sin impedimentos, también alcanza hasta ahí el ámbito de organización [108]. Concluye, por tan-

[106] Abreviada, porque el actuar efectivamente salvador puede emprenderse sin consciencia de la situación de necesidad, es decir no como tentativa de salvación, y porque además no se ve abarcado el problema de la salvación mediante la *renuncia* a acciones.

[107] En relación con la comisión, *Samson*, Welzel-Festschrift, pp. 579 ss., 598 s.; en relación con los principios de la omisión, *Roxin*, Engisch-Festschrift, pp. 380 ss., 386 s. (en definitiva, igual en amplia medida a la solución aquí propuesta); *vid.* también *Schmidhäuser*, AT, 16/105, 107, con acertadas observaciones metodológicas; *Armin Kaufmann*, Dogmatik, pp. 106 ss.; *vid.* asimismo *infra* la nota 110 sobre el problema de Derecho médico de la interrupción de tratamientos automatizados.

[108] Aún más allá, *Roxin*, Engisch-Festschrift, pp. 380 ss., 386 s. No basta la mera pretensión de volver a conceder una posibilidad de configuración. Ejemplo (de *v. Overbeck*, GS, 88, pp. 319 ss., 327, 332): La denuncia de un delito por carta ha salido del ámbito de organización, al pasar al ámbito de dominio de Correos; el «pescar» la carta de denuncia del buzón no es una acción a enjuiciar por el § 138 StGB (omisión del deber de denunciar delitos planeados), sino por

to, ya cuando hay deber de soportar (p. ej., a partir del § 34 StGB), y ello sin tener en cuenta si el deber de soportar no se corresponde con un deber de actuar, o lo hace con un deber de actuar propio (como garante o según los §§ 138, 323 *c* StGB) o con un deber de actuar de terceros, pues ya el deber de soportar por sí solo priva del derecho de disponer sobre la configuración de la organización. Ejemplo: Quién sin más motivo hace desaparecer con rapidez su bicicleta, dejándola bajo llave, cuando el labrador vecino la pretende utilizar para recoger medicamentos para su ganado enfermo, responde por el deber de soportar que surge con arreglo al § 303 StGB si concurre el dolo y el resultado, aun cuando no estuviera obligado a ninguna conducta de salvación (p. ej., a la entrega de la bicicleta ya bajo llave) por falta de una situación de desamparo suficiente para el § 323 *c* StGB [109]. Lo que desde luego no significa un deber de soportar es que el titular habría debido tener preparado el bien afectado; antes de que comience la intervención que ha de soportarse, se puede disponer sobre él a voluntad.

64 *d')* En la práctica, tienen importancia los casos en los que un médico interrumpe un tratamiento (intensivo) de continuidad automática (por medio de un reanimador o un corazón y pulmón artificial) en un momento (acción) en que no existe deber de continuar el tratamiento. Aun cuando la interrupción, como preveía el médico, tenga por consecuencia la muerte del paciente, a pesar de tratarse de una acción, no constituye homicidio por comisión según el § 212 StGB, al igual que el no tratar a un paciente a falta de un deber de tratarlo tampoco constituye homicidio mediante comisión [110].

Dado que se trata de la ausencia del deber de dejar el ámbito de organización *propio* o del que se conduce en lugar de otro en una configuración favorable para los bienes de terceros, las invasiones de terceras personas (no competentes en la organización) conducen a la responsabilidad según los principios generales: Ejemplo: Cuando no es el médico, sino el heredero impaciente el que interrumpe por su propia mano el tratamiento médico intensivo ya no indicado, ello conduce a la responsabilidad por los §§ 211 ss., StGB [111] (mientras no obre con el consentimiento del paciente).

---

los delitos de resultado mediante comisión. Si *tras* esta acción queda aún la posibilidad de evitar el resultado, su enjuiciamiento se rige por el § 24 StGB.

[109] En esto de acuerdo *Armin Kaufmann*, Dogmatik, pp. 194 ss.; *Roxin*, Engisch-Festschrift, pp. 380 ss., 389. *De otra opinión* (no hay responsabilidad por el delito de resultado por comisión) con distintas fundamentaciones, *Meyer-Bahlburg*, GA, 1968, pp. 49 ss., 51; *Ranft*, JuS, 1963, pp. 340 ss., 341; *Herzberg*, Unterlassung, pp. 43 s.

[110] Muy discutido; en defintiva como aquí, *Geilen*, Euthanasie und Selbstbestimmung, p. 22; *el mismo*, JZ, 1968, pp. 145 ss., 151; *Engisch*, Gallas-Festschrift, pp. 163 ss., 177 ss.; *Roxin*, Engisch-Festschrift, pp. 380 ss., 399; *Kamps*, Arbeitsteilung, pp. 86 ss.; *Hirsch*, Lackner-Festschrift, p. 579 ss., 605; *Tröndle*, ZStW, 99, pp. 1 ss., 31; *el mismo*, Göppinger-Festschrift, pp. 595 ss.; 603 *Breit*, en: Medizin, pp. 117 ss., 123 s.; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 160, ante § 13. *De otra opinión* (no hay limitación de la responsabilidad, por obrar en el propio ámbito vital), *Samson*, Welzel-Festschrift, pp. 579 ss., 601 ss.; *Bockelman*, Strafrecht des Arztes, pp. 112, 114 s., 125, nota 45; *Blei*, AT, § 84, II, 5; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 45, núm. marg. 32 s.; *Sax*, JZ, 1975, pp. 137 ss.; *Wessels*, § 16, I, 2; *AK-Seelmann*, § 13, núm. marg. 23 s.; *Jescheck*, AT, § 58, II, 2; no obstante, indeciso, *el mismo*, en: *LK-Jescheck*, núm. marg. 83, ante § 13.

[111] De tal modo se responde a los reparos de *Samson*, Welzel-Festschrift, pp. 579 ss., 603, nota 92. Tendrá importancia práctica el servicio médico por turnos al que *Samson* alude: No se trata de quién estuviera de servicio casualmente cuando se conectó la máquina, sino de quién ha de responder por la medida médica en el momento de la acción. Dado que el paciente no tiene

b) El ámbito vital del lesionado está también organizado de modo orien- 65
tado al resultado cuando sus bienes, al ocurrir tales actuaciones —que *por su ubicuidad son socialmente adecuadas*—, no tienen ya firmeza. Así como —al margen de los deberes especiales— no está asegurada jurídico-penalmente la confianza en una dedicación especial, tampoco hay, por lo regular, confianza penalmente asegurada en que no se produzcan afectaciones de ámbitos de organización particulares, afectaciones sin las que ya no resultaría posible la convivencia, o sólo con un coste desproporcionado. Ejemplo: Si una persona, por su hipersensibilidad, resulta lesionada en una medida relevante para el § 223 StGB cada vez que pasa un camión, por el ruido de éste, no por ello los camiones han de evitar pasar por las carreteras de su entorno bajo la amenaza de pena por delito de lesiones. Quien alberga a su amigo que pasa de viaje, no comete un encubrimiento (§ 258 StGB) sólo porque ese alojamiento al mismo tiempo oculta de la policía al amigo que está siendo buscado [112]. A este contexto pertenecen también los *daños subsiguientes* en la forma de «daños por *shock*» [113]. Ejemplo: Al recibir la noticia de que su hijo ha resultado muerto en el accidente de tráfico ocasionado por el actuar no permitido del autor, los padres sufren un «ataque de nervios». Cómo solucionar los sufrimientos anímicos, en determinados ámbitos, es asunto de cada cual. Desde luego, los límites no están nada claros. No sólo frente a personas dependientes puede llegar a ser deber jurídico el tener en cuenta la constitución anímica. Así, sería discutible la responsabilidad cuando la víctima sufre el daño por *shock* a causa de noticias falsas. Si bien es asunto propio de cada uno el arreglárselas con la realidad, ya no lo es el tener que hacerlo con una mentira (*vid.* asimismo *infra* acerca de la distribución de la incumbencia en la autoría mediata, 21/68 ss., 78).

c) El lesionado no está amenazado por el agente, sino por parte de ter- 65a
ceros cuando el tercero deriva lo realizado por el autor hacia lo delictivo en su ámbito de incumbencia. Se trata entonces de supuestos de la prohibición de regreso (*infra* 24/13 ss.). Por otra parte, el tercero puede organizar las cosas *antes* de la ejecución de la acción de modo que ésta llegue a una situación en que

---

por qué soportar contra su voluntad los servicios del médico (no hay obligación de someterse a tratamiento), le está permitido ocasionar su conclusión por medio de un tercero: Quien con la voluntad del paciente interrumpe el tratamiento, no comete un homicidio a petición, sino una interrupción de tratamiento atípica; LG, NStZ, 1987, pp. 345 ss., 348 ss.; *de otra opinión*, *Herzberg*, JZ, 1988, pp. 182 ss., 185 ss. (que aprecia la realización del tipo, pero al mismo tiempo, con amplio alcance, estima la justificación). La solución tiene validez aun cuando el tratamiento esté médicamente indicado, pero no cuando no se trata de un servicio procedente de un ámbito de organización *ajeno*; ejemplo: Quien a petición de la víctima interrumpe, no los efectos de un corazón y pulmón artificial, sino los de la circulación natural de la sangre, no comete un hecho sin posición de garantía, sino un homicidio a petición (no obstante, *vid.* también *infra* 29/56).

[112] *Vid. Schubarth*, Schultz-Festgabe, pp. 158 ss., 162 ss.; *Frisch*, NJW, 1983, pp. 2741 s., 2743; *vid.* también OLG Stuttgart, NJW, 1981, pp. 1569 s. Acertado en cuanto al resultado, pero sin consciencia del problema, BGH, JZ, 1983, pp. 810 s. Errado OLG Koblenz, 1982, pp. 2785 s.

[113] *Roxin*, Honig-Festschrift, pp. 133 ss., 141 s.; *el mismo*, Gallas-Festschrift, pp. 214 ss., 256 ss.; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 78, ante § 1; *Schünemann*, JA, 1975, pp. 435 ss., 715 ss., 720; *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 125 s.; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung, pp. 55 s., 341; la explicación común de que la prohibición de matar o de lesionar no preservaría «más que al afectado de los efectos somáticos de conmociones anímicas» (*Roxin*, Gallas-Festschrift, pp. 241 ss., 256 s.) es evidentemente un círculo vicioso: La víctima del *shock* está afectada *incluso* somáticamente; así, crítico con razón *Frisch*, Verhalten, pp. 397 ss. En relación con el Derecho civil, *vid.* BGHZ, NJW, 1985, p. 1390.

va a resultar dañosa; dada la posición de garante, el agente sería entonces incluso autor por comisión (§ 25.1, 1.ª variante StGB). Ejemplo: Un terrorista instala en una vivienda una carga explosiva preparada para estallar en el momento en que el vecino abra su puerta. Dado que el vecino no es garante de lo que preparen terceros con objetos —no propiamente peligrosos— de su ámbito de organización, puede aprovecharlos, a reserva de las limitaciones que se expondrán a continuación, sin tener en cuenta las consecuencias a ellos conectadas voluntariamente por parte de terceros.

No es necesario que, para ser responsable de la situación delictiva, el tercero obre dolosa o bien en general evitablemente. La responsabilidad de un tercero sin comportamiento de organización conscientemente dañoso es sobre todo posible cuando el agente realiza una obra «sintonizada» con la organización del tercero. Ejemplo: Si un fabricante, por encargo de un comerciante independiente, suministra un producto de limpieza adecuadamente etiquetado directamente a un cliente del comerciante, no responderá aquél —incluso en caso de previsión segura— por los daños que sufra el cliente porque el comerciante le había informado incorrectamente de la idoneidad del producto como condimento. *Vid.* asimismo *supra,* acerca del riesgo permitido, 7/50, 50 *a.*

66 3. El agente no queda exento de responsabilidad por un delito de resultado mediante comisión cuando, *con independencia de la acción,* es *garante* de que el bien afectado quede intacto o al menos no resulte amenazado por determinados peligros. El médico que, contra su deber de tratar, da por concluido un tratamiento intensivo con la consecuencia de la muerte del paciente, responde por los §§ 211 ss. StGB tanto si suspende su actividad manual (omisión; §§ 211 ss., 13 StGB) como si desconecta la máquina que funcionaba automáticamente (acción). La posición de garante puede surgir de una vinculación institucional que obliga a la solidaridad (especial confianza, etc.), pero también puede basarse en una responsabilidad por organización, fundamentada con independencia de la respectiva acción (al igual que, también en el autor de la omisión, la circunstancia de que *un* determinado comportamiento no fundamente ninguna posición de garante por incumbencia de organización no significa que *otro* comportamiento no haya ya fundamentado tal incumbencia).

El garante sólo ha de responder por cursos causales dañosos que afecten a un bien al que ha de favorecer la posición de garante. Ejemplos [114]: La prohibición de apagar las luces de carretera por la noche sirve a los bienes que intervienen en el tráfico rodado, pero no a los aviadores deportivos que se orientan por la serie de luces. La prohibición de pasar peligrosamente junto a un

[114] En el supuesto de RG, 63, pp. 392 ss., 294, dos personas circulan en bicicleta en la oscuridad sin luces. La de delante choca con un automóvil que viene en sentido contrario y resulta lesionada, lo que no habría ocurrido si la de detrás hubiera llevado las luces encendidas, ya que la de delante habría estado iluminada y visible. En caso de conducción no coordinada en fila, falta ya la causalidad del de atrás por el accidente: Su conducción no es condición de la conducción del de delante. En caso de conducción común coordinada, la prohibición de regreso impide la responsabilidad. No existe un deber de alumbrar activo, sino sólo una prohibición de conducir sin luces. Si existiese un deber de alumbrar, habría que atender a qué riesgo debe disminuir este deber, y dado que éste difícilmente será el riesgo existente para quienes conducen por delante, el resultado no sería imputable; *vid.* ya *Exner*, Frank-Festgabe, t. 1, pp. 569 ss., 585.

obús escolar sirve al transporte de los escolares, pero no a los usuarios adul-
que el conductor deja subir por hacerles un favor [115].

4. También sin deber especial, en los casos descritos sólo decae la respon- 67
ilidad por delito de resultado por comisión. Si la acción conduce a un peli-
común o a una desgracia en el sentido del § 323 *c* StGB (menos relevante
la práctica es el § 138 StGB), la ayuda en la situación de desamparo con-
e en la *omisión de la acción* [116]. Al igual que el que omite sin contravenir
deber de garante debe prestar la solidaridad mínima exigida en el
23 *c* StGB por medio de una acción de salvamento, así el que obra activa-
nte, en caso de inaplicabilidad de los delitos de resultado por comisión pue-
omitir a causa de la solidaridad mínima exigida. Ejemplo: Quien devuelve
réstamo a su acreedor, aunque sepa que el acreedor utilizará el dinero para
agar una acción terrorista que pondrá en peligro vidas humanas, desde lue-
que no responde por complicidad en los delitos que se realizan en el aten-
o, pero sí por el § 323 *c* StGB.

5. *Resumen.* Hay acciones que conducen a un resultado típico sin que el 68
nte mediante estas acciones haya configurado su ámbito de organización sin
sideración a otras personas. En tales acciones, la responsabilidad por un de-
de resultado mediante comisión sólo está fundada cuando el agente, con
ependencia de su acción actual, es garante, es decir, cuando está obligado,
ausa de otra acción previa (injerencia) o a causa de sus deberes de la vida
relación, a especiales limitaciones de acción, o bien cuando, a causa de sus
eres institucionales de solidaridad, está obligado a sacrificar su libertad de
ión. Sin posición de garante, queda la posibilidad de responder por lesión
la solidaridad mínima (¡mediante acción!) con arreglo a los §§ 138,
c StGB.

Los llamados delitos de omisión mediante comisión

1. Con la idea de que el alcance de la responsabilidad de los delitos de 69
nisión es más estrecho que el alcance de la realización evitable del resultado
diante acción, se solucionan también los casos de los llamados delitos de omi-
n mediante comisión, en los que el autor paraliza su capacidad de evitar un
ultado típico. Ejemplos comunes: Un guarda-barreras se embriaga a propó-
, hasta el punto de que ya no puede manejar las barreras, etc., hasta que
roduce como consecuencia la muerte de transeúntes [117]. Un soldado de per-

[115] BGH, VRS, 60, pp. 38 ss.

[116] La aplicación del § 323 *c* StGB es problemático desde el punto de vista constitucional, de-
a la prohibición de indeterminación consagrada en el artículo 103.2 GG y en el § 1 StGB, ya
falta un precepto análogo al § 13 StGB para tranformar los delitos de omisión en delitos de
isión. Frente a la responsabilidad por un delito de comisión, que no está excluida por la *lex*
ta, la reducción de la responsabilidad por el § 323 *c* StGB beneficia al autor. Sobre la aplica-
de delitos de omisión propia a la comisión, *vid. Maurach-Gössel*, AT, II, § 45, núm.
g. 45 ss., y ahí sin embargo sólo en concurso con delitos de comisión.

[117] El comportamiento relevante puede ser también un omitir: El guardabarreras, ante la fal-
e oxígeno, no sale a tomar el aire, de modo que se desmaya, etc.; la doctrina dominante, que
truye su solución a través de un delito de omisión mediante comisión, tiene que apreciar aquí
delito de omisión mediante omisión.

miso se embriaga de tal modo que debe guardar cama durante tres días, no pu diendo regresar al cuartel (§ 15 WStG). En estos casos se trata de comisic nes [118], cuyos efectos, sin embargo, no sobrepasan el propio ámbito de orga nización; así pues, sólo se puede castigar por delito de resultado mediante cc misión si —como en los ejemplos mencionados— existe una posición de garar te. De lo contrario, el autor queda impune, si faltan los requisitos de los §§ 138 323 *c* StGB. Ejemplo: Quien sabe de la comisión de un delito, estropea la l nea telefónica, no pudiendo después llevar a cabo la denuncia del delito, etc si existe posición de garante, responderá por el delito de resultado; sin pos ción de garante, sólo habría posibilidad de hacerle responder por el § 138, a que habría que complementar con una variante comisiva, siempre que se trat de uno de los delitos allí comprendidos; si no, el hecho quedará impune [119]

2. Sobre el problema de los supuestos delitos de omisión mediante com sión en la forma de participación comisiva en el delito de omisión, *vid. infra* acerca de los delitos de omisión, 29/108 ss.

D. Los delitos de infracción de deber

70 1. Hasta aquí se ha tratado de las consecuencias que deben extraerse d que en el supuesto básico de los delitos de comisión el fundamento de respor sabilidad sea la responsabilidad por la ampliación de un ámbito de organiza ción. Junto a esta responsabilidad, que supone la pieza complementaria de l libertad de acción, aparece una responsabilidad a causa de la lesión de debere de cuidado de un bien, cuidado especial, solidario e institucionalmente asegu rado. En los casos de estos *delitos de infracción de deber* [120], con independer cia del hecho existe una relación entre el autor y el bien. La relación autor bien no está definida únicamente de modo negativo como un mero no-lesionar sino positivamente por medio de un estatus del autor en relación con el bier

---

[118] *Vid.* el elemento distintivo indicado *infra* 28/3: un motivo de más. Naturalmente, el autc habría podido realizar aún una acción salvadora para evitar el resultado, y puede ocurrir que, p. ej el guardabarreras, sin el motivo de haberse embriagado, tampoco se hubiera decidido a bajar la barreras (o sea, que le habría faltado también un motivo). No obstante, el deber jurídico existent también habría dado lugar a castigar, por no bajar las barreras, como delito de omisión. Formu lado como problema causal: En una situación *sin* motivo de salvación, embriagarse no es condició del resultado. Sin embargo, no se trata de una situación sin motivo de salvación verificada con arre glo a datos psíquicos, sino de imputación. Hay que salvar, y en una situación *con* motivo de sa vación, embriagarse es condición del resultado.

[119] En definitiva, doctrina dominante; desde luego, en caso de plena responsabilidad se tra tará de castigar por comisión a partir de un delito de omisión; pero como una comisión siempr sólo puede infringir una prohibición, el delito de omisión, a partir de la norma, ha de completars (transformarse) con un delito de comisión. *Roxin*, Engisch-Festchrift, pp. 380 ss., 383; *Bertel*, JZ 1965, pp. 53 ss., 55; *Meyer-Bahlburg*, GA, 1968, pp. 49 ss., 51; *v. Overbeck*, GS, 88, pp. 319 ss 331 s.; *H. Mayer*, AT, § 17, I; *vid.* también *Gössel*, ZStW, 96, pp. 321 ss., 328 ss.; dubitativo, *AK Seelmann*, § 13, núm. marg. 26, 60. En relación con la figura argumentativa de la *omissio libera in causa*, *vid. Welp*, Vorangegangenes Tun, pp. 137 ss.; *Maurach*, JuS, 1961, pp. 373 ss., 376 s *Androulakis*, Studien, pp. 152 ss.; *Hruschka*, Bockelmann-Festchrift, pp. 421 s.; *el mismo*, AT pp. 57 ss.; *Joerden*, Strukturen, pp. 52 ss.; *vid.* asimismo *supra* sobre la *actio libera in caus* 17/64 ss.

[120] *Roxin*, Kriminalpolitik, p. 17; *el mismo*, Täterschaft und Tatherrschaft, pp. 352 ss.; *vi infra* 21/115 ss.

Este estatus está estrechamente vinculado a contextos regulados (padres, tutor, funcionario) —es decir, a instituciones— preformados y a lo sumo disponibles dentro de estrechos límites. En estos delitos, la responsabilidad o incumbencia del autor se determina por medio del estatus, no por medio de su ámbito de organización. El estatus fundamenta, de modo distinto a como sucede en los deberes (que incumben a todos), de no lesionar o sus derivados (los deberes en virtud de incumbencia de organización en los delitos de omisión), un deber especial en sentido estricto.

En los delitos de infracción de deber no se suele distinguir entre comisión y omisión. Todos los delitos de omisión impropia con deber de garante en virtud de responsabilidad institucional (*infra* 29/57 ss.) son delitos de infracción de deber, al igual que todos los delitos de comisión que son cometidos por personas que a la vez son garantes, en virtud de incumbencia institucional. Ejemplo: El director de un orfanato, sin consideración al género de su contribución, o incluso sin contribución alguna (esto es, por omisión), es responsable como autor si los niños sufren daños en la salud por la pésima calidad de la comida (§ 223 *b* StGB).

2. *Tanto los delitos de comisión como los de omisión tienen, pues, un fundamento de responsabilidad por incumbencia de la organización y, por otra parte, otro por la incumbencia institucional;* de ahí se deduce que la separación comisión-omisión sólo sigue una de las diversas posibles divisiones a través del complejo de lo objetivamente típico. Otra división discurre entre las responsabilidades referidas a la organización, por una parte, y las referidas a la institución, por otra, tanto en la comisión como en la omisión. Sólo esta última división acierta en el fundamento de responsabilidad, siendo por ello la más importante materialmente [120a]. 71

VII. LA IMPUTACION OBJETIVA, 5.ª CONTINUACION: REALIZACION DEL RIESGO EN SUPUESTOS DE CONCURRENCIA DE RIESGOS

BIBLIOGRAFIA: *E. S. Binavince*, Die vier Momente der Fahrlässigkeit, 1969; *H. Bindokat*, *Versari in re illicita* und Erfolgszurechnung, JZ, 1977, pp. 549 ss.; *el mismo*, Verursachung durch Fahrlässigkeit, JuS, 1985, pp. 32 ss.; *B. Bottke*, Die Immission infektiösen Ejakulats bei ungeschütztem Geschlechtsverkehr zwischen HIV-Infizierten und minderjährigen Jugendlichen, AIFO 1988, pp. 628 ss.; *M. Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974; *U. Ebert* y *K. Kühl*, Kausalität und objektive Zurechnung, Jura, 1979, pp. 561 ss.; *U. Ebert*, Comentario a OLG Stuttgart, JR, 1982, pp. 419 ss., loc. cit., pp. 421 ss.; *el mismo*, Der Schutzzweck von Geschwindigkeitsvorschriften als Problem objektiver Erfolgszurechnung, JR, 1985, pp. 356 ss.; *F. Exner*, Fahrlässiges Zusammenwirken, Frank-Festgabe, Bd. I, pp. 569 ss.; *M. Fincke*, Arzneimittelprüfung. Strafbare Versuchsmethoden, 1977; *W. Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *W. Hardwig*, Verursachung und Erfolgszurechnung, JZ, 1968, pp. 289 ss.; *R. D. Herzberg*, Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb, 1984; *G. Jakobs*, Das Fahrlässigkeitsdelikt, suplemento ZStW, 1974, pp. 6 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, 32, pp. 88 ss., JR, 1984, pp. 385 ss.; *el mismo*, Risikokonkurrenz-Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht, Lackner–

[120a] *Vid. Volk*, Tröndle-Festschrift, pp. 219 ss., 237.

Festschrift, pp. 53 ss.; *M. Kahlo*, Das Bewirken durch Unterlassen bei drittvermitteltem Rettungsgeschehen, GA, 1987, pp. 66 ss.; *el mismo*, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes im Zusammenhang mit der Ausstellung einer Todesbescheinigung, NJW, 1990, pp. 1521 ss.; *H. J. Kahrs*, Das Vermeidbarkeitsprinzip und die *condicio sine qua non* Formel im Strafrecht, 1968; *H. Kamps*, Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt, 1981; *Arthur Kaufmann*, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 200 ss.; *el mismo*, Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie, Jescheck-Festschrift, pp. 273 ss.; *U. Kindhäuser*, Comentario a OLG Karlsruhe, JR, 1985, pp. 479 ss., loc. cit., pp. 480 ss.; *K. H. Knauber*, Comentario a BGH, NJW, 1971, pp. 388, *op. cit.*, pp. 627; *J. Krümpelmann*, Schutzzweck und Schutzreflex der Sorgfaltspflicht, Bockelmann-Festschrift, pp. 443 ss.; *el mismo*, Zur Kritik der Lehre vom Risikovergleich bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten, GA, 1984, pp. 491 ss.; *el mismo*, Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten, Jescheck-Festschrift, pp. 313 ss.; *el mismo*, Zurechnungsfragen bei mißlungener ärztlicher Fehlerkorrektur, JR, 1989, pp. 353 ss.; *W. Küper*, Überlegungen zum sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt, Lackner-Festschrift, pp. 247 ss.; *E.-J. Lampe*, Tat und Unrecht der Fahrlässigkeitsdelikte, ZStW, 101, pp. 3 ss.; *H. Niewenhuis*, Gefahr und Gefahrverwirklichung im Verkehrsstrafrecht, 1984; *F. Nowakowski*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JurBl., 1972, pp. 19 ss.; *H. Otto*, Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht-OLG Hamm, NJW, 1973, 1422, JuS, 1974, pp. 702 ss.; *el mismo*, Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten, NJW, 1980, pp. 417 ss.; *el mismo*, Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, Maurach-Festschrift, pp. 91 ss.; *I. Puppe*, Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung, JuS, 1982, pp. 660 ss.; *la misma*, Zurechnung und Wahrscheinlichkeit, ZStW, 95, pp. 287 ss.; *la misma*, Comentario a BGH, 33, pp. 61 ss., JZ, 1985, pp. 295; *la misma*, Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit, und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, ZStW, 99, pp. 595 ss.; *O. Ranft*, Berücksichtigung hypothetischer Bedingungen beim fahrlässigen Erfolgsdelikt?, NJW, 1984, pp. 1425 ss.; *C. Roxin*, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW, 74, pp. 411 ss.; *el mismo*, Reseña bibliográfica ZStW, 78, pp. 214 ss.; *el mismo*, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Honig-Festschrift, pp. 133 ss.; *el mismo*, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Gallas-Festschrift, pp. 241 ss.; *H. J. Rudolphi*, Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, JuS, 1969, pp. 549 ss.; *E. Samson*, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972; *el mismo*, Begehung und Unterlassung, Welzel-Festschrift, pp. 579 ss.; *el mismo*, Die Kausalität der Beihilfe, Peters-Festschrift, pp. 121 ss.; *F. Schaffstein*, Die Risikoerhohung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, Honig-Festschrift, pp. 169 ss.; *H. Schlehofer*, Risikovorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten, NJW, 1989, pp. 2017 ss.; *E. Schluchter*, Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei Fahrlässigkeitstatbeständen, JA, 1984, pp. 673 ss.; *Eb. Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, 1939; *B. Schünemann*, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA, 1975, pp. 435 ss., 511 ss., 575 ss., 647 ss., 715 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, StV, 1985, pp. 229, loc. cit., pp. 229 ss.; *el mismo*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA, 1985, pp. 341 ss., GA, 1986, pp. 293 ss.; *el mismo*, Die Rechtsprobleme der AIDS-Eindämmung, en: *el mismo et al.* (ed.), Die Rechtsprobleme von AIDS, 1988, pp. 373 ss.; *el mismo*, Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Tötung, Körperverletzung oder Vergiftung, JR, 1989, pp. 89 ss.; *J.-M. Silva Sánchez*, Zur strafrechtlichen Relevanz der Nicht-Unmittelbarkeit des Erfolgseintritts, GA, 1990, pp. 207 ss.; *G. Spendel*, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen,

Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 183 ss.; *el mismo*, Der *Conditio sine qua non* Gedanke als Strafmilderungsgrund. Zugleich ein Beitrag zum Besonderen Teil der Strafzumessungslehre, Engisch-Festschrift, pp. 509 ss., *el mismo*, Der hypothetisch gleiche oder schwerere Deliktserfolg als Strafmaßproblem. Zum Fall der Giftgaslieferungen für die Auschwitzmorde, Bruns-Festschrift, pp. 249 ss.; *G. Stratenwerth*, Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, Gallas-Festschrift, pp. 227 ss.; *F. Streng*, Zum rechtlichen Zusammenhang zwischen überhöhter Geschwindigkeit und Verkehrsunfall, NJW, 1985, pp. 2809 ss.; *K. Ulsenheimer*, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, 1965; *el mismo*, Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte, JZ, 1969, pp. 364 ss.; *J. Wessels*, Comentario a BGH, 21, pp. 59 ss., JZ, 1967, pp. 449 ss.; *E. A. Wolff*, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965.

A. La necesidad de individualizar el riesgo

1. Para cada daño se pueden señalar diversas condiciones o, mejor, com- 72
plejos de condiciones; así, para explicar el atropello de un niño se puede aducir que se abrió al público una calle de determinadas características, que un automóvil se dirigía al lugar en el momento del accidente, que un niño se disponía a cruzar una calle, etc., y en relación con estas condiciones a su vez se pueden indagar las condiciones previas, p. ej., que la calle se trazó sin visibilidad, porque para una conducción segura no se aprobó suficiente presupuesto, etc. La enumeración de todas las condiciones con el mismo rango no aportaría orientación alguna, sino que sólo pondría de manifiesto la interconexión inabarcablemente polifacética de todo acontecer. Por eso, el daño se aclara mejor mediante la remisión a *un* complejo de condiciones; es decir, que tal complejo se define como determinante. Son, p. ej., clases de tales complejos, determinantes, de condiciones: Comportamiento defectuoso de un autor, culpabilidad de un autor, propia culpabilidad de la víctima, desgracia. Un complejo de condiciones que pertenece a un contexto de aclaración se llamará a partir de ahora «riesgo».

2. El problema de la concurrencia de riesgos [121] surge de la circunstancia 73
de que el comportamiento arriesgado de modo no permitido (es decir, el riesgo: comportamiento defectuoso) del autor puede afectar a una situación que a su vez ya está amenazada por riesgo (por ejemplo: La víctima no ha adoptado las medidas de autoprotección que le incumben, o tiene una constitución débil o es puesta en peligro por otro autor). En tales situaciones, para verificar la responsabilidad por delito consumado se debe determinar si se ha realizado el riesgo del que ha de responder el autor, u otro riesgo.

Antes de exponer los requisitos de la realización de un riesgo se puede ya comprobar que para todo daño cabe señalar cualquier riesgo. Cuando no se rea-

[121] Los demás conceptos empleados (relación de fin de la norma, ámbito de protección de la norma) son demasiado amplios; también la causalidad, el riesgo no permitido, la comisión referida a posición de garante, el dolo y la imprudencia cabe incluirlos bajo esos términos. El concepto, también empleado, de relación de antijuricidad se extiende además a todas a las causas de justificación. Absolutamente en contra de cualquier consideración, exoneradora para el autor, de concurrencias de riesgos, *Eb. Schmidt*, Arzt im Strafrecht, pp. 200 ss.; *Spendel*, Eb. Schmidt-Festchrift, pp. 183 ss., 196 ss.; *Binavince*, Momente, pp. 220 s.; *Bindokat*, JZ, 1977, pp. 549 ss., 551.

liza la conducta defectuosa de un autor, se remite a la víctima a otras aclaraciones, y cuanto más fuertemente se abran paso otras aclaraciones distintas, menos motivo existe para imputar a un autor. La averiguación del modo de aclaración decisivo, pues, ha de ser estipulado en caso de duda.

Varios autores pueden ser, también juntos, responsables de un riesgo que se realiza, lo cual es corriente cuando concurre la actuación de varias personas (coautoría o participación), pero también puede ocurrir en la autoría simultánea *(Nebentätershaft)*, como, p. ej., cuando un padre manda a su hijo descuidadamente cruzar la calle, el cual resulta atropellado por un conductor que igualmente circulaba con algún descuido (el padre debe contar con conductores levemente descuidados, el conductor con peatones levemente descuidados). En caso de vulneración de incumbencia puede ser la propia víctima, junto al autor, responsable del riesgo que se realiza. Ejemplo: Alguien cruza descuidadamente una calle, siendo atropellado por un conductor igualmente descuidado. Se presupone aquí que el descuido de ambos intervinientes es necesario para explicar el curso causal dañoso (acerca de ello, con más detalle, *infra* 7/83).

B. La irrelevancia de hipótesis

74 1. El resultado dañoso, cuya realización se ha de aclarar señalando el riesgo, en el caso que aquí interesa principalmente de los delitos de resultado lesivo, consiste en la lesión de un bien objetivo; se trata, pues, de determinar un curso causal efectivamente dañoso. Un curso causal dañoso ha de distinguirse de un curso que, sin conducir a un daño, arrebata a un bien su posibilidad de persistir. Ejemplo: Si amenaza caer una tormenta de granizo (riesgo: desgracia), mientras los niños están pisoteando un sembrado de trigo al jugar a los indios (riesgo: comportamiento defectuoso), puede que la cosecha, al pisotearla, ya no tenga posibilidad de persistencia por la tormenta que se avecina, pero no se ve destrozada por la tormenta, sino por los niños al jugar. Desde luego, el saldo de posibilidades de un bien no empeora cuando se destruye un bien de todos modos ya perdido (sobre ello, *infra* 7/90 ss.). Se podría construir un sistema del Derecho penal que tuviera en cuenta el estado de las posibilidades y formulara como resultado típico la destrucción de una posibilidad de persistencia o el empeoramiento de un saldo de posibilidades. Sin embargo, el Derecho vigente no atiende a ello, sino a la producción del daño [122].

75 2. Como importa la producción del daño, pero no la pérdida de una posibilidad de persistencia, no se puede aceptar la fórmula tan difundida de que falta ya la realización del riesgo cuando sin el riesgo desencadenado por el au-

[122] La solución del Derecho vigente es preferible desde luego para aquellos bienes cuyo valor no es compensable. Con más detalle, *Jakobs*, Lackner-Festschrift, pp. 53 ss., 60 ss.; de otra opinión, *Arthur Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 200, 229, y en parte también *Samson*, Kausalverläufe, pp. 88 ss.; *vid.* además *Rödig*, Alternative, pp. 110 ss.; *Wolff*, Kausalität, pp. 19 ss. Un curso causal dañoso que no alcanza su plena realización puede de todos modos realizarse en parte. Ejemplo: El primer autor envenena a un animal de modo que éste muere después; pero antes de que se produzca la muerte, lo mata de un disparo otro segundo autor. Mediante el veneno ya se ha dañado *de modo consumado* al animal (§ 303 StGB); la muerte es, pues, sólo destrucción de una cosa ya disminuida en su valor.

tor se *habría* realizado otro. Es inútil sobre todo la fórmula de que no se ha realizado un riesgo no permitido cuando el resultado también se *habría* producido de haber sido permitido el comportamiento del autor [123]. Lo que equivale a decir que ya no hay garantía para un bien al que de hecho no se le puede salvar. Así pues, si la víctima está a punto de morir de hambre, ¿se la puede matar con un plato envenenado? Desde luego la hipótesis no se suele entender así [124], sino que más bien hay que mantener las garantías normativas del bien. Pero también en este marco reducido la fórmula está expresada incorrectamente, porque aúna el fundamento de un resultado y la falta de concurrencia de este fundamento.

El que se realice o no un riesgo no depende de lo que habría ocurrido sin este riesgo, sino de lo que ha ocurrido con él [125]. Paralelamente a la incorrección de la fórmula de la *condicio sine qua non* (*supra* 7/8 ss.), la comprobación de la realización del riesgo conduce a errores al tener en cuenta hipótesis [126] si hay disponible un riesgo sustitutivo. El riesgo que ha de comprobarse y el riesgo sustitutivo bloquean mutuamente la verificación de que se haya realizado uno u otro. Ejemplo [127]: Un camión adelanta a un ciclista a una distancia muy escasa; el ciclista se asusta, se tambalea hacia el camión y resulta muerto; el ciclista iba bebido e incluso si se le hubiese adelantado a la distancia lateral reglamentaria se habría asustado y se habría tambaleado hacia el camión. Al verificar la realización del riesgo —de modo usual, pero incorrecto— con ayuda de una hipótesis, se saca en consecuencia que no se ha realizado el peligro del adelantamiento muy ajustado; pero aplicando este método puede faltar también la realización del riesgo consistente en estar bebido el ciclista, es decir, si sin estar bebido el ciclista se habría llegado al accidente por lo escaso de la dis-

---

[123] *Jescheck*, AT, § 55, II, 2 *a* a; *LK-Jescheck*, núm. marg. 63 ante § 13; *Bockelmann-Volk*, AT, § 20, I, 4 *c*; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 15, núm. marg. 161 ss., 163; *Wessels*, AT, § 15, II, 5; *Lackner*, § 15, III, 1 *a* bb; *Arthur Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 200 ss., 229; *Ulsenheimer*, Verhältnis, pp. 146 s., 148 s.; *el mismo*, JZ, 1969, pp. 364 ss.; de entre la jurisprudencia: BGH, 11, pp. 1 ss. Evitando el método hipotético, pero distinguiendo en el caso concreto, *Kahrs*, Vermeidbarkeitsprinzip, pp. 69 ss., 99 ss.; *Hardwig*, JZ, 1968, pp. 289 ss., 291; *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe, pp. 68 ss. y *passim*.

[124] *Vid. LK-Jescheck*, núm. marg. 63, ante § 13: Debe atenderse a la ineludibilidad de la situación *objetivamente* dada; BGH, 30, pp. 228 ss., 231 ss.; *Niewenhuis*, Gefahr, pp. 94 ss.; *en otro sentido*, naturalmente, *Arthur Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 200 ss., 229 s. *Vid.* asimismo *infra* 7/92 ss.

[125] *Ranft*, NJW, 1984, pp. 1425 ss., 1427; *Puppe*, ZStW, 99, pp. 595 ss., 600; *Jakobs*, Lackner-Festschrift, pp. 53 ss., 56 ss.; *Krümpelmann*, Jescheck-Festschrift, pp. 326 ss., 329 ss.; en lo esencial, también *Frisch*, Verhalten, pp. 529 ss., con nota 89: La formulación de hipótesis sería una «descripción heurística gráfica, inexacta, de la cuestión decisiva de si el curso causal concreto habría sido evitable, conforme a plan, mediante la observancia de la norma»; también *op. cit.*, 565 ss.

[126] La causalidad se averigua y se demuestra mediante la contraposición de alternativas definidas en sistemas definidos. Tratándose de descubrir y de demostrar la causalidad, es, pues, razonable la contraposición de alternativas hipotéticas. Sin embargo, el enunciado «un riesgo se ha realizado si el resultado no se habría producido en una situación sin esos factores de riesgo» sólo se debe entender del modo siguiente: Los mencionados factores de riesgo han condicionado el resultado; si ha de demostrarse este hecho de la experiencia, entonces hay que disminuir el *input*, controlado en su totalidad, de un sistema idéntico, restándole esos factores determinados, etc. Sobre ello, *Jakobs*, Lackner-Festschrift, pp. 53 ss., 58 s.

[127] BGH, 11, pp. 1 ss.; supuesto comparable: OLG Karlsruhe, JR, 1985, pp. 479 s., con comentario de *Kindhäuser*, loc. cit., pp. 480 s.

tancia. Pero como el resultado se ha producido, esta vía de solución tiene que ser incorrecta: El ciclista ha de haber muerto por uno de los dos riesgos, ya que no se perciben otros riesgos cuya realización pueda venir en cuestión. Dado que la causalidad de una condición no consiste en que sin esa condición habría estado ausente el resultado, sino en que causa, y realmente, no sólo hipotéticamente, así también la realización del riesgo debe ser una determinación de la conexión real con el resultado.

C. La relatividad de lo no permitido

76 1. Cuando una persona se comporta defectuosamente lo hace siempre sólo desde determinado punto de vista, es decir, en la medida en que grava bienes ajenos con un riesgo de magnitud ya no tolerable. Pero en la medida en que grava esos mismos bienes, u otros, con un riesgo permitido, su conducta está permitida [128]. Si se realiza el riesgo permitido [129] ello ocurre *con ocasión* del comportamiento no permitido, pero no *a causa de* éste; es decir, las propiedades que especifican el comportamiento como no permitido (sea un hacer o un omitir) ya no son adecuadas para aclarar el curso causal dañoso.

Ejemplo: El propietario de una pensión, situada en el centro, que apaga la luz del portal por las noches (acción), obra de modo no permitido sólo en relación con los huéspedes que aún faltan por llegar, pero no en relación con los transeúntes que quieran refugiarse allí de la lluvia. Y en relación con sus huéspedes, obra de modo no permitido sólo en la medida en que su establecimiento se queda oscuro, pero realiza de modo permitido el hecho de que los huéspedes bebidos pierdan la orientación por la calle para encontrar la pensión. Incluso por lo que respecta a la oscuridad en su establecimiento, sólo ocasiona de manera no permitida el riesgo de que se caiga el huésped, pero no el de que le asalten. En definitiva, sólo es no permitido el efecto de «peligro de que tropiecen huéspedes en el establecimiento». La solución sirve asimismo para cuando el autor no vuelve a encender la iluminación que se apaga automáticamente (omisión). Como pone de manifiesto el ejemplo, el autor puede, mediante un solo comportamiento de organización, iniciar riesgos permitidos en relación con un bien (en el ejemplo, en relación la integridad física de los transeúntes), y además riesgos tanto permitidos como no permitidos para otro bien (en el ejemplo, en relación con la integridad física de los huéspedes).

77 2. Las dificultades de mantener separados los distintos riesgos y de enjuiciar por separado su carácter permitido o no permitido se deriva de un malentendido naturalístico. Al remitirse todas las consecuencias a un movimiento corporal (en la comisión; en la omisión a una situación arriesgada que no se im-

---

[128] Dubitativo *Küper*. Lackner-Festschrift, pp. 247 ss., 278 ss., pero la solución opuesta desemboca en el *versari in re illicita*.

[129] La realización de un riesgo permitido puede tener distintos significados: Se pueden —precisamente de modo permitido— completar las condiciones que conducen: 1) a un daño no imputable de la víctima por parte de terceros, o 2) a autodaños, contraviniendo lo que le incumbe, de la víctima; entonces el curso causal dañoso se explica por la culpa de terceros o por haber infringido su incumbencia la víctima. Pero también se pueden producir daños, 3) sin infracción de deber o de incumbencia; entonces se trata de una desgracia (caso fortuito).

pide), sólo se puede discernir su existencia *in cumulo:* El autor *realizará* (real o hipotéticamente) las consecuencias mediante una acción determinada, todas juntas (o no evitará, mediante omisión de una salvación, todas las consecuencias), y *alcanzará* (real o hipotéticamente) mediante la omisión de esta acción (o mediante la ejecución de la acción de salvamento) que todas las consecuencias del haz dejen de producirse. Sin embargo, desde el punto de vista del Derecho penal no interesa a qué combinaciones de consecuencias está sujeto el autor, fáctica o hipotéticamente, sino qué relaciones le *está permitido* iniciar a su ámbito de organización con respecto a otro y cuáles no (da igual que se dé hacer u omitir). Se debe, pues, prescindir de todas las combinaciones de consecuencias, fácticas o hipotéticas, con todas las contingencias, y determinar en concreto para cada riesgo real [130] concreto con que el ámbito de organización del autor grava al de otro, si éste es arriesgado de modo no permitido o no. Si algunos riesgos son arriesgados de modo no permitido, pero otros no, no importa el que el autor habría podido fácticamente cuidar de una organización en la que sólo se evitarían los riesgos no permitidos, pues la posibilidad de una organización así depende de casualidades. El que, en el ejemplo más arriba mencionado, el autor pueda iluminar su establecimiento y la calle, o incluso sea capaz de alumbrar la calle entera, depende de casualidades, al igual que la decisión hipotética de usar una capacidad eventualmente dada. No basta, pues, para la responsabilidad penal si determinados riesgos de un ámbito de organización no existirían sin una configuración no permitida de la organización; más bien decide el que esté permitido o no que tales riesgos existan.

D. Determinación de la realización del riesgo

1. *Regla básica*

a) Un riesgo no permitido se realiza cuando para aclarar el daño se necesitan todos aquellos datos del suceso de los que se deriva lo no permitido del riesgo [131]. Si no se necesita uno de estos datos, no se ha realizado la relación 78

[130] El que se trata de «estar permitido» y no de «poder», es decir, no de la divisibilidad real del riesgo no permitido, se ha interpretado equivocadamente en el sentido de que si se puede imaginar cualesquiera alternativas de comportamiento permitidas —acaso inviables en la práctica—, que también surten efecto dañoso, decae la responsabilidad (*Frisch*, Verhalten, pp. 526 s. con nota 110). Obviamente, se trata sólo de aislar la relación *realmente* no permitida, sin tener en cuenta en absoluto con qué está conectada fácticamente de modo forzoso tal relación.

[131] La solución que aquí se propone, que distingue entre riesgo permitido y no permitido, es comparable en lo esencial a la de *Puppe*, ZStW, 99, p. 595; *Puppe* requiere para la realización del riesgo una «cadena ininterrumpida de estados no permitidos» (loc. cit., pp. 610 s., 615; no obstante, *vid.*, asimismo *infra*, nota 131 *j*). A pesar de aplicar formas de solución sumamente distintas, existe casi unanimidad en el principio de que comportamiento no permitido más causalidad por el resultado no siempre constituye también comportamiento no permitido consumado (no obstante, *vid. Küper*, Lackner-Festschrift, pp. 247 ss., 253). Se discute la solución en caso de incertidumbre (sobre ello, *infra* 7/38 ss.). Un nuevo planteamiento lo desarrolla *Krümpelmann*, Jescheck-Festschrift, pp. 313 ss.; ya *el mismo*, GA, 1984, pp. 491 ss., 503 ss.; *el mismo*, Bockelmann-Festschrift, pp. 443 ss.; *Krümpelmann* comprueba, desde la perspectiva *ex ante*, qué deber tiene el autor frente a la víctima. Si el autor infringe su deber (lo que ha de demostrarse en el proceso), *Krümpelmann* trata siempre el riesgo restante, que también habría existido sin la infracción de deber, como *otro* riesgo, es decir, como hipótesis que no aclara nada. Para su crítica, *vid. Jakobs*, Lackner-Festschrift, pp. 53 ss., 54 s. con nota 4.

no permitida. El discernir si se necesita determinada información para aclarar un daño se sabe por experiencia o se aprende recabando experiencia [131a]. Se trata de invertir el proceso que se sigue en la formación de riesgos (no permitidos): Al igual que la peligrosidad, de acuerdo con la experiencia, de un complejo de condiciones conduce a definirlas prospectivamente como *un* riesgo, en la realización del riesgo se aclara el resultado retrospectivamente con la concurrencia del riesgo. Las situaciones que se tienen en mente al definir el riesgo son precisamente aquellas con cuya producción se realiza el riesgo [131b]. Si, en el ejemplo ya mencionado, un camión adelanta (relación permitida) a un ciclista a una distancia lateral insuficiente (relación no permitida) y el ciclista se asusta en su embriaguez, tambaleándose hacia el camión con resultado de muerte, o bien la estrechez de la distancia condiciona el asustarse (quizá conjuntamente con la embriaguez; al respecto, *infra* 7/83), entonces dicha estrechez se necesita para aclarar el daño, o bien la estrechez no contribuye a que el ciclista se asuste (p. ej., porque el ciclista no ha visto nada, sino que sólo ha oído ruido, y en su embriaguez se ha asustado de éste; sólo se realiza el riesgo que residía en su embriaguez), y entonces no se necesita para la aclaración, o bien no se puede determinar si la estrechez ha contribuido en algo a la aclaración, y entonces hay que atender a la distribución de la carga de la prueba (sobre ello, *infra* 7/98 ss.). La formulación, antes común, de que en los casos de ausencia de realización del riesgo falta la casualidad [131c], era demasiado amplia, pero no falsa en cuanto a las categorías: No falta —en la medida en que surjan problemas— [131d] la causalidad de algún riesgo desencadenado por el autor, pero sí la de un riesgo no permitido en especial; falta, pues, la causalidad relevante.

79 *b)* Un riesgo no permitido en especial tampoco se necesita para aclarar un curso causal dañoso en aquellos casos que tradicionalmente se denominan «procesos inadecuados» (contra ello, *supra* 7/31). Recientemente se formula —mal [131e]— diciendo que falta el ámbito de protección de la norma (sobre ello, *infra* 7/81). Se trata de que el autor, mediante un comportamiento no permitido, desencadena un riesgo que se puede impedir casualmente evitando esa conducta, pero que no se puede dominar planeadamente. Ejemplos: Se lleva la víctima secuestrada en un vehículo y ésta pierde la vida en un accidente inevitable. La víctima de un apuñalamiento perece en un incendio [131f] del hospital, o de camino a éste, en un accidente automovilístico, sin que con la ambulancia

---

[131a] Acerca de las hipótesis que han de utilizarse *al proceder así*, *vid. supra*, nota 126.

[131b] *Frisch*, Verhalten, pp. 526 s.

[131c] Así todavía BGH, 11, pp. 1 ss.

[131d] Si falta ya la causalidad de todos los elementos de una relación, consta que un riesgo existente en esta relación no sobrepuja a los otros riesgos en la concurrencia. Ejemplo: Quien conduce un automóvil a velocidad excesiva en determinado instante en Bonn, no condiciona un accidente que ocurre en ese preciso instante en Colonia. No dejan de surgir dificultades cuando se trata de la atribución de elementos que operan causalmente a una relación permitida o no permitida (sobre ello en seguida en el texto) y cuando se trata de separar el efecto que meramente modifica el riesgo de la realización del riesgo (al respecto *supra* 7/14 ss., e *infra* 7/82).

[131e] Siempre que falta un presupuesto del injusto, el suceso no cae dentro del ámbito de protección de la norma; críticamente también *Frisch*, Verhalten, pp. 80 ss.

[131f] Tampoco tiene lugar la imputación cuando la víctima perece en el incendio sólo porque está discapacitada a causa de su lesión: La imposibilidad de huir en el período *ex ante* sin peligro no aumenta el riesgo general de la existencia; *Frisch*, Verhalten, pp. 392 s.

se hubiera conducido de otro modo que del permitido en general (sin necesidad de justificación) [131g]. En estos casos la relación con el bien afectado es conforme a Derecho en la medida en que se le expone a los riesgos usuales del tráfico rodado o de la estancia en un edificio, pues tales riesgos u otros semejantes no faltan enteramente en ninguna parte —salvo conservando los bienes en museos—. La víctima tiene que soportar estos riesgos existenciales unidos al modo de vida obligado, porque no exceden de lo usual y hay que liberar a la víctima de aquellos riesgos que la habrían afectado en un modo de vida de su elección [131h]. Del mismo modo hay que decidir asimismo si un bien es llevado antijurídicamente a otro lugar, donde es lesionado por un delito que puede afectarlo allí o en cualquier otro lugar de modo semejante: El riesgo general de la víctima no es un riesgo no permitido de aquel autor que dispone un cambio de lugar del bien.

c) La solución es válida, además, cuando el autor, con su comportamiento no permitido, no desencadena un riesgo vital general de la víctima, sino un riesgo del que la propia víctima o un tercero es responsable por vulneración de su incumbencia. Ejemplo [131i]: El autor conduce a gran velocidad, de manera no permitida, por una carretera con preferencia de paso. La víctima no le ve y tiene lugar una colisión. Si el autor no hubiera conducido a mayor velocidad de la permitida, bien es verdad que no habría podido detenerse antes del cruce, pero la disminución de velocidad con el frenado habría sido más intensa y la víctima habría salido del cruce antes de que llegara el autor. El riesgo de llegar al cruce un poquito de tiempo después de una infracción de la preferencia de paso no lo realiza el autor de modo no permitido [131j], como puede apre- 80

[131g] Las consecuencias de la conducción temeraria de un vehículo con vistas a salvar, *justificada* por estado de necesidad o *exculpada*, han de imputarse a aquel que ha hecho necesaria la salvación; *vid.*, *infra* en relación con la autoría mediata 21/81 ss. Igualmente, quien reduce de modo no permitido la protección ante un peligro (p. ej., la protección consistente en la inmunización, mediante el envenenamiento de las píldoras) responde de las consecuencias del peligro (del contagio). En tales casos, el autor crea, mediante *un* comportamiento, *varios* riesgos (además de la lesión, el de la conducción para salvar; además del envenenamiento de las píldoras, el del contagio). *Vid.* OLG Köln, NJW, 1956, pp. 1884; OLG Stuttgart, NJW, 1982, pp. 295 s., con comentario de *Ebert*, JR, 1982, pp. 421 s.; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 75, ante § 1. También decide de acuerdo con las reglas mencionadas la sentencia (que erróneamente afirma la resposabilidad ante una situación probatoria no clara) BGH, JR, 1989, pp. 382 s., con reseña crítica de *Krümpelmann*, loc. cit., pp. 353 ss.: Un médico lleva a cabo una operación incorrectamente de modo evitable (riesgo no permitido), lo que le obliga a repetirla; en la repetición muere la víctima, por no tolerar la anestesia. Si la intolerancia se basa en un debilitamiento debido a la primera operación y como tal era de prever, la primera operación es *también en esta medida* un comportamiento arriesgado de modo no permitido; distinto es el caso si la intolerancia se basa en un defecto constitucional no cognoscible.

[131h] En definitiva, doctrina totalmente dominante: *Roxin*, Honig-Festschrift, pp. 333b ss.; *el mismo*, Gallas-Festschrift, pp. 241 ss.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 95 ss., ante § 13; *Jescheck*, AT, § 55, II, 2 *b* b'; *LK-Jescheck*, núm. marg. 62 ante § 13; *SK-Samson*, § 16, apéndice núm. marg. 28; *vid.* ya *Exner*, Frank-Festgabe, t. I, pp. 569 ss.

[131i] En BGH, 33, pp. 61 ss., 63 ss., y ahí decidido incorrectamente; crítica acertada en *Puppe*, JZ, 1985, pp. 295 ss.; *Ebert*, JR, 1985, pp. 356 ss.; *Streng*, NJW, 1985, pp. 2809 ss., 2811; *Frisch*, Verhalten, pp. 98 s.

[131j] Más exactamente: El que el autor no se haya podido detener antes del lugar del choque no se explica por el incremento de velocidad. El que el autor no le deje a la víctima tiempo para esquivarlo tampoco se explica a partir de lo específicamente no permitido. *Tal* disminución del tiempo sería, si se diese, un riesgo no permitido. Queda la circunstancia de que el autor no llega al

ciarse al considerar que el breve tiempo puede ser favorable para la víctima (p. ej., el conductor de la carretera con preferencia de paso, por su gran velocidad, ya ha atravesado el cruce antes de que el obligado a ceder el paso, por su infracción de deber, haya alcanzado el punto de la colisión). Así pues, el accidente se aclara con un riesgo creado por el autor de modo permitido (y por la propia vulneración de la incumbencia de la víctima), y el riesgo creado de manera no permitida no se ha realizado.

81 *d)* La realización del riesgo falta aún más drásticamente cuando el riesgo no permitido no existe en absoluto para la víctima que resulta afectada más tarde. Ejemplo: El autor se salta un semáforo y atropella un kilómetro después, sin realizar más comportamiento no permitido, a un peatón que cae de repente a la calzada; si el autor se hubiera detenido en el semáforo, no habría llegado aún al lugar del accidente en el momento de la caída y así no habría lesionado a la víctima [131k]. Ciertamente el comportamiento defectuoso en el semáforo condiciona el accidente, pero sólo en relación con el instante en que el conductor llega al lugar del accidente, y ese instante, sea cual sea, no forma parte de un riesgo no permitido, ya que los riesgos que importan en el tráfico rodado no se pueden dominar interrumpiendo un viaje algún tiempo antes de continuarlo. Así pues, de nuevo el comportamiento no permitido no aclara el acaecimiento del resultado.

También supuestos de este género se integran en un sector de problemas llamado por gran parte de la doctrina «ámbito de protección de la norma» (*vid.* ya *supra* 7/79). Sin embargo, no presentan problemas especiales. Si acaso puede ser en el caso concreto difícil de decidir si un riesgo es permitido o no permitido. Ello ha de averiguarse mediante interpretación de las normas respectivas y carece de relación especial con la concurrencia de riesgos. Ejemplo: Quien ante una residencia de ancianos donde (para la protección de éstos) se ha establecido una limitación de velocidad a 30 km/h, conduce a demasiada velocidad, pero no más deprisa que en una situación normal, crea así una relación no permitida también en relación con un joven que anda por allí, si el letrero de limitación de velocidad no contiene salvedades. Así pues, el joven está comprendido en el «ámbito de protección de la norma», porque proteger a los ancianos sólo ha sido el motivo de la promulgación de la norma, pero no está expresado en ésta. En el ejemplo más arriba expuesto del que se salta el semá-

---

cruce en el tiempo «t», sino en un tiempo «menor que t», lo cual está condicionado por la velocidad incrementada, pero ¿es a su vez (como disminución del tiempo) un riesgo no permitido? Para ello, tendría que poder emplearse funcionalmente un límite de velocidad precisamente para evitar tales cursos causales; dicho de otro modo, cuanto más intensamente se infringiese el límite tanto antes se producirían accidentes. En el sentido de que no existe una relación así, *vid.* en seguida en el texto. *Puppe*, ZStW, 99, pp. 595 ss., 612 ss., incluye supuestos del género mencionado en un grupo propio de riesgos concurrentes, acaso porque en ese caso falta un *estado* intermedio permitido. Sin embargo, no hay que atender a estados, sino a riesgos, y una relación causal que sólo reordena cuándo el supuesto es fortuito (en esa medida, acertadamente, *Puppe*, *op. cit.*) no es no permitida, *en lo que se refiere a esa reordenación*, es decir, que no le impone a un ámbito de organización ajeno ningún riesgo que éste no tenga que soportar de todos modos.

[131k] Supuestos similares: BGH, VRS, 5, pp. 5, pp. 284 ss., 286; VRS, 20, pp. 129 ss., 131; OLG Karlsruhe, NJW, 1958, p. 430; AG Wennigsen, NJW, 1989, pp. 786 s.; al respecto, *Kahlo*, NJW, 1990, pp. 1521 ss.

foro es evidente que el peatón atropellado un kilómetro después no está incluido en el ámbito de protección del mandato de detenerse.

Se discute cómo decidir en los supuestos en que un daño se produce como *consecuencia muy posterior* de un *daño duradero* o *permanente* antes realizado. Ejemplos: La amputación de una pierna a la víctima, ocasionada imprudentemente por el autor, condiciona cinco años más tarde una caída en el hielo, con la consecuencia de otras lesiones y, a los diez años, un accidente mortal. El estado de salud general de la víctima de un accidente se ve disminuido, por lo que muere diez años después en una epidemia de gripe. Cuando se argumenta que la lesión previa ya estaba «curada» [1311] en el instante de la lesión posterior, ello está como mínimo incorrectamente formulado: El grupo de supuestos se define por unas secuelas permanentes del daño. Pero es posible que sea misión de la víctima organizar su vida teniendo en cuenta la existencia de la secuela del daño, sobre todo compensándola mediante medidas de protección. Llegado el caso, debe soportar incluso el riesgo de daños posteriores. Ejemplo: Quien, tras haberle sido amputado un brazo, emprende una escalada de una ladera casi vertical, infringe la autoprotección que le incumbe. Pero en la medida en que no sean posibles las medidas de compensación, o no sean exigibles a la víctima, las consecuencias tardías han de imputarse al causante del daño duradero, si es que éste supone un riesgo suficientemente intenso. De todos modos, al cabo de mucho tiempo puede ser imposible *en la práctica* extraer, a partir de un entramado de condiciones, el daño duradero como causa relevante. Además, la excepción de cosa juzgada puede impedir la solución *procesalmente*. Desde el punto de vista *jurídico-material*, resulta irrelevante el tiempo transcurrido hasta la producción de la consecuencia. En pocas palabras: Un médico que emplea en una transfusión sangre obviamente infectada del virus del SIDA, responde si el paciente muere (seis meses o) doce años después por el debilitamiento de anticuerpos [131m].

e) Una mera modificación del riesgo (un condicionamiento de circunstan- 82
cias concomitantes del resultado) no constituye un comportamiento no permitido (*supra* 7/14). Si el autor, al llevar a cabo un comportamiento (no permitido por otros motivos), ocasiona una modificación de un riesgo permitido, no por ello se habrá realizado el riesgo no permitido. Variante del ejemplo al que ya se ha recurrido varias veces: Un ciclista completamente embriagado se cae

---

[1311] *SK-Rudolphi*, núm. marg. 77 ante § 1; *Schünemann*, JA, 1975, pp. 435 ss., 715 ss., 720. La argumentación está también en contradicción con el enunciado de que un peligro de consecuencia posterior sea causa de determinación de la pena en el enjuiciamiento de la lesión primaria (*SK-Rudolphi*, *op. cit.*; *Roxin*, Gallas-Festschrift, pp. 241 ss., 254): Evidentemente, el supuesto ha de presentarse de forma que el peligro se haya creado de modo imputable. Contra la imptuación de la consecuencia también *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 127 ss. *De otra opinión* (en su planteamiento como aquí), *Rudolphi*, JuS, 1969, pp. 549 ss.; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung, pp. 53 ss., 341, y en detalle *Frisch*, Verhalten, pp. 494 ss., con más bibliografía.

[131m] En distinto sentido, ya en relación con el tipo *objetivo*, *Schünemann*, JR, 1989, pp. 89 ss., 91 s.; *el mismo*, Rechtsprobleme, pp. 373 ss., 469 ss., 469 ss., 485 s.; *Schlehofer*, NJW, 1989, pp. 2017 ss., 1022 ss.; en contra, *Bottke*, AIFO, 1988, pp. 628 ss., 635 ss.; *Silva Sánchez*, GA, 1990, pp. 206 ss., 210 ss. *Schünemann* entiende que por razones de «semántica del habla cotidiana», los delitos contra la vida no se acomodan a procesos de tan larga duración. Tales razones no son, desde luego, ni relevantes (*supra* 4/35, 39) ni correctas en sí: Así, se ajusta al habla cotidiana considerar que tambien *se mató* mediante los bombardeos atómicos sobre Japón a aquellas personas que no murieron inmediatamente, sino tras enfermedades crónicas causadas por la radiación.

en la calzada; dado que un camión al adelantar no guarda la distancia de seguridad, no arrolla el tórax, sino el abdomen del ciclista caído (tanto lo uno como lo otro tiene un inmediato efecto mortal). Si el camión circulaba a una distancia con la cual un balanceo normal (no aumentado por la embriaguez) habría tenido un desenlace no dañoso, la embriaguez permite aclarar la caída y la muerte, y el adelantar a distancia menor a la reglamentaria no hace más que modificar el riesgo derivado de la embriaguez.

2. *Riesgos en supuestos de incumbencia de varios*

83 No siempre es responsable una sola persona de un riesgo. Sin embargo, no se presenta dificultad especial alguna cuando son varios quienes ocasionan en común un comportamiento arriesgado. Ejemplo: Varias personas juegan juntas con fuego, o navegan juntas en un bote no adecuado para navegar en el mar, etc. Pero puede también ocurrir que varias personas tengan, una *al lado de* la otra, la misión de contener *un* riesgo. Tal es siempre el caso cuando hay que contar recíprocamente con un riesgo ya existente, sobre todo cuando se ha ocasionado por un comportamiento defectuoso. En el ejemplo ya citado, en que se conduce un camión, adelantando a un ciclista embriagado a una distancia lateral muy reducida, es tarea del conductor del camión ajustarse a ciclistas con capacidades inferiores a la media, y es tarea del ciclista no orientar su conducta por condiciones ideales. Si el ciclista se asusta a causa de su embriaguez (responsabilidad suya) por lo reducido de la distancia (responsabilidad del conductor del camión), se realiza un riesgo que compete a ambos participantes: la dificultad de dominar una situación apurada.

La distribución de incumbencias no tiene por qué verificarse precisamente entre un autor (infracción de deber) y una víctima (vulneración de incumbencia); puede que tomen parte varios autores unos junto a otros. Ejemplo: Un conductor no respeta la preferencia de paso; el conductor que se aproxima por la carretera con preferencia circula a mayor velocidad de la permitida; al maniobrar para frenar por haber quebrantado el otro la preferencia de paso (responsabilidad del otro), patina el vehículo como consecuencia de la velocidad excesiva (incumbencia suya) y lesiona a un transeúnte. Ambos conductores son autores de las lesiones imprudentes (*vid.* asimismo *supra,* sobre el principio de confianza, 7/54 ss.).

3. *Resultados hipercondicionados*

83a *a)* Poca atención se presta al problema de que un curso causal dañoso también pueda estar hipercondicionado. Este es el caso cuando, de entre varios riesgos, cada uno de ellos permite aclarar sólo circunstancias concomitantes, pero no el curso causal conducente al resultado, y ello porque aún concurren otros riesgos. Ejemplo [131 n]: Un montacargas en el que se han realizado tareas de mantenimiento incorrectas soporta sólo la mitad de la carga teórica máxima. Se le echa una carga que pesa varias veces la carga teórica. El montacargas se

[131 n] *Vid.* BGHZ, NJW, 1967, pp. 551 s.

precipita al vacío. Tanto el sobrepasar la carga teórica como el hecho de que faltara capacidad de carga pueden explicar por sí solos la caída. Pero no es admisible el acumularlos, pues si un riesgo ya está completo antes de que se cree el otro (p. ej., los cables están dañados antes de que se decida sobre la mercancía que ha de cargarse), pierden su sentido las normas para evitar el otro riesgo (en cada uno de los casos). El mandato de respetar la carga teórica al ir a cargar pierde su sentido tan pronto como ésta no puede ser soportada, al igual que una prohibición de debilitar los cables pierde su sentido cuando de todos modos se lleva a cabo una sobrecarga. Por ello hay que atender a qué riesgo es el que primero que se concreta perfectamente, es decir, cuál es el que primero ha salido del ámbito de organización de la persona a la que le incumbe [131°]. En relación con el ejemplo citado: Si el responsable de la carga ha ordenado la sobrecarga antes de que al realizar las labores de mantenimiento incorrectamente se dañasen los cables, en la caída se realiza sólo el riesgo derivado de la sobrecarga, porque a partir del momento en que esto consta, la caída ya no depende de que el ascensor no exceda de la carga máxima.

Supuestos de este género no son raros en los ámbitos vitales en que los riesgos no permitidos ocurren masivamente. En el ejemplo, ya citado varias veces, de una colisión entre un camionero que adelanta a una distancia muy reducida y un ciclista embriagado, cabe la siguiente variante: Un ciclista embriagado se sale de la zona de protección, de modo que incluso un camión que guardase la distancia reglamentaria le arrollaría; pero el camión inicia el adelantamiento tan pegado que incluso la oscilación normal debe llevar al choque y al atropellamiento. Dado que ciertamente sobrepasar la distancia de seguridad sólo permite aclarar circunstancias concomitantes en la realización del riesgo derivado de la embriaguez, pero a su vez la embriaguez sólo permite aclarar circunstancias concomitantes del riesgo derivado de adelantar a distancia inferior a la reglamentaria, el resultado está hipercondicionado: Importa averiguar qué riesgo se ha completado antes. Si el ciclista se tambalea ya de modo inevitable cuando el camión comieza a adelantar, se realiza el riesgo derivado de la embriaguez; pero si ya no se puede hacer volver el camión a una distancia reglamentaria cuando comienza a dar bandazos el ciclista, el que éste se haya tambaleado condiciona sólo circunstancias concomitantes.

b) Los resultados hipercondicionados se distinguen de los riesgos en casos 84
de responsabilidad de varios en lo siguiente: En los casos de incumbencia de varios, el resultado sólo está suficientemente condicionado cuando todos los participantes se comportan incorrectamente. En el hipercondicionamiento, el resultado está suficientemente condicionado ya en caso de comportamiento defectuoso de uno solo de los participantes. Ejemplo: Si varias personas tienen, cada una por sí sola, el deber de sacar del agua a un niño, todas responden si ninguna lo salva. Pero si sólo pueden salvarlo actuando todas, sólo responde aquella cuya negativa se completa antes.

[131°] Con detalle, *Jakobs*, Lackner-Festschrift, pp. 53 ss., 63 ss., 68 s.; críticamente *Puppe*, ZStW, 99, pp. 595 ss., 606. En caso de simultaneidad, la norma sigue siendo razonable para ambos hasta la conclusión de la acción, es decir, responden ambos.

E. Cuestiones particulares acerca de la realización del riesgo

85 1. Como importa aclarar los cursos causales dañosos, pero no su probabilidad, es irrelevante que el curso concreto, conforme a las expectativas, sea más o menos normal; también en los cursos *inadecuados* se puede realizar un riesgo. Ejemplo: Si en una persona especialmente resistente, un veneno surte efecto no ya en el estómago, sino sólo al llegar al intestino, se realiza el riesgo de envenenamiento a pesar de la extrema rareza del curso causal.

86 2. Como únicamente interesa el suceso real, pero no lo que hubiese ocurrido en un curso causal hipotético, también es irrelevante si un riesgo que *no* se realiza, sin embargo *acelere* el resultado (o lo retrase, aumente o reduzca) en comparación con una situación hipotética [132]. Al igual que una aceleración del curso causal por medio de un riesgo permitido no conduce a la imputación, tampoco es así cuando se añade un riesgo no permitido que no surte efecto, es decir, que no aporta nada a la aclaración del curso causal [133]. Ejemplo: Si el autor da a la víctima bombones envenenados que la víctima traga tan ávidamente que se le atragantan y muere asfixiada, no se ha realizado el riesgo de envenenamiento, con independencia de si ésta, sin la tentativa de envenenamiento del autor, habría engullido los bombones antes o en el mismo instante o después, con la asfixia como consecuencia (o no, como en seguida se verá). Incluso cuando consta que la evitación de un comportamiento peligroso habría *impedido* un resultado, eso no constituye indicio necesario ni suficiente de la realización de un peligro [134]. Cuando, en el caso más arriba expuesto de la incorrecta maniobra de adelantamiento, no se realiza el peligro del riesgo no permitido, la situación no cambia si era imposible un adelantamiento reglamentario, p. ej., porque la carretera era demasiado estrecha como para poder llevar a cabo un adelantamiento con suficiente distancia de seguridad. Los riesgos per-

---

[132] Equívoco BGH, 24, pp. 32 ss., 35 s., con comentario acertadamente desfavorable de *Knauber*, NJW, 1971, p. 627, según el cual para la realización del riesgo de la conducción bajo la influencia del alcohol no hay que atender a en qué contribuye la embriaguez al curso causal dañoso, ni tampoco, a tenor del método ordinario, a qué habría ocurrido sin la embriaguez, sino a cómo habría sido la situación si el autor hubiese eliminado el riesgo de la embriaguez desplegando mayor precaución (conduciendo mucho más despacio). El *Bundesgerichtshof*, indica, sin razón, que esta consideración conduce a otra solución que el proceder hipotético. Si en el modo de conducir que efectivamente se ha iniciado, un conductor sobrio se habría mantenido en el marco del riesgo permitido, y sin embargo tampoco habría podido evitar ya un daño (así interpreta el Tribunal, loc. cit., el supuesto de hecho), un modo análogo de conducir para un conductor que compensa su embriaguez sólo puede suceder de manera que tampoco puede ya evitar el daño. *Vid.* también, acerca de la sentencia citada, *Puppe*, JuS, 1982, pp. 660 s., 662; *Schlüchter*, JA, 1984, pp. 673 ss., 678 s.; *Niewenhuis*, Gefahr, pp. 179 ss.

[133] En definitiva, igualmente BGH, 21, pp. 59 ss., 61; además, la sentencia del BGH, citada en *Kahrs*, Vermeidbarkeitsprinzip, pp. 199 ss.: *Jescheck*, AT, § 55, II; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 15, núm. marg. 169; *Hardwig*, JZ, 1968, pp. 289 ss.; *Ulsenheimer*, JZ, 1969, pp. 364 ss., 369; *vid.* también *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 186.

[134] Así, sobre todo en los supuestos de conducción a gran velocidad en los que se produce un accidente que no se habría podido evitar —según la formulación ordinaria— conduciendo a la velocidad reglamentaria. Siempre, de haber conducido a la velocidad reglamentaria, el autor no habría estado en el lugar del accidente y por tanto éste no se habría producido. Lo decisivo es que la relación no permitida de la conducción a demasiada velocidad únicamente aclara riesgos que son dominables mediante la regulación de la velocidad.

mitidos no se convierten en no permitidos porque el autor no se haya podido desmarcar *fácticamente* de lo no permitido [135]. Desde luego, los carriles pueden estar dispuestos oportunamente de manera que, también para proteger de personas insensatas, tenga que omitirse todo adelantamiento; en este caso, el riesgo del adelantamiento grava al que adelanta incluso si el adelantado reacciona de modo insensato o desafortunado: El alcance del riesgo no permitido se aumenta en contra del que adelanta.

3. Siempre que se trate de *cursos hipotéticos,* la irrelevancia para la rea- 87
lización del peligro es evidente conforme a la solución que aquí se propone. Ejemplo [136]: Si para anestesiar se emplea incorrectamente cocaína en lugar de novocaína [137], o si el autor consigue un préstamo mediante engaño [138], no decae la realización del peligro porque el resultado también se habría ocasionado con un medio permitido (novocaína; con datos verdaderos).

4. *a)* Los principios expuestos rigen también cuando un riesgo no per- 88
mitido se caracteriza por *«condiciones negativas»* (*supra* 7/25). También aquí importa únicamente el curso causal real. Se trata de supuestos en los que un comportamiento es no permitido siempre que no se ponga en marcha un curso causal previo para disminuir el riesgo, aunque ese curso causal no habría surtido efecto en el caso concreto. De todos modos, también un curso causal ineficaz puede seguir ofreciendo una protección conforme al plan de la norma, a saber, cuando la ineficacia se basa en un comportamiento defectuoso imputable. Si el curso que habría debido ponerse en marcha previamente habría sido ineficaz porque el responsable de él se comportara incorrectamente de modo imputable, o porque la víctima no pusiera en práctica las medidas de autoprotección que le incumbían, el tener en cuenta la inutilidad fáctica del curso causal previo privaría al bien de la garantía normativa. Ejemplos: Si se entregan para la confección tejidos con pelo de cabra infectado sin desinfectarlos previamente [139], o si un farmacéutico expende un medicamento peligroso sin receta [140], o si un dentista anestesia a un paciente sin los análisis [141] previos establecidos (!), pero el respectivo proceso que habría debido ponerse en marcha (desinfección, receta, análisis) no habría impedido el daño por fallo de la persona competente, se realiza entonces el riesgo no permitido que se crea mediante un comportamiento sin curso causal que habría debido activarse previamente [142]: Un fallo hipotético no aclara ningún proceso causal dañoso real, es decir, un bien no deja de ser digno de protección porque otras personas lo habrían lesionado imputablemente, de haberse dado otro curso causal.

No obstante, si el curso causal que habría debido activarse antes fuera ineficaz sin el comportamiento defectuoso imputable (así en las sentencias men-

---

[135] *Vid. Puppe*, JZ, 19985, pp. 295 ss., 296; *Jakobs*, Studien, p. 102.

[136] *Vid.* de entre la jurisprudencia, además OGH, 1, pp. 49 ss.; BGH, 2, pp. 20 ss.

[137] RG, HRR, 1926, núm. 2302. Se presupone que no surte efectos una sustancia que esté presente tanto en la cocaína como en la novocaína; así, distinguiendo, con buen criterio, *Roxin*, ZStW, 74, pp. 411 ss., 439 s.; *Schünemann*, JA, 1975, pp. 435 ss., 647 ss., 654.

[138] BGH, 13, pp. 13 ss.

[139] RG, 63, pp. 211 ss.

[140] RG, 14, pp. 151 ss.

[141] BGH, 21, pp. 59 ss., con comentario de *Wessels*, JZ, 1967, pp. 449 ss.

[142] En cuanto al principio igualmente *Kahrs*, Vermeidbarkeitsprinzip, pp. 69 ss., 99 ss.; *Hardwig*, JZ, 1968, pp. 289 ss., 292, nota 4.

cionadas), no se realiza el riesgo no permitido, pues entonces es completamente idéntico a un riesgo permitido, o al menos a una circunstancia concomitante irrelevante. Lo que lo hace ser no permitido no puede aportar nada al curso causal. El hecho de que el autor *pudiera* crear *ad hoc* un riesgo habiendo llevado a cabo un curso causal previo debido, no es una hipótesis relevante para el enjuiciamiento; en cualquier caso, *le estaba permitido* hacerlo.

También en las «condiciones negativas», cuando falta la realización del riesgo, no importa que un comportamiento permitido haya retrasado o incluso impedido el resultado (*vid. supra* 7/86).

89 *b)* Si coincide un fallo del comportamiento que debería haberse puesto en marcha previamente con un riesgo que paraliza la finalidad de aquél, el resultado entonces estará hipercondicionado [142a] (*vid. supra* 7/83 *a* s.). Ejemplo: El médico al que se ha llamado se entretiene en un bar, y mientras tanto un enemigo de la víctima del accidente la oculta en unos matorrales. Importa averiguar, por tanto, cuál de los dos motivos del fracaso de la salvación se completa antes.

F. La consideración de las hipotéticas causas del resultado en la determinación de la pena

1. *Principio general*

90 Lo que habría ocurrido de no tener lugar el comportamiento arriesgado de modo no permitido, resulta indiferente para la realización del riesgo, y suele serlo también para la determinación de la pena. Así como el resultado no ha de imputársele al autor sólo porque se dé la causalidad, sino sólo si se da la realización del riesgo, así a la inversa si se da la realización del riesgo no se verá libre de responsabilidad sólo porque, aunque su comportamiento lesiona, al mismo tiempo preserva al bien lesionado de otros cursos causales conducentes al resultado. No hay, pues, ningún principio que diga que un bien cuya existencia está de todos modos amenazada ya no se encuentra normativamente garantizado. Ejemplo: Al causante de unas lesiones se le imputan éstas si las lesiones obligan a la víctima a renunciar al viaje en avión que tenía planteado, el cual habría terminado quizá o seguramente en un accidente de aviación y graves lesiones. En los casos extremos puede que la acción en sí no permitida esté justificada, principalmente mediante el estado de necesidad [143] (*vid.* asimismo *infra* acerca de la omisión 29/25).

91 El que no se tenga en cuenta lo hipotético —prescindiendo de los problemas de determinación de la pena, que se tratarán después— obedece al siguiente motivo: todo bien está sometido continuamente a una serie de riesgos, riesgos que o bien pueden imputarse a terceros, o bien al propio titular, por vulneración de su incumbencia, o como riesgos situados en su competencia, traducidos en desgracia. Por lo que se refiere a los riesgos imputables, ya se puso

[142a] Pormenores en *Jakobs*, Lackner-Festschrift, pp. 53 ss., 69, nota 21.

[143] *Vid.* sobre esto *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe, pp. 86 ss., y *supra* en relación con la modificación del riego 7/16.

de manifiesto que tener en cuenta lo hipotético privaría al bien de su garantía normativa. Todo médico, cuyo sustituto sea un inútil, podría curar mal; a quien se conduce ruinosamente consigo mismo, podría arruinársele, etc. Pero también por lo que se refiere a los casos de desgracia, la víctima puede remitirse a que las condiciones de un curso causal desgraciado no estaban completas efectivamente, cuando se ha realizado un curso causal imputable. Esto se corresponde también con el mandato de distribución uniforme de los riesgos: Así como la víctima, después de un hecho, tiene que arreglárselas ella sola con nuevos riesgos (ejemplo: La víctima se ve amenazada en el hospital por un incendio; esto no se imputa al autor de las lesiones), entonces hay que exonerarla de la preocupación por los antiguos riesgos (ejemplo: Se lesionó a la víctima cuando se encontraba a punto de partir en un coche con frenos irreconocible-mente averiados). En estos casos se trata de consecuencias casuales de la configuración de la vida de la víctima, y así como tiene derecho a la buena fortuna, también tiene que soportar la mala fortuna [144].

2. *La posibilidad de atenuar el marco penal por hipotéticas causas del resultado (semejanzas con la puesta en peligro abstracta o con la tentativa)*

a) En tanto que el autor desplaza mediante su comportamiento un curso causal dañoso hipotético, responde por el curso conducente al resultado y por el modo en que éste acaeció, aunque de él no dependa la *existencia* del resultado; pues sin la aportación del autor es verdad que el resultado se habría producido motivado por otro riesgo, pero de todos modos habría tenido existencia. Esto aproxima —a pesar de que se ha producido la consumación— el comportamiento del autor, que tiene una imagen cabal de la situación, a la puesta en peligro abstracta, en la medida en que al autor no tiene por qué achacársele la pérdida *duradera* de un bien. Si el autor no tiene tal idea cabal de la situación, también es causante supuestamente (o, en caso de imprudencia: de modo cognoscible) de la duración de la pérdida, pero no lo es objetivamente: Su comportamiento se convierte en semejante a la tentativa. 92

[144] La doctrina dominante no limita la consideración de los cursos causales hipotéticos, sino que mezcla la cuestión con la realización del riesgo, no dejando de estar confuso dónde se encuentran los límites del saldo entre realidad e hipótesis. Se reconoce que no por tener en cuenta la hipótesis se le puede privar al bien de la garantía normativa: BGH, 30, pp. 228 ss., 231 s.; *Kahrs*, Vermeidbarkeitsprinzip, pp. 75 ss., 283; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 227; *Otto*, Maurach-Festschrift, pp. 91 ss.; *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe, pp. 125 ss., 141; también *Baumann-Weber*, AT, § 19, III, 2 *c* (inevitabilidad *objetiva* como causa de justificación, tratando del mismo modo, acertamente, dolo e imprudencia); *Puppe*, JuS, 1982, pp. 660 ss., 664 s. (sólo han de tenerse en cuenta los «sucesos naturales» hipotéticos —en contraposición a las «infracciones de deber de cuidado»—); *vid.* asimismo *Jescheck*, AT, § 28, IV, 2; § 55, II, 2 *b* b'; *Nowakowski*, JurBl., 1972, pp. 19 ss., 31; *E. A. Wolff*, Kausalität, pp. 21 ss.; *Schmidhäuser*, AT, 8/75.; Blei, AT, §28 II 1 a, b, c; *Kahlo*, GA, 1987, pp. 66 ss., 78. *De otra opinión*, *Arthur Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 200 ss., 226, 229 s.; *vid.* también *el mismo*, Jescheck-Festschrift, pp. 273 ss., 274. Más referencias bibliográficas en *Kahrs* y *Samson*, loc. cit. Yo abandono la posición contraria (*Jakobs*, Studien, p. 24 con nota 23), por basarse en una sobreestimación de la relevancia del resultado para el contenido significativo del comportamiento. Contra cualquier consideración de los cursos causales hipotéticos (a lo sumo como causas de atenuación de la pena), obviamente sin distinguir entre relizaciones de riesgo y consecuencias fortuitas, *Spendel*, Engisch-Festschrift, pp. 509 ss.; *el mismo*, Bruns-Festschrift, pp. 249 ss.

93 *b) a')* Si el curso causal hipotético fuese por su parte imputable (al autor, a otro autor, a la propia víctima) [144a], no se le tiene en cuenta, pues de las garantías normativas, aun en la forma de incumbencia de la autoprotección, nunca se le priva al bien. Por ello faltará la semejanza con la puesta en peligro abstracta o con la tentativa, tanto en la disposición de los miembros de la banda a sustituirse recíprocamente en sus aportaciones, como en la imputabilidad de los cursos causales hipotéticos al propio autor, teniéndose en cuenta también la imputación como hecho omisivo (injerencia).

94 *b')* También queda descartado el tener en cuenta el curso causal hipotético cuando la condición se habría realizado hipotéticamente al amparo de una causa de justificación mediante un derecho a intervenir, pues la pérdida jurídicamente razonable (justificada) de un bien no es equiparable a la jurídicamente sin sentido (antijurídica). Dicho gráficamente: Al que va a ser ejecutado se le garantiza que lo va a hacer la persona competente [145].

95 *c')* La semejanza con la puesta en peligro abstracta o con la tentativa falta además cuando el desplazamiento del curso causal dañoso hipotético depende de datos aleatorios en la continuación de la configuración vital de la víctima. Ejemplo: Unas lesiones son semejantes a una puesta en peligro abstracto o a una tentativa si hacen que la víctima se tambalee, salvándose precisamente así de un árbol que se venía abajo, pero no si obligan a la víctima a guardar cama, preservándola así de una enfermedad infecciosa que habría contraído en un viaje al trópico, planeado con anterioridad. La semejanza sólo se da, en conclusión, en aquellos casos en que la situación equivale a la de estado de necesidad justificante, especialmente si concurre el peligro ya actualmente, aun cuando falte la necesidad de la intervención.

96 *c)* La semejanza con la puesta en peligro abstracta o con la tentativa significa a la vez una atenuación del injusto de la acción. Por ello puede tenerse en cuenta antes una justificación por estado de necesidad (§ 343 StGB) para el acto de injerencia que se realiza que si el acto decidiese también sobre la existencia del bien (*vid. infra* acerca de la justificación por estado de necesidad, 13/26, y asimismo acerca de la exculpación en casos de colisión de intereses, 20/41 s.).

97 *d)* Si se da la semejanza con la puesta en peligro abstracta ha de aplicarse el § 49.2 StGB (incluso sin referencia jurídico-positiva), a causa de la disminución del injusto; la semejanza con la tentativa conduce a la atenuación facultativa con arreglo a los §§ 23.2 y 49.1 StGB.

[144a] Al respecto, *Jakobs*, JR, pp. 385 ss., 386.

[145] En cuanto al resultado, igualmente, *SK-Rudolphi*, núm. marg. 61, ante § 1; *Schmidhäuser*, AT, 8/75; en parte *de otra opinión*, *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe, pp. 142 s.; *el mismo*, Peters-Festschrift, pp. 121 ss., 132 ss.; en relación con el supuesto del ejemplo, *de otra opinión* ya *Feuerbach*, Lehrbuch, § 34.

G. ¿Incremento del riesgo?

1. *a)* Tanto en la realización del riesgo como en la consideración de los cursos causales hipotéticos (para rebajar el marco penal) se plantea la cuestión de quién debe soportar el riesgo de la aclaración. A la notable diferencia de opiniones que existe sobre el particular se ha llegado, en parte, porque la consideración de los cursos causales hipotéticos usual —frente a la delimitación aquí llevada a cabo—, delimitada confusamente, sugiere la exclusión de la responsabilidad también en casos en que no cabe dudar de la realización del riesgo y por ello es discutible toda semejanza de la conducta con la puesta en peligro abstracta [146]. En esta situación se ha intentado volver a aportar la responsabilidad, en sí eliminada por medio de la consideración confusa de hipótesis, aduciendo que ha de atenderse al incremento del riesgo de resultado [147] por parte el autor. Además, la teoría del incremento del riesgo tiene la función de sustituto penal para la tentativa del delito imprudente, siempre impune con arreglo al Derecho vigente. Por consiguiente, el problema se mantiene en parte reducido a un problema específico de la imprudencia. 98

d) La teoría del incremento del riesgo podría ser viable coherentemente: para ello habría que prescindir de la realización del riesgo y de los cursos causales hipotéticos; para responder por delito consumado sería necesario, en el tipo objetivo, que el autor haya creado un riesgo de magnitud no permitida y que el resultado se haya producido causalmente, por medio de la acción del autor, en el bien amenazado *ex ante*. La relación de imputación estaría referida a la acción; el resultado tendría la función de una condición exclusivamente objetiva de la tipicidad penal. Los delitos de resultado habrían de entenderse como delitos de peligro condicionados por el resultado. Las dificultades de las teorías 99

---

[146] Así, p. ej., en el supuesto de BGH, 11, pp. 1 ss.

[147] Así, con numerosas variantes, en conexión con *Roxin*, ZStW, 74, pp. 411 ss., 430 ss.; *el mismo*, Honig-Festschrift, pp. 133 ss., 138 ss.; *el mismo*, ZStW, 78, pp. 214 ss., 218 ss.; *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 140 ss.; *Otto*, JuS, 1974, pp. 702 ss., 708; *el mismo*, NJW, 1980, pp. 714 ss.; *el mismo*, Maurach-Festschrift, pp. 92 ss., 101 ss.; *Schaffstein*, Honig-Festschrift, pp. 169 ss.; *E. A. Wolff*, Kausalität, pp. 21 ss.; *Rudolphi*, JuS, 1969, pp. 549 ss., 554.; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 64 ss., ante § 1; *Stratenwerth*, Gallas-Festschrift, pp. 227 ss., 230 ss.; *el mismo*, AT, núm. marg. 224 s.; *Jescheck*, AT, § 55, II, 2 *b* a'; *Lackner*, § 15, nota III, 2 *b* cc; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung, pp. 334 ss.; *Kamps*, Arbeitsteilung, pp. 121 ss.; *Herzberg*, Verantwortung, pp. 177 ss.; *AK-Zielinski*, §§ 15, 16, núm. marg. 120; semejantes en cuanto al resultado, *Maurach-Gössel*, AT, II, § 43, núm. marg. 105 ss.; con limitaciones, también *Schmidhäuser*, AT, 9/38; *el mismo*, Studienbuch, 6/117 ss.; en una variante normativa limitadora, *Schünemann*, JA, 1975, pp. 435 ss., 647 ss., 651 ss.; *el mismo*, StV, 1985, pp. 229 ss.; *el mismo*, GA, 1985, pp. 341 ss., 354 ss. *Küper*, Lackner-Festschrift, pp. 247 ss., indaga dos hilos argumentales: 1) La idea de que carece de sentido un cuidado que quizá no preserve al bien jurídico, la rechaza con el argumento de que la garantía normativa sigue teniendo sentido (p. 269); «en la duda, en favor de la preponderancia de la garantía normativa». 2) Por lo que se refiere al sobrepasar el riesgo permitido, pone en duda que cuando se da un incremento demostrado del riesgo (p. 283) quepa separar una parte no permitida (que acaso no surta efecto) de una parte permitida (que acaso surta efecto): Es *todo* el comportamiento lo que no es legítimo (pp. 270 ss., 381, 286). Críticamente sobre éste, *Frisch*, Verhalten, p. 542 con nota 127. De acuerdo con *Lampe*, ZStW, 101, pp. 3 ss., 40 ss., tener en cuenta alternativas excluirá por principio la predicción segura del curso causal, de manera que bastará, «en virtud de la ley, un enunciado de probabilidad sobre la evitabilidad del resultado» (p. 47).

del dolo y de la tentativa, vinculadas a tal concepción, serán evidentemente insuperables.

100 2. Sin embargo, los representantes de la teoría del incremento del riesgo, unánimemente, no la entienden así; más bien, no se deberá responder cuando la irrelevancia del incremento del riesgo para el acaecimiento del resultado es *segura,* en el sentido de lo que se puede demostrar objetivamente *ex post.* Pero entonces el caso de duda sobre la relevancia no es problema jurídico-material, sino procesal, que ha de resolverse con arreglo al principio *in dubio pro reo.* Sin embargo, la aplicabilidad de este principio se discute aduciendo los siguientes argumentos:

101 *a)* Al autor sólo debe perjudicarle aquella duda que no es aclarable «en absoluto», y no sólo en el caso concreto, porque opera en un ámbito en relación con el cual, tanto *ex ante* como *ex post,* sólo pueden predicarse afirmaciones estadísticas [148]. El que quepa delimitar tales riesgos puede quedarse ahora sin abordar [149], pero en todo caso la inaclarabilidad que se afirma con carácter categórico no es motivo para hacer que una duda opere *contra reum.*

b) El incremento del riesgo debe verificarse objetivamente *ex post* [150]. Utilizando este método se puede determinar algo en relación con riesgos de cierta clase, pero no en relación con la realización del riesgo en el caso concreto. Ejemplo: La cuestión de si un medio determinado, que *ex ante* pasa por ser objetivamente dañoso, puede influir negativamente en el curso de una enfermedad ya existente, puede que se afirme (incremento del riesgo) o se niegue *ex post.* Si se afirma, no obstante no surge de ahí conclusión alguna en relación con el riesgo concurrente (la enfermedad). Este riesgo cabe enjuiciarlo a su vez *es post* (hasta la serie de pruebas en clínicas), pero mientras la conclusión no sea del 0 por 100 o del 100 por 100 (y entonces no hace falta la doctrina del incremento del riesgo), no cabe averiguar cómo se presentaba la enfermedad en el caso concreto y cómo se vio influida por el empleo del medio. Naturalmente, se puede intentar averiguar también esto objetivamente *ex post;* mas ello ya no sería la verificación de un incremento de riesgo, sino de una realización de riesgo.

c) Según una variante normativa de la teoría del incremento del riesgo, habrá que atender a si «a la norma formulada *ex ante* aún se la puede reconocer, sobre la base del conocimiento *ex post,* como un mandato que reduce el

---

[148] *Stratenwerth*, Gallas-Festschrift, pp. 227 ss., 233; *el mismo*, AT, núm. marg. 225; en parte a favor, *Puppe*, ZStW, 95, pp. 287 ss., 305.

[149] Con dudas fundadas, *SK-Samson*, núm. marg. 27, apéndice, § 16; *el mismo*, Welzel-Festschrift, pp. 579 ss., 593, nota 68; *Krümpelmann*, GA, 1984, pp. 491 ss., 501.

[150] *Rudolphi*, núm. marg. 69 ante § 1; *Stratenwerth*, Gallas-Festschrift, pp. 227 ss., 230; también *Roxin*, ZStW, 78, pp. 214 ss., 221; *el mismo*, Honig-Festschrift, pp. 133 ss., 138 s.; *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 141 ss.; lo cual supone un cambio frente a la solución en *Roxin*, ZStW, 74, pp. 411 ss., 434. En definitiva, también Arthur Kaufmann (Jescheck-Festschrift, pp. 273 ss.), que distingue entre el riesgo del curso causal hipotético (al menos «probable», entendido como: es más de esperar que la ausencia de daño, loc. cit., 279 s.) y el riesgo de que no se consiga aclarar (*Aufklärungsrisiko, in dubio pro reo*, loc. cit., 280). En tanto que se sigue encontrando la proclamación de que también hay que verificar objetivamente *ex post* la realización del riesgo en el acaecimiento del resultado (sobre ello, *Puppe*, ZStW, 95, pp. 287 ss., 314; así, p. ej., *Rudolphi*, núm. marg. 67, 69, ante § 1, entre otros), ello no deja de ser un punto programático no cumplido.

riesgo de resultado» [151]. Pero como en caso de duda acerca de complejos de efectos también *ex post* sigue siendo conveniente cualquier mandato que afecte a condiciones *posibles,* esta variante ya no apunta a la relación real entre acción y resultado [152]. Los delitos de resultado, en el ámbito de complejos dudosos de efectos, se entienden, pues —en comparación con los delitos de resultado en el ámbito de complejos conocidos de efectos—, como delitos de peligro condicionados por el resultado (acerca de ello, *supra* 7/99), sin que sea justificable la escisión que así surge en el seno de los delitos de resultado.

3. La teoría del incremento del riesgo podría tolerarse en la práctica allí donde existen grandes diferencias de riesgo, dado que en esos casos resulta difícil encontrar motivos para el tratamiento diferenciado de tentativas acabadas (dolosas o culposas), peligrosas en concreto, y consumación. Ejemplo: Si la administración incorrecta de un medicamento daña con seguridad, pero la correcta también lo hace muy raramente, limitar la responsabilidad al alcance de la responsabilidad por tentativa —lo que en la imprudencia supone ausencia de responsabilidad— no puede convencer [152a]. Sin embargo, la solución acertada no reside en la teoría del incremento del riesgo, sino en la ampliación de la responsabilidad por tentativas peligrosas en concreto, en supuestos de peligros masivos. Ello ha de verificarse por medio de tipos especiales; tipos de este género para la protección de la vida y la integridad física en el ámbito de la circulación rodada y de la medicina privarían de toda relevancia a la teoría del incremento del riesgo, y se podrían aplicar además con seguridad jurídica, dado que a dichos ámbitos se les ha preestructurado por medio de reglas objetivadas (reglas del tráfico, *lex artis*). Además, la teoría del incremento del riesgo va mucho más allá de lo necesario, al tener que dar por suficientes, conforme a sus principios, aumentos de riesgo insignificantes; pero que quien, p. ej., conduce levemente (en términos porcentuales) más rápido de lo permitido, deba soportar, si ocurre un accidente, el riesgo de la aclaración, cuando no se pueda aclarar si se ha realizado o no el riesgo de la relación no permitida, no se puede desde luego fundamentar en la medida en que más adelante se insistirá en diferenciar entre tentativa acabada y consumación [153] (*vid.* asimismo *infra,* sobre la omisión de disminuir el riesgo en los delitos de omisión, 29/20). 102

4. En definitiva, la teoría del incremento del riesgo constituye un instrumento imprescindible para la definición del comportamiento no permitido, pero inidóneo para aportar algo sobre la relación de finalidad de la norma entre acción y resultado. Las dudas acerca del aspecto fáctico de esta relación constituyen más bien un problema procesal y han de resolverse con arreglo al principio *in dubio pro reo* [154]. 103

[151] *Schünemann*, JA, 1975, pp. 435 ss., 647 ss., 652; *el mismo*, StV, 1985, pp. 229 ss., 230 s.; *el mismo*, GA, 1985, pp. 341 ss., 357.

[152] *Vid.* también los ejemplos en *Schünemann*, JA, 1975, pp. 653 s.

[152a] *Firsch*, Verhalten, p. 546.

[153] *Vid.* asimismo *Schünemann*, JA, 1975, p. 653.

[154] Así BGH, 11, p. 1 ss.; 21, pp. 59 ss.; 124, pp. 32 ss., 34; OLG Karlsruhe, GA, 1970, p. 313; *Ulsenheimer*, Verhältnis, pp. 132 ss.; *el mismo*, JZ, 1969, pp. 364 ss., 366 s.; *Ebert* y *Kühl*, Jura, 1979, pp. 561 ss., 572 s.; *Fincke*, Arzneimittelprüfung, pp. 46 ss.; *Frisch*, Verhalten, pp. 543 ss.; *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe, pp. 47 s., 144 ss., 153 ss.; *SK-Samson*, § 16 apéndice, núm. marg. 27 s.; *Jakobs*, Studien, p. 96, nota 185; *el mismo*, separata ZStW, 1974, pp. 6 ss., 26 ss.; *Kahrs*, Vermeidbarkeitsprinzip, pp. 238, 275; *Niewenhuis*, Gefahr, pp. 43 ss.;

VIII. LA IMPUTACION OBJETIVA DEL RESULTADO, 6.ª CONTINUACION: LA EXCLUSION DE LA IMPUTACION EN CASOS DE ACUERDO, CONSENTIMIENTO QUE EXCLUYE EL TIPO Y ACTUACION A RIESGO PROPIO *(AUF EIGENE GEFAHR)*

BIBLIOGRAFIA: *K. Amelung*, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsguts, 1981; *el mismo*, Die Zulässigkeit der Einwilligung bei den Amtsdelikten, Dünnebier-Festschrift, pp. 487 ss., *el mismo*, Die Einwilligung des Unfreien, ZStW, 95, pp. 1 ss.; *el mismo*, Zulässigkeit und Freiwilligkeit der Einwilligung bei strafprozessualen Grundrechtsbeeinträchtigungen, en: *B. Rüthers et al.* (ed.), Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat, 1984, pp. 1 ss.; *el mismo*, Probleme der Einwilligung en strafprozessuale Grundrechtsbeeinträchtigungen, StV, 1985, pp. 257 ss.; *el mismo* y *G. Pauli*, Einwilligung und Verfügungsbefugnis bei staatlichen Beeinträchtigungen des Fernmeldegeheimnisses, MDR, 1980, pp. 801 ss.; *G. Arzt*, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970; *W. Bottke*, Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung, en: *B. Schünemann et al.* (ed.), Die Rechtsprobleme von AIDS, 1989, pp. 171 ss.; *D. Dölling*, Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, GA, 1984, pp. 71 ss.; *A. Donatsch*, Die Selbstgefährdung des Verletzten im Strafrecht, SchwZStr., 105 (1988), pp. 361 ss.; *W. Eberbach*, Heimliche AIDS-Tests, NJW, 1987, pp. 1471 ss.; *M. Ellmer*, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986; *A. Eser*, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Sportlers insbesondere des Fußballspielers, JZ, 1978, pp. 368 ss.; *R. P. Fiedler*, Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung, 1990; P. *Frisch*, Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, 1973; *F. Geerds*, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA, 1954, pp. 262 ss.; *el mismo*, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf, ZStW, 72, pp. 42 ss.; *K. Geppert*, Rechtfertigende «Einwilligung» des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr?, ZStW, 83, pp. 947 ss.; *W. Hassemer*, Rücksichten auf das Verbrechensopfer, Klug-Festschrift, pp. 217 ss.; *R. D. Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977; *F. Herzog*, y *C. Nestler-Tremel*, AIDS und StrafrechtSchreckensverbreitung oder Normstabilisierung, StV, 1987, pp. 360 ss.; *Th. Hillenkamp*, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; *el mismo*, Der Einfluß des Opferverhaltens auf die dogmatische Beurteilung der Tat, 1983; *el mismo*, Comentario a OLG Celle, JR, 1987, pp. 253 s., loc. cit., pp. 254 ss.; *H. J. Hirsch*, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW, 74, pp. 78 ss.; *R. M. Honig*, Die Einwilligung des Verletzten, Parte I, 1919; *H. Janker*, Heimliche HIV-Antikörpertests - strafbare Körperverletzung?, NJW, 1987, pp. 2897 ss.; *Armin Kaufmann*, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Welzel-Festschrift, pp. 393 ss.; *R. Kessler*, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, 1884; *D. Kienapfel*, Comentario a BayObLG, JR, 1978, pp. 296 s., loc. cit., pp. 297 s.; *D. Kientzy*, Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers, 1970; *H. H. Kühne*, Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzichts, JZ, 1979, pp. 241 ss.; *W. Küper*, «Autonomie», Irrtum und Zwang bei mittelbarer Täterschaft und Einwilligung, JZ, 1986, pp. 219 ss.; *K. L. Kunz*, Die strafrechtliche Beurteilung heimlicher HIV-Tests, SchwZStr., 107 (1990), pp. 259 ss.; *Th. Lenckner*, Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, ZStW, 72, pp. 446 ss.; *H. Lesch*, Die strafrechtliche Einwilli-

---

Wessels, AT, § 19, III, 2 *c* beta; *Baumann-Weber*, AT, § 28, II; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 125, núm. marg. 172 s., con abundantes referencias jurisprudenciales; *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 190; *Welzel*, Strafrecht, § 18, II, 2 *a; Lenckner*, ZStW, 72, pp. 446 ss., 448 ss.; *Zipf*, Einwilligung, pp. 15 ss.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 370.

gung beim HIV-Antikörpertest an Minderjahrigen, NJW, 1989, pp. 2309 ss.; *M. Maeck*, Opfer und Strafzumessung, 1983; *M.-K. Meyer*, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984; *F. P. Michel*, AIDS-Test ohne Einwilligung Körperverletzung oder Strafbarkeitslücke, JuS, 1988, pp. 8 ss.; *P. Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955; *H. Otto*, Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht, OLG Hamm, NJW, 73, 1422, JuS, 1974, pp. 702 ss.; *el mismo*, Selbstgefährdung und Fremdverantwortung, BGH, NJW, 1984, 1469, Jura, 1984, pp. 536 ss.; *el mismo*, Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung, Tröndle-Festschrift, pp. 157 ss.; *H. Pfeffer*, Die Durchführung von HIV-Tests ohne Willen des Betroffenen, 1989; *W. Preuß*, Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, 1974; *C. Prittwitz*, Strafbarkeit des HIV-Virusträgers trotz Aufklärung des Sexualpartners?, NJW, 1988, pp. 2942 s.; *C. Roxin*, Der Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Gallas-Festschrift, pp. 241 ss.; *el mismo*, Über die mutmaßliche Einwilligung, Welzel-Festschrift, pp. 447 ss.; *el mismo*, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, Noll-Gedächtnisschrift, pp. 275 ss.; *el mismo*, Über die Einwilligung im Strafrecht, 1987; *H.-J. Rudolphi*, Reseña bibliográfica, ZStW, 86, pp. 82 ss.; *W. Sax*, «Tatbestand» und Rechtsgutsverletzung, JZ, 1976, pp. 9 ss., 80 ss., 429 ss.; *F. Schaffstein*, Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigeitsdelikten, Welzel-Festschrift, pp. 557 ss.; *W. Schild*, Das strafrechtliche Problem der Sportverletzung, Jura, 1982, pp. 477 ss., 520 ss., 585 ss.; *H. Schlehofer*, Einwilligung und Einverständnis, 1985; *E. Schmidt-Elsaeßer*, Medizinische Forschung an Kindern und Geisteskranken, 1987; *R. Schrey*, Der Gegenstand der Einwilligung des Verletzten, 1928; *H. Stoll*, Das Handeln auf eigene Gefahr, 1961; *G. Timpe*, Die Nötigung, 1989; *L. Traeger*, Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschließungsgründe im zukünftigen Strafrecht, GS, 94, pp. 112 ss.; *O. Triffterer*, Zur subjektiven Seite der Tatbestandsausschließungsund Rechtfertigungsgründe, Oehler-Festschrift, pp. 209 ss.; *P. Velten*, Nicht nur ein Loch in der Mauer rechtliche Überlegungenzum Sprengstoffanschlag des Verfassungsschutzes in Celle, StV, 1987, pp. 544 ss.; *H.-D. Weber*, Der zivilrechtliche Vertrag als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht, 1986; *Th. Weigend*, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, ZStW, 98, pp. 44 ss.; *H. Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW, 58, pp. 491 ss.; *el mismo*, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975; *K. Wimmer*, Die Bedeutung des zustimmenden Willens bei ausgewählten strafrechtlichen Deliktsdefinitionen, 1980; *H. Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970; *el mismo*, Die Bedeutung und Behandlung der Einwilligung im Strafrecht, ÖJZ 1977, pp. 379 ss.; *E. Zitelmann*, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP, 99, pp. 1 ss.

A. El acuerdo

1. *a)* Numerosos bienes jurídico-penalmente protegidos están sujetos a 104
disposición de su titular. En esa medida, el consentimiento del titular excluye ya la realización del tipo; entonces el suceso es incumbencia del que consiente. Ejemplo: Contando con la voluntad del propietario, alguien destruye una puerta —no hay daños típicos— (con más detalle, *infra* 7/111). Si el consentimiento de quien tiene la atribución de consentir se presta en una situación de necesidad (tiene que huir por la puerta de un incendio en la estancia), o en error sobre las circunstancias (supone erróneamente que la puerta no está permitida en ese lugar por el Derecho urbanístico), ello no excluye su eficacia. Lo mismo cabe afirmar cuando la situación de necesidad se basa en el comportamiento

antijurídico de otro (un loco furioso persigue a la víctima, que pide a un auxiliador que le facilite la fuga destruyendo la puerta), o cuando del error de la víctima es responsable otra persona (una persona no suficientemente experta ha convencido a la víctima de que la puerta se encuentra en un lugar indebido con arreglo al Derecho urbanístico). Aun cuando el que obra en virtud del consentimiento sea responsable de la situación de necesidad o del error (él mismo ha causado el fuego y derriba la puerta después a petición de la víctima; él mismo ha dado a la víctima la información incorrecta desde el punto de vista urbanístico), el consentimiento sigue siendo eficaz (como es evidente en el ejemplo del incendio, cuando ya el autor no puede dominar el fuego); pero puede no obstante responder como autor mediato por haber ejercido dominio sobre la víctima, que coopera mediante su consentimiento en su autolesión (directamente) atípica.

Así pues, en supuestos de ataques típicos a bienes disponibles hay dos modos de proceder: El autor puede destruir el bien sin la voluntad del titular del bien, o bien puede, de modo imputable (mediante coerción o engaño), conducir al titular del bien a que quiera renunciar a éste. En este último caso la acción fáctica consiste en el doblegamiento de la voluntad, que a través del consentimiento conduce a la destrucción del bien (con más detalle *infra*, 7/116 ss.).

104a *b)* Esta equiparación del ataque directo y del que se realiza a través de la víctima que consiente, pero que en su consentimiento ha sido dominada por el autor, es la regla general. Los delitos de coacciones constituyen ya una variante: En éstos, la equiparación no tiene lugar a través de las reglas de la Parte General, sino mediante formulaciones de la Parte Especial; la coacción con *vis absoluta* es la intervención directa, la coacción con medios de efecto meramente compulsivo es la intervención a través de la víctima que consiente [155]. En el ámbito de la compulsión, determinando el medio coactivo se verifica que consentimientos en la pérdida de bienes basados en *otros* motivos no bastan para la realización del tipo (la amenaza de hacer perder nada más que cosas valiosas no puede conducir precisamente a apreciar violación, § 177 StGB).

Excepciones a esta regla vienen representadas por aquellos tipos en los que se incluye —con arreglo a su tenor literal o a la interpretación sistemática—, o bien *sólo* la intervención directa o bien *sólo* la intervención a través del consentimiento de la víctima, casi siempre incluso sólo la intervención a través de la víctima que consiente por motivos determinados (violencia, o violencia cualificada, o error). En los primeros casos, se trata sobre todo de delitos contra la propiedad con el elemento «sustracción» (pero también, p. ej., el allanamiento de morada —«penetración»— o la huida del lugar del accidente de tráfico (*Verkehrsunfallflucht*) —«alejarse»— se incluyen aquí); en los últimos casos, se trata de distintos delitos contra el patrimonio cuyo tipo consiste en una disposición. Para el consentimiento se derivan de ahí particularidades: La intervención directa (y con ella el delito entero limitado a la intervención directa) queda excluida cuando la víctima quiere ceder —bien sea por coerción o por engaño—. La disposición, a su vez, en algunos delitos que atienden a la disposición, debe estar condicionada por el engaño (estafa), o en otros condi-

[155] Paralelamente, de la interpetación de los mencionados medios depende si también la *astucia* constituye medio coactivo: al respecto, *Timpe*, Nötigung, pp. 133 ss.

cionada por la violencia o la intimidación o específicamente condicionada por violencia o por intimidación; un consentimiento no condicionado típicamente excluye la realización del tipo (ejemplo: La disposición llevada a cabo por coacción no determina la estafa, así como la condicionada por engaño no determina la extorsión).

En los casos de consentimiento que excluye el tipo, dotado de las especialidades obligadas por la Parte Especial, se habla de *acuerdo (Einverständnis)* [156]. De la terminología no depende nada; importa sólo que las reglas generales del consentimiento han de modificarse en la Parte Especial en algunas descripciones de delitos.

2. La fórmula, empleada a menudo, de que para el acuerdo basta la con- 105
currencia «fáctica» de la voluntad [157] es correcta en la medida en que el acuerdo no se opone al Derecho o a las buenas costumbres. Por lo demás, dicha fórmula es en parte equívoca y en parte vacía.

a) La fórmula es equívoca en relación con los tipos en los que únicamente 106
la voluntad de la persona con la facultad de disponer según los principios jurídico-civiles excluye el tipo [158]. Así, una persona carente de la capacidad de obrar plena no puede prestar su acuerdo con eficacia, tras un accidente de tráfico, en que se aleje del lugar del accidente alguien implicado en él (§ 142 StGB).

b) Por lo demás, la fórmula no significa nada, dado que *lo que* debe con- 107
currir fácticamente se rige por los preceptos de la Parte Especial. Ejemplo de acuerdo *forzado*: El acuerdo obtenido coercitivamente mediante amenaza (cualificada) no impide la consumación de la violación o de la extorsión (el acuerdo que excluye el tipo, en estos delitos, debe estar libre de coerción —cualificada—), mientras que el desplazamiento de la posesión obtenida coercitivamente mediante intimidación o *vis compulsiva* no es apoderamiento (del robo), sino disposición (de la extorsión) (así pues, el acuerdo que excluye el tipo puede estar lastrado, en los delitos de apoderamiento, por intimidación o *vis compulsiva*). Ejemplo de acuerdo *determinado por engaño*: El error sobre la contraprestación económica que se espera no impide la consumación de la estafa (el acuerdo excluyente del tipo debe estar libre de error en relación con el aspecto económico), mientras que la entrega de la posesión, conseguida mediante engaño, o la entrega sexual, conseguida con engaño, excluyen la consumación del hurto o de la violación (el error sobre las consecuencias económicas es irrelevante). Sobre todo en relación con el engaño, no cabe generalizar afirmando que por lo menos el error referido al bien jurídico excluye el acuerdo eficaz; en muchos casos, los tipos están formulados sólo hacia el comienzo de un período de pérdida de cierta duración, de modo que un error (inequívocamente referido al bien jurídico) sobre la duración de la pérdida no excluye el tipo. Ejemplo: Quien entrega la posesión en la creencia errónea de recobrarla en breve plazo no la ha perdido contra su voluntad, de manera que decae el apoderamiento (§§ 242, 249, 289 StGB). En la estafa es distinto: El error referido el bien ju-

[156] Sobre la distinción con respecto al consentimiento, *vid. Geerds*, GA, 1954, pp. 262 ss.

[157] *SK-Samson*, núm. marg. 37, ante § 32; *Geerds*, GA, 1954, pp. 262 ss., 265; *Wessels*, AT, § 9, I, 1, entre otros; en relación con el § 236 StGB (ahí acertadamente) BGH, 23, pp. 1 ss., 3.

[158] Con buen criterio, *Jescheck*, AT, § 34, I, 2.

rídico (el error sobre el perjuicio patrimonial de la disposición) es eslabón del curso causal conducente a la consumación [159].

108 *c)* De todos modos, negativamente cabe expresar la fórmula diciendo que el acuerdo no siempre ha de tener lugar libre de coerción o error y que no siempre ha de existir una autorización jurídicamente eficaz para excluir la consumación.

109 3. El acuerdo es algo más que un soportar consciente [160]. Ejemplo: Quien contempla impertérrito cómo le sustraen algo no excluye por ello el apoderamiento mediante su acuerdo. Más bien, en un primer grupo de supuestos del acuerdo —*acuerdo final*—, es necesario que la persona de cuyo acuerdo se trata «pretenda» las consecuencias del comportamiento, es decir, que las quiera realizar por ellas mismas o por los efectos ulteriores esperados de ellas. Esta forma del acuerdo corresponde a la intención en el tipo subjetivo. A su lado, se presenta un acuerdo —*acuerdo no final*— en el que no se quieren ningunas consecuencias del comportamiento, pero sí el comportamiento previsiblemente con consecuencias, o al menos un contacto social que no puede tener lugar evidentemente sin comportamiento con consecuencias. Ejemplos: Quien está de acuerdo en que se encienda la mecha de un explosivo (violencia), perseverará en ello aunque las consecuencias, de un modo cognoscible por anticipado, le afecten a él mismo (comportamiento conseguido por coerción, § 240 StGB), aun cuando no se quieren las consecuencias. Quien participa en un combate deportivo de boxeo por lo general no quiere los ataques de su adversario, y sin embargo el ataque reglamentario que fuerza a esquivarlo no constituye coacción en el sentido del § 240.1 StGB, merced al acuerdo en el contacto social de esta clase (sin necesidad de recurrir a la cláusula de reprochabilidad).

En definitiva, puede haber dos motivos distintos para el efecto excluyente del tipo propio del acuerdo. Por una parte, se trata del abandono de un bien basado en una voluntad digna de respeto; este acuerdo surte efecto en virtud del contenido de la libre discrecionalidad. Por otra parte se trata de que se quie-

---

[159] Situar el problema en la Parte Especial va ganando adeptos: *Arzt*, Willensmängel, pp. 24 ss.; *Zipf*, Einwilligung, pp. 15 ss.; *Wimmer*, Bedeutung, pp. 1 ss., 250 ss.; *Jescheck*, AT, § 34, I, 2; *LK*[9]*-Hirsch*, núm. marg. 103, ante § 51; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 32, ante § 32; *vid.* también *SK-Samson*, núm. marg. 37, ante § 32; *Wessels*, AT, § 9, I, 1; obviamente, la remisión a la Parte Especial no supone falta de principios generales, sino que más bien hay que formar tipos de acuerdo en función de los puntos de vista ordenadores de la Parte Especial. Lo que es problemático es decidir en relación con el § 142 en caso de consentimiento para alejarse conseguido subrepticiamente mediante engaño sobre el estado de aclaración. La jurisprudencia (últimamente OLG Stuttgart, VRS, 63, pp. 203 ss., 205) y la doctrina dominante (*LK-Rüth*, § 142, núm. marg. 45; *SK-Rudolphi*, § 142, núm. marg. 20; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 142, núm. marg. 63, con más referencias bibliográficas) consideran justificante al consentimento y lo hacen decaer si se da un engaño como el citado. Lo cual no será correcto desde dos puntos de vista: En primer lugar, el precepto protege un bien disponible sin límites (con la consecuencia de *exclusión del tipo* si hay consentimiento). En segundo lugar, en todo caso decae la responsabilidad también si se da consentimiento condicionado por error, puesto que la responsabilidad por autoría mediata —la única posible— fracasa por la vinculación a tipo de la conducta («alejarse» y no «evitar de cualquier modo la aclaración»). El resultado se ajusta axiológicamente a la falta de responsabilidad —indiscutida— de aquel que da lugar mediante engaño a que se aleje otro implicado en el accidente mientras que él mismo se queda allí.

[160] En relación con el menoscabo de derechos fundamentales, igualmente *Amelung*, StV, 1985, pp. 257 ss., 258.

re una situación a la que pertenece necesariamente el abandono del bien. La significación práctica de este último grupo de supuestos no reside en el acuerdo, sino en el consentimiento excluyente del tipo.

4. *a)* El acuerdo sólo puede valer para un autor determinado. 110

b) Según opinión dominante, no es necesaria la exteriorización del acuerdo. Si el autor desconoce el acuerdo, habrá de apreciarse tentativa (quien cae en una trampa, haciéndose con la posesión del señuelo dispuesto para la detención de un ladrón, a pesar de que funda una nueva posesión, sólo comete tentativa de hurto) [161]; la suposición errónea del acuerdo excluye el dolo; si el error fue evitable, se responde por imprudencia. La reducción al aspecto interno del afectado, sin tener en cuenta la objetivación, no satisface en los casos del acuerdo *exteriorizado* con reserva mental o en error en la declaración. De todos modos, en la medida en que el acuerdo debe ser jurídicamente válido, regirán en favor del autor las reglas generales sobre manifestaciones de voluntad. Por lo demás, en caso de que el que interviene confíe en la corrección de la declaración, decae el dolo del tipo; en caso de declaraciones equivocadas (evitablemente) del afectado, la responsabilidad del interviniente se limita mediante el riesgo permitido (principio de confianza) [162].

C) El acuerdo es revocable en cualquier momento, en tanto que no vincule al mismo tiempo como declaración jurídicamente eficaz con arreglo a principios generales [163] (entonces rigen también, por lo que se refiere al efecto vinculante, los §§ 134, 138 StGB). Ejemplo: La autorización para alejarse del lugar del accidente (§ 142 StGB), dada a cambio de reconocer la culpabilidad, vincula. También queda excluida la revocación cuando se ha perdido la posibilidad de disposición; ejemplo: Quien cede a otro una vivienda ya no puede disponer del «derecho a la morada» (en el sentido del allanamiento de morada, § 123 StGB) [164].

B. El consentimiento excluyente del tipo y el obrar a riesgo propio

1. *Delimitación entre consentimiento excluyente del tipo y consentimiento justificante*

a) También fuera del ámbito del acuerdo, el consentimiento en la lesión 111
de bienes de los que su titular tiene derecho a disponer excluye el tipo. Ejem-

[161] OLG Köln, NJW, 1961, pp. 2360 s.; BayObLG, JZ, 1979, p. 146; *vid.* además BGH, 4, pp. 199 s.

[162] *Vid.* también *Schlehofer*, Einwilligung, pp. 56 ss., 58. La problemática aún no se ha aclarado suficientemente. La voluntad de renunciar al bien como dato psíquico priva al bien de su atribución a la persona y consiguientemente de su cualidad de ser un bien. Desde luego, será dudoso si esta voluntad, sin objetivación alguna, sólo como algo interno, es relevante socialmente (tal como estima la teoría de la dirección de voluntad, también aquí defendida, *infra* 7/115). La manifestación de la persona sobre su situación volitiva es la declaración de la voluntad; la declaración como acto imputable permite prescindir de la situación volitiva real en el que que la lleva a cabo: La voluntad declarada hace las veces de voluntad real.

[163] Pormenorizadamente, con abundante bibliografía, *Weber*, Vertrag, pp. 77 ss., 163 ss.

[164] *Honig*, Einwilligung, p. 152.

plo: El que rapar el pelo o tomar anticonceptivos constituyan lesiones o sean atípicos, o el que cavar un césped o derribar un árbol constituyan delito de daños o sean atípicos, se rige por la voluntad del titular del bien. Los bienes de los que se puede disponer libremente [165], en los que el consentimiento ya excluye la realización del tipo, son sobre todo la propiedad, el patrimonio [166], los bienes personalísimos, como la libertad ambulatoria [167], el honor [168], el secreto de la correspondencia e incluso la integridad física; esta última, al igual que el honor y la libertad ambulatoria, sin embargo, sólo en la medida en que son medios de desarrollarse libremente (p. ej., lesiones leves en prácticas sexuales), pero no base de ese libre desarrollo; dicho de otro modo, se trata del ámbito de los bienes intercambiables [169], aunque en el caso concreto se entreguen sin un equivalente reconocido en general. En estos supuestos, de la voluntad del titular depende qué trato de los bienes constituye pérdida, ganancia, o ni una ni otra: El consentimiento en lo que es en sí injusto, es decir, en el comportamiento y en su resultado, excluye la valoración negativa del resultado.

112 *b)* Sólo desde una determinación naturalística de los resultados típicos no importaría la voluntad del titular del bien en la realización del tipo; el consentimiento podría, si acaso, justificar [170]. Al mantener esto, sin embargo, se pasaba por alto que en los casos aquí relevantes desde el principio el comportamiento no supone una defraudación de expectativas; pues si el comportamiento se corresponde con la voluntad del titular del bien, no por ello un conflicto en sí existente (¡tipo realizado!) se declara tolerable excepcionalmente (¡justificado!), sino que no se llega al ámbito de lo conflictivo sólo *a causa de la voluntad, sin tener en cuenta sus motivos*. Desde luego es equivocado considerar, como hace una teoría reciente, todo consentimiento eficaz como excluyente del

[165] En los bienes no disponibles, o no enteramente disponibles, decae el consentimiento eficaz: ejemplo: No cabe consentir en la conducción bajo la influencia del alcohol en vías públicas (BGH, 23, pp. 261 ss., 264), por lo que se refiere a la puesta en peligro abstracto del § 316 StGB o a la puesta en peligro concreta de terceros del § 315 *c* StGB; no obstante, sí cabe consentir válidamente —con efecto excluyente del tipo o justificante, dependiendo de la importancia de los bienes puestos en peligro y de la magnitud del peligro— en la puesta en peligro concreta de uno mismo; discutido; distingue *Geppert*, ZStW, 83, pp. 947 ss., 948 ss. En relación con los delitos de funcionario, *Amelung* (Dünnebier-Festschrift, pp. 487 ss.) ha demostrado que en parte sirven a garantizar la libertad *individual* frente a su menoscabo por parte del Estado; por consiguiente, los bienes protegidos en este marco son disponibles (p. ej., en el § 340 StGB; acerca de los distintos delitos de funcionarios, *vid. Amelung*, *op. cit.*, pp. 510 ss.).

[166] En relación con los límites a la disposición en las sociedades de capital, *vid.* BGH, 9, pp. 204 ss., 216. En supuestos límites no hay que excluir la ineficacia del consentimiento debido a la vinculación social de la propiedad; ejemplo: Consentimiento en que se vuele una fábrica en pleno funcionamiento por protesta contra la legislacion tributaria; consentimiento en la demolición de una vivienda en buenas condiciones para librarse de los inquilinos, etc.

[167] En relación con el §239 *b* StGB, *vid.* BGH, 26, pp. 70 ss.

[168] BGH, 11, pp. 68 ss., 72.

[169] No se alude sólo al cambio económicamente relevante, aun cuando es esencial; también se abarca el cambio, p. ej., de dinero o de la integridad corporal por satisfacción ideal o corporal, pero no mensurable económicamente.

[170] Así en cuanto al resultado *Jescheck*, AT, § 34, I, 3, pero ecléctico, loc. cit., *in fine*. *Baumann-Weber*, AT, § 21, II, 4 *e; Blei*, AT, § 37, I; *Bockelmann-Volk*, AT, § 15, C, 1; *Dreher-Tröndle*, núm. marg. 3 *b*, ante § 32; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 33 ante § 32; *Lackner*, nota 5, ante § 32; *LK-Hirsch*, núm. marg. 92, 96, ante § 32; *Geerds*, ZStW, 72, pp. 42 ss., 43; *el mismo*, GA, 1954, pp. 262 ss.; también, núm. marg. 38 s., ante § 32.

tipo [171]. Bien es verdad que numerosos bienes protegidos típicamente sirven al «dominio autónomo» [172], y que en caso de consentimiento falta una vulneración de esa autonomía. Pero así no se protege la autonomía directamente, sino por medio de los tipos respectivos, es decir, el legislador está pensando en la autonomía, pero sólo la menciona objetivada en el suceder típico, y por eso, a la inversa, lo objetivado, el tipo, puede estar realizado aunque no concurra ninguna vulneración de la autonomía. En este consentimiento justificante, que aparece junto al consentimiento excluyente del tipo y al acuerdo excluyente del tipo, se encuadran aquellos casos de consentimiento en una lesión en los que el bien afectado no tiene función de intercambio, es decir, no es medio de desarrollar la personalidad. El empleo excepcional de uno de estos bienes como medio es posible sólo en una situación especial, y supone una defraudación de expectativas que no se puede solucionar con el consentimiento solo, sino que requiere tener en cuenta el contexto (acerca de esto, con detalle, *infra*, sobre el consentimiento justificante, 14/1 ss.). Ejemplo: La extirpación de un riñón por parte de un médico para realizar un trasplante, a pesar del consentimiento del donante, se distingue de una mera donación de sangre en que, debido a la importancia del bien, sólo cabe fundamentar una disposición sobre éste en una situación excepcional (contexto).

c) Así pues, el que un consentimiento opere justificando o excluyendo el 113
tipo puede decidirse de modo distinto, según la configuración del caso, en relación con un mismo tipo, especialmente en las lesiones [173]. El ámbito del consentimiento excluyente del tipo es más amplio cuando se refiere a un consentimiento en el riesgo que cuando se refiere a la certeza de que se producirá la consecuencia lesiva, pues en el ámbito del riesgo cercano al riesgo vital general se emplean también bienes para cualquier fin que por lo demás no son medios para el libre desarrollo. La exclusión del tipo por riesgo permitido y por consentimiento son aquí congruentes. Representan ejemplos la participación en deportes moderamente arriesgados, como hípica o esquí, cuando la lesión de un participante proviene de otro.

2. *El autorizado a consentir*

Sólo el titular del bien con derecho a disponer puede consentir válidamente 114
en la injerencia. Ejemplos [173a]: El consentimiento del propietario del animal en la tortura a ese animal surte efecto sólo en la medida en que se trata de un

[171] *Kientzy*, Einwilligung, pp. 65 ss.; *Zipf*, Einwilligung, pp. 28 ss.; *el mismo*, ÖJZ, 1977, pp. 379 ss., 380 s.; *Schmidhäuser*, AT, 8/123 ss.; *Roxin*, Kriminalpolitik, p. 25, nota 57; *el mismo*, Welzel-Festchrift, pp. 447 ss., 449; *el mismo*, Einwilligung, pp. 11 ss.; *Hirsch*, ZStW, 74, pp. 78 ss., 104, nota 101; *Armin Kaufmann*, Welzel-Festschrift, pp. 393 ss., 397, nota 9; *Sax*, JZ, 1976, pp. 9 ss.; *Weigend*, ZStW, 98, pp. 44 ss., 61; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 17, núm. marg. 30 ss.; *SK-Horn*, § 226 *a*, núm. marg. 2.

[172] *Schmidhäuser*, AT, 8/130.

[173] En definitiva también *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 369, quien deduce de aquí que la distinción carece de una legitimación más profunda; con todo, el propio *Stratenwerth* reivindica la distinción entre lo normal (no típico) y lo necesitado de aclaración (que está justificado), núm. marg. 368. Como aquí, *Triffterer*, Oehler-Festchrift, pp. 209 ss., 220; *el mismo*, AT, pp. 240 s.

[173a] Pormenorizadamente, *Roxin*, Einwilligung, pp. 26 ss.

delito contra la propiedad (especialmente § 303 StGB), pero no en cuanto se vulnera la Ley de Protección de los Animales [173b]. El demandado no puede consentir válidamente en la infracción de los principios procesales de Derecho público [173c]. Si varias personas tienen derecho a disponer de un bien conjuntamente, sólo el consentimiento conjunto de todas ellas es válido [174]. A falta de reglas especiales, importa la capacidad de discreción y juicio natural (en el sentido de concreta, no determinada por generalización), sobre todo en las lesiones leves, como en la actividad deportiva [175]. Si existe ésta, la decisión del que no tiene capacidad negocial completa prevalece sobre la de su representante legal [176]. Si existen reglas especiales, prevalecen éstas; así pues, los §§ 105 ss. BGB rigen especialmente para el consentimiento en incidencias sobre la propiedad y el patrimonio [177]. Bien es verdad que estos preceptos regulan expresamente sólo las consecuencias de Derecho negocial, y el discernimiento puede concurrir a pesar de que falte la (plena) capacidad negocial, sobre todo en los casos límites; el Derecho penal sigue siendo de aplicación para lo que se refiere al reconocimiento de la capacidad de disposición, vinculada al Derecho civil, porque si no a través del consentimiento se podría conseguir fácticamente justo el resultado que no se puede conseguir con arreglo al Derecho negocial. Tampoco una solución discrepante puede resolver la contradicción entre, p. ej., el consentimiento de un menor de edad, pero con capacidad de discernir en la destrucción de una cosa y la negativa del tutor del menor: Ambas decisiones deberían ser válidas. Ejemplo: Si el propietario, de diecisiete años, con discernimiento suficiente, pide que se le tale un árbol de su terreno, mientras que el tutor se opone, el hecho no deja de constituir, con arreglo a la opinión aquí mantenida, unos daños antijurídicos [178]. De todos modos, según ésta, se modifica el fin de las reglas del consentimiento, pasando de servir para proteger al titular del bien a proteger las normas de competencia, precisamente los §§ 105

[173b] OLG Hamm, NStZ, 1985, pp. 275 ss.

[173c] *Amelung*, Einwilligung, pp. 42 ss.; *el mismo*, StV, 1985, pp. 257 ss., 259 s.

[174] Acerca del secreto de las comunicaciones (relevante para el § 201 StGB) con buen criterio *Amelung* y *Pauli*, MDR, 1980, pp. 801 ss.

[175] BGH, 4, pp. 89 ss., 90; 12, pp. 379 ss., 383 (de acuerdo con la clasificación que aquí se propone, referidas al consentimiento justificante); 23, pp. 1 ss., 3 s. Acerca del consentimiento de un menor de edad en una extracción de sangre para realizar la prueba de los anticuerpos del SIDA, acertadamente, *Lesch*, NJW, 1989, pp. 2309 ss. (sólo la extracción de sangre, y no la consecuencia del resultado de la prueba es objeto el consentimento, por lo que se refiere al § 223 StGB).

[176] *Schmidt-Elsaeßer*, Forschung, pp. 194 ss.; *Schmidhäuser*, AT, 8/143; lo cual también es válido, frente a la opinión por lo demás en consonancia de *Lenckner* (ZStW, 72, pp. 446 ss., 463), cuando se trata de una decisión incorrecta, siempre que la incorrección no ponga de manifiesto un déficit de capacidad.

[177] Fundamental, *Lenckner*, ZStW, 72, pp. 446 ss.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 39 ante § 32; *SK-Samson*, núm. marg. 41, ante § 32; *Dreher-Tröndle*, núm. marg. 3 *b*, ante § 32; *en otro sentido*, la doctrina dominante; *LK-Hirsch*, núm. marg. 118, ante § 32; *Jescheck*, AT, § 34, IV, 1; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 17, núm. marg. 30 ss.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 379 s.; *Welzel*, Strafrecht, § 14 VI, 2 *a* α.

[178] No hay que admitir que sea «extraño» —así lo afirma al menos el argumento que se esgrime contra esta solución— que «un joven de diecisiete años pueda consentir en una lesión en su cuerpo, pero no en su propiedad» (*Stratenwerth*, AT, núm. marg. 380; en términos similares, *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, p. 128; *Zipf*, Einwilligung, p. 41, entre otros): Ni la complejidad de las consecuencias del consentimiento ni el carácter drástico, perceptible intuitivamente, de estas consecuencias, dependen de la importancia jurídico-penal del bien afectado; *vid.* asimismo la fundamentación de la solución que aquí se propugna en *Traeger*, GS 94, pp. 112 ss., 148 s.

ss. BGB (acerca del problema de la modificación del injusto *vid.* asimismo *infra* 12/44).

3. *La objetivación del consentimiento*

En cuanto a la objetivación del consentimiento, de acuerdo con la teoría 115
de la dirección de la voluntad [179], bastará la voluntad sin objetivación, mientras que la teoría de la manifestación de voluntad atiende a una declaración de acuerdo con las reglas jurídico-negociales [180]. La doctrina dominante adopta una posición intermedia, exigiendo la objetivación de la voluntad, pero no de acuerdo a las reglas jurídico-negociales y no necesariamente frente al que se injiere en los bienes [181]. Dado que en el consentimiento excluyente del tipo se trata de la modificación de la relación del facultado para disponer con el bien, sólo puede importar aquello que sustenta esa relación, es decir, la voluntad interna (en el consentimiento directo) o el abandono de la situación en la que el albedrío del afectado vincula al autor (en el consentimiento indirecto); la exteriorización de la relación es irrelevante (dudosamente, *vid. supra* 7/nota 162). Si el autor ignora el consentimiento excluyente del tipo, subsiste el dolo. La suposición errónea da lugar a lo sumo a imprudencia. Ejemplo: Si un agricultor observa cómo le roban la fruta de los árboles y no hace nada para impedirlo, hay que distinguir: Si quiere concederle a los autores la fruta de escaso valor, el hecho constituye sólo hurto intentado; pero si considera que por el escaso valor del bien no merece la pena emprender acciones legales, bien es verdad que renuncia a la posibilidad de protección jurídica, pero el hecho no deja de ser antijurídico y punible.

Problemática es la situación en caso de consentimiento manifestado pero no querido, por error en la declaración o por reserva mental. Algunos aceptan que tal consentimiento es vinculante hasta que se revoque, con la fundamentación de que el que se injiere no tiene por qué soportar el riesgo de que sea correcta o no la manifestación del facultado para disponer [182]. Esta consideración afecta, sin embargo, sólo a los supuestos de consentimiento prestado en provecho propio. Para la solución rige lo dicho acerca del acuerdo (*supra* 7/110): si la manifestación no es jurídico-negocialmente vinculante, la responsabilidad del que se injiere queda limitada por el principio de confianza y el tipo subjetivo [183].

---

[179] *Schrey*, Gegenstand der Einwilligung, pp. 21 s.; *Frank*, nota III, ante § 51; *Schmidhäuser*, AT, 8/144; *Mezger*, Strafrecht, § 28, I.

[180] *Zitelmann*, AcP, 99, pp. 1 ss., 62; *Keßler*, Einwilligung, pp. 99 ss., 100 s., 105.

[181] *Honig*, Eiwilligung, pp. 145 s., quien no obstante considera también como objetivación del consentimiento la no intervención; *Zipf*, ÖJZ, 1977, pp. 379 ss., 381; *Roxin*, Einwilligung, pp. 35 ss.; *Jescheck*, AT, § 34, IV, 2; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 43 ante § 32; *LK-Hirsch*, núm. marg. 109, ante § 32; todos con bibliografía; de entre la jurisprudencia, *vid.* BGH, 17, pp. 359 s.; Bay ObLG, NJW, 1968, pp. 665 s.

[182] *Arzt*, Willensmängel, p. 49; *Zipf*, Einwilligung, p. 46; *Kühne*, JZ, 1979, pp. 241 ss., 244; *vid.* asimismo BGH, 16, pp. 309 ss., 311.

[183] *Baumann-Weber*, AT, § 21, II, 4 *b* alfa.

4. *El consentimiento mediando fuerza y error*

116 *a)* Se discute en torno al tratamiento del consentimiento condicionado por fuerza o error [183a]. Según la opinión dominante, al menos determinados errores y situaciones de fuerza de cierta importancia deben excluir la eficacia del consentimiento [184]; sin embargo, se discrepa sobre si este efecto lo tienen sólo los errores referidos al bien jurídico (errores acerca de si la injerencia afecta al bien, y en qué medida) [185] y cómo ha de determinarse la importancia de la presión, exigiéndose por lo general un «mal sensible» en el sentido del § 240 StGB [186].

117 *b)* En tal tratamiento se confunden esferas de problemas heterogéneas:

a') En la medida en que el facultado para disponer, sea por un engaño u otra causa, yerra sobre la existencia y la importancia de la modificación perjudicial que tiene lugar mediante la acción de injerencia en el bien, es decir, yerra con referencia al bien, falta ya, por ausencia de consciencia del abandono (total), la voluntad para éste [186a]. El facultado para disponer es «indoloso» (total o parcialmente). En tanto que coopera en la injerencia puede ser instrumento de su autolesión (*vid. infra* acerca de la autoría mediata 21/77 ss.).

En casos de error sobre la cualificación del que se injiere, hay que distinguir: *a)* Si un no cualificado provoca consecuencias con las que no hay que contar si se tratase de una persona cualificada, en caso de error sobre la cualificación tales consecuencias no están cubiertas por el consentimiento. Ejemplo: Quien consiente en que le inyecte un médico no ha consentido concluyentemente en aquellas agravaciones que surgen del hecho de que un profano haya manipulado incorrectamente la jeringa (así como en caso de manejo defectuoso por parte de un médico tampoco existiría consentimiento). *b)* Si el resultado típico depende de que el autor no posee la cualificación, entonces el engaño está referido al bien jurídico. Ejemplos: Si un profano le quita una ruedecilla a un complejo reloj, que así se avería, la situación es distinta a si un maestro relojero, como experto, le quita la ruedecilla en el curso de una reparación. El

---

[183a] Acerca de la problemática del consentimiento prestado en el curso de una detención, *Amelung*, ZStW, 95, pp. 1 ss.

[184] BGH, 4, pp. 113 ss., 118; BGHZ, NJW, 1964, pp. 1177 ss.; OLG Stuttgart, VRS, 63, pp. 203 ss., 205.

[185] En este sentido, fundamental, *Arzt*, Willensmängel, pp. 22 ss.; *vid.* además *Zipf*, Einwilligung, p. 23; *Kientzy*, Einwilligung, pp. 108 s.; *Rudolphi*, ZStW, 86, pp. 82 ss., 83 s.; *SK-Samson*, núm. marg. 43, ante § 32; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 46 s., ante § 32; *Jescheck*, AT, § 34, IV, 4; esencialmente como aquí (*vid.* no obstante también 7/nota 189), y en favor de tener en cuenta también otras clases de error, *Roxin*, Noll-Gedächtnisschrift, pp. 275 ss., 286; además *Baumann-Weber*, AT, § 21, IV, *b* δ; *LK-Hirsch*, núm. marg. 110 ss., ante § 32 con más referencias bibliográficas; distinguiendo entre negocios con contraprestación y sin ella, *Kühne*, JZ, 1979, pp. 241 ss., 246.

[186] *Arzt*, Willensmängel, pp. 31 ss.; *LK-Hirsch*, núm. marg. 119 ss., ante § 32; *Jescheck*, AT, § 34, IV 4; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 48 ante § 32.

[186a] *Roxin*, Noll-Gedächtnisschrift, pp. 275 ss., 283. En relación con el alcance de la referencia al bien jurídico, con detalle *Meyer*, Ausschluß, pp. 164 ss. (desde luego en parte demasiado ampliamente, por abarcar los errores en el motivo, pp. 180 s.); críticamente sobre *Meyer*, *Küper*, JZ, 1986 pp. 219 ss., 225 ss.

contexto pertenece aquí al concepto del resultado. *c)* En los demás casos, el error sobre la cualificación no es un error sobre la existencia y la medida de la lesión, permaneciendo eficaz el consentimiento. No obstante, el consentimiento puede ser insensato frente a persona no cualificada, mientras que sería sensato frente a una cualificada. En este caso, el engaño sobre la cualificación fundamenta autoría mediata del que engaña [186b] (sobre ello se tratará en seguida). El hecho de que quien se equivoca, si todo va bien, no pierde nada que no habría perdido también de haber obrado persona cualificada, constituye sólo una hipótesis (acerca de su trascendencia, *supra* 7/92). Ejemplo: Un curandero, que engaña sobre su cualificación como médico, comete lesiones (como autor mediato, al haberse procurado el consentimiento) también en aquellas intervenciones que un médico habría llevado a cabo igualmente.

b') Si el consentimiento se presta condicionado por un engaño no referido 118
al bien jurídico o por amenaza, es eficaz [186c]. Por haberlo suscitado o aprovechado se responderá, naturalmente, de acuerdo con las reglas de la autoría mediata, pero sólo según éstas: como coacciones o engaño para el autodaño mediato utilizando el consentimiento, aprovechado por el propio autor mediato o por un tercero (*vid.* asimismo *infra* acerca de la autoría mediata 21/88 ss.). La construcción es la siguiente: instrumento es el que consiente; autor mediato es aquel que es responsable del defecto del consentimiento; éste puede ser el mismo que interviene en el bien atípicamente en virtud del consentimiento, pero no tiene por qué serlo necesariamente; si lo es, obra típicamente como autor mediato (dominio del defecto), y atípicamente como autor directo (injerencia). Al igual que el dolo forzado o el dolo en una acción emprendida con error en el motivo, a pesar de la falta de libertad no deja de ser dolo, tampoco del concepto de consentimento forma parte su carácter libre [186d].

c') La solución, que en definitiva se corresponde en buena parte con la so- 119
lución común que pasa por la ineficacia del consentimiento (el que se injiere responde como autor mediato; según la solución común responde como autor directo), tiene trascendencia para tres esferas de problemas: Por una parte, sólo así se pueden armonizar los resultados de determinar el consentimiento con los de determinar la autolesión; por otra parte, esta armonización proporciona un patrón para la valoración del engaño o de la amenaza; y, en tercer lugar, se

[186b] Acerca de la ineficacia del consentimiento, BGH, 16, pp. 309 ss., con excepciones referidas a supuestos insignificantes, p. 311 (entiéndase, supuestos en los que también sería razonable consentir en la lesión de persona no cualificada; de hecho, se reconocen, pues, las reglas de la autoría mediata); BGH, JR, 1988, pp. 122 ss.; *LK-Hirsch*, § 226 *a*, núm. marg. 18; sobre las desventajas de esta solución de la ineficacia frente a la solución que pasa por la autoría mediata, *infra* 7/119 ss.

[186c] Así también implícitamente OLG Hamm, NJW, 1987, pp. 1304 s.

[186d] *Meyer*, Ausschluß, p. 130, nota 82 (en términos semejantes, *Schlehofer*, Einwilligung, p. 73, nota 207) critica que el consentimiento no puede ser a la vez eficaz y defectuoso en tanto que su provocación o aprovechamiento conduce a la autoría mediata. Para la autoría mediata no se trata obviamente de un *defecto del consentimiento* del ejecutor, sino de la responsabilidad del autor mediato por el *motivo defectuoso* del consentimiento eficaz. La resistencia del consentimento a pesar del motivo defectuoso se pondrá de manifiesto en aquellos defectos de los que no es responsable «hombre de atrás» alguno; ejemplo: Alguien deja que le vacíen su aljibe, a fin de procurarse sitio para el agua de lluvia que espera que caiga, pero no llueve, para sorpresa de todos. ¿No hay consentimiento en el vaciado?

pueden solucionar adecuadamente los supuestos en que el responsable ya no tiene el dominio del defecto del consentimiento.

120 — El que se induzca a alguien mediante engaño o amenaza a una autolesión —desde luego atípica— o al consentimiento en una lesión por parte de otro, axiológicamente es lo mismo [186c]; por ello deben coordinarse los presupuestos de responsabilidad por determinar un consentimiento defectuoso y aquellos otros por determinar una autolesión [187].

Al igual que en una autolesión actúan atípicamente aquellos participantes que no son responsables del engaño o de la amenaza (por falta de responsabilidad no son autores mediatos y por falta de hecho principal no son partícipes por accesoriedad), así el comportamiento de personas que actúan en virtud de un consentimiento excluyente del tipo sin ser responsables de sus motivos, no puede valorarse como realización del tipo, lo cual rige incluso cuando —de nuevo tanto para la participación en una autolesión como para la actuación bajo consentimiento— sí conocen la amenaza o el engaño. También frente a personas responsables es eficaz el consentimiento, pero estas personas son autores mediatos; esta idea es aplicable asimismo a la autolesión.

En supuestos de amenaza, la solución opuesta, la más común (el consentimiento forzado es ineficaz), lleva al resultado extraño de que al que ayuda a la víctima se le origina un derecho del estado de necesidad en que el consentimiento de la víctima es ineficaz, y ello sin que el que ayuda sea superior en conocimiento o capacidad de juicio al que consiente. Ejemplo: Si el padre le plantea a su melenudo hijo la alternativa de ir a la peluquería o marcharse de casa, según la doctrina dominante el peluquero, en tanto que está enterado, cometería lesiones objetiva y subjetivamente típicas, que desde luego después estarían justificadas por estado de necesidad. Sin embargo, falta toda razón para privar a la propia persona objeto de amenaza del poder decisorio.

La responsabilidad del que se injiere en el bien falta también en casos de fuerza y de error surgidos de catástrofes naturales, o de una situación compleja o de un fallo del mismo que consiente (pero el que se injiere puede también ser responsable del mantenimiento del bien en el que consiente, por otros motivos, como p. ej. en calidad de obligado institucionalmente). Si concurren efectivamente peligros se impone esta conclusión: El que se injiere ayuda al que consiente en la disminución o en la modificación del daño según el parecer de

---

[186c] La equivalencia existirá también siempre que se trate del consentimiento en una vulneración de un derecho fundamental frente al Estado y del abandono de propia mano del derecho fundamental al Estado. El consentimiento conseguido mediante engaño o amenazas por parte del Estado no es sino una infracción procedimental (a ello se atiene *Amelung*, Einwilligung, pp. 102 ss.; *el mismo*, StV, 1985, pp. 257 ss., 262 s.), que no afecta sin embargo al contenido, sino a los motivos del consentimiento; de estos motivos es responsable el que procede incorrectamente: autoría mediata. Evidentemente, la solución que pasa por la autoría mediata fracasa cuando el bien protegido es la propia voluntad del que consiente (o una parte de ésta), o sea, en el acuerdo (*supra* 7/104 ss.). Ejemplo: Si alguien «en defensa de la Constitución», como supuesto conocido del hijo, consigue mediante engaño entrar en la morada de los padres, ello no constituye un allanamiento de morada, al igual que tampoco en los casos en los que éste antes, engañosamente, ha conseguido en realidad conocer al hijo, o bien debido a este conocimiento —supuesto o real— es invitado por los propios padres.

[187] En favor de una solución unitaria, pero en sentido contrario, *Herzberg*, Täterschaft, pp. 35 ss., 38; *vid.* asimismo *infra* acerca de la autoría mediata 21/90.

éste. Pero también en caso de daños aparentes o de otros casos de error del que consiente, el que se injiere —al igual que cuando se trata de autolesión del que yerra— sólo debe ajustarse al defecto de organización del que consiente cuando de otro modo amenaza producirse una catástrofe: § 323 *c* StGB, pues únicamente por seguir el consentimiento no se arroga poder de organización ajeno.

— Para la fundamentación de la responsabilidad sólo se tienen en cuenta 121
aquellas amenazas en las que quien consiente redistribuye el daño de un modo aún convincente; el límite se corresponde exactamente con el que separa las coacciones y la autolesión (21/88 ss.), que se detallará *infra* y que en cualquier caso ha de trazarse. Especialmente, no todo mal sensible con que se amenaza fundamenta en todo consentimiento autoría mediata, sino sólo aquel mal cuya importancia ha de determinarse relativamente, es decir, dependiendo del bien que se abandona. Ejemplo: Quien amenaza a otro con romperle algunos cristales de las ventanas si no le deja el coche para un viaje en el que éste se estrella, responde por coacciones, pero no por la destrucción del coche, tanto si en el viaje es el mismo que amenaza quien conduce (consentimiento), un tercero (consentimiento) o la víctima (por falta de cualificación suficiente de la amenaza, no constituye un instrumento). Quien amenaza gravemente a una mujer para que consienta en lesiones sádicas, responde por lesiones, tanto si las lleva a cabo la propia mujer (instrumento) como un tercero o el que amenaza.

Del mismo modo sucede en el engaño que no versa sobre el bien jurídico: El consentimiento es eficaz; pero si se finge una situación en que existe un motivo de actuar, la modificación de los bienes en el marco de lo razonable es un suceso cuyos costes ya no se pueden explicar con la voluntad del que consiente, es decir, el creador de la situación debe responder como autor mediato. Hay que pensar sobre todo en los casos en que se fingen situaciones de necesidad de las que quien presta el consentimiento busca la salida mediante un obrar similar al del estado de necesidad. Ejemplos: A quien consiente se le ha hecho creer que tiene piojos y deja que le rapen el cabello [188]. A un paciente se le hace creer que se necesita una muestra de su sangre para diagnosticar las dolencias por las que él quiere que le traten, pero la extracción de sangre (o el aumento de la cantidad de la sangre que se extrae) sirve para diagnosticar una enfermedad sobre la que el paciente no quiere saber nada [189] (*vid.* acerca del consentimiento presunto, asimismo *infra* 16/18). La modificación es razonable mientras que, según baremos de valoración generales, que sobre todo han de desarrollarse para el estado de necesidad y la autoría mediata, se salde al menos sin pérdida. La autoría mediata se tendrá también en cuenta siempre que no se trate de consentimento para evitar daños ulteriores supuestamente

[188] Si en la integridad corporal no se quiere incluir el bien jurídico «de la cabeza a los pies», el error no es referido al bien jurídico; acerca de las dificultades de delimitación, vide. *Arzt*, Willensmängel, pp. 22 s.

[189] P. ej., Sida; *vid.* las alegaciones del Ministerio Fiscal en KG, NJW, 1987, pp. 1495 ss.; Ministerio Fiscal de Maguncia, NJW, 1987, pp. 1471 ss.; *Eberbach*, NJW, 1987, pp. 2946 ss.; *Bottke*, en: Rechtsprobleme, pp. 171 ss., 222 ss.; con detalle, *Pfeffer*, Durchführung, pp. 44 ss.; *Kunz*, SchwZStr., 107 (190), pp. 259 ss.; con menos énfasis, *Janker*, NJW, pp. 2897 ss., 2899 ss.; *Michel*, JuS, 1988, pp. 8 ss.

amenazantes, sino de alcanzar una ganancia (esto es dudoso) [190]. Ejemplo: Un estudiante dona una cantidad de sangre más bien pequeña porque se le ha hecho creer que recibirá una gran recompensa.

122 — Quien es responsable de un peligro, pero ha perdido el dominio del suceso en una medida en que ya no puede volverse atrás, no responde directamente por su comportamiento si obra mediando el consentimiento de la persona amenazada, sino porque es responsable de la situación en que la disposición de los bienes del amenazado se ha modificado de modo razonable, y en esa medida; incluso puede estar obligado a ayudar a la persona amenazada. Ejemplo: Quien incendia un mantel, sabiendo que el propietario, por falta de otros líquidos, sólo puede apagar el fuego con champaña, si ni siquiera él mismo puede controlar el fuego de otro modo, debe apagarlo con champaña, si hay consentimiento (y puede hacerlo, si hay consentimiento, incluso si los criterios de proporcionalidad del estado de necesidad ya no sean aplicables). Si la persona puesta en peligro modifica las cosas de modo distinto a como lo previó el autor, en la medida en que éste conserva el control sobre el suceso amenazante, no responde por el *quantum* que el afectado por el peligro quiera sacrificar innecesariamente. También está excluida la responsabilidad si éste renuncia a un bien de otra clase (por ejemplo, la salud en vez de la propiedad). De otro modo ocurre en los peligros que el autor controla todavía, sobre todo en los casos de engaño: Aquí el responsable aún tiene en su mano el suceso, si puede ocuparse de que ni él ni otro pueda obrar por el consentimiento (¡eficaz!) de la víctima, así como de que la víctima no se autolesione. Si ésta quiere modificar las cosas de modo distinto a como se previó, sigue siendo posible la consumación, como ocurre si, en el ejemplo antes indicado, el incendio se quiso fingir en la suposición errónea de que el propietario no iba a querer extinguirlo, sino huir.

123 *d')* El resultado puede resumirse diciendo que el causante de un conflicto (el que engaña o amenaza) responde por los costes de la solución (lo abandonado a través del consentimento) no porque fuera ineficaz el abandono, sino porque es responsable (y en esa medida) de la situación en que el abandono es razonable o así se lo parece a quien presta el consentimiento (*vid.* acerca de ello. *infra*, sobre la autoría mediata 21/68 ss.).

[190] De acuerdo con *Roxin* (Noll-Gedächtnisschrift, pp. 275 ss., 284, 286) en los contratos onerosos el engaño sobre la perspectiva de obtener la contraprestación sólo sería relevante en los delitos que garantizan tales perspectivas en el intercambio de bienes (sobre todo, el § 263 StGB), pero no en los delitos que sirven para proteger los bienes que se intercambian. Por expresarlo con un ejemplo, según esta postura, la mujer que dona un riñón a un hijo ajeno para que su propio hijo reciba a cambio un ojo de parte de un tercero, no estaría protegida en caso de engaño sobre el objetivo de la donación (cambio), pero sí aquella que pretende donar su órgano en seguida a su hijo (*Roxin*, *op. cit.*, p. 280). Hay que conceder, desde luego, que en la estafa es casual si el engañado entrega sus bienes mediante *intervención* en sus bienes o mediante su *cesión*.

5. *Contrariedad a Derecho y a las buenas costumbres del hecho y del consentimiento*

124 La contrariedad a Derecho y a las buenas costumbres del hecho, así como la del consentimiento, no impiden su eficacia. En el consentimiento excluyente del tipo el bien está a la entera disposición del titular, ocurra ésta por autolesión —desde luego atípica— o por consentimiento en que otro lesione. De todos modos, el engaño sobre fines contrarios a Derecho o a las buenas costumbres que se persiguen con el consentimiento no fundamenta responsabilidad alguna del que engaña como autor mediato, dado que la autoría mediata (al contrario que la eficacia del consentimiento) depende de la razonabilidad objetiva. Ejemplo: Quien obtiene el permiso para desarmar el reloj de otro haciéndole creer que las piezas son para construir una bomba de relojería, no responde por daños.

6. *El objeto y la intensidad del consentimiento y el obrar al propio riesgo*

125 *a)* Objeto del consentimiento justificante son, al igual que en el acuerdo del primer grupo de supuestos —*consentimiento final*—, las consecuencias del comportamiento, de manera que son queridas en el sentido de «pretendidas» [191].

126 *b) a')* Los problemas surgen en el segundo grupo de supuestos —*consentimiento no final*—, en el que no se quieren las consecuencias, sino que el afectado crea una situación en la que su voluntad ya no es relevante. Se trata de la responsabilidad por los *costes* no deseados *de un contacto social* cuando la persona facultada para disponer no quiere el comportamiento del autor (en sí) lesivo, pero sí pretende determinada clase de contacto social que no se puede obtener sin ese comportamiento preñado de consecuencias. Ejemplo: El futbolista no quiere que le tumben, ni mucho menos que le lesionen [192]; pero sabe que no puede tomar parte en la competición deportiva sin aceptar sus inconvenientes. La solución no puede darse en el sentido de que cualquier consecuencia prevista del contacto social quede cubierta por el consentimiento, pues entonces cualquier participante podría abusar del contacto social, en tanto que lo que pretende sea previsible. Ejemplo: Quien se adentra en una zona de mala fama no consiente en el riesgo de que le roben. Más bien importa en qué medida el contenido jurídicamente relevante del contacto social puede ser establecido unilateralmente por el afectado —entonces es decisiva su voluntad y no se habrá consentido en el comportamiento no deseado— y en qué medida ese contenido se determina por los intereses de varios participantes —entonces tam-

---

[191] En esta medida de acuerdo la doctrina dominante, *vid. Geppert*, ZStW, 83, pp. 947 ss., 974 ss. En relación con el texto que sigue, *vid. Fiedler*, Strafbarkeit, pp. 145 ss., 175 ss. —viene a coincidir con la postura aquí defendida, pero sin distinguir entre exclusión del tipo y justificación—, que decide en función de una «ponderación de intereses en el plano del tipo» (p. 178); crítica del planteamiento que aquí se propugna en pp. 97 ss.

[192] BGHZ, 63, pp. 140 ss., 144.

bién se puede introducir como contenido un comportamiento que es no deseado por los otros participantes—. Ejemplo: Quien quiere un golpe en el hombro no resulta lesionado típicamente si se lleva éste a cabo; también falta la lesión típica por lo que se refiere a las consecuencias físicas del boxeo reglamentario aun cuando cada contendiente no sólo no quiera que el adversario le lesione, sino tampoco el comportamiento de éste que causa las lesiones, ya que tiene justamente por fin principal evitarlo: El contacto social está definido por los intereses de *ambos* contendientes. Por el contrario, al repeler un ataque en la legítima defensa, que motiva al atacante para realizar otros ataques, que el atacante defina la situación como agresiva es irrelevante jurídicamente; jurídicamente sólo cuenta el interés en defenderse; únicamente éste se incluye en la definición del contacto, de modo que el que se defiende no consiente en ulteriores ataques ni en sus consecuencias, aun cuando al defenderse prevea ese riesgo. Quien exhibe un billete marcado para tener pruebas de convicción contra el que se apodera de él, quiere el apoderamiento (consentimiento final, si el cogerlo no puede alcanzarse sin cambio en la posesión), pero no la apropiación del billete. Puede que sepa que si se produce el apoderamiento, la apropiación ya no se podrá evitar, pero ello no convierte el consentimiento en no final, porque aquel a quien se quiere detener no define de modo determinante la situación, sino que sólo la configura fácticamente [192a].

127 *b')* De gran importancia práctica resulta esta diferenciación sobre todo en los casos en que se comparte un vehículo con un conductor inhábil para conducir, o en que se viaja en un vehículo inidóneo para circular. Mientras que en el derecho al transporte reglamentario (en las líneas de transporte público, etc.) en caso de daños falta el consentimiento a causa de la sujeción a lo reglamentario, en los viajes particulares existe aún para ambas partes un poder de definición, de modo que el contacto social se puede definir como transporte por una persona inhábil para conducir o en un vehículo inidóneo para circular [193]. En las lesiones deportivas, la situación se define por las reglas usuales o establecidas; además, si acaso se incluye por ambas partes el interés en aceptar infracciones reglamentarias por imprudencia simple con consecuencias previsiblemente insignificantes [194], pero no más [195].

128 *c)* Ya en el consentimiento final es posible el *consentimiento en un riesgo* cuando el resultado no sea seguro. La eficacia del consentimiento sigue quedando intacta en la misma medida en que una paralela representación del ries-

---

[192a] OLG Celle, JR, 1987, pp. 253 s., con comentario crítico de *Hillenkampf*, loc. cit., pp. 254 ss.

[193] Dependiendo de la clase de bien afectado que se produzca la exclusión del tipo o sólo la justificación; *vid.* asimismo *infra* en relación con el consentimiento justificante 14/12; naturalmente, carece de relevancia cualquier consentimiento para el § 316 StGB y para la puesta en peligro de terceros en el § 315 *c* StGB (desacertado —ineficaz también en relación con la propia puesta en peligro en el § 315 *c* StGB— OLG Kasrlsruhe, NJW, 1967, pp. 2321 ss.).

[194] *Jescheck*, AT, § 56, II, 3; *LK-Hirsch*, § 226 *a*, núm. marg. 12; *Schönke-Schröder-Stree*, § 226 *a*, núm. marg. 16; *Eser*, JZ, 1978, pp. 3698 ss., 372 s.; *Zipf*, Einwilligung, pp. 93 ss., invocando no obstante, lo cual es problemático, la adecuación social: ¿será también admisible la lesión reglamentaria contra la voluntad del afectado que no puede conocer la dureza del deporte en cuestión? Los *espectadores* del deporte no se comprometen con la definición de que la situación pueda convertirse en arriesgada; OLG Karlsruhe, NJW, 1982, pp. 394 s.

[195] BayObLG, NJW, 1961, pp. 2072 ss.

go aún bastaría en la formación de un dolo de autor. Ejemplo: Si arrojar un objeto contundente a los cristales de una ventana alejada aún comporta un riesgo de daños suficiente para el dolo de autor, también lo hará para el consentimiento eficaz del facultado a disponer. Sin embargo, el consentimiento en un riesgo aparecerá con mayor frecuencia en la práctica como no final, como consentimiento en un determinado contacto social, p. ej., en los ámbitos más arriba descritos del tráfico rodado y del deporte [195a]. No se trata aquí —frente a la terminología común, inexacta por partida doble— sólo de consentimiento en un comportamiento imprudente. Más bien viene en consideración también el comportamiento doloso, y no sólo en los deportes con comportamiento final de «lesión» (boxeo, lucha libre), sino siempre que haya unas consecuencias suficientemente intensas. Importa únicamente cómo se ha de definir el contacto social; tal definición cabe llevarla a cabo también objetivamente, es decir, al margen de las consideraciones del participante sobre la situación [196]. Ejemplo: El que un jugador de hockey sobre hielo considere, de manera fundamentadora del dolo, las consecuencias de su comportamiento para el jugador del otro equipo, o ni siquiera reflexione sobre ellas, es indiferente para la justificación, siempre que se mantenga dentro del ámbito de lo reglamentario. Las razones por las que el afectado asuma el riesgo son tan indiferentes en el ámbito del consentimiento excluyente del tipo, el único que aquí interesa, como en el consentimiento en un perjuicio determinado.

La vinculación aquí expuesta entre conocimiento del riesgo y consentimiento corresponde a una doctrina extendida, pero no unánime, en que se trata sólo el consentimiento en los hechos imprudentes y en la que falta la diferenciación, que aquí se acomete, entre consentimiento directo e indirecto [197].

[195a] La actividad deportiva puede ser atípica no sólo de acuerdo con las reglas del consentimiento final y no final, sino también debido al actuar al propio riesgo (al que se aludirá en seguida, 7/129) a pesar de la consecuencia lesiva conocida o cognoscible. Muchas soluciones particulares que la doctrina propone en relación con la actividad deportiva conducen a semejantes resultados: Quien se suma *de modo imputable* a una actividad común arriesgada en grado superior al normal, debe atribuirse a sí mismo el riesgo especial. *Vid. Schild*, Jura, 1982, pp. 477 ss., 520 ss., 585 ss., 587 ss. (la práctica deportiva reglamentaria como espacio ajeno al Derecho: *rechtsfrei*); *Dölling*, ZStW, 96, pp. 39 ss., 55 (adecuación social con «puntos de contacto con el consentimento», p. 60); *Zipf*, Einwilligung, pp. 77 ss., 93 (adecuación social). Más bibliografía en *Dölling*, *op. cit.*, pp. 41 ss.

[196] *De otra opinión* sobre todo *Zipf*, Einwilligung, p. 91, que incluso en la actividad deportiva reglamentaria hace depender la antijuricidad del aspecto subjetivo —dolo o imprudencia—, lo cual infringe el principio del hecho, puesto que particularmente el dolo no se objetiva nunca en la actividad deportiva reglamentaria.

[197] RG, 57, pp. 172 ss.; BFG, 4, pp. 89 ss., 93; 6, pp. 232 ss., 234; 7, pp. 112 ss., 115; BGH, VRAS, 17, pp. 277 ss., 279; BGH, DAR, 1959, pp. 300 ss.; OLG Celle, NJW, 1964, p. 736; OLG Karlsruhe, NJW, 1967, pp. 2321 ss., 2322; BayObLG, NJW, 1968, pp. 665 s.; *Jescheck*, AT, § 56 II 3, con bibliografía; *Baumann-Weber*, AT, § 21, II, 4 *a, in fine*; *LK-Hirsch*, núm. marg. 106 ante § 32; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 102, ante § 32, con referencias jurisprudenciales; *Schaffstein*, Welzel-Festschrift, pp. 557 ss.; *Zipf*, ÖJZ, 1977, pp. 379 ss., 383; *Dölling*, GA, 1984, pp. 71 ss., 90 ss., con más referencias bibliográficas (limitándose a los supuestos en que existe un motivo fundado para poner en peligro; *vid.* sobre ello *infra* 14/12); en cuanto al principio también *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 179, ampliando desde luego la autopuesta en peligro, núm. marg. 181. Otras vías de solución: Sobre la negación del cuidado requerido en el tráfico en la imprudencia, *vid. Frisch*, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 116 ss.; *Preuß*, Erlaubtes Risiko, pp. 133 ss.; *vid.* también *Geppert*, ZStW, 83, pp. 947 ss., 992 ss.; sobre la interrupción de la relación de imputación, *vid. Otto*, JuS, 1974, p. 702 ss., 710; *el mismo*, Jura, 1984, pp. 536 ss., 539 ss.; *Donatsch*, SchwZStr., 105 (1988), pp. 361 ss., 377 s.

129 *d)* El consentimiento es propio del dolo; no existe el «consentimiento imprudente» [198]. El límite entre dolo (consentimiento) e imprudencia (imposibilidad de consentimiento), establecido de forma psicológica en torno al elemento conocimiento, tampoco puede satisfacer aquí desde el punto de vista axiológico: El que los bienes del afectado se hayan de tratar según su libre voluntad o el que éste haya «perdido en el juego» el derecho al respeto no se rige (únicamente) por lo que él piense, sino por si le incumbía su autoprotección. Por eso es posible que un afectado que se introduce en una situación arriesgada, o no se desmarque de ella, sea responsable él mismo de las consecuencias previstas *e incluso de las no previstas*. El manejo *inconscientemente* descuidado de los propios bienes puede llevar al *obrar al propio riesgo*, que exime de responsabilidad al «dañador». Paralelamente a la solución en la prohibición de regreso, entonces, a pesar de existir la causalidad de un tercero, el motivo jurídicamente relevante ha de determinarse sólo dentro del ámbito del titular del bien. Se trata eminentemente de casos en que el titular del bien puede abarcar el riesgo relevante al menos tan bien como el «dañador» y además da lugar, por su parte, sin motivo jurídicamente relevante, al comportamiento que acarrea el daño [199]. Los terceros no tienen que ajustar su organización a riesgos que el titular del bien ha propiciado, con más cuidado que éste mismo [200]. Ejemplo: Quien presta su coche a un amigo ostensiblemente bebido, sin reparar en las consecuencias, no sólo pierde así la protección del § 303 StGB, sino también si propicia que su amigo realice un viaje, aunque aquél no haya reparado, negligentemente, en la posibilidad de una consecuencia dañosa. Junto a éste, hay también configuraciones de supuestos en que el titular del bien ni siquiera puede prever el posible curso causal dañoso, pero sí es de su incumbencia, porque ha desencadenado un riesgo especial. El paralelismo del obrar al propio riesgo con el consentimiento final no consiste, pues, en lo psicológico (cognoscibilidad en lugar de voluntad), sino en lo normativo (incumbencia sin conocimiento en lugar de incumbencia por la voluntad, *supra* 7/104). Ejemplo: Quien haciéndose pasar por oficial de las fuerzas aéreas consigue que le dejen volar en un caza, también obrará al propio riesgo por lo que se refiere a las consecuencias ordinarias para una persona no experimentada en un vuelo de esa clase (vértigos, dolor de cabeza, etc.), aun cuando no pudo saber que podían producirse tales consecuencias. El que el riesgo lo tuviera en cuenta el «dañador» de un modo suficiente para el dolo, es igualmente indiferente en estos casos para la incumbencia del afectado.

---

[198] *Meyer*, Ausschluß, pp. 192 ss.; no obstante, *vid.* también *Baumann-Weber*, AT, § 21, II, 4 *a*: cognoscibilidad de la lesión de los propios bienes como consentimiento presunto.

[199] En esto, el texto sigue en lo esencial a *Roxin*, Gallas-Festschrift, pp. 241 ss., 249 ss.; *Frisch* (Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 118 ss.) intenta tener en cuenta los riegos cognoscibles a través del cuidado necesario en el tráfico, pp. 1198 ss.; *vid.* asimismo *Geppert*, ZStW, 83, pp. 947 ss., 988 ss.; *Preuß*, Erlaubtes Risiko, pp. 78 ss.; *Hillenkampf*, Vorsatztat, pp. 18 ss. y *passim*; *el mismo*, Einfluß *passim*; *Ellmer*, Betrug, pp. 187 ss., 198 s.; *Maeck*, Opfer, pp. 56 ss.; *Dölling*, GA, 1984, pp. 71 ss., 80 ss., con bibliografía; *Otto*, Tröndle-Festschrift, pp. 157 ss., 169 ss.; *Herzog* y *Nestler-Tremel*, StV, 1987, pp. 360 ss., 366 ss.; *Donatsch*, SchwZStr., 105 (1988), pp. 361 ss., 377 ss.; *Prittwitz*, NJW, 1988, pp. 2942 s. Acerca del deporte, *vid. supra*, nota 195 *a*.

[200] Esto lo pasa por alto BayObLG, JR, 1978, pp. 296 s., con comentario crítico de *Kienapfel*, loc. cit., pp. 297 s.; al igual que en la prohibición de regreso, los deberes especiales siguen primando: *vid.* 7/66; 24/19.

El resultado comporta un acercamiento a la figura civil del obrar al propio riesgo, mediante el que la jurisprudencia civil [201] sustituye el consentimiento por un reparto de riesgos según los §§ 242, 254 BGB. El consentimiento es sólo un caso particular de una incumbencia (en virtud de voluntad) en el ámbito de la incumbencia de la víctima.

e) El obrar al propio riesgo que se ha expuesto hasta aquí supone una par- **130**
ticipación, con eficacia excluyente del tipo, en un comportamiento lesivo que emprende otra persona, y que para esta persona es por tanto lesión *a otro*. Por eso también son válidos los límites de la exclusión del tipo en las lesiones a otro: La realización del tipo sólo se excluye en tanto que el bien que resulte afectado es de libre disposición del titular (*supra* 7/111); por lo demás, un actuar al propio riesgo puede tener desde luego eficacia justificante cuando concurre un motivo fundado para ejecutar la acción (acerca de ello *infra* 14/12). Pero la lesión de un bien no sujeto a libre disposición, sin un motivo fundado, al igual que en los casos de consentimiento en sentido estricto, no pierde su cualidad de injusto. De otro modo sucede si el titular expone su bien al comportamiento dañoso de otro, manteniendo él mismo el poder de decisión sobre el curso causal conducente al resultado, o al menos decidiendo en plano de igualdad con el otro. Se trata entonces de la delimitación entre la lesión en autoría mediata a través de un instrumento cuasi no doloso y la *auto*lesión atípica (al respecto, *infra* 21/55 ss. y 78). Ejemplo: Quien viaja en coche con otro por una región contaminada de radiactividad —como él sabe o como era evidente— se daña a sí mismo (y no sólo consiente, p. ej., un daño por parte de otro, o actúa al propio riesgo) si en cualquier momento podría determinar dar media vuelta. A este ámbito —pero no al del actuar al propio riesgo— pertenecen también los supuestos, importantes en la práctica, de las relaciones sexuales a pesar del peligro de contagio, etc.

7. *Otros pormenores* **131**

a) Sobre la revocación rigen las consideraciones hechas acerca del acuerdo (*supra* 7/110).

b) La aprobación posterior (permiso) es irrelevante para el injusto [202].

c) En la medida en que la facultad de disposición se ha transferido eficazmente, lo que es posible sobre todo en los bienes jurídico-patrimoniales, quien recibe la facultad puede consentir [202a] (p. ej., el representante por el mandante). La solución de decisiones contrapuestas del que transmitió la facultad y del que la recibió se rige por los preceptos del ámbito jurídico al que el acto de transmisión pertenece. Si ambas decisiones contrapuestas tienen fundamento, concurrirá desde luego consentimiento y decaerá la realización del tipo objetivo.

---

[201] Desde BGHZ, 34, pp. 355 ss.; fundamental *Stoll*, Das Handeln auf eigene Gefahr, especialmente, pp. 305 ss.

[202] BGH, 7, pp. 294 ss., 295; 17, pp. 359 s.

[202a] Sobre el consentimiento de la autoridad administrativa en la destrucción de la propiedad pública con fines ajenos a los de la Administración, *vid. Velten*, StV, 1987, pp. 544 ss., 546.

APARTADO 8

Pormenores de la realización del tipo mediante acción; 2.ª parte: El tipo subjetivo como dolo

I. EL MOMENTO DECISIVO PARA EL DOLO. GENERALIDADES

BIBLIOGRAFIA: *M. Adams, St. Shavell,* Zur Strafbarkeit des Versuchs, GA, 1990, pp. 337 ss.; *J. Ambrosius*, Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung, 1966; *G. Arzt*, Falschaussage mit bedingtem Vorsatz, Jescheck-Festschrift, pp. 391 ss.; *P. Bockelmann*, Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie, Radbruch-Gedächtnisschrift, pp. 252 ss.; *J. Brammsen*, Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes -neue Wege in der Vorsatzdogmatik, JZ, 1989, pp. 71 ss.; *H.-J. Bruns*, Comentario a BGH, JR, 1981, p. 512, loc. cit., pp. 512 ss.; *B. Burkhardt*, Der Wille als konstruktives Prinzip der Strafrechtsdogmatik, en: *Heckhausen et al.* (ed.), Jenseits des Rubikon, 1987, pp. 319 ss.; *E. Dreher*, Zum Meinungsstreit im Bundesgerichtshof um 5, 237 StGB, NJW, 1972, pp. 1641 ss.; *el mismo*, Nochmals § 237 StGB. Eine Erwiderung auf Hruschka, JZ, 1973, pp. 12, JZ 1973, pp. 276 ss.: *K. Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlassigkeit im Strafrecht, 1930; *R. Frank*, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907; *W. Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983; *el mismo*, Vorsatz und Mitbewußtsein- Strukturen des Vorsatzes, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 311 ss.; *el mismo*, Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat?, BGH, 36, 1, JuS, 1990, pp. 362 ss.; *H. Frister*, Comentario a BGH, StV, 1988, pp. 486 s., StV, 1989, pp. 343 ss.; *W. Gallas*, Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW, 80, pp. 1 ss.; *G. Geilen*, Bedingter Tötungsvorsatz bei beabsichtigter Ermöglichung und Verdeckung einer Straftat (§ 211 StGB)?, Lackner-Festschrift, pp. 571 ss.; *G. Gribbohm*, Comentario a BGH, 26, pp. 104 ss., NJW, 1975, pp. 2213; *G. Grünwald*, Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts, H. Mayer-Festschrift, pp. 281 ss.; *K. A. Hall*, Über die Leichtfertigkeit. Ein Vorschlag de lege ferenda, Mezger-Festschrift, pp. 229 ss.; *el mismo*, Fahrlässigkeit im Vorsatz, 1959; *W. Hassemer*, Kennzeichen des Vorsatzes, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift pp. 289 ss.; *E. Heims*, Zur Lehre vom Schuldbegriff, ZStW 40, pp. 580 ss. und 743 ss.; *el mismo*, Die Tat als Gegenstand oder als Inhalt des Bewußtseins beim Vorsatz, MonSchrKrim., 13 (1922), pp. 94 ss.; *R. D. Herzberg*, Abergläubische Gefahrabwendung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotsirrtums, Jura, 1990, pp. 16 ss.; *Th. Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971; *R. v. Hippel*, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, VDAT, t. III, pp. 373 ss.; *J. Hruschka*, Zum Tatvorsatz bei zweiaktigen Delikten, insbesondere bei der Entführung des § 237 n. F. StGB, JZ, 1973, pp. 12 ss.; *el mismo*, Rückkehr zum dolus subsequens?, JZ, 1973, pp. 278 s.; *el mismo*, Comentario a BGH, JZ, 1983, pp. 864, loc. cit., pp. 864 s.; *el mismo*, Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes, Kleinknecht-Festschrift, pp. 191 ss.; *G. Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *el mismo*, Das Fahrlässigkeitsdelikt, suplemento ZStW, 1974, pp. 6 ss.; *el mis-*

mo, Die juristische Perspektive zum Aussagewert der Handlungsanalyse einer Tat, en: *J. Gerschow* (ed.), Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983, pp. 21 ss.; *el mismo*, Über die Aufgabe der subjektiven Deliktseite im Strafrecht, en: *H. Witter* (ed.), Der medizinische Sachverständige im Strafrecht, 1987, pp. 271 ss.; *el mismo*, Über die Behandlung von Wollensfehlern und Wissensfehlern, ZStW, 101, pp. 516 ss.; *H.-H. Jescheck*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 139 ss.; *F. Kaufmann*, Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld, 1929; *U. Kindhäuser*, Der Vorsatz als Zurechnungskriterium, ZStW, 96, pp. 1 ss.; *el mismo*, Gefährdung als Straftat, 1989; *M. Kohler*, Vorsatzbegriff und Bewußtseinsform des Vorsatzes, GA, 1981, pp. 285 ss.; *el mismo*, Die bewußte Fahrlässigkeit, 1982; *J. Krümpelmann*, Motivation und Handlung im Affekt, Welzel-Festschrift pp. 327 ss.; *E. J. Lampe*, Ingerenz oder dolus subsequens, ZStW, 72, pp. 93 ss.; *D. Lang-Hinrichsen*, Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht, ZStW, 73, pp. 210 ss.; *E. Mezger*, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950; *el mismo*, Rechtsirrtum und Rechtsblindheit, Kohlrausch-Festschrift, pp. 180 ss.; *W. Platzgummer*, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage, 1964; *W. Rasch*, Tötung des Intimpartners, 1964; *el mismo*, Schuldfähigkeit, en: *A. Ponsold* (ed.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3.ª ed., 1967, pp. 55 ss.; *R. Rengier*, Die Unterscheidung von Zwischenzielen und unvermeidlichen Nebenfolgen bei Betrugsabsicht, JZ, 1990, pp. 321 ss.; *H.-J. Rudolphi*, Reseña bibliográfica, ZStW, 86, pp. 68 ss.; *C. Roxin*, Reseña bibliográfica, ZStW, 78, pp. 214 ss.; *G. Schewe*, Bewußtsein und Vorsatz, 1967; *el mismo*, Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz. Strafrechtsdogmatische Aspekte des Willensproblems aus medizinisch-psychologischer Sicht, 1972; *el mismo*, «Subjektiver Tatbestand» und Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit, Lange-Festschrift, pp. 687 ss.; *el mismo*, Wille und Freiheit-juristische und medizinisch-psychologische Aspekte, en: *J. Gerchow* (ed.), Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983, pp. 11ss.; *E. Schmidhäuser*, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, H. Mayer-Festschrift, pp. 317 ss.; *el mismo*, Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht, 1968; *el mismo*, Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat (*dolus eventualis* und «bewußte Fahrlässigkeit»), JuS, 1980, pp. 241 ss.; *el mismo*, Strafrechtlicher Vorsatzbegriff und Alltagssprachgebrauch, Oehler-Festschrift, pp. 135 ss.; *B. Schünemann*, Die deutschsprachige Strafrechtswissen schaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA, 1985, pp. 341 ss., GA, 1986 pp. 293 ss.; *M. Walter*, Läßt sich der Handlungsunwert an der aufgewendeten «kriminellen Energie» ermessen?, GA, 1985, pp. 197 ss.; *H. Welzel*, Vom Bleibenden und Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft, 1964; *R. Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989; *U. Ziegert*, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987; *D. Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973.

1. Al tipo subjetivo pertenecen precisamente aquellas circunstancias que convierten la realización del tipo objetivo en acción típica; es decir, dolo e imprudencia, así como aquellos otros elementos subjetivos del injusto que menciona la ley para caracterizar el injusto o establecer un determinado *quantum* de injusto. El tipo subjetivo debe concurrir en el momento de emprender la acción ejecutiva. La acción ejecutiva es la realización de aquella acción con la que el autor deja salir de su ámbito de organización el curso causal conducente al resultado, realmente (consumación) o según su representación (tentativa). Los pormenores se estudian en la teoría de la participación y de la tentativa. 1

No basta que el tipo subjetivo concurra sólo *antes* de la acción ejecutiva (no existe el *dolus antecedens*); ejemplo: Si el autor es consciente antes de consumir bebidas alcohólicas de que después conducirá un automóvil (§ 316 StGB), pero al conducir ha olvidado que tomó alcohol, la conducción en estado de embriaguez, por falta de consciencia actual, no constituye un hecho doloso (acerca de la *actio libera in causa, vid. infra* 17/64 ss.). Tampoco el correlato subjetivo del tipo que aparece *tras* la realización del hecho complementa el acontecer objetivo hasta convertirlo en tipo de delito; en especial, el «dolo» posterior no puede completar la previa acción ejecutiva [1] (no existe el *dolus subsequens*). Ejemplo: El encargado de almacén que ve cómo ha incendiado sin querer las existencias (§ 308 StGB), e incluso se alegra de ello porque le contenta cualquier desgracia que afecte a la dirección de la empresa, no ha cometido ninguna acción de incendio doloso. Naturalmente a una acción ejecutiva no dolosa puede añadírsele a continuación, si hay dolo posterior, un comportamiento ejecutivo doloso en la forma de un omitir [1a] (así, en el ejemplo mencionado en último lugar, si el autor no evita las consecuencias de su actuar, por error, que amenazan producirse, si se dan los requisitos del § 13 StGB).

2 Si en el momento en que el autor concibe el dolo ya ha concluido una parte del tipo objetivo, esta parte no se le puede imputar, lo cual tiene importancia práctica en los casos de cambio de dolo durante un comportamiento ejecutivo externamente semejante. Ejemplos: El autor derriba a un recadero para apoderarse del dinero que transporta; como el maletín resulta estar vacío, decide quitarle la cartera «particular» al desmayado. El autor derriba a una mujer que pasaba, con la intención de violarla. Cuando ve las valiosas joyas que ésta lleva, decide quitárselas, abandononando la realización del dolo originario. En ambos casos, la violencia no puede conectarse con el hurto subsiguiente; habrá sólo tentativa del delito violento (en el caso de la violación, impune por el desistimiento) en concurso real con hurto (en contra de la relación de continuidad, *vid. infra* 32/50). Si el autor tiene un dolo general (referido a todos los posibles objetos de robo) [2] o alternativo (referido a robo o a violación), concurrirá un delito violento consumado, en concurso ideal, si hay dolo alternativo, con un delito violento intentado (sobre el dolo alternativo, con más detalles, *infra* 8/33 ss.). En el hurto, la jurisprudencia no atiende a que el dolo se limite a objetos concretos [3], sino que más bien determina el contenido del dolo desde un punto de vista jurídico-valorativo; también la doctrina propone, en caso de «equivalencia material» del dolo originario con el modificado (es decir, eminentemente en los delitos contra el patrimonio y ante todo no en los ata-

---

[1] BGH, JZ, 1983, p. 864, con comentario de *Hruschka*, loc. cit., pp. 864 s.; BGH, NStZ, 1984, pp. 214 s.

[1a] A ello se atiene *Lampe*, ZStW, 72, pp. 93 ss., 105 ss., que en esta medida pretende mantener el *dolus subsequens*.

[2] Así, con respecto a los §§ 242, 243 StGB, en el caso BGH, 26, pp. 104 ss., con comentario de *Gribbohm*, NJW, 1975, p. 2213. El problema de estas sentencias reside en que el autor, con un dolo no limitado, había comenzado a hurtar bajo los requisitos del § 243.1 StGB, pero sólo había encontrado cosas de escaso valor (¡§ 243.2 StGB!). Dado que la ley —equivocadamente— excluye la aplicación del supuesto especialmente grave cuando el botín es de escaso valor, hay que optar —en contra de la sentencia—, por el hurto, intentado, en un supuesto especialmente grave; a ello se suma, en concurso real, el hurto consumado de cosas de escaso valor, §§ 242, 248 a StGB.

[3] BGH, 22, pp. 350 ss., con remisiones a la jurisprudencia anterior; contradictoriamente *Maurach-Zipf*, AT, I, § 22, II, B, 3 (p. 324, penúltimo párrafo).

ques contra bienes personalísimos), castigar por delito consumado doloso, a pesar del cambio de dolo [4]. Esta solución no puede satisfacer, pues a la equivalencia jurídica existente [5] no corresponde hecho psíquico alguno: El autor que se dirige a determinados objetos no tiene, sin embargo, dolo dirigido a cualesquiera objetos del mismo género.

En los delitos de varios actos, el primer acto debe estar conectado a los posteriores, formando parte de un plan [6]. Ejemplo: En el robo (§ 249 StGB), ya al intimidar o emplear la violencia debe concurrir el dolo de posibilitar el apoderamiento con ánimo de apropiación. Naturalmente, un comportamiento previo fuera del plan trazado puede pertenecer a la situación fáctica (no a la ejecución del hecho) que contribuye a determinar lo delictivo de un comportamiento posterior en cuanto a su género y gravedad. Ejemplo: La acción ejecutiva del hurto-robo (§ 252 StGB) es una acción de coacciones cualificada con una determinada intención; a la situación fáctica pertenece el encontrarse realizando un hurto que puede ser ejecutado en conocimiento del acto coactivo posterior, pero que no tiene por qué serlo. En algunos delitos de resultado cortado la posibilidad de producción del resultado depende de la *persistencia* del dolo tras la finalización de la tentativa, hasta la consumación. Al respecto, *infra* 8/92 y 26/18).

2. Dado que todos los elementos del tipo subjetivo son requisito del in- 3
justo, o son una forma específica de injusto, o una especial cantidad de injusto, este injusto no puede ser a su vez objeto del tipo subjetivo. El conocimiento o cognoscibilidad del injusto no es ya parte del dolo o de la imprudencia, sino que sólo pertenece a la culpabilidad (teoría de la culpabilidad, *infra* 19/1 ss.). Paralelamente, un elemento subjetivo del injusto no puede definirse mediante la especial relación del autor con el injusto del hecho. Naturalmente, en algunos elementos normativos del tipo se pondrá de manifiesto que la relación subjetiva del autor con la realización del tipo no siempre se puede separar en la práctica de la relación subjetiva con el injusto (*infra* 8/57).

3. La ley se sirve de la siguiente técnica de regulación —puramente ex- 4
terna—: *a)* Los elementos subjetivos del injusto distintos al dolo o a la imprudencia siempre se mencionan en el respectivo tipo concreto. *b)* La punibilidad de la imprudencia siempre debe imponerse expresamente al respectivo tipo concreto, e incluso limitándose a determinados elementos típicos [7] (p. ej., en el

---

[4] *Hillenkampf*, Bedeutung, pp. 85 ss., 125 s., con numerosos ejemplos, *passim*.

[5] La cual, además, según la situación del titular del patrimonio, es sumamente dudosa; sobre ello *Rudolphi*, ZStW, 86, pp. 68 ss., 94 ss.

[6] Así, acertadamente *Hruschka*, JZ, 1973, pp. 12 ss.; *el mismo*, JZ, 1973, pp. 278 s.; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 15, núm. marg. 28; *de otra opinión*, *Dreher*, NJW, 1972, pp. 1641 ss.; *el mismo*, JZ, 1973, pp. 276 ss.; *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 112, con más referencias sobre el § 243, que es el más discutido, en nota 144. A la opinión contraria hay que concederle que el aprovechamiento de una situación delictiva creada por el propio autor es algo más que el aprovechamiento de una situación creada por otro, u objetivamente dada; desde luego, así no cabe explicar por qué el primer acto no sólo ha de ser antijurídico, sino también culpable: La responsabilidad especial del autor por la situación de necesidad tendría que regirse por las reglas de la injerencia.

[7] Se discute si se puede obtener una limitación también —si se menciona sin limitaciones la imprudencia— mediante interpretación; con buen criterio afirmativamente *LK-Schroeder*, § 15, núm. marg. 2, con referencias bibliográficas; en relación con la situación anterior, en el mismo sentido ya RG, 48, pp. 321 ss., 323.

§ 315.4 StGB), y si no —con excepción de las cualificaciones por el resultado— todo el tipo debe realizarse dolosamente: § 15 StGB. Para la gran mayoría de los tipos falta la caracterización del aspecto subjetivo del hecho, de modo que se requiere dolo [8]; así especialmente, con excepción de los §§ 264.3, 283.4 y 5, 283 *b* 2 StGB, en todo el ámbito de los delitos contra la propiedad y el patrimonio. La imposición de pena también a la comisión imprudente se lleva a cabo casi siempre indicando un marco penal atenuado con respecto al del delito doloso (§§ 222, 230, 309 StGB, entre otros; excepciones: §§ 316, 323 a StGB; forma mixta: § 315 *c* 3 StGB). *c)* En relación con las consecuencias mediante cuya producción se agrava la pena de un delito (básico), si no se indica expresamente en el tipo concreto, basta siempre la imprudencia: § 18 StGB (*infra* 9/30 ss.).

II. EL DOLO COMO CONOCIMIENTO

BIBLIOGRAFIA: *Vid.* la relativa a I.

A. El fundamento de la separación de dolo e imprudencia y el problema de la ceguera ante los hechos

5 1. El hecho de que la individualización en la imputación tenga la función de eliminar la separación de papeles (*supra* 6/24) aún no explica por qué *dentro* de lo individualmente evitable se distingue entre dolo e imprudencia, conminando los hechos dolosos —salvo escasas excepciones— con pena superior que a los hechos imprudentes. A las explicaciones usuales psicologistas (evitabilidad más fácil en el dolo) [8a] o eticistas (decisión de lesionar el bien en el dolo) [8b] les falta una relación suficientemente estrecha con la función del Derecho penal. La afirmación próxima, que afirma la mayor peligrosidad del autor doloso [8c], no convence: También el autor imprudente condiciona suficientemente la lesión de un bien, es decir, que no se puede graduar entre una y otra modalidad.

Los hechos imprudentes afectan a la validez de la norma menos que los hechos dolosos, ya que la imprudencia pone de manifiesto la incompetencia del autor para el manejo de sus *propios* asuntos. Motivo [8d]: Las consecuencias de

---

[8] Una enumeración de los tipos de imprudencia se encuentra en *LK-Schroeder*, § 15, núm. marg. 5.

[8a] *SK-Samson*, § 16 apéndice, núm. marg. 36.

[8b] *Ziegert*, Vorsatz, p. 165, *vid.* también, pp. 113 s.

[8c] *Frisch*, Vorsatz, pp. 99 s., junto a muchos otros argumentos, pp. 48 ss.; *Frisch* se da cuenta de la mayor conmoción de la confianza en la norma por medio del autor doloso, pero no la fundamenta.

[8d] *Jakobs*, en: Der Sachverständige, pp. 271 ss., 277 s.; *el mismo*, ZStW, 101, pp. 516 ss., 527 ss. La interpretación de *Adams* y *Shavell*, GA, 1990, pp. 337 ss., 356 ss., de que los costes de una mejora de la voluntad son menores que los de una mejora del conocimiento, se basa en una argumentación circular: Es falso desde el punto de vista empírico que la «decisión simple de la voluntad» sea en todo momento posible sin costes, y desde el punto de vista normativo precisamente los costes de una decisión de la voluntad constituyen el problema.

una inadvertencia o de un descuido no las ha valorado el autor imprudente, porque le eran actualmente desconocidas; no existe, pues, para él, certeza alguna de que el resultado de su comportamiento le vaya a ser grato, o al menos aceptable, y de hecho, al contrario que en los delitos dolosos, si dicho resultado se produce tampoco lo podrá aceptar. En la imprudencia la situación se distingue de la del dolo no sólo por la falta de conocimiento de las consecuencias, sino también por la aceptabilidad no dilucidada de las consecuencias: Las consecuencias dolosas son aceptables, pues si no el autor no obraría, mientras que por el contrario en las consecuencias imprudentes su aceptabilidad permanece abierta en el instante del hecho. En la imprudencia, el autor soporta un riesgo natural que no es común en el dolo: el riesgo de que incluso él pueda resultar dañado, u otra persona cuyo daño el autor padecería como propio. Mientras que la imprudencia no se nutra de un desinterés específico (acerca del problema de la ceguera ante los hechos *vid.* el texto siguiente), sino de una falta de atención no dirigida, general, difusa en sus consecuencias, está gravada con el peligro de una *poena naturalis*, y este riesgo de autodaño disminuye la importancia del autor imprudente frente al doloso.

2. *a)* La ley da del dolo únicamente una definición parcial y negativa: A tenor del § 16.1, inciso 1, StGB, si hay desconocimiento de la realización del tipo se excluye el dolo, sin que importe el motivo del desconocimiento. De este modo, el límite del dolo se determina, al menos en un lugar, rígidamente según hechos psíquicos (conocimiento, desconocimiento), pero no según la valoración de estos hechos [8e]. A causa de esta sujeción rígida, queda descartada desde el principio la integración, axiológicamente sin fisuras, de los límites del dolo en el sistema de la imputación: Si, en caso de actuar cognosciblemente de modo injusto, el conocimiento falta por motivos que según la sistemática general gravan al autor (indiferencia), falta no obstante el dolo; si el conocimiento se da por motivos que según la sistemática general liberan de responsabilidad al autor (escrupulosidad que sobrepasa a lo que se está obligado), no se excluye el dolo. Esto último cabe corregirlo mediante los principios generales de la imputación (riesgo permitido, etc.), pero lo primero no es corregible: Quien no repara en las consecuencias de su actuar porque, en caso de actuación cognosciblemente injusta, el ámbito en que caen las consecuencias no le parece digno de consideración, obrará a lo sumo imprudentemente. Ejemplo [8f]: Si un conductor embriagado dirige su vehículo a toda velocidad hacia el policía que cierra el paso en mitad de la calzada, para abrirse camino, sólo concurrirá dolo de homicidio si el autor al menos piensa que quizá el policía se apartará demasiado tarde; si la vida de un policía no le parece algo digno de consideración, concurrirá a la sumo imprudencia. La diferencia de marco penal, vinculada a la acabada de indicar, entre los §§ 212 (211) y 222 StGB no se puede justificar axiológicamente [9] en el caso concreto, es decir, en el caso de *ceguera ante los he-* 5a

[8e] De otro modo, *Hruschka*, Kleinknecht-Festchrift, pp. 191 ss., 202: comprobación del dolo como juicio adscriptivo, no descriptivo.

[8f] De acuerdo con BGH, NStZ, 1983, pp. 407; *vid.* asimismo 8/nota 49 a.

[9] *Mezger*, Moderne Wege, pp. 45 s.; *el mismo*, Kohlrausch-Festschrift, pp. 180 ss., 184; *Hall*, Mezger-Festschrift, pp. 229 ss., 245 s.; *el mismo*, Fahrlässigkeit im Vorsatz, p. 60; *Jakobs*, Studien, pp. 104 s.; *el mismo*, separata ZStW, 1974, pp. 6 ss., 8: incipientemente también *Schünemann*, GA, 1985, pp. 341 ss., 360 ss.; *críticamente*, no obstante, *Lang-Hinrichsen*, ZStW, 73, pp. 210 ss., 233; *Engisch*, Untersuchungen, p. 50; *Felix Kaufmann*, Grundprobleme, p. 121; *Has-*

chos por motivos que gravan, sino que sólo se puede justificar en general por el interés del legislador por la *seguridad jurídica* en el trazado del límite entre una forma de dirigir la acción que ha de valorarse como grave y otra como leve. Cuando la ley equipara los marcos penales de los hechos dolosos e imprudentes en los casos en que el desconocimiento de la realización del tipo prácticamente siempre descansa en motivos que gravan, lo hace para resolver el problema mencionado (p. ej., en los §§ 316, 323 *a* StGB). También los delitos cualificados por el resultado cabe entenderlos en el sentido en que deben abarcar la ceguera ante los hechos en relación con las consecuencias (*infra* 9/33).

5b *b)* En el problema paralelo de la cognoscibilidad del injusto, la ley opta por la vía inversa, estableciendo, a costa de la seguridad jurídica, una regulación elástica, satisfactoria para el caso concreto: Cuando falte (de modo evitable) la comprensión del injusto del hecho se puede (pero no necesariamente se debe) atenuar la pena (§ 17.2 StGB; lo inverso, es decir, que el conocimiento no siempre supone una agravación, no lo establece la ley en el § 17 StGB). Asumir esta técnica de regulación para el tipo subjetivo queda descartado por la univocidad del tenor literal en el § 16.1, inciso 1, StGB: La falta de conocimiento del tipo comporta, sin tener en cuenta el motivo del déficit, imprudencia y, con ello, en la gran mayoría de los casos, un marco penal atenuado (acerca del problema correspondiente en el dolo de la omisión, *vid. infra* 29/87). La ceguera ante los hechos puede concurrir ya antes del último comportamiento del autor y determinar que éste, en el momento de su último comportamiento,

---

semer, Einführung, § 22, IV, excurso I (p. 207), señala que el autor doloso ejecuta «un acto de sometimiento personal y social de la víctima, de lo que el autor imprudente está muy alejado», pasando por alto que el sometimiento puede consistir también en que el sufrimiento potencial del otro puede que no sea digno de atención para el autor. *Vid.* también *el mismo*, Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 289 ss., 296 s.; acertadamente *AK-Zielinski*, §§ 15, 16, núm. marg. 11; *Köhler*, Bewußte Fahrlässigkeit, pp. 369, nota 18 (*vid.* también, pp. 322 ss., y *Zaczyk*, Unrecht, pp. 209 ss.), critica la posición que aquí se defiende como «idea extremadamente objetivista-normativista..., para la que la autoinclusión del sujeto y la distinción de los conceptos de imputación que de ahí resulta para la fundamentación de la punibilidad ya no tienen significado esencial alguno.» Lo cual constituye una interpretación completamente individualista y psicologizante de la «autoinclusión». También la ceguera ante los demás supone una interpretación de las relaciones con ellos, es decir, la desvaloración de éstos; no hay motivo alguno para recompensar esta interpretación. De acuerdo con *Frisch* (Vorsatz, pp. 46 ss. y *passim*) la teoría del dolo podría desarrollarse armónicamente a partir de la teoría de los fines de la pena. Pero en relación con el problema de la ceguera ante los hechos, *Frisch* se ve obligado a modificar el concepto de dolo (pp. 235 ss.; en terminos semejantes *SK-Rudolphi*, § 16, núm. marg. 45 s.). Atiende a si el autor ha llevado a cabo una «resolución en contra del bien» (Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 311 ss., 325); en relación con esta resolución, no serán imprescindibles el conocimiento de las cualificaciones de autor (pp. 326 ss.), de algunas «propiedades del objeto» (edad hasta la que se está protegido, en los delitos contra la libertad sexual, p. 332), detalles del curso causal (pp. 333 s.), etc.; en esta medida, bastaría la posibilidad de actualizar el conocimiento en cualquier momento. Conocimiento actual sólo sería necesario de «aquellos elementos que caracterizan el comportamiento presupuesto en el tipo y descrito por la norma de comportamiento de acuerdo con su referencia a sentido tipificada, que fundamenta el disvalor» (p. 342). Pero entre ellos se cuentan también las cualificaciones de autor, las propiedades del objeto, la realización del peligro creado por medio del proceso causal, etc. (e, inversamente, en caso de actuar conscientemente muy peligroso, uno tiene que partir del conocimiento de «la referencia a sentido que fundamenta el disvalor» aun cuando no se reparase en la producción del resultado —que era patente—). El tipo constituye una unidad de sentido que queda falseada si se la priva de elementos. Por eso no cabe resolver el problema de la ceguera ante los hechos selectivamente para algunos grupos de elementos del tipo.

no pueda darse cuenta de la realización del tipo porque, p. ej., debido a la ceguera antecedente enjuicia ahora los hechos sobre una base errónea. En este caso, no cabe definir como comportamiento del hecho a este último, sino a lo sumo el comportamiento descuidado previo (el llamado emprendimiento, que en la práctica sólo es relevante como imprudencia por lo emprendido, *infra* 9/14, con ejemplos).

3. Objeto del conocimiento es el acontecer terrenal, tal como se le entiende en general. Quien cree que un curso causal dañoso suficiente a este respecto va a ser detenido por fuerzas sobrenaturales tiene no obstante dolo, en la medida en que a la vez sabe que el obstáculo no se puede entender en general como tal; y es que entonces tiene conocimiento del riesgo, no permitido, de realización del tipo [9a]. A la inversa, el dolo faltará cuando el autor se basa en que el suceso está condicionado sobrenaturalmente (*vid. infra* acerca de la llamada tentativa supersticiosa, 26/22). 6

B. La distinción entre consecuencias principales y secundarias

1. En el ámbito del conocimiento del tipo dado, prescrito de este modo para el dolo, resultan aún posibles las siguientes distinciones: El autor puede obrar *a causa de* darse cuenta de la realización del tipo, la quiera por sí misma o sólo por sus consecuencias; de todos modos, en este ámbito la anticipación de la realización del tipo es condición suficiente de la acción. Este es el ámbito de las *consecuencias principales*. Pero además, el autor puede obrar dándose cuenta de la realización del tipo, *sin* que aquello de lo que se da cuenta sea también contenido de la voluntad; se percibe como dependiente de la voluntad, pero realizarlo no es el motivo del actuar. Este es el ámbito de las *consecuencias secundarias*. 7

2. Las consecuencias principales son, pues, contenido tanto del conocimiento como de la voluntad; las consecuencias secundarias son contenido del conocimiento, y se perciben como dependientes de la voluntad. En relación con el fin de la norma, consistente en evitar el comportamiento que defrauda expectativas, esto quiere decir que en el ámbito de las consecuencias principales, el autor se ha desmarcado volitiva e intelectualmente de la evitación de las consecuencias, y en el ámbito de las consecuencias secundarias sólo se ha desmarcado intelectualmente, mientras que el aspecto volitivo se queda sin objeto. Así, la fórmula usual que concibe al dolo como conocimiento y voluntad de realización del tipo [10] se revela desde el principio inadecuada: Si el querer ha de designar algo dado positivamente en el aspecto de los impulsos del comportamiento, y cualquier otra acepción confunde más que aclara, entonces el querer falta en las consecuencias accesorias. La fórmula debe decir, correcta- 8

[9a] *Vid. Herzberg*, Jura, 1990, pp. 16 ss., 19.

[10] RG, 51, pp. 306 ss., 311; 58, pp. 247 ss., 248 s.; 70, pp. 257 ss., 258; *Jescheck*, AT, § 29, II, 2; *Welzel*, Strafrecht, § 13, I, 1; *SK-Samson*, § 16, núm. marg. 1; *Brammsen*, JZ, 1989, pp. 71 ss., 76 ss.; *críticamente* ya *Schönke-Schröder-Cramer*, § 16, núm. marg. 9; *Lackner*, § 15, nota II; *Dreher-Tröndle*, § 15, núm. marg. 2. El conocimiento y la voluntad los consideran inseparables *Köhler*, Bewußte Fahrlässigkeit, pp. 186 ss., 191 ss., y *Ziegert*, Vorsatz, 110 y *passim*.

mente: Dolo es el conocimiento de que la realización del tipo depende de la ejecución querida (!) de la acción, aun cuando no sea querida por sí misma. Dicho brevemente: *Dolo es conocimiento de la acción junto con sus consecuencias* [11].

Dentro del dolo no existe ninguna graduación, en el sentido de que al ocasionar una consecuencia principal corresponda una culpabilidad más grave *ceteris paribus* que al ocasionar una consecuencia secundaria, pues el autor puede tener un motivo jurídicamente menos negativo para realizar una consecuencia principal que para llevar a cabo una acción a pesar de su consecuencia secundaria [12].

9 3. En la medida en que el autor persigue conscientemente con su actuación fines externos, también debe haber querido algo en el suceder externo, al menos la ejecución de la acción, aunque las consecuencias de la ejecución de la acción (en parte o todas) únicamente las haya percibido como dependientes de ésta. En esta situación surge la posibilidad de definir el desenlace de la acción en parte mediante el curso causal querido y en parte mediante el no querido (sólo percibido como dependiente). Así procede la ley, entre otros [13], en el tipo de asesinato, definiendo la acción mediante la consecuencia de muerte —no necesariamente querida— («matar») y además mediante el fin «posibilitar u ocultar otro hecho punible» (§ 211.2 StGB, último grupo). Así pues, el propósito de ocultar no siempre es además intención de matar [14]. Ejemplo: El autor, tras un hecho punible, pretende evitar que un perseguidor continúe tras de él, disparándole a la pierna; se da cuenta de que la lesión puede resultar mortal, aun sin querer la muerte, ya que le basta la simple incapacidad de la víctima para moverse.

---

[11] En lo esencial como aquí, *Schmidhäuser*, Begriffsjurisprudenz, pp. 11 s.; *el mismo*, JuS, pp. 241 ss., 247 y *passim*; *el mismo*, AT, 10/28 ss.; *el mismo*, Studienbuch, 7/35 ss.; *el mismo*, Oehler-Festschrift, pp. 135 ss.; *Grünwald*, H. Mayer-Festschrift, pp. 281 ss., 286 ss.; *Jakobs*, Studien, pp. 38 s., 113 ss.; *Frisch*, Vorsatz, pp. 255 ss., 300; *Kindhäuser*, ZStW, 96, pp. 1 ss., 21 ss.; *el mismo*, Gefährdung, pp. 94 ss.; *vid.* también *Gallas*, ZStW, 80, pp. 1 ss., 28 ss.; *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 74; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert, pp. 162 ss.; *AK-Zielinski*, §§ 15, 16, núm. marg. 18, 28. En la polémica pervive aún la antigua distinción entre la teoría de la voluntad y la teoría de la representación; sobre ello *v. Hippel*, VDAT, t. III, pp. 373 ss., 487 ss., con abundante bibliografía: *Engisch*, Untersuchungen, pp. 126 ss.; *Burkhardt*, en: Jenseits des Rubikon, pp. 319 ss., 324 ss.

[12] BGH, JZ, 1981, pp. 595 s., con comentario favorable de *Bruns*, JR, 1981, pp. 512 ss.; *Walter*, GA, 1985, pp. 197 ss., 204.

[13] En este sentido también la interpretación del BGH sobre § 89.1 StGB (BGH, 18, pp. 151 ss., 155 s.): la acción del hecho («ocasionar») se define a través del resultado del ocasionar no necesariamente querido y además a través de la finalidad de «socavar el ordenamiento jurídico».

[14] BGH, 11, pp. 268 ss., 269 s.; 15, pp. 291 ss., 296 s.; 21, pp. 283 ss., 284 (con la acertada indicación de que bien es verdad que la muerte siempre se persigue si, de acuerdo con la representación del autor, la ocultación del delito no se puede lograr más que mediante la muerte; así también BGH, GA, 1983, pp. 565 s.; BGH, NStZ, 1984, p. 116; *vid.* asimismo BGH, NStZ, 1985, p. 166); 23, pp. 176 ss., 194 (con las consiguientes consideraciones relativas a la intención de hacer posible); BGH, NJW, 1978, p. 1490; BGH, StV, 1988, p. 485, con comentario crítico de *Frister*, StV, 1989, pp. 343 ss.; con detalle, *Geilen*, Lackner-Festschrift, pp. 571 ss.; en relación con el actuar para satisfacer el instinto sexual, *vid.* BGH, 19, pp. 102 ss., 105; inexactamente, sin embargo, BGH, 7, pp. 287 ss., 290.

C. La intensidad del conocimiento

1. La determinación de la intensidad de lo que la ley denomina «conocer» en el § 16.1 StGB desde siempre ha planteado problemas [15], si bien la problemática práctica se ha resuelto en parte *de lege lata* con la regulación de la cognoscibilidad del injusto propia de la teoría de la culpabilidad en el § 17 StGB: La medida del conocimiento (o cognoscibilidad) del injusto no está siempre, necesariamente, en relación constante con la medida de la culpabilidad. Acerca del conocimiento del tipo se reconoce en la doctrina reciente que para el dolo no basta el conocimiento meramente potencial [16]; ello es, tras lo acabado de indicar en relación con la ceguera ante los hechos (¡siempre conocimiento potencial!) dudoso materialmente, pero es lo único admisible desde el punto de vista del Derecho positivo. 10

2. En el ámbito restante del conocimiento actual está fuera de discusión que no es necesario haber reflexionado sobre las consecuencias. Por lo demás, se proponen distintas concepciones: 11

a) Así, bastaría que algún elemento sea sólo *co-consciente*; por co-conscientes habría que entender los complementos que la experiencia aporta al contenido de la representación desencadenada por la percepción [17], lo que algunos formulan como si se tratase de las asociaciones forzosas en una percepción y otros como si se tratase (más bien desde un punto de vista de la teoría de la *Gestalt*) de elementos del sistema de coordenadas, en el que más o menos vagamente se incluyen estímulos externos. Ejemplo principal: Siempre (!) serían co-conscientes los principales papeles del sujeto actuante [18] (esposo, tutor, funcionario, etc.), habiéndose de matizar que la acción en cuestión se ha de desarrollar en el ámbito del papel respectivo. Siempre co-conscientes serían también las principales circunstancias ambientales del hecho («en tiempo de guerra», «en un templo») y las características esenciales de la víctima conocidas [19] con anterioridad (límites de edad en los delitos contra la libertad sexual; muy dudoso). Esta concepción proyectaría la relación de sentido jurídica muy pronunciadamente en el contexto individual.

b) Con arreglo a otra concepción posterior, se distingue entre una consciencia lingüístico-conceptual —no necesaria para el dolo— y una consciencia *objetivo-conceptual* [20]; lo que antes se ha captado alguna vez lingüístico-con-

---

[15] En primer lugar ya *Frank*, Aufbau, p. 29; *vid.* además *Heims*, ZStW, 40, pp. 580 ss., 743 ss.; *el mismo*, MonSchrKrim, 13 (1922), pp. 94 ss.; *Mezger*, Strafrecht, § 42; *LK*[8]*-Mezger*, § 59, nota II, 9; *Welzel*, Strafrecht, § 13, I, 2, *a; Bockelmann*, Radbruch-Gedächtnisschrift, pp. 252 ss., 254 ss.

[16] Pormenorizadamente *Platzgummer*, Bewußtseinsform, pp. 55 ss., con bibliografía; de entre la jurisprudencia, últimamente BGH, NJW, 1983, p. 2268.

[17] *Platzgummer* (remitiéndose a *Rohracher*), Bewußtseinsform, pp. 81 ss., 84. Es incorrecta la afirmación de menor disvalor en la co-consciencia, loc. cit., p. 93; *vid.* sobre ello en relación con la ceguera ante los hechos y en *Schewe*, Bewußtsein, pp. 58 ss.

[18] *Platzgummer*, *op. cit.*, pp. 88 ss.

[19] *Platzgummer*, *op. cit.*, pp. 83 s.; aprobatorio, *Roxin*, ZStW, 78, pp. 214 ss., 248 ss., 253 s.; crítico, *Köhler*, GA, 1981, pp. 285 ss., 293.

[20] *Schmidhäuser*, H. Mayer-Festschrift, pp. 317 ss., 322 ss.; *el mismo*, AT, 10/54; *el mismo*. Studienbuch, 7/65 ss.

ceptualmente, sin que tenga que ser formulable de nuevo lingüísticamente de modo actual, sí sería objetivo-conceptualmente captable actualmente y por tanto conocido en el sentido del § 16.1 StGB.

c) Finalmente, se niega también que al contexto de autorización siempre deba corresponder una relación de consciencia, proponiéndose por ello referir la actualidad no a la consciencia, sino más ampliamente a la *vivencia*, atrayendo hacia el dolo como experimentado actualmente también lo experimentado «de manera perceptivamente inconsciente» (es decir, la base trivial en que se apoya la vivencia consciente) [21].

12 3. La solución [22] sólo la puede ofrecer el común denominador de los distintos puntos de partida. El Derecho penal, por el principio de sujeción a la ley, en contra de la solución mencionada en último lugar, no puede tomar la forma de expresión racionalista de la ley como mera cobertura de una psicología no racionalista: Vivencia y conocimiento no son lo mismo. Ello afecta de rechazo a las otras dos soluciones antes mencionadas: Tampoco una relación de vivencia y una relación de consciencia son lo mismo. Del esquematismo de un co-percibir no se puede deducir la co-consciencia o la consciencia objetivo-conceptual. En definitiva, pues, en cada caso particular ha de comprobarse si las acciones y reacciones psíquicas del autor han alcanzado el terreno de la consciencia. *De lege lata* es irrenunciable una representación actual al menos plástica (no conceptual). Hasta ahora no se pueden determinar reglas psicológicas que a partir de datos, todos subjetivamente evidentes e importantes, permitan deducir una consciencia. Con mayor razón falta una regla conforme a la cual el conjunto de los elementos del tipo formen un conjunto evidentemente también para cada autor. Ejemplo: Que las características de la víctima relevantes típicamente sean siempre co-conscientes en los delitos contra la libertad sexual (p. ej., la edad en el § 180 StGB) cuando se han percibido de alguna manera [22a], constituye una ficción doble: Ni todo lo percibido es consciente ni todas esas características pertenecen forzosamente al contexto de lo percibido por el autor.

13 4. También se discute la posiblidad de dolo en los hechos realizados bajo *estados pasionales* intensos (y en casos de embriaguez de alto grado). La pérdida de discernimiento puede ser motivo para que el autor no conozca la realización del tipo [23]. Especialmente, su campo de vivencia puede ser tan estrecho en el estado pasional que ya no perciba las circunstancias normalmente in-

---

[21] *Schewe*, Bewußtsein, pp. 114 s., 120 ss., 126.

[22] La doctrina dominante sigue las dos soluciones apuntadas al principio: *Platzgummer*, *Schmidhäuser*, *Roxin*, loc. cit.; *vid.* además *SK-Rudolphi*, § 16, núm. marg. 24 s.; *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 99; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 64; *Baumann-Weber*, AT, § 26, II, 3; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 15, núm. marg. 50 ss.; *Dreher-Tröndle*, § 16, núm. marg. 3; un ejemplo de la difusión de la co-consciencia: BayObLG, NJW, 1977, pp. 1974 s.; acerca de esta sentencia, críticamente *Köhler*, GA, 1981, pp. 285 ss., 296 ss. Crítica acertada de la doctrina que se basa en una formación psicológica de conceptos —y además indiscutida— y de la mezcla de datos psicológicos y normativos por parte de la teoría de la co-consciencia, en *Frisch*, Vorsatz, pp. 178 ss.; *el mismo*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 311 ss., 317 ss.; en relación con *Frisch*, *vid.* también *supra* 8/nota 9.

[22a] Así *Stratenwerth*, *Platzgummer*, loc. cit., entre otros.

[23] BGH, 6, pp. 329 ss., 332 s., relativo a la alevosía en el asesinato; 11, pp. 139 ss., 144; BGH, GA, 1975, pp. 306 ss.

tegradas en la vivencia, y menos aún lleguen éstas a ser conscientes. No obstante, desde el punto de vista psicológico y psiquiátrico se discute que el «sistema conceptual» jurídico pueda captar en absoluto adecuadamente la «realidad psicológica» [24]; y ciertamente el comportamiento previo del actuar bajo intenso estado pasional hasta la ejecución del hecho proporcionaría con frecuencia una imagen ambivalente en la que se contraponen formas finales del hecho y retardadoras, dependiendo la determinación de la dirección hacia la meta (hacia un hecho, o no) de qué partes del comportamiento se reúnan en cada caso [25]. Aún más radicalmente se afirma que a una cadena final, tal como se presenta, no corresponden necesariamente sucesos internos, como voluntad y determinación [26]; esta crítica apunta a sustituir el dolo por la finalidad externa (*vid.* ya *supra* sobre el concepto de acción 6/18). Dado que el § 18 StGB atiende al conocimiento del autor como hecho psíquico, presupuesto mínimo es —como se acaba de exponer— que el autor tenga una imagen de con qué consecuencias actúa. Si falta ésta, decae *de lege lata* el dolo [27]. Sin embargo, por lo demás puede bastar con la imagen: Una voluntad, o una determinación, etc., es decir la dirección subjetiva hacia una meta, no es esencial para el dolo [28].

5. También la *acción automatizada* (*supra* 6/35 ss.) puede llevarse a cabo 14
dolosamente, siempre que no sea sólo acción, sino acción consciente [29]. Ejemplo: Uno anda por un camino cerrado con la finalidad de provocar; los movimientos ambulatorios están automatizados, pero suceden conscientemente.

III. FORMAS DEL DOLO

BIBLIOGRAFIA: *H. Alwart*, Der Begriff des Motivbündels im Strafrecht, GA, 1983, pp. 433 ss., *G. Arzt*, Leichtfertigkeit und recklessness, Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 119 ss.; *J. Ambrosius*, Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung, 1966; *P. Bockelmann*, Comentario a BGH, 4, pp. 107 ss., JZ, 1956, pp. 698 ss.; *el mismo*, Zur Auslegung des §164, Abs. 5 StGB, NJW, 1959, pp. 1849 ss.; *el mismo*, Strafrecht des Arztes, 1968; *W. Bottke*, Comentario a AG Kempten, AIFO 1988, pp. 640, loc. cit., pp. 628 ss.; *el mismo*, Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung, en: *B. Schünemann et al.* (ed.), Die Rechtsprobleme von AIDS, 1988, pp. 171 ss.; *el mismo*, Rechtsfragen beim ungeschützten Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten, AIFO 1989, pp. 468 ss.; *J. Brammsen*, Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes - Neue Wege in der Vorsatzdogmatik, JZ, 1989, pp. 71 ss.; *M. Bruns*, Nochmals: AIDS und Strafrecht, NJW, 1987 pp. 2281 s.; *K. Buchala*, Der Dolus eventualis in der polnischen Strafrechtslehre und Rechtsprechung, Jes-

---

[24] *Rasch*, en: *Ponsold*, pp. 55 ss., 69; *Schewe*, Lange-Festschrift, pp. 687 ss., 698, 700.

[25] *Rasch*, Tötung des Intimpartners, pp. 58 ss. y *passim*.

[26] *Schewe*, Reflexbewegung, pp. 106 ss., 107; *el mismo*, en: Handlungsanalyse, pp. 1 ss., 8 ss.

[27] Demasiado genérico —como si no hubiese error alguno condicionado por arrebato— por eso *Bockelmann*, Radbruch-Gedächtnisschrift, pp. 252 ss., 255 s.; *Welzel*, Vom Bleibenden, pp. 19 s., con nota 45: «¡Sólo se ve todo "rojo", pero se ve!»

[28] *Jakobs*, en: Handlungsanalyse, pp. 21 ss., 25 s.; en semejantes términos, *Krümpelmann*, Welzel-Festschrift, pp. 327 ss., 338; *Ambrosius*, Untersuchungen, pp. 71 ss., 73; críticamente *Ziegert*, pp. 22 ss.; *Platzgummer*, Bewußtseinsform, pp. 92 s., intenta hallar una solución a través de la co-consciencia; sobre la bibliografía y la regulación en el StGB de la República Democrática Alemana, *vid. LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 107 ss.

[29] *Vid.* la bibliografía *supra* en relación con 6/35 ss., y además *Jescheck*, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 139 ss., 148; *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 110.

check-Festschrift, pp. 377 ss.; *P. Cramer*, Comentario a BayObLG, JZ, 1968, pp. 29 ss., loc. cit., pp. 30 ss.; *K. Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *el mismo*, Comentario a BGH, 7, pp. 363 ss., NJW, 1955, pp. 1688 s.; *G. Freund*, Comentario a BGH, JR, 1988, pp. 115 s., loc. cit. pp. 116 s.; W. *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983; *el mismo*, Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat?-BGH 36, 1, JuS, 1990, pp. 362 ss.; *K. Gehrig*, Der Absichtsbegriff in den Straftatbestanden des Besonderen Teils des StGB, 1986; *K. Geppert*, Strafbares Verhalten durch —mögliche— AIDS-Übertragung, Jura, 1987, pp. 668 ss.; *O. A. Germann*, Vorsatzprobleme, dargestellt auf Grund kritischer Analyse der neueren Judikatur des Schweizerischen Bundesgerichtes, SchwZStr., 77 (1961), pp. 345 ss.; *E. Göhler*, Das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch, NJW, 1974, pp. 825 ss.; *G. Grünwald*, Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts, H. Mayer-Festschrift, pp. 281 ss.; *F. Haft*, Die Lehre vom bedingten Vorsatz unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlichen Betrugs, ZStW, 88, pp. 365 ss.; *W. Hassemer*, Kennzeichen des Vorsatzes, Armin Kaufmann-Gedachtnisschrift, pp. 289 ss.; *R. D. Herzberg*, Die Problematik der «besonderen persönlichen Merkmale» im Strafrecht, ZStW, 88, pp. 68 ss.; *el mismo*, Der Agent provocateur und die besonderen persönlichen Merkmale (§ 28 StGB), JuS, 1983, pp. 737 ss.; *el mismo*, Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeitein Problem des objektiven Tatbestandes, JuS, 1986, pp. 249 ss.; *el mismo*, Die Strafdrohung als Waffe im Kampf gegen AIDS, NJW, 1987, pp. 1461 ss.; *el mismo*, Zur Strafbarkeit des AIDS-Infizierten bei unabgeschirmtem Geschlechtsverkehr, NJW, 1987 pp. 2283 s.; *el mismo*, Bedingter Vorsatz und objektive Zurechnung beim Geschlechtsverkehr des AIDS-Infizierten-AG München, NJW, 1987, 2314, JuS, 1987, pp. 777 ss.; *el mismo*, Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten, JZ, 1988, pp. 573 ss., 635 ss.; *el mismo*, AIDS: Herausforderung und Prifstein des Strafrechts, JZ, 1989, pp. 470 ss.; *F. Herzog* und *C. Nestler-Tremel*, Aids und Strafrecht —Schreckensverbreitung oder Normstabilisierung, StV, 1986, pp. 360 ss.; *Th. Hillenkamp,* Dolus eventualis und Vermeidewille, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 315 ss., *R. v. Hippel*, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Eine dogmatische Studie, 1903; *el mismo*, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, VDAT, t. III, pp. 373 ss.; *R. M. Honig*, Zur gesetzlichen Regelung des bedingten Vorsatzes, GA, 1973, pp. 257 ss.; *J. Hruschka*, Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes, Kleinknecht-Festschrift, pp. 191 ss.; *G. Jakobs*, Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Korperverletzungsdelikten, 1967; *el mismo*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *el mismo*, Das Fahrlässigkeitsdelikt, suplemento ZStW, 1974, pp. 6 ss.; *el mismo*, Nötigung durch Drohung als Freiheitsdelikt, Peters-Festschrift, pp. 69 ss.; *el mismo*, Die subjektive Tatseite von Erfolgsdelikten bei Risikogewöhnung, Bruns-Festschrift, pp. 31 ss.; *H.-H. Jescheck*, Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff, E. Wolf-Festschrift, pp. 473 ss.; *J. C. Joerden*, Der auf Verwirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Vorsatz, ZStW, 95, pp. 565 ss.; *el mismo*, Die «Verdoppelung» -ein zentrales Strukturproblem des Strafrechts, GA, 1984, pp. 249 ss.; *el mismo*, Dyadische Fallsysteme im Strafrecht, 1986; *H. Jung et al.*, Problemkreis AIDS -seine juristische Dimension, 1988; *Armin Kaufmann*, Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze, ZStW, 70, pp. 64 ss.; *U. Kindhauser*, Der Vorsatz als Zurechnungskriterium, ZStW, 96, pp. 1 ss.; *M. Köhler*, Comentario a BGH, JZ, 1981, pp. 35, loc. cit., pp. 35 ss.; *el mismo*, Die bewußte Fahrlässigkeit, 1982; *D. Kratzsch*, Der «Angriff»ein Schlüsselbegriff des Notwehrrechts, StV, 1987, pp. 224 ss.; *H. Krauth, W. Kurfess* y *H. Wulf,* Zur Reform des Staatsschutz-Strafrechts durch das Achte Strafrechtsänderungsgesetz, JZ, 1968, pp. 577 ss., *G. Küpper,* Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, ZStW, 100, pp. 758 ss., *W. Lacmann*, Über die Abgrenzung des Vorsatzbegriffes, GA, t. 58 (1911), pp. 109 ss.; *el mismo*, Die Abgrenzung der Schuldfor-

men in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. ZStW, 3, pp. 142 ss.; *W. Langer*, Aktuelle Probleme der falschen Verdächtigung. GA, 1987, pp. 289 ss.; *Th. Lenckner*, Zum Begriff der Täuschungsabsicht in § 267 StGB, NJW, 1967, pp. 1890 ss.; *B.-D. Meyer*, Strafrechtliche Aspekte der Aids-Übertragung, GA, 1989, pp. 207 ss., *D. W. Morkel*, Abgrenzung zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat, NStZ, 1981, pp. 177 ss.; *D. Oehler*, Neue strafrechtliche Probleme des Absichtsbegriffs, NJW, 1966, pp. 1633 ss.; *H. Otto*, Comentario a BGH, NJW, 1979, pp. 1512, loc. cit., pp. 2414 s.; *L. Philipps*, Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko, ZStW, 85, pp. 27 ss.; *C. Prittwitz*, Das «AIDS-Urteil» des Bundesgerichtshofs, StV, 1989, pp. 123 ss.; *el mismo*, Die Ansteckungsgefahr bei Aids, JA, 1988, pp. 427 ss., 486 ss.; *I. Puppe*, Comentario a BGH, NStZ, 1987, pp. 362 s., loc. cit., pp. 363 s.; *W. Rasch*, Der Stellenwert des Täterverhaltens bei der psychologisch-psychiatrischen Begutachtung, en: *J. Gerchow* (ed.), Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983, pp. 46 ss.; *R. Rengier*, AIDS und Strafrecht, Jura, 1989, pp. 225 ss.; *A. Ross*, Über den Vorsatz, 1979; *C. Roxin*, Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, BGHSt. 7, 363, JuS, 1964, pp. 53 ss.; *E. Samson*, Absicht und direkter Vorsatz im Strafrecht, JA, 1989, pp. 449 ss.; *H. Schlehofer*, Risikovorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten, NJW, 1989, pp. 2017 ss.; *E. Schlüchter*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, 1983, *E. Schmidhäuser*, Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit, GA, 1957, pp. 305 ss.; *el mismo*, Der Begriff des bedingten Vorsatzes in der neuesten Rechtsprechung des BGH und in 516 Komm. Entw. StGB Allg. Teil 1958, GA, 1958, pp. 161 ss.; *el mismo*, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, H. Mayer-Festschrift, pp. 317 ss.; *el mismo*, Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat (dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit), JuS, 1980, pp. 241 ss.; *K. Schmoller*, Das voluntative Vorsatzelement, OJZ, 1982, pp. 259 ss., 281 ss.; *E. Schneider* über, die Behandlung des alternativen Vorsatzes, GA, 1956, pp. 27 ss.; F. C. *Schroeder*, Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht. Eine systematische Darstellung, entwickelt aus Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, 1970; *el mismo*, Comentario a BGH, JZ, 1983, pp. 669 ss., loc. cit., pp. 671 ss.; *H. Schroder*, Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs, Sauer-Festschrift, pp. 207 ss.; *U. Schroth*, Die Rechtsprechung des BGH zum Tötungsvorsatz in der Form des dolus eventualis», NStZ, 1990, pp. 324 ss.; *H. Schumann*, Zur Wiederbelebung des «voluntativen» Vorsatzelements durch den BGH, JZ, 1989, pp. 427 ss.; *K. Sessar*, Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalitat, 1981; *G. Spendel*, Zum Begriff des Vorsatzes, Lackner-Festschrift, pp. 167 ss.; *U. Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988; *G. Stratenwerth*, Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit, ZStW, 71, pp. 51 ss.; *E. A. Wolff*, Die Grenzen des dolus eventualis und der willentlichen Verletzung, Gallas-Festschrift, pp. 197 ss.; *J. Wolter*, Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1972; *Th. Weigend*, Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, ZStW, 93, pp. 657 ss.; *H. Welzel*, Vorteilsabsicht beim Betrug, NJW, 1962 pp. 20 ss.; *U. Ziegert*, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987.

A. El dolo en relación con las consecuencias principales

15 La relación subjetiva del autor con las consecuencias principales se llama intención (también *dolus directus* de primer grado, dolo directo). La *relación positiva con el aspecto de los impulsos* reside en que el autor obra en función de las consecuencias principales y en este sentido quiere estas consecuencias.

Según su valoración, en tanto que no se produzcan estas consecuencias, ha actuado «en vano» [29a]. Del fin último de su voluntad será pocas veces consciente (¿consecución de la felicidad?). Pero esto no es tampoco necesario; más bien, hay consecuencias principales en todas las realizaciones de tipo que el autor quiere por sí mismas o por los efectos que espera de ellas [30]. Así pues, también pueden ser consecuencias principales aquellas que el autor quiere sólo «de mala gana», sin las cuales, no obstante, según su representación, no puede alcanzar su meta [31]. Pero ya no son consecuencias principales aquellos sucesos que según la representación del autor no son necesarios para alcanzar la meta de la acción, aun cuando sean inevitables tal como actúa el autor [32]. El acaecimiento de una consecuencia secundaria puede serle conveniente al autor, pero en tanto que no actúe a causa de ella, no deja de ser, sin embargo, consecuencia accesoria [33]. Ejemplo: Quien debe realizar un viaje oficial en avión por razones de seguridad, pero viaja en automóvil, contraviniendo las reglas, y al liquidar las dietas declara el coste del viaje en avión, más alto, para que no se le abra un expediente disciplinario, no tiene ánimo de lucro, ya que no engaña a causa del beneficio patrimonial, aun cuando para él suponga un gaje que le viene muy bien [34]. El autor puede obrar también por varias consecuencias a la vez [34a]; entonces, todas son pretendidas (las consecuencias pueden incluso excluirse recíprocamente, *vid. infra* sobre el *dolus altenativus*, 8/33).

Ejemplo de delimitación entre consecuencias principales y secundarias: A fin de que sus padres cobren el seguro de una casa antigua asegurada por encima de su valor (consecuencia principal, de mala gana, porque la casa está unida para él a agradables recuerdos de su niñez), el autor la incendia (consecuencia principal, que es querida a causa de sus efectos), dándose cuenta de que el mobiliario de los padres arderá también, lo que le alegra, porque le desagradaba desde hacía tiempo (consecuencia secundaria, que es deseada, pero que no constituye el motivo de la acción), pero al mismo tiempo le desagrada por

---

[29a] Ello lo pasa por alto *Rengier*, JZ, 1990, pp. 321 ss., 324 ss., que pretende tratar del mismo modo, en la estafa, las consecuencias principales y las consecuencias secundarias seguras (¿y por qué sólo éstas?).

[30] *Engisch*, Untersuchungen, p. 144 y *passim*; *Germann*, SchwZStr., 77 (1961), pp. 345 ss., 353; *Bockelmann*, JZ, 1956, pp. 698 ss., 699.

[31] BGH, 21, pp. 283 ss., 284 s.; *Oehler*, NJW, 1966, pp. 1633 ss., 1636; *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 77.

[32] Así pues, es incorrecta la sentencia BGH, 4, pp. 107 ss., 110 (aprobando la sentencia, *Bockelmann*, JZ, 1956, pp. 698 ss., 699; *Jescheck*, AT, § 29, III, 1 *a*; *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 80), según la cual un taxista que transporta, por cobrar la tarifa ordinaria, a los ladrones con su botín, tendría ánimo de favorecer (en el sentido de la receptación); pero el aseguramiento del beneficio patrimonial es una consecuencia de la conducción que no condiciona el actuar del conductor, ya que éste recibe la contraprestación por la «carrera» —¡ésta sí perseguida!—; como aquí, *Oehler*, NJW, 1966, pp. 1633 ss., 1638.

[33] *Welzel*, NJW, 1962, pp. 20 ss., 22; *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 77.

[34] En definitiva en igual sentido, KG, NJW, 1967, pp. 882 s. En el supuesto de la sentencia BGH, 16, pp. 1 ss., el autor que no lleva billete engaña en el control de la entrada de la estación de ferrocarril, y también en el control de salida, porque se propone asistir a un curso en el lugar de destino y teme que, si dice la verdad, perdería demasiado tiempo y no podría asistir. El engaño en el lugar de destino no se lleva a cabo con ánimo de lucro, sino para ahorrar tiempo; el engaño en el lugar de partida tiene lugar, no obstante, también para conseguir ir en tren, y esta prestación de servicio es un valor patrimonial, lo cual lo pasa por alto *Jescheck*, AT, § 29, III, 1 *a*.

[34a] Distingue *Alwart*, GA, 1983, pp. 433 ss., 437 ss.

tratarse de valiosas antigüedades (consecuencia secundaria). Si el mobiliario también hubiera estado asegurado, y el autor obrara al mismo tiempo a causa de esa suma, también la destrucción del mobiliario sería consecuencia principal.

2. El que una acción sea querida o no, no debe inducir a suponer que se trata de una relación entre el aspecto de los impulsos y una modificación describible naturalísticamente. Más bien, la consecuencia siempre está especificada mediante el contexto típico en que se encuentra. Estas descripciones de situaciones (elementos de la autoría, especificaciones de objetos y medios) son propios de la consecuencia. No tener en cuenta esta circunstancia ha conducido a suponer que las descripciones de situaciones existen junto a la acción típica y no pueden ser queridas, dado que no las origina el autor; referido a ellas, el dolo sólo se puede caracterizar mediante la relación con el aspecto intelectual [35]. Esta concepción separa las descripciones de situaciones del contexto de la acción, como si la situación fuese una parte del tipo independiente de la acción del autor. No obstante, las descripciones de situaciones sólo son parte del tipo en conexión con un acción del autor. En esta conexión, se convierten también entonces en objeto del dolo, pues el autor no es libre de querer una consecuencia sin la correspondiente descripción de situación: Entonces no quiere la realización del tipo y decae la intención [36]. Ejemplo: Si el autor destruye, para llamar la atención, la cosa que tiene más a mano y ésta es precisamente una cosa ajena, se podría considerar como pretendida la destrucción, y la ajenidad de la cosa, por el contrario, como mera circunstancia secundaria; pero ello estaría referido a una acción atípica y por tanto no sería jurídicamente vinculante. La destrucción de cosa ajena (así el tipo del § 303 StGB) no se ha pretendido. En definitiva, la consecuencia debe concebirse como algo que abarca la descripción de la situación. 16

3. La *relación positiva con el aspecto de la representación* consiste en el conocimiento del autor de que la producción de lo querido no es improbable. Sólo a causa de esta representación lo querido es más que un mero desear o esperar tibiamente, es decir, se persigue típicamente. El límite entre lo no improbable y lo que acaecerá con seguridad es sólo cuantitativo y carece de importancia para la intención [37]: Resulta indiferente el grado de probabilidad asumido por el autor. Así pues, hay una intención unida a la seguridad (*Wissentlichkeit*: «a sabiendas», en las consecuencias principales) y una intención en incertidumbre sobre la realización del tipo. 17

El límite entre lo no improbable y lo improbable tiene, en la intención, una determinación: *a)* subjetiva, y *b)* objetiva. *a)* Unicamente cuando el riesgo de realización del tipo tiene intensidad relevante para el autor individual obrará éste a causa de la consecuencia. Ejemplo: Quien no atribuye a un disparo desde gran distancia ninguna posibilidad de resultado relevante para la decisión, no se puede motivar a disparar a causa del resultado. *b)* Si para el autor individual aún son relevantes para la decisión riesgos de intensidad ya no jurídica-

[35] *Jescheck*, AT, § 29, III, 1 *a; Schönke-Schröder-Cramer*, § 15, núm. marg. 67.

[36] *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 78; *Engisch*, Untersuchungen, pp. 146.

[37] BGH, 21, pp. 283 ss., 284 s.; en otro sentido, BGH, 16, pp. 1 ss., 5, según el cual en caso de producción incierta del resultado decaería la intención; en contra, acertadamente, *Welzel*. NJW, 1962, pp. 20 ss.

mente relevante, su actuar queda, no obstante, dentro del marco del riesgo permitido.

B. El dolo en relación con las consecuencias secundarias

1. *La constancia* (Wissentlichkeit) *en las consecuencias secundarias*

18 *a)* En la medida en que el autor pronostique que la realización del tipo va a acaecer *con seguridad,* habrá constancia (también *dolus directus* de segundo grado). Esta forma de dolo se caracteriza por el hecho de que el autor se ha distanciado del todo intelectualmente de la evitación de la realización del tipo: Bien es verdad que no quiere la realización del tipo, pero se da cuenta de que su evitación es incompatible con aquello que quiere. El desmarcarse de la evitación puede verificarse, por una parte, de modo que el autor contemple el resultado típico como forzosamente vinculado a la *ejecución de la acción* querida; entonces el resultado, tal como actúa, es para él seguro (constancia en sentido estricto). Ejemplo: Para conseguir la suma del seguro, el autor hace llevar a un barco un barril cargado de explosivos y con un temporizador, declara falsamente su contenido y lo asegura por un elevada cantidad, considerando que como consecuencia de la explosión que ocurrirá en alta mar la tripulación está perdida; homicidio intencionado de esas personas [38]. El desmarcamiento con respecto a la evitación puede acaecer también cuando el autor considera el resultado vinculado con seguridad con una *consecuencia principal* cuya producción puede ser incierta (constancia en sentido amplio). Entonces el resultado, tal como actúa el autor, no es seguro, pero sí tal como se realiza lo que él quería [39]. Así pues, si en el ejemplo indicado el autor no sabe con seguridad si el barril va a estallar, pero en caso de que se produzca la explosión querida considera segura la muerte de la tripulación, concurren, no obstante, homicidios premeditados en sentido amplio. En todo caso, el autor se da cuenta de que no pueden coexistir la configuración del mundo circundante que él pretende y la ausencia de realización del tipo.

19 *b)* Con el requisito de la certeza no se quiere decir que el autor deba descartar el no acaecimiento del resultado; basta que la posibilidad de no acaecimiento no sea de intensidad relevante para la decisión [40]. La certeza así determinada ha de distinguirse de la suma probabilidad: Esta última deja un resto de inseguridad que puede ser decisiva en un caso límite; la primera, no [41].

20 *c)* La doctrina se muestra de acuerdo en que el autor, en caso de haber apreciado certeza en la actuación con constancia —en contraposición al dolo eventual—, no tiene posibilidad de desmarcarse del resultado a través de una disposición emocional, de un modo que impida el dolo. Así pues, para el

---

[38] Caso Thomas; descripción en *Binding*, Normen, t. II (2), p. 851, con nota 1.

[39] *Welzel*, Strafrecht, § 13, I, 2 *c* alfa; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 295; *Samson*, JZ, 1989, pp. 449 ss., 450.

[40] En parecidos términos RG, 31, pp. 211 ss., 217; *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 83; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 15, núm. marg. 68.

[41] En favor de la inclusión de la suma probabilidad, *Engisch*, Untersuchungen, pp. 175 ss.; *Jescheck*, AT, § 29, III, 2.

dolo es indiferente que el autor apruebe «interiormente» (¿cómo si no?) la realización del tipo o no [42].

2. *Dolo eventual o condicionado*

a) No se trata de una *voluntad* condicionada de acción (al respecto, *infra*, en relación con la tentativa, 25/29 ss.), sino de que el autor se da cuenta de que una consecuencia secundaria [42a] sólo se realizará eventualmente (también: *dolus eventualis*) incluso si acaecen todas las consecuencias principales de un actuar querido incondicionadamente. La decisión acerca de lo que en tal situación es aún dolo y lo que es ya imprudencia debe adoptarse en consideración al fin de la separación entre dolo e imprudencia, es decir, en consideración a la distinción entre la causación del resultado más fácilmente evitable y aquella otra evitable con más dificultad [42b] 21

Por una parte, ya se indicó *supra*, en relación con la ceguera ante los hechos, que no coincide enteramente la separación de los grados de evitabilidad con la de aquello que inculpa más o menos, ya que precisamente la falta de una imagen exacta de la situación, cuando se actúa antijurídicamente, según la configuración del caso, puede que sólo se aclare de modo inculpatorio. Dicha coincidencia tampoco cabe afirmarla en el dolo eventual. Cuando en la delimitación entre dolo e imprudencia ha de atenderse a la graduación de la dirigibilidad de las realizaciones de tipo, esta graduación sólo *ceteris paribus* se corresponde con la de la inculpación del autor. Es decir, ha de prescindirse de cómo el autor ha llegado a la situación de poder dirigir las consecuencias mejor o peor; esto puede que obedezca, si acaso, a un motivo que inculpe o que exculpe [43]. Por ello no es acertado atenerse, en la delimitación de dolo e imprudencia, a en qué medida el autor, en su actitud interna, se ha distanciado de la evitación de la consecuencia, es decir, distinguir según que el autor, si no aprueba la producción de la consecuencia, sí la asume con indiferencia, o en cambio la rechaza o incluso la lamenta. Al igual que tales actitudes —en tanto que, más que meras florituras retóricas, sean posibles en la práctica— carecen de función en la actuación a sabiendas, tampoco la tienen en el dolo eventual, pues tales actitudes no tienen nada que ver con la dirección, sino a lo sumo con los motivos para no haber hecho uso de la posibilidad de dirección. Además, bien es cierto que los motivos por los que un autor se distancia subjetivamente de

---

[42] Acerca de esta y otras fórmulas parecidas relativas al dolo eventual, en seguida en el texto.

[42a] Acerca del concepto de consecuencia, *vid. supra* 8/16; por los motivos que allí se indican, es innecesaria la formulación de un ámbito especial «de representaciones de riesgo no referidas al resultado» en *Frisch*, Vorsatz, pp. 345 ss.

[42b] De acuerdo con *Frisch*, Vorsatz, pp. 411, 488 ss. y *passim*, no se trataría del contenido especial del dolo, sino de un objeto especial del dolo: no de considerar no improbable un curso causal en relación con determinado resultado, sino de *conocer* (como en el dolo directo) un riesgo no improbable. En realidad, no es más que una mera reformulación: Conocer un riesgo no improbable es conocer, pero en tanto que el curso causal arriesgado no es un curso causal conocido, es al mismo tiempo desconocer una condición decisiva para el curso causal. Por eso no cabe definir el dolo eventual únicamente a través del objeto del conocimiento, sino además a través de su combinación de conocimiento y desconocimiento parciales. Los resultados son equivalentes.

[43] Acerca de los métodos de distinguir dolo e imprudencia, con detalle, *Jakobs*, Studien, pp. 106 ss.; *Armin Kaufmann*, ZStW, 70, pp. 64 ss., 66 ss.; *Ziegert*, Vorsatz, pp. 81 ss.

la evitación puede que lo inculpen, pero no tiene por qué ser así en todo caso; sobre todo, falta una inculpación en el caso de la justificación (la ceguera ante los hechos sólo debería gravar en la actuación antijurídica); así pues, los motivos no aportan nada para la graduación del aspecto subjetivo de la acción [43a].

Por otra parte, ha de dilucidarse la facilidad o dificultad de la evitación del resultado: No se trata de si para el autor individual le es subjetivamente fácil o difícil elevar la evitación a motivo de su actuar. Si así fuese, el autor que actúa intencionadamente lo haría tanto más en estado de evitabilidad *dificultada* cuanto más deseadas fueran para él las consecuencias de la acción. Más bien, importa —como ya se indicó en relación con el concepto de acción— el grado de facilidad o dificultad con que el motivo que se da por supuesto como dominante influiría en la evitación de la realización del tipo.

22 *b) a')* En esta situación, la facilidad o dificultad de evitar la realización del tipo que se da en realidad (consumación) o supuestamente (tentativa) depende exclusivamente de la exactitud con que el autor [43b] aprecie la situación y las consecuencias que se pueden esperar (supuestamente). Si sabe que la conexión entre acción y consecuencia no es improbable, para él se deriva, si se guía por un motivo de evitación dominante, sin ulterior reflexión, la necesidad de omitir la acción; mientras que un autor que desconozca la conexión entre acción y consecuencia puede poner en duda el sentido de la omisión [44].

El hecho de que importa lo que el autor sabe, o cree saber, sobre la situación y sobre el curso causal y de que este conocimiento (supuesto) supone un esfuerzo intelectual, ha servido para etiquetar a la solución que se centra en el conocimiento con la denominación de teoría intelectual [45], lo que no debe hacer pasar por alto que las condiciones del acto cognoscitivo no son sólo de carácter intelectual. Gráficamente: Aquel a quien no le apetece en absoluto re-

[43a] Acertadamente *Schumann*, JZ, 1989, pp. 427 ss., 430: Sólo referida al *injusto* del hecho sería relevante la actitud.

[43b] Y no: un juzgador objetivo; BGH, NStZ, 1987, pp. 424.

[44] Se ha propuesto sustituir la biparticipación dolo-imprudencia por una tripartición dolo-«temeridad» (en el sentido de *recklessness*)-imprudencia y asignar al término intermedio los casos de consciencia concreta de puesta en peligro sin conocimiento seguro de la lesión y sin intención de lesionar (*Weigend*, ZStW, 93, pp. 657 ss., 687 ss.). Lo cual, sin embargo —si acaso prescindiendo del ámbito del conocimiento de riesgos mínimos—, no supone ventaja alguna: Para distinguir entre el conocimiento de un riesgo intenso (aún «temeridad») y la seguridad, no existe axiológicamente ningún motivo. En general —por la falta de relación forzosa entre datos psíquicos, por una parte, y valoración de la psique, por otra— mediante ulteriores distinciones no cabe alcanzar dentro del dato psíquico distinción alguna, correcta axiológicamente, de la medida de imputación. *De lege ferenda*, una normativización del concepto de dolo se adecuaría mejor para el logro de tal fin (acerca de la rentabilización de la *recklessness* en este sentido, *Arzt*, Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 119 ss., 142 s.).

[45] Como aquí, ya *Jakobs*, Studien, pp. 117 ss.; en defintiva esencialmente como aquí, pero en parte con fundamentación de teoría del dolo, representan esta teoría *Schröder*, Sauer-Festschrift, pp. 207 ss.; *Schmidhäuser*, GA, 1957, pp. 305 ss.; *el mismo*, GA, 1958, pp. 161 ss., 165; *el mismo*, JuS, 1980, pp. 241 ss.; *el mismo*, AT, 10/32 ss., 51; *el mismo*, Studienbuch, 7/36 ss.; *Grünwald*, H. Mayer-Festschrift, pp. 281 ss., 288; *Frisch*, Vorsatz, pp. 162 ss., 255 ss.; *Kindhäuser*, ZStW, 96, pp. 1 ss., 21 ss. (con una zona poco clara para la imprudencia consciente, pp. 26 ss.); *AK-Zielinski*, §§ 15, 16, núm. marg. 73 ss.; *Otto*, AT, § 7, III, 3 *c*; *el mismo*, NJW, 1979, pp. 2414 s.; *Schmoller*, ÖJZ, 1982, pp. 259 ss., 281 ss., 285; de hecho también BGH, 7, pp. 363 ss.; BGH, JZ, 1981, p. 35, con comentario de *Köhler*, loc. cit., pp. 35 ss.; BGH, VRS, 63, p. 119; más referencias jurisprudenciales en *Köhler*, Bewußte Fahrlässigkeit, pp. 45 a 102; *Honig*, GA, 1973, pp. 257 ss.

flexionar, y quien tampoco se ve obligado a reflexionar, no reflexiona, y por ello no se da cuenta de aquello que no está meramente ante sus ojos. Así pues, la teoría intelectual no debe entenderse en el sentido de que el dolo sea una situación psíquicamente dependiente sólo del intelecto [46].

b') De todos modos, el producto de los diversos estímulos psíquicos a que 23
ha de atenderse es de tipo intelectual: Importa el conocimiento de que no es improbable la realización del tipo. En este conocimiento se debe tratar de un *juicio válido* para el autor; no basta el mero pensar en la posibilidad del resultado, pues sólo con un conocimiento que presente al autor como causante del resultado según la experiencia válida, y no especulativamente o por una excesiva escrupulosidad imaginativa, podría surtir efecto el motivo de evitación directamente, es decir, sin necesidad de ulterior reflexión. Así pues, quien no ha decidido entre la representación del peligro y la esperanza de que la acción se desarrollará sin consecuencias, tampoco ha decidido que el resultado no sea improbable [46a]. Naturalmente, para tal decisión no se requiere que el autor la adopte inmutablemente; el autor puede saber que se pueden modificar tanto su estado de conocimiento como los principios de asimilación del estado; lo relevante es el estado válido para el autor en el instante de la acción. *Concurrirá, pues, dolo eventual cuando en el momento de la acción el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción* (acerca del grado de probabilidad [47] *vid. infra* 8/30 ss., 44). El mero «pensar en» u «ocurrirse», sin cualidad de juicio, puede denominarse, si se quiere, imprudencia consciente; sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la consciencia en este tipo de imprudencia ya en su contenido no se corresponde con el conocimiento de las consecuencias propio del dolo.

Ejemplos: Quien para ganar una apuesta intenta acertar de un disparo a la bola de cristal que una persona sostiene en la mano [48], actúa con dolo eventual

---

[46] *Weigend*, ZStW, 93, pp. 657 ss., 669 s. De esta manera deberían resolverse las objeciones de *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 306, *Ziegert*, Vorsatz, pp. 107 ss., y parte de las de *Köhler*, Bewußte Fahrlässigkeit, pp. 301 ss., 304 s.: La teoría no afirma que siempre concluya un proceso cognoscitivo.

[46a] *Vid. Frisch*, Vorsatz, pp. 192 ss., 197 s., 218 ss.; *AK-Zielinski*, §§ 15, 16, núm. marg. 78.

[47] De acuerdo con la teoría de la probabilidad (*H. Mayer*, AT, § 38, V, 2 *b*; *el mismo*, Studienbuch, § 27, IV, 2; también la propuesta de solución de *Haft*, ZStW, 88, pp. 365 ss., 385 ss., supone una repetición, adornada con algunas distinciones, de la teoría de la probabilidad), se da dolo eventual cuando el resultado se prevé como probable, siendo la probabilidad más bien mera posibilidad y no tanto probabilidad preponderante. Lo cual es demasiado indeterminado como para poder proporcionar en el caso concreto un principio de decisión (¿1 por 100, 20 por 100?) y no se ajusta en absoluto a las probabilidades por separado insignificantes, pero considerables en conjunto. Ejemplo: Si el autor deja sin vigilancia a todos los alumnos de una gran escuela *al mismo tiempo* en la playa, siendo entonces probable la muerte de un niño, en caso de descuido *sucesivo* de la vigilancia en mil casos, la muerte puede ser no improbable; cuando la teoría de la probabilidad, no obstante, cubre los riesgos hasta —oscilando en función de la importancia del bien puesto en peligro— el límite de la relevancia para la decisión, se convierte en idéntica a la teoría intelectual (sobre la crítica de la teoría de la probabilidad, con detalle, *Engisch*, Untersuchungen, pp. 209 s.; *Köhler*, Bewußte Fahrlässigkeit, pp. 274 ss., que señala en especial que la teoría no puede tener en cuenta el contexto de la acción determinado, vivido en la práctica). El núcleo de verdad en la teoría de probabilidad reside en dirigirse contra las teorías de la disposición, que descuidan la dirección en favor de la actitud (*H. Mayer*, AT, loc. cit.).

[48] Una de las «señoritas de la caseta de tiro al blanco» aportadas a la discusión por *Lacmann*: *Lacmann*, GA, t. 58 (1911), pp. 109 ss., 119; *el mismo*, ZStW, 31, pp. 142 ss., 159.

de lesiones si se da cuenta de que la «aventura» puede acabar en la lesión de una persona; no se requieren ulteriores procesos o estados de ninguna clase, y el esfuerzo por evitar el resultado (y además la pérdida de la apuesta) no basta para impedir el dolo. Si está ausente ese conocimiento, porque por falta de tiempo, temeridad, indiferencia o miedo el autor no repara en las consecuencias, haciendo caso omiso a lo que se le impone patentemente, no concurre dolo. Ejemplo: Si el autor le aprieta el cuello a su víctima con una correa, tras haberle fallado un medio, menos peligroso, para adormecerla y tras haber descartado el intentar apretarle el cuello debido a su peligrosidad, y la víctima muere de asfixia, estrangulada, el autor sólo actuará con dolo si —como es de esperar por lo general— se vuelve a representar el carácter letal del procedimiento de apretar el cuello al recurrir a la correa tras haber fallado el medio menos peligroso [49]. Quien sabe que en determinada clase de contactos sexuales puede contagiar a su pareja una enfermedad, actúa con dolo de lesiones si efectúa tales contactos [49a], y si además sabe que su pareja puede morir de la infección tiene además dolo de homicidio [49b]. Un karateka que le propina a un niño pequeño un golpe de kárate en la cabeza —siempre que especiales circunstancias no impidan la consecuencia que se impone— tiene dolo de homicidio [49c]. Si el atractivo de un juego reside en el riesgo de realización del tipo («ruleta rusa»), por lo general los jugadores tienen dolo [49d]. Acerca de la relación del dolo eventual con el dolo de peligro, *vid. supra* 6/79.

24 *c')* Como consecuencia de tal solución, también se realizan dolosamente aquellas consecuencias de la acción que el autor se esfuerza en evitar, pero en las que sin embargo se da cuenta de que no es improbable un fallo de su esfuerzo por evitar. Sobre todo, también está abarcado por el dolo el fallo de una intervención quirúrgica cognosciblemente arriesgada [50]. La doctrina contraria [51] no sólo confunde el dolo eventual con el *dolus malus*, sino que vela la seriedad de la decisión a la que uno se enfrenta: Cuando una acción puede te-

[49] BGH, 7, pp. 363 ss., 369, con comentario de *Engisch*, NJW, 1955, pp. 1688 s.

[49a] BGH, 36, pp. 1 ss., 6 ss., 9 ss., con comentario de *Helgert*, NStZ, 1989, pp. 117 s., y reseña de *Bottke*, AIFO, 1989, pp. 468 ss., con ulteriores referencias; BGH, 36, pp. 262 ss., 266 s.; críticamente *Prittwitz*, StV, 1989, pp. 123 ss., 124 s.; como el BGH, AG München, NJW, 1987, p. 2314; AG Hamburg, NJW, 1989, pp. 2071 s.; *Herzberg*, JZ, 1989, pp. 470 ss., 476 s.

[49b] *Herzberg*, NJW, 1987, pp. 1461 ss., 1463 ss.; *el mismo*, NJW, 1987, pp. 2283 s.; *el mismo*, JuS, 1987, pp. 777 ss., 778 ss.; *el mismo*, JZ, 1989, pp. 470 ss., 481; *Bottke*, en: Rechtsprechungsprobleme, pp. 171 ss., 202 s.; *el mismo*, AIFO, 1988, pp. 628 ss., 632; *Meier*, GA, 1989, pp. 207 ss., 227; *Rengier*, Jura, 1989, pp. 225 ss., 229; *Geppert*, Jura, 1987, pp. 668 ss.; en lo esencial también *Frisch*, JuS, 1990, pp. 362 ss., 366 ss.; *de otra opinión*, BGH, 36, pp. 1 ss., 15 s.; 36, pp. 262 ss., 267; LG München, NJW, 1987, p. 1495; *Herzog* y *Nestler-Tremel*, StV, pp. 360 ss., 364 s.; *Schlehofer*, NJW, 1989, pp. 2017 ss., 2021 ss.; *Prittwitz*, JA, 1988, pp. 427 ss., 486 ss., 497 ss.; dubitativo *Jung*, Problemkreis, p. 18; *vid.* asimismo *infra* 8/28.

[49c] *De otra opinión*, BGH, JZ, 1989, pp. 449 s.; *vid.* asimismo *infra* 8/28.

[49d] *Vid. Köhler*, Bewußte Fahrlässigkeit, p. 45; *de otra opinión*, BGH, NStZ, 1983, pp. 365; *vid.* asimismo *infra* 8/28.

[50] *Welzel*, Strafrecht, § 13, I, 2 *c* ß ßß (p. 70); *Schmidhäuser*, AT, § 10/94 con nota 67; *el mismo*, GA, 1957, pp. 305 ss., 307; más referencias bibliográficas en *Wolter*, Alternative und eindeutige Verurteilung, p. 178, nota 164.

[51] *Dreher*, Niederschriften, t. XII, p. 104; *Maurach—Zipf*, AT, I, § 22, núm. marg. 40; *Bockelmann*, Strafrecht des Arztes, pp. 70 s.; *Jescheck*, E. Wolf-Festschrift, pp. 473 ss., 483 *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 94, con más bibliografía; poco útil la propuesta de *Haft*, ZStW, 88, pp. 385 ss., 389: «El médico debe dejar de lado el pronóstico desfavorable.»

ner por resultado tanto la vida como la muerte, al bien afectado no se le favorece con la buena voluntad [52], sino sólo preservando el interés preponderante (justificación) [53].

c) A la descripción aquí desarrollada del dolo eventual se aproximan aque- 25
llas concepciones según las cuales concurre dolo eventual cuando el autor se resigna a la relización del tipo [54] (en este sentido también, en parte: la asume *-in Kauf nimmt*) o la toma en serio [55] o cuenta con ella, no confiando en que no vaya a producirse [56]. La diferencia con la concepción aquí mantenida reside en que estas opiniones (¡aun cuando ellas mismas reprochan a la teoría aquí propugnada que acentúa excesivamente lo intelectual!) subestiman la repercusión de la ligereza, la represión de los escrúpulos, etc., sobre el aspecto intelectual, intentando por ello definir la seriedad del juicio de otro modo distinto, lo cual lleva en seguida a dificultades cuando se puede verificar un juicio serio, pero ninguna «actitud» posterior [57]. Y estos casos problemáticos no son sólo raras excepciones. Especialmente en todo el complejo de las realizaciones del tipo justificadas no se comprende cómo es que el autor debe adoptar alguna actitud ante la realización del tipo: Desde luego sabe que de todos modos no responde por la realización del tipo [58].

Las actitudes mencionadas cabría aprehenderlas con mayor precisión en su repercusión sobre el aspecto intelectual. El autor que decide seriamente no pue-

---

[52] *De otra opinión*, *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 94, quien, debido a las consecuencias con respecto al error, considera inadecuada la justificación, como si la buena voluntad en sí fuese la correcta en caso de conflicto.

[53] Esta justificación se confunde en ocasiones con el riesgo permitido que excluye el tipo: así *Frisch*, Vorsatz, pp. 143 ss., 212, 257, 366 ss.; acerca de la delimitación de ambos ámbitos, *vid. supra* 7/41. De acuerdo con *Philipps*, ZStW, 85, pp. 27 ss., 38, se dará dolo eventual «cuando el sujeto actuante se decida conscientemente por un comportamiento que es incompatible con una regla de riesgo vigente en el ordenamiento jurídico». Esta solución representa un progreso frente a la teoría de la disposición psíquica, puesto que no decide la situación subjetiva, con su naturaleza fortuita, sino un principio —primordialmente— normativo. Evidentemente, este principio no es sino una anticipación —simplificadora en favor del autor (y que tiene en cuenta procesos causales hipotéticos bastante poco claros, p. 41)— de los principios de la justificación. Así, en definitiva, ya no es concebible ningún caso de hecho doloso justificado: El autor justificado nunca infringe una regla de riesgo vigente, ni siquiera en caso de dolo *directo*. Con todo, esta drástica reestructuración de la dogmática no reporta ventaja alguna de seguridad jurídica, puesto que en la regla de riesgo más importante en la práctica, el riesgo permitido, *Philipps* distingue entre la perspectiva legal, que abarca el carácter masivo del suceso, y la perspectiva individual (pp. 42 s.), de modo que el mero sobrepasar conscientemente el riesgo permitido no bastaría para el dolo (inconsecuente con respecto a la intención, p. 40, nota 24). Así pues, se mezclan y confunden elementos normativos y otros que han de determinarse psicológicamente.

[54] § 16, E 1962; *Ambrosius*, Untersuchungen, p. 70 y *passim*; *Jescheck*, AT, § 29, III, 3 *a*; *SK-Rudolphi*, § 16, núm. marg. 43; *Roxin*, JuS, 1964, pp. 53 ss., 61; en este sentido también las consideraciones de *Germann*, SchwZStr., 77 (1961), pp. 345 ss., 376 s. [que desde luego habla de incluir en la resolución a la voluntad, lo que, para la posición aquí propugnada, no sólo no es necesario ni siquiera para la premeditación (*Wissentlichkeit*), sino que tampoco sería posible].

[55] *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 308; *el mismo*, ZStW, 71, pp. 51 ss., 57 s., 64.

[56] *Welzel*, Strafrecht, § 13, I, 2 *c* ß.

[57] Expuesto acertadamente en *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 309; *Herzberg*, JuS, 1968, pp. 249 ss., 251.

[58] Por eso fracasa también la formulación de *Gallas*, en el sentido de que hay que atender a si el autor «tiene la frialdad de sostener seriamente la idea del riesgo de resultado» (Niederschriften, t. XII, p. 121); en caso de justificación no hay nada que «sostener».

de disponer con independencia de ello sobre un resignarse, un no tomar en serio, o algo similar; pero mediante su actitud puede que se impida que surja un juicio serio o se reprima un juicio ya surgido; entonces, y sólo entonces, falta el dolo eventual, porque falta un juicio serio de que la realización del tipo no es improbable.

26 *d) a')* Frente a las propuestas de solución debatidas, todas las cuales cabe entenderlas como intentos de separar las acciones dirigidas conscientes de las ya no conscientes [59], otras teorías se proponen asignar al dolo eventual una actitud que ya no se puede determinar mediante su repercusión sobre el conocimiento. Así, la realización conocida de un tipo sólo se efectuaría dolosamente (y si no con imprudencia consciente) cuando el autor acepte el suceso [59a], o lo apruebe [60], o lo asuma aprobatoriamente, o le sea indiferente [61]. Aun prescindiendo de que siempre dejan de aportarse datos más precisos de cómo esta aprobación, asunción, etc., debe producirse en relación con las consecuencias secundarias, los resultados de estas propuestas de solución no son suscribibles. Imagínese que una pluralidad de bienes del mismo género (varias personas) son lesionados del mismo modo mediante una sola acción (el incendio de una casa, en la que se encuentran), y que el autor en parte no aprueba las lesiones igualmente percibidas como probables, etc., porque los bienes le son queridos, pero en parte sí las aprueba porque no tiene ninguna relación con los bienes: No puede fundamentarse por qué a la actitud sin efectos, y que tampoco se objetiva en el hecho de ningún otro modo, ha de conectarse una diferencia en la medida del aseguramiento de las respectivas expectativas [62]. *Vid.* también ya *supra* 8/21.

27 *b')* Estas teorías de la actitud acaban conduciendo a ficciones si dicha actitud se averigua con ayuda de una fórmula desarrollada por *Frank*: «Lo que debe probarse ante todo es que el autor se ha representado circunstancias del hecho pertenecientes al tipo legal como de posible concurrencia o producción. Una vez demostrado esto, hay que preguntarse además: ¿cómo se habría comportado el autor si hubiera conocido positivamente las circunstancias del hecho?... Si se llega al resultado de que el autor también habría actuado de haber

---

[59] En relación con el texto que sigue, detalladamente, *Frisch*, Vorsatz, pp. 255 ss., 473 ss. Sobre la distinción entre propuestas de solución que atienden a la estimación del resultado y aquellas otras que atienden a la dispósición hacia el resultado, *vid. Roxin*, JuS, 1964, pp. 53 ss., 58. Acerca de la distinción entre estimación y toma de postura, *vid. Haft*, ZStW, 88, pp. 365 ss., 376, que desde luego pasa por alto el retroefecto de la estimación sobre la toma de postura.

[59a] *Küpper*, ZStW, 100, pp. 758 ss., 766 s.

[60] Así sobre todo la jurisprudencia: RG, 33, pp. 4 ss., 5; 72, pp. 36 ss., 43 ss.; 76, pp. 115 ss., 116; BGH, en *Schmidhäuser*, GA, 1958, pp. 161 ss., 165; BGH, 21, pp. 283 ss., 285; BGH, NStZ, 1987, pp. 362 ss.; en el sentido de la teoría de la aprobación, además *v. Hippel*, Vorsatz und Fahrlässigkeit, pp. 111 ss.; *el mismo*, VDAT, t. III, pp. 373 ss., 498 ss.; *Maurach-Zipf*, AT, 1, § 22, núm. marg. 34 ss.; *Bockelmnn*, NJW, 1959, pp. 1849 ss., 1850; *Bauman-Weber*, AT, § 26, III, 2 *b*; menos útiles los intentos de definición en *Spendel*, Lackner-Festschrift, pp. 167 ss., 174: «tomar como viene *(in Kauf nehmen)* (aprobatoriamente), "consentir" (ein-*willigen)* = querer "condicionado"»; significando «consentir (ein-*willigen)*»: «asumir en su voluntad la consecuencia considerada *posible* para *un* caso (determinado), el de su *producción*»; junto a otras formulaciones, también *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 92. La cuestión queda abierta en el AE, *vid.* Fundamentación relativa al § 17, p. 53.

[61] Así para los casos de probabilidad no suma, *Engisch*, Untersuchungen, pp. 186 ss.

[62] Así también *Roxin*, JuS, 1964, pp. 53 ss., 58.

tenido conocimiento positivo..., habrá de afirmarse el dolo; si se llega al resultado de que habría omitido la acción, habrá de negarse el dolo» [63]. Pero dado que el autor no se ha decidido en una situación de «conocimiento positivo», sino en una situación de duda, este método conduce a enjuiciar otra situación psíquica distinta a la que concurre en el hecho. El obrar en situación de riesgo y de certeza no son comparables en cuanto a la decisión teórica y tampoco en la práctica. Además, sólo depende de contingencias en la configuración del caso el que para el autor el hecho, con determinada consecuencia secundaria, siga teniendo aún sentido y por tanto, según la fórmula, sea doloso posiblemente. Quien sabe exactamente que acertará al batidor *en lugar de* a la liebre ya no tiene motivos para disparar si es que quiere hacer estofado de liebre; de otro modo puede ser si conoce exactamente que con una perdigonada acertará, *junto a* la liebre, también al batidor. A partir de tales datos contingentes de la configuración hipotética del caso (en realidad, el cazador no sabe con exactitud si la consecuencia secundaria se produce), deducir el enjuiciamiento de la relación real del autor con la consecuencia secundaria no puede satisfacer axiológicamente; estas fórmulas son inútiles.

c') Un sector doctrinal propugna las teorías de la actitud, en especial las 28
teorías de la aprobación o de la asunción del resultado, en una versión en la que a partir del aspecto intelectual y del hecho de la ejecución concreta se deduce la actitud. Estas versiones apuntan a una delimitación intelectual vergonzante, y son idénticas, salvo en lo referido al proceso de fundamentación, a la aquí representada. Así, el BGH, en una sentencia ya mencionada *supra*, ha señalado que «en sentido jurídico» [64] se aprueba ya el resultado cuando el autor «por mor del fin perseguido... en tanto que de otro modo no puede alcanzar su meta, se resigna a que su acción realice el resultado en sí no deseado, queriéndolo así en caso de que ocurra». Dado que al autor, si actúa a pesar del conocimiento de las consecuencias, no le queda otra posiblidad que «resignarse» o «aprobar» o «querer en sentido jurídico» [64a], debería prescindirse de equiparar a la acción con actitudes cuyo significado es cuando menos muy discutible, aun cuando en definitiva ello sea inocuo [64b].

---

[63] *Frank*, § 59, nota V. BGH, 14, pp. 241 ss., 257; *vid.* además *Bockelmann*, AT, § 14, IV, 2 *b* b'; *Schlüchter*, Irrtum, pp. 34 s.; para la crítica: *Engisch*, Untersuchungen, pp. 179 ss., 205 ss.

[64] BGH, 7, pp. 363 ss., 369.

[64a] En esta medida de acuerdo, *Hruschka*, Kleinknecht-Festschrift, pp. 191 ss., 194.

[64b] La jurisprudencia reciente del BGH es difícil de entender, singularmente la relativa a los delitos contra la vida. Ha regresado a un componente volitivo del dolo —o, mejor, a un componente de disposición—. De entrada cabría aún entender la jurisprudencia en el sentido de que el *Bundesgerichtshof*, en caso de muerte, sin motivo comprensible, plantea especiales exigencias a la *prueba* (no al concepto) del dolo; BGH, NStZ, 1993, p. 407; 1984, p. 19 (con confusas consideraciones en torno al elemento volitivo); StV, 1984, pp. 187 s.; 1987, pp. 362 s., con comentarios de *Puppe*, loc. cit., p. 363, y *Freund*, JR, 1988, pp. 116 ss.; NStZ, 1988, pp. 361 s. Ahí es acertado lo siguiente: Al igual que de la evidencia general de consecuencias dañosas de una acción cabe deducir el conocimiento del autor acerca de estas consecuencias, *puede que* en la culpabilidad sea acertado también que al autor se le ocultara la evidencia porque no sea plausible que pudiera haber obrado en conocimiento de las consecuencias. ¡Pero también *puede que* sea de manera que el autor estuviese motivado de modo no plausible! Cuando el *Bundesgerichtshof* se esfuerza reiteradamente por destacar en sus consideraciones el alto umbral inhibidor del tabú de la muerte (StV, 1989, pp. 61 ss., 64; JZ, 1989, pp. 449 s., 450; NJW, 1989, pp. 3027 s., y las sentencias precedentes; asimismo *Bruns*, NJW, 1987, pp. 2281 ss., 2282), ello afecta sólo a la mitad de las posibilidades; en la otra mitad, el autor ha superado —sobre todo si sufre perturbación del discernimiento—

29 *d')* Sólo en el punto de partida, pero no en el desarrollo, se acerca la teoría del dolo aquí mantenida en el marco del dolo eventual a la teoría de la «autolimitación de la voluntad de realización» [65], con arreglo a la cual la voluntad activada para evitar el resultado excluiría la voluntad de ejecución: En todo caso, las actitudes de cualquier clase son irrelevantes para la delimitación del dolo [66]. Naturalmente, la teoría de la autolimitación en sí no es concluyente. A la representación de un resto de riesgo [67] que queda a pesar del empleo de la voluntad de evitación —p. ej., a pesar del manejo cuidadoso de la luz de llama en la proximidad de materias fácilmente combustibles— no se corresponde ninguna voluntad de evitación puesta en marcha; en esa medida queda, pues, un «resto de dolo». Además, con arreglo a esta teoría, los resultados dependen de contingencias de la configuración del caso: Quien realiza un riesgo insignificante, pero no lo disminuye activamente (p. ej., quien se acerca sin más a material explosivo con una linterna de seguridad), obrará dolosamente por no haber puesto en marcha un propósito de evitar, pero no aquel que realiza la misma acción después de disminuir activamente un riesgo mayor existente al principio (p. ej., aquel que con voluntad de evitación asegura su linterna que antes no estaba asegurada).

29a *e')* Ultimamente se propone distinguir entre dolo e imprudencia consciente según el *objeto* del conocimiento, es decir, según la clase de peligro [67a]. El riesgo que, después de haberse creado se «despeja» por medio de la atención (lo que significa que se reduce mediante la atención según la experiencia, pero que queda un resto de riesgo no permitido) constituirá el objeto del conocimiento de la imprudencia consciente, mientras que el conocimiento de un pe-

---

tal umbral inhibidor. Si cupiera explicar la partición de la posibilidad mediante la regla *in dubio pro reo*, es decir, como problema de la *prueba* del dolo (aun cuando entonces apenas se podría comprender por qué el umbral inhibidor ha de situarse precisamente entre el dolo de poner en peligro la vida del § 223 *a* StGB y el dolo de homicidio, es decir, paralelamente con exactitud a los marcos penales), de todos modos esta explicación fracasa en las manifestaciones inequívocas de que se trata de un «elemento volitivo del dolo que se encuentra independientemente junto al elemento cognoscitivo» (JZ, 1989, p. 450): Así pues, lo que se ve afectado es el *concepto* de dolo, y cabe replicar las objeciones ya señaladas en 8/21, 26. Esencialmente como el *Bundesgerichshof* (el dolo requiere, junto al conocimiento, un «asumir» —*Sich-zu-eigen-machen*— la lesión del bien jurídico), *Schroth*, NStZ, 1990, pp. 324 ss.; acertadamente crítico sobre la reciente jurisprudencia, *Schumann*, JZ, pp. 427 ss. Acerca de la figura procesal del dolo de homicidio, *vid. Sessar*, Prozesse, pp. 18 ss., 149 ss., 181 ss., 207 ss. *Hassemer*, Armin Kaufmann-Gedächnitsschrift, pp. 289 ss., 305 ss., valora la jurisprudencia como orientación (en lo esencial acertada) hacia *indicadores* del dolo.

[65] *Armin Kaufmann*, ZStW, 70, pp. 64 ss., 73 ss.; acerca de los precursores históricos de la teoría, *vid. Engisch*, Untersuchungen, pp. 95 ss.; *Hillenkampf*, Armin Kaufmann-Gedächnitsschrift, pp. 351 ss., 355 ss. (de acuerdo con la solución de *Hillenkampf*, el no poner en práctica una posibilidad de evitación sería igual a decidirse por la posible lesión del bien jurídico, pp. 362 s., 367. Ello tendría que conducir a la llamada teoría intelectual, pues el autor nunca adopta la posibilidad de evitar, siempre dada, de renunciar al comportamiento arriesgado); *vid.* asimismo *Kindhäuser*, ZStW, 96, pp. 1 ss., 27 ss.

[66] Con detalle *Armin Kaufmann*, loc. cit., pp. 66 ss.; también *H. Mayer*, AT, § 38, V, 2 *b*.

[67] Cuando por la puesta en práctica decae la percepción de un resto de riesgo, falta ya el aspecto intelectual del dolo; *Armin Kaufmann*, loc. cit., p. 74.

[67a] *Herzberg*, JuS, 1986, pp. 2149 ss., 254 ss.; *el mismo*, NJW, 1987, pp. 1461 ss., 1464 ss.; *el mismo*, JZ, 1988, pp. 573 ss., 635 ss., 639 ss; no hay distinción alguna en el tipo objetivo (equívoco, *Herzberg*, JuS, 1986, p. 249), sino en la *representación* del tipo objetivo. En contra de *Herzberg*, *Brammsen*, JZ, 1989, pp. 71 ss., 72 ss.; *Küpper*, ZStW, 100, pp. 758 ss., 781 ss.

ligro «no despejado» dará lugar al dolo. Ejemplo: Un capataz ordena a un aprendiz subirse a un andamio no suficientemente seguro; según esta teoría, el peligro habría de ser despejado por el cuidado del propio aprendiz. Naturalmente, una consideración más precisa muestra que sólo los peligros dominables se despejan (en el ejemplo, aquellos peligros que se pueden realizar sólo si hay desatención del aprendiz); junto a ellos puede haber otros peligros que no son dominables y por tanto tampoco despejables (en el ejemplo, el peligro de tropezar con un clavo oculto, el susto por algo que ocurra repentinamente, la reacción incorrecta ante el comportamiento equívoco de otra persona, siempre con la consecuencia de caída del andamio insuficientemente asegurado). El conocimiento *de estos* peligros debería fundamentar el dolo también si se despeja el riesgo por otra causa. Pero incluso en el ámbito restante, la solución convence sólo en tanto que la protección esté garantizada por el principio de confianza (*supra* 7/51 ss.). Si no, es de naturaleza fáctica y no se puede tratar de otro modo que como la reducción del peligro mediante una máquina que quizá funcione, o que como una posible configuración favorable del mundo circundante. Además, resulta arbitrario diferenciar entre una reducción del peligro que se efectúa antes de la creación del peligro (ejemplo: El autor apunta cuidadosamente antes de lanzar una piedra al lugar situado junto a la cabeza de una persona; no se despejaría el riesgo) y una reducción posterior (ejemplo: La víctima quizá pueda esquivar la piedra; sí se despejaría).

Desde luego, se comparte aquí un punto de partida de la teoría criticada: No es posible fundamentar que el conocimiento al que se llega por exceso de escrupulosidad aumente la inculpación (acerca de ello, *supra*, 7/49 ss.), ni que cada vez que el autor sobrepase mínimamente el riesgo permitido haya de considerarse ello relevante para la decisión (al respecto, en seguida, 8/30 ss.).

e) a') En relación con el dolo eventual ha de determinarse aún el *límite* 30
inferior de la probabilidad que debe existir según el juicio concienzudo. Este límite inferior se determina mediante la relevancia del riesgo percibido para la decisión; el riesgo debe ser tan importante como para que conduzca, dado un motivo dominante —¡supuesto!— de evitar la realización del tipo, a la evitación real y no quede, como *quantité négligeable*, sin influencia. La relevancia para la decisión depende de la importancia del bien afectado y de la intensidad del riesgo.

b') La importancia del bien se evalúa objetivamente: Decide la estimación 31
jurídica, no la estimación subjetiva del autor. Así pues, si un riesgo percibido no es para el autor relevante para la decisión, porque por indiferencia valora escasísimamente el bien o lo subestima por ignorancia jurídica (error de prohibición), ello no impide el dolo si de una valoración jurídica se derivaría una medida relevante para la decisión.

También la determinación de la magnitud del riesgo suficiente con vistas a la relevancia para la decisión se efectúa en todo caso y en principio con arreglo al juicio jurídico y no al individual [68]. El riesgo ya no permitido tiene que ser

[68] *De otra opinión, E. A. Wolff*, Gallas-Festschrift, pp. 197 ss., 22 ss., quien normativiza en los casos de indiferencia, pero en los demás atiende a si el peligro es individualmente «ineludible» (dolo) o no; también individualizando, *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 309. Acerca de la postura de *Köhler*, *vid. infra* 9/nota 7.

relevante para la decisión, aun cuando el autor lo siga considerando incidental. Sin embargo, de aquí se derivan diversas matizaciones. Gran número de riesgos no permitidos, sobre todo en la circulación rodada, no están referidos a situaciones que con una frecuencia digna de mención se perciban individualmente como posiblemente dañosas, sino que sólo se muestran posiblemente dañosas estadísticamente en virtud de su acontecer masivo [69]. Pero como la psicología humana no sigue meramente las reglas estadísticas, existe un ámbito de riesgo aún estadístico, pero ya no acusable en la percepción individual. Ejemplo: Quien, moderadamente bebido, conduce un automóvil, origina un riesgo estadísticamente predecible, pero individualmente insignificante si hay alguna habituación en relación con el resultado (no en desobediencia; la prohibición de poner en peligro abstracto sigue siendo evidente). Tales riesgos no son individualmente insignificantes sólo por su escasa intensidad; más bien, el individuo sólo puede desenvolverse en la práctica si aprende a arreglárselas con tales riesgos a pesar de la intensidad que tienen, por escasa que ésta sea. Tales riesgos le surgen al sujeto cotidianamente de modo ubicuo, y si aprende a tolerarlos por las ventajas del contacto social, olvida al mismo tiempo que deben evitarse ya por su relación con el resultado, por insignificante que sea. Ejemplo: Un conductor que teme por su vida cada vez que el vehículo que le sigue sobrepasa la distancia de seguridad pronto deberá abandonar la conducción por agotamiento psíquico; debe aprender a reaccionar en tales situaciones sin imaginarse su muerte. No obstante, si él mismo se comporta incorrectamente, entonces ya tampoco puede pronosticar la muerte del otro de modo relevante para la decisión (*vid.* infra 8/102).

Ciertamente, esto no obsta para que quepa elaborar normativamente la relevancia para la decisión. Pero la exigencia excesiva hacia el sujeto que la normativización comporta sólo será tolerable cuando la disposición psíquica del sujeto, es decir, su habituación al riesgo, se pueda presentar como asunto de él mismo [69a]. Nadie puede esgrimir que se ha acostumbrado a una vida especialmente peligrosa y que cree capaces de peligros especiales también a otras personas [69b]. Pero si la habituación al riesgo es consecuencia de un comportamiento ineludible en la práctica, es decir, sobre todo consecuencia de la participación conforme a Derecho en el tráfico rodado, entonces su fundamento no reside en el ámbito de responsabilidad del autor y estará excluida la normativización [70].

---

[69] *Philipps*, ZStW, 85, pp. 27 ss., 42; *Jakobs*, Bruns-Festschrift, pp. 31 ss., 32 s.

[69a] Así pues, sólo se da dolo cuando es cometido del autor interpretar el riesgo *conocido* como riesgo considerable. Que aquí, como señala *Köhler*, Bewußte Fahrlässigkeit, p. 292, nota 4, se descuida la «inclusión de la estructura de autonomía subjetiva-intersubjetiva» (similar es la crítica de *Ziegert*, Vorsatz, p. 109), sería acertado sólo si la «estructura de autonomía» hubiera que entenderla como consciencia actual, es decir, psicologísticamente, ¡como si la responsabilidad por la propia consciencia no perteneciera a la autonomía! Al sujeto que ya no es responsable de su propia actitud le falta en absoluto la autonomía.

[69b] Por eso va demasiado lejos la consideración del habituamiento al riesgo en *Herzog* y *Bestler-Tremel*, StV, 1987, pp. 360 ss., 364.

[70] Sobre ello con detalle, *Jakobs*, Bruns-Festschrift, pp. 31 ss.; *el mismo*, suplemento ZStW, 1974, pp. 6 ss., 23 ss.; *Philipps*, ZStW, 85, pp. 27 ss.; *E. A. Wolff*, Gallas-Festschrift, pp. 197 ss., 214 ss.; *vid.* asimismo *AK-Zielinski*, §§ 15, 16, núm. marg. 76 s.; *Rasch*, en: Handlungsanalyse, pp. 46 ss., 52.

c') Así pues, el riesgo comienza a ser relevante para la decisión, y basta para el dolo, cuando no sólo está permitido según su magnitud, sino que además sobrepasa la medida que debe aceptarse aún en general como riesgo no permitido impuesto, si no se quiere impedir determinados ámbitos vitales. Ejemplo: Quien en la circulación rodada —en conocimiento actual del riesgo de resultado— sobrepasa moderadamente la velocidad máxima, o se acerca a menor distancia de la de seguridad, etc., a pesar de su conocimiento, sólo tiene dolo de un tipo de puesta en peligro abstracto; sin embargo, quien adelanta antes de un cambio de rasante en una carretera estrecha, o quien a ciegas se salta un semáforo en rojo, tiene dolo de lesión; tales situaciones se sienten a menudo incluso como críticas. Aún más importantes son estos límites para el delito imprudente, *vid. infra* 9/15. 32

C. Dolo alternativo

El dolo alternativo (*dolus alternativus*) no es ninguna clase de dolo con estructura independiente, sino una unión de dos dolos, la realización de los cuales, a juicio del autor, se excluye mutuamente. Ejemplo: El autor dispara a la víctima, que se encuentra ante una gran luna de escaparate; está claro para él que acertará a la víctima o a la luna. En el dolo alternativo se pueden vincular todos los dolos que no tengan por contenido la producción segura de la consecuencia de la acción [71] (así pues, incluso en caso de actuación a sabiendas en sentido amplio cabe el dolo alternativo). 33

Al margen de la actuación a sabiendas en sentido estricto, todo dolo es alternativo, si bien la mayoría de las veces una de las posibilidades no se refiere a una realización del tipo, sino a otro resultado en sentido naturalístico. Ejemplo: Quien percibe como consecuencia principal o secundaria que la bala tal vez acertará al objeto de ataque, sabe al mismo tiempo que si no la bala irá en cualquier otra dirección. Dado que para el dolo basta que una de las posibilidades realice un tipo y la otra no, del mismo modo, a la inversa, en el caso en que ambas posibilidades realizan algún tipo (así, el ejemplo indicado del disparo a una persona situada ante un escaparate) deberán existir dos dolos [72], de modo que se realizan en unidad de acción consumación *y* tentativa [73]. Las demás pro-

---

[71] *Welzel,* Strafrecht, § 13, I, 2 *d; LK-Schroeder,* § 16, núm. marg. 106; *Jescheck,* AT, § 29, III, 4; *Jakobs,* Konkurrenz, pp. 147 ss., con más bibliografía.

[72] *Stratenwerth,* AT, núm. marg. 301, señalando equívocamente que se trata de dolo eventual que no se refiere a las consecuencias secundarias.

[73] *Welzel,* Strafrecht, § 13, I, 2 *d; Schröder-Cramer,* § 15, núm. marg. 91; *Jescheck,* AT, § 29, III, 4; *SK-Rudolphi,* § 16, núm. marg. 47; con detalle, *Jakobs,* Konkurrenz, pp. 147 ss., con más bibliografía. Acerca de la unidad de acción en caso de injusto homogéneo, *vid. infra* 32/16 ss. Contra esta solución esgrime *Joerden* (ZStW, 95, pp. 565 ss.; *el mismo,* Dyadische Fallsysteme, p. 57) que el autor no tiene que responder, por falta de dolo acumulativo, por varias consumaciones cuando, frente a sus expectativas, se realizó más de una posibilidad (naturalmente, la imputación de un exceso producido por error no se refiere a ningún problema específico el dolo alternativo). En la solución, *Joerden* pasa por alto que para responder por consumación no bastan ya el dolo más la producción del resultado, sino que es necesaria la realización del peligro percibido por el autor. ¡A tenor de ello, puede que ninguna de las causaciones de resultado acumuladas sea imputable, o aquella realizada sólo imprudentemente, o una parte realizada sólo imprudentemente! Si se dan varias posibilidades imputables, cada una de por sí realizada dolosamente, las reglas generales so-

puestas de solución [74] adolecen de no poder abarcar enteramente la medida del injusto conocido. Si se trata de más de dos posibilidades que se excluyen mutuamente, la solución es análoga.

De la unión de dolos alternativa se ha tratado mucho en la relación entre los delitos contra la vida y las lesiones. El homicidio y las lesiones necesarias para la muerte no se encuentran en relación de alternatividad, pero sí la muerte inmediata y las lesiones graves caracterizadas por su persistencia (§§ 224 s. StGB) [75].

D. La forma del dolo necesaria para la realización del tipo

34 La determinación de la estructura necesaria del dolo comporta graves dificultades en algunos delitos, porque no están en absoluto claros la terminología legal (en especial el empleo del concepto «intención») y los motivos para la exigencia de un dolo cualificado [76]. Cabe determinar los siguientes principios, acumulables:

35 1. A menudo el legislador gradúa la responsabilidad directamente con arreglo a los grados de la dirección de la acción; entonces, la gravedad del injusto se corresponde con la medida de dirección. Se trata de la graduación, prevalente en el Derecho penal central, entre delitos imprudentes (más leves) y delitos dolosos, y en casos aislados a través de la forma intermedia de los delitos cualificados por el resultado.

36 2. El dolo eventual no basta en algunos delitos, en general o en relación con ciertos elementos del tipo, porque debe descartarse del tipo el comportamiento arriesgado aun de modo permitido. Ello se efectúa agudizando lo meramente doloso hasta exigir la actuación a sabiendas [77]. Como ejemplos cabe

---

bre magnitud del error limitan la responsabilidad (*infra* 8/64 ss.). Al evaluar sus estudios lógicos, *Joerden* (ZStW, 95, pp. 569 ss., 573 ss.; Dyadische Fallsysteme, pp. 55 ss.) olvida lo siguiente: Afirma el dolo en caso de postnonpendencia *(Postnonpendez:* de dos hechos, puede darse el primero o ninguno, pero no el segundo ni tampoco la acumulación de ambos), así como en caso de prenonpendencia *(Pränonpendenz:* se da el segundo hecho o ninguno, pero no el primero ni tampoco la acumulación de ambos), pero no doble dolo en caso de contravalencia *(Kontravalenz:* se da el primero o el segundo hecho, pero en todo caso uno de ambos y no la acumulación). *Joerden* fundamenta esto último señalando que la contravalencia no acumula a la postnonpendencia y a la prenonpendencia, pues la exclusión segura, en cada uno de estos dos casos, de un hecho, no se encuentra acumulada en la contravalencia (Dyadische Fallsysteme, p. 58, nota 25). Pero no hay que atender a la acumulación de las *exclusiones,* ya que en la postnonpendencia y en la prenonpendencia el dolo no concurre porque esté excluido un hecho, sino porque el otro (respectivamente) es posible, y las posibilidades se acumulan en la contravalencia *(vid.* además *el mismo,* GA, 1984, pp. 249 ss., 254 ss.).

[74] Primacía de lo consumado, primacía de lo más grave, etc. (con diversos *topoi, Wessels,* AT, § . II. 4; *LK-Schroeder,* § 16, núm. marg. 106, con más bibliografía; *LK-Vogler,* § 22, núm. marg. 6; *Maurach-Zipf,* AT, I, § 22, núm. marg. 27; *Schneider,* GA, 1956, pp. 257 ss., 259); en favor del concurso ideal, pero en caso de ausencia de todo resultado en favor de la primacía de lo más grave, *Haft,* AT, 6.ª parte, § 2, 3 *b* d'.

[75] Pormenorizadamente, *Jakobs,* Konkurrenz, pp. 119 ss., 145 ss., 161 ss.; *vid.* asimismo *infra* 331/32.

[76] En relación con el texto que sigue, *vid. Gehrig,* Absichtsbegriff, pp. 110 ss.

[77] *Göhler,* NJW, 1974, pp. 825 ss., 826; *Frisch,* Vorsatz, pp. 392 ss. 404.

citar el § 187 StGB, que excluye la salvaguarda de intereses legítimos (§ 193 StGB) [78], y el § 164.1 y 2 StGB en cuanto al elemento «a sabiendas de su falsedad» (*wider besseres Wissen*: la denuncia para aclarar hechos debe estar permitida) [79] e incluso en cuanto al elemento de la intención de que se ejecuten «medidas de la autoridad competente» (el comportamiento defensivo arriesgado de una persona acusada debe ser impune) [80].

3. En muchos casos se describe el dolo como relación de planeamiento, 37
p. ej., con el concepto de intención o con la formulación «para+infinitivo». Ha de distinguirse:

a) En casos aislados, la intención está dirigida simplemente a un daño parcial y por tanto es señal de una dirección de voluntad hostil para con el bien en su totalidad, p. ej., en el § 229 StGB. Entonces, la intención ha de ser entendida en sentido propio.

b) Además, algunas intenciones dirigidas a dañar el bien en su totalidad 38
caracterizan a aquel autor que, en acciones que se hallan en el ámbito previo al daño, interviene coordinando y por ello no es un mero «colaborador», como ocurre en los §§ 87.1 (poco claro, a causa de la actuación a sabiendas [81] que se añade), 88.1, 89.1 StGB [82]. También en este caso ha de entenderse la intención en sentido propio, con el resultado de que no pueden quedar comprendidas personas pagadas, que obran por dinero, incluso si intervienen masivamente [83].

c) Más frecuentemente se trata, sin embargo, de un dolo de lesionar tras- 39
cendente. La situación es aquí confusa. Se trata de delitos cuya consumación está anticipada a un estadio significativo de la puesta en peligro. No obstante, este estadio de la puesta en peligro no se describe típicamente de manera directa, sino mediante una determinada acción (p. ej., una acción de falsificación) y el plan en que la acción se inserta (p. ej., la intención de hacer uso de la pieza falsificada). En supuestos de división del trabajo entre varios intervinientes puede que la acción y el planeamiento estén separados: Uno obra (p. ej., falsifica los documentos, según lo convenido) y otro planea las acciones posteriores (p. ej., se propone utilizar los documentos), siendo estas consecuencias indiferentes para el primero. Ejemplo: Al falsificador le resulta indiferente si el que efectuó el encargo va a conseguir realizar un engaño con lo falsificado, o ni siquiera está seguro de que el hecho vaya a llegar hasta el punto del engaño. En el género y medida de la puesta en peligro no cambia nada esta separación de la acción y el planeamiento en tales delitos (principalmente en

---

[78] *Shönke-Schröder-Lenckner*, § 193, núm. marg. 2; discutido.

[79] En relación con la antigua situación jurídica, *vid. Bockelmann*, NJW, 1959, p. 1849 ss.

[80] Discutido; *vid. Schönke-Schröder-Lenckner*, § 164, núm. marg. 32; *de otra opinión, Langer*, GA, 1987, pp. 289 ss., 305 s. La regulación no es trasladable a los delitos de falso testimonio de los §§ 153 ss. StGB; en cuanto a los resultados, para los supuestos de tentativa, *de otra opinión, Arzt*, Jescheck-Festschrift, pp. 391 ss., 403; *vid.* asimismo *infra* 25/nota 34.

[81] Al respecto, *Dreher-Tröndle*, § 87, núm. marg. 13.

[82] *Krauth et al.*, JZ, 1968, pp. 577 ss., 582 s.

[83] *Schönke-Schröder-Stree*, § 88, núm. marg. 22; *de otra opinión*, evidentemente, *LK-Willms*, § 87, núm. marg. 16; fundamental en relación con la intención en los delitos de protección penal del Estado, *F.-C. Schroeder*, Schutz, pp. 296 ss.; específicamente en relación con el § 99 StGB, *vid.* BGH, 31, pp. 317 ss., 320 ss., con comentario de *Schroeder*, JZ, 1983, pp. 671 ss., 672 s.

los delitos de falsificación de moneda y de documentos). Si bastara cualquier dolo para las acciones que faltan aún tras del acaecimiento de la consumación [84], decaería la relación de planeamiento como lo específico de la puesta en peligro. Si se persiste en la intención en sentido propio [85] o en el dolo directo [86], ya no se puede abarcar al autor que obrando por una voluntad neutra (p. ej., por el pago) pone en práctica un plan ajeno, no estando seguro del éxito del plan ajeno. Así pues, en definitiva, para las acciones que aún faltan en los casos de división del trabajo debe bastar cualquier dolo [87], pero completado con el conocimiento de que el otro partícipe se propone la continuación en sentido propio [88].

40 Si el autor quiere realizar por sí solo todos los actos, las dudas sobre si él mismo se decidirá al segundo acto se resuelven según las reglas de la voluntad condicionada [88a] (*vid. infra* 25/29 ss.). Si el autor del primer acto consuma este primer acto sin dolo propio de emprender el acto subsiguiente y además sin acuerdo con otro autor que realice ese acto posterior, queda impune según las reglas de la prohibición de regreso; es decir, responde por el resultado de su acto (por lo general una falsificación) según las reglas de la responsabilidad derivada de un objeto peligroso. Ejemplo: El autor se da cuenta de que la letra de cambio falsa que ha rellenado con fines demostrativos puede que sea utilizada incorrectamente en el tráfico jurídico. Sólo habrá responsabilidad si existe una posición de garante. En la medida en que acción y plan no puedan estar separados, porque con la acción se ha ejecutado todo lo necesario para la producción del resultado (así, p. ej., en el tercer grupo de supuestos del § 267.1 StGB), en relación con el resultado basta cualquier dolo, pero aquellos elementos que caracterizan el riesgo del plan también aquí tienen que haber sido perseguidos —y necesariamente por el propio autor— en sentido propio. Así, en el § 267.1, 3.er grupo de casos StGB, o en el § 273, 1.er grupo de casos StGB, el autor debe perseguir el uso en una situación probatoria (p. ej., presentar el documento falsificado para solicitar una prueba), pero no tiene que perseguir el resultado de engaño (que el tribunal la acepte y se deje engañar, etc.).

41 *d)* Algunos bienes, sobre todo la propiedad y el patrimonio, no sólo son susceptibles de destrucción, sino también de desplazamiento (apoderamiento con ánimo de apropiación, desplazamiento patrimonial con ánimo de lucro); es decir, de desplazamiento hacia otro beneficiado en orden a su aprovechamiento. Una mera privación sin desplazamiento (p. ej., privar de la cosa por sadismo) es tan atípica que la ley renuncia a abarcarla; atípica es también una privación con un efecto subsiguiente de desplazamiento casual: Quien se toma el trabajo de efectuar una sustracción quiere por lo general procurarse un bene-

---

[84] Así *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 318.

[85] Así para el § 146 StGB, *Schönke-Schröder-Stree*, § 146, núm. marg. 7, lo que cubre también los casos relevantes debido a la intención de «posibilitar» la circulación de la moneda falsa, mencionada en el § 146 StGB.

[86] Así para el § 267 StGB, *Schönke-Schröder-Cramer*, § 267, núm. marg. 91; además *Cramer*, JZ, 1968, pp. 30 ss.; *Lenckner*, NJW, 1967, pp. 1890 ss.; ambos contra BayObLG, JZ, 1968, p. 29 (allí: intención en sentido estricto).

[87] *Herzberg*, ZStW, 88, p. 68 ss., 95 s.; *el mismo*, JuS, 1983, pp. 337 ss., 338.

[88] En términos semejantes, *Gehrig*, Absichtsbegriff, pp. 79 ss., 92; *vid.* asimismo *Schmidhäuser*, AT. 14/81; BT, 14/24 (en relación con el § 267 StGB).

[88a] *Gehrig*, Absichtsbegriff, pp. 33 s., 39.

ficio. La inclinación de los bienes afectados reside precisamente en que provocan al desplazamiento. Por ello, la ley formula una relación intencional, p. ej. apropiación en tanto que ánimo de haber la cosa como propia en los §§ 242, 249 StGB (acerca del dolo de desposesión *vid.* el grupo precedente *supra* 8/40) o ánimo de lucro (o *para* enriquecerse) en los §§ 253, 263 StGB. La doctrina completamente dominante requiere aquí intención en sentido propio [89], lo que resulta adecuado generalmente, pero no en la solución de casos límite. Bien es cierto que en este grupo —como en el precedente— la concurrencia de intención es ineludible, porque aquí el fin del hecho determina el tipo de hecho, al igual que allí el fin del hecho caracteriza el contexto de peligro. No obstante, en supuestos de división del trabajo también aquí pueden estar separados acción y planeamiento, sobre todo cuando el que planea contrata para toda la ejecución del hecho a un partícipe al que no le importa el resultado. Ejemplo: El propietario de una empresa induce a un empleado, pagándole por anticipado, para que realice manifestaciones engañosas frente a terceros, que mediante error, etc. (estafa, § 263 StGB), reportarán beneficios a la empresa. El propietario tiene la intención, pero según la doctrina del dominio del hecho no es autor (para la teoría subjetiva, el problema queda oculto). El empleado no persigue ningún beneficio para la firma, cuanto más que se le ha pagado por anticipado, pero conoce la intención del propietario. Aquí debe bastar también que el hecho se encuentre en una relación de planeamiento ajena; así pues, la «intención» que tipifica comprende a cualquier dolo, pero debe añadirse el conocimiento del ejecutor de que el hecho se ejecuta por los planes de un partícipe que actúa intencionadamente.

En el § 242 StGB es necesario, por su estricta redacción (apropiar*se*), que uno de los partícipes de un colectivo quiera apoderarse para sí; los hechos altruistas por parte de todos quedan descartados, sin que esto altere nada (importancia para la participación, *vid. infra* acerca del § 28 StGB, 23/20) en el contenido mínimo del dolo (todo dolo más conocimiento de una relación de planeamiento) [89a].

Casi siempre la intención de desplazamiento patrimonial trasciende al tipo objetivo, pero no necesariamente; así, en las coacciones (§ 240 StGB), el comportamiento de la víctima necesario para la consumación debe estar en una relación de planeamiento; únicamente ésta convierte a un «ocasionamiento violento de comportamiento ajeno» aislado en unas coacciones [90] típicas.

4. Finalmente, en los elementos del motivo (más detalladamente, *infra* 8/94) se trata de la vinculación entre impulso y *acción* (vinculación desproporcionada cuantitativamente o bien peligrosa), no necesariamente también entre impulso y resultado de la acción. Así pues, los elementos deben caracterizar situaciones en las que apremia el impulso de ejecutar una determinada acción, pudiéndose referir perfectamente a las consecuencias de esta acción sólo dolo eventual (ya *supra* 8/9). 42

[89] Confuso de todos modos BGH, 16, pp. 1 ss.; sobre ello *Welzel*, NJW, 1962, pp. 20 s.

[89a] *Vid.* además *Samson*, JA, 1989, pp. 449 ss., 454; contra esta solución, *Gehrig*, Absichtsbegriff, p. 46.

[90] *Jakobs*, Peters-Festschrift, pp. 69 ss.78; discutido.

IV. OBJETO DEL DOLO Y PROBLEMAS DE DESVIO

BIBLIOGRAFIA: *L. Backmann*, Die Rechtsfolgen der aberratio ictus, JuS, 1971, pp. 113 ss.; *el mismo*, Grundfälle zum strafrechtlichen Irrtum, JuS, 1972, pp. 196 ss.; *J. Baumann*, Grenzfalle im Bereich des Verbotsirrtums, Welzel-Festschrift, pp. 533 ss.; *J. Brammsen*, Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes - Neue Wege in der Vorsatzdogmatik, JZ, 1989, pp. 71 ss.; *H.-J. Bruns*, Strafzumessungsrecht, 2.ª ed., 1974; *Th. Darnstadt*, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, JuS, 1978, pp. 441 ss.; *N. Dolp*, Comentario a BGH, NStZ, 1989, pp. 475, loc. cit., pp. 475 ss.; *U. Dopslaff*, Pladoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale, GA, 1987, pp. I ss.; *J. Driendl*, Irrtum oder Fehlerprognose über abweichende Kausalverläufe, GA, 1986, pp. 253 ss.; *K. Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *el mismo*, Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Mezger-Festschrift, pp. 127 ss.; *el mismo*, Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands Tatbestands- und Unrechtselementen, Rittler-Festschrift, pp. 165 ss.; *el mismo*, Methoden der Strafrechtswissenschaft, en: *M. Thiel* (ed.), Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden, Methoden der Rechtswissenschaft, Parte I, 1972, pp. 39 ss.; *D. Franke*, Probleme beim Irrtum über Strafmilderungsgründe: § 16, II, StGB, JuS, 1980, pp. 172 ss.; *K. Franzen, B. Gast-de Haan, E. Samson, W. Joecks*, Steuerstrafrecht mit Steuerordnungswidrigkeiten und Verfahrensrecht, 3.ª ed., 1985; *W. Frisch*, Die «verschuldeten» Auswirkungen der Tat. Zugleich ein Beitrag zur Irrtumsproblematik im Strafzumessungsrecht, GA, 1972, pp. 321 ss.; *el mismo*, Vorsatz und Risiko, 1983; *el mismo*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *G. Geilen*, Sukzessive Zurechnungsunfähigkeit, Unterbringung und Rucktritt, BGHSt., 23, 356, JuS, 1972, pp. 73 ss.; *el mismo*, Zur Problematik des schuldausschließenden Affekts, Maurach-Festschrift, pp. 173 ss.; *A. Geyer*, Zur Lehre vom *dolus generalis* und vom Kausalzusammenhang, GA, t. 13 (1865), pp. 239 ss. y 313 ss.; *F. Haft*, Grenzfälle des Irrtums über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, JA, 1981, pp. 281 ss.; *el mismo*, Der doppelte Irrtum im Strafrecht, JuS, 1980, pp. 430 ss., 588 ss., 659 ss.; *K. A. Hall*, Irrtum über Strafmilderungs- und Straferhöhungsgrunde, Maurach-Festschrift, pp. 107 ss.; *A. Hegler*, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, Frank-Festgabe, Bd. I, pp. 251 ss.; *R. D. Herzberg*, Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf, ZStW, 85, pp. 867 ss.; *el mismo*, Aberratio ictus und error in objecto, JA, 1981, pp. 369 ss. und 470 ss.; *el mismo*, Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatbestandes, JuS, 1986, pp. 249 ss.; *Th. Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971, *H. J. Hirsch*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; *el mismo*, Ehre und Beleidigung, 1967; J. *Hruschka*, Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und mehrdeutigen Tatsachenfeststellungen, JuS, 1982, pp. 317 ss.; *G. Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *el mismo*, Comentario a BGH, NJW, 1974, pp. 958 s., loc. cit., pp. 1829 ss.; *el mismo*, Nötigung durch Drohung als Freiheitsdelikt, Peters Peters-Festschrift, pp. 69 ss.; *U. Janiszewski*, Zur Problematik der aberratio ictus, MDR, 1985, pp. 533 ss.; *Armin Kaufmann*, Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt?, Jescheck-Festschrift, pp. 251 ss.; *Arthur Kaufmann*, Die Parallelwertung im Laiensphäre, 1982; *el mismo*, Recht und Sprache, en: *U. Dürrmüller et al.* (ed.), Sprache und Wissenschaft, 1984, pp. 9 ss.; *el mismo*, Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum, Lackner-Festschrift, pp. 185 ss.; *U. Kindhäuser*, Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale, JA, 1984, pp. 465 ss.; *el mismo*, Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum, GA, 1990, pp. 407 ss.; *M. Köhler*, Die bewußte Fahrlässigkeit, 1982; *J. Krümpelmann*, Die strafrechtliche Behandlung des

Irrtums, suplemento ZStW, 1978, pp. 6 ss.; *W. Küper*, Zur irrigen Annahme von Strafmilderungsgrunden, GA, 1968, pp. 321 ss.; *el mismo*, Vorsatz und Risiko. Zur Monographie von Wolfgang Frisch, GA, 1987, pp. 479 ss.; *G. Küpper*, Zum Verhaltnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, ZStW, 100, pp. 758 ss.; *L. Kuhlen*, Comentario a BGH, StV, 1986, pp. 179 s., StV, 1987, pp. 437 ss.; *el mismo*, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum, 1987; *K. H. Kunert*, Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, 1958; *R. Lange*, Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre. Zugleich ein Beitrag zum Unrechtsbegriff bei den Zuwiderhandlungen, JZ, 1956 pp. 73 ss.; *el mismo*, Nur eine Ordnungswidrigkeit?, JZ, 1957, pp. 233 ss.; *U. Loewenheim*, Error in objecto und aberratio ictus , OLG Neustadt, NJW, 1964, 311, JuS, 1966, pp. 310 ss.; *K. Lüderssen*, Die Parteispendenproblematik im Steuerrecht und Steuerstrafrecht Vorsatz und Irrtum, wistra, 1983, pp. 223 ss.; *W. Maihofer*, Objektive Schuldelemente, H. Mayer-Festschrift, pp. 185 ss.; *M. Maiwald*, Der «dolus generalis». Ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung, ZStW, 78, pp. 30 ss.; *el mismo*, Zur Problematik der «besonders schweren Fälle» im Strafrecht, NStZ, 1984, pp. 433 ss.; *el mismo*, Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, 1984; *H. Mayer*, Das Problem des sogenannten dolus generalis, JZ, 1956, pp. 109 ss.; *F. Meyer*, Der Verbotsirrtum im Steuerstrafrecht, NStZ, 1986, pp. 443 ss.; *el mismo*, Enthalt der Tatbestand der Steuerhinterziehung ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, das jeglichen Verbotsirrtum ausschließt?, NStZ, 1987, pp. 500 s.; *E. Mezger*, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, Traeger-Festschrift, pp. 187 ss.; *R. Nierwetberg*, Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum, Jura, 1985, pp. 238 ss.; *P. Noll*, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW, 77, pp. I ss.; *D. Oehler*, Zum Eintritt eines hochgradigen Affekts während der Ausführungshandlung, GA, 1956, pp. 1 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, 23, pp. 133 ss., JZ, 1970, pp. 380 ss.; *E. Osenbrüggen*, Casuistik des Criminalrechts, 1854; *C. Prittwitz*, Zur Diskrepanz zwischen Tatgeschehen und Tätervorstellung, GA, 1983, pp. 10 ss.; *I. Puppe*, Zur Revision der Lehre vom «konkreten» Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus, GA, 1981, pp. I ss.; *la misma*, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA, 1990, pp. 145 ss.; *W. Reiß*, Zur Abgrenzung von untauglichem Versuch und Wahndelikt am Beispiel der Steuerhinterziehung, wistra, 1986 pp. 193 ss.; *C. Roxin*, Offene Tatbestande und Rechtspflichtmerkmale, 2.ª ed., 1970; *el mismo*, Gedanken zum «dolus generalis», Würtenberger-Festschrift, pp. 109 ss.; *W. Sax*, «Tatbestand» und Rechtsgutsverletzung, JZ, 1976, pp. 9 ss., 80 ss., 429 ss.; *F. Schaffstein*, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, OLG Celle-Festschrift, pp. 175 ss.; *G. v. Scheurl*, Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer, 1972; *E. Schlüchter*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, 1983; *la misma*, Zur Irrtumslehre im Steuerstrafrecht, wistra, 1985, pp. 43 ss., 94 ss.; *la misma*, Grundfälle zum Bewertungsirrtum des Täters im Grenzbereich zwischen §§ 16 und 17 StGB, JuS, 1985, pp. 373 ss., 527 ss., 617 ss.; *pH. L. Schreiber*, Grundfälle zu «error in objecto» und «aberratio ictus» im Strafrecht, JuS, 1985, pp. 873 ss.; *F. C. Schroeder*, Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, GA, 1979, pp. 321 ss.; *B. Schünemann*, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits und Gefährdungsdelikte, JA, 1975, pp. 435 ss., 511 ss., 575 ss., 647 ss., 715 ss., 787 ss.; *J. M. Silva Sánchez*, Aberratio ictus und objektive Zurechnung, ZStW, 101, pp. 353 ss.; *E. Steininger*, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, JurBl., 1987, pp. 205 ss., 287 ss.; *F. Streng*, Comentario a BayObLG, JR, 1987, pp. 431, loc. cit., pp. 431 ss.; *K. Thomas*, Die Steueranspruchstheorie und der Tatbestandsirrtum im Steuerstrafrecht, NStZ, 1987, pp. 260 ss.; *K. Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; *el mismo*, Zur legislatorischen Behandlung des Verbotsirrtums im Ordnungswidrigkeiten- und Steuerstrafrecht, ZStW, 81, pp. 869 ss.; *W. G. Tischler*, Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestands-

merkmale, 1984; *G. Warda*, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, 1955; *el mismo*, Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre, Jura, 1979, pp. 1 ss., 71 ss., 113 ss., 286 ss.; *el mismo*, Zur Gleichwertigkeit der verwechselten Objekte bei error in objecto, Blau-Festschrift, pp. 159 ss.; *Weber*, Über die verschiedenen Arten des Dolus, NArchCrimR, t. 7, pp. 551 ss.; *H. Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935; *el mismo*, Irrtumsfragen im Steuerstrafrecht, NJW, 1953, pp. 486 ss.; *el mismo*, Zur Dogmatik der echten Unterlassungsdelikte, insbesondere des § 330 c StGB, NJW, 1953, pp. 327 ss.; *el mismo*, Der Parteiverrat und die Irrtumslehre (Tatbestands-, Verbots- und Subsumtionsirrtum), JZ, 1954, pp. 276 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, JZ, 1955, pp. 454 s., loc. cit. pp. 4 ss.; *el mismo*, Der Gewahrsamsbegriff und die Diebstähle in Selbstbedienungsläden, GA, 1960, pp. 257 ss.; *J. Wessels*, Zur Problematik der Regelbeispiele für «schwere» und «besonders schwere Fälle», Maurach-Festschrift, pp. 295 ss.; *E. Wolf*, Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit. Vorstudien zur Allgemeinen Lehre vom Besonderen Teil des Strafrechts, 1931; *el mismo*, Der Sachbegriff im Strafrecht. Beiträge zur Allgemeinen Lehre vom Besonderen Teil des Strafrechts, RG-Festgabe, Bd. V, pp. 44 ss.; *J. Wolter*, Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung- zugleich ein Beitrag zur versuchten Straftat sowie zur subjektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt, ZStW, 89, pp. 649 ss.; *el mismo*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; *el mismo*, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? Zugleich ein Beitrag zum «Strafgrund der Vollendung», Leferenz-Festschrift, pp. 545 ss.; *el mismo*, Objektive und personale Zurechnung im Unrecht. Zugleich ein Beitrag zur aberratio ictus, en: *B. Schünemann* (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pp. 103 ss.

A. Generalidades

43 1. El dolo debe referirse a todos los elementos del tipo objetivo [91, 92], también a los elementos complementadores de los llamados tipos abiertos (*supra*

[91] En todo caso sólo del tipo; en relación con el error sobre los presupuestos de la justificación y con el error de prohibición, *vid. infra* 11/18 ss., 19/32 ss.; las condiciones exclusivamente objetivas (de exclusión) del injusto o de su tipicidad penal, *infra*, 10/2 ss., no se ven afectadas por el error *(de otra opinión, Sax,* JZ, 1976, pp. 9 ss., 80 ss., 429 ss.). Globalmente, *vid. Warda,* Jura, 1979, pp. 1 ss., 71 ss., 113 ss., 286 ss., 289. *Frisch,* Vorsatz, 57 y *passim* (acerca de *Frisch,* ampliamente *Küper*, GA, 1987, pp. 479 ss.; *vid.* asimismo *Küpper,* ZStW, 100, pp. 758 ss., 776 ss.; *Herzberg,* JuS, 1986, pp. 249 ss., 259 s.; *Brammsen,* JZ, 1989, pp. 71 ss., 80 s.) objeta que al tipo objetivo pertenece el resultado *producido,* al que no se refiere un dolo situado en el momento del hecho, no pudiendo el tipo ser objeto del dolo. En lo dicho es correcto que el dolo (*propósito,* Vor*satz)* representa siempre anticipación: El autor presupone que el resultado se va a producir a continuación. Consecuencia trivial: el dolo no tiene por objeto un tipo ya realizado, sino un tipo que sencillamente se va a realizar (supuestamente) después. Cuando *Frisch* señala, en lugar de esto, el comportamiento arriesgado como objeto del dolo (pp. 57, 67, 94 ss., 480 y *passim*), lo hace con la intención acertada de reclamar como objeto del dolo el conocimiento de un riesgo que ya no cae dentro del ámbito del permitido. En esa medida concuerda la postura aquí mantenida con la de *Frisch* (confundiendo, desde luego, *Frisch* el riesgo permitido con una causa de justificación, en los casos en que se opta por un riesgo menor, pp. 143, 212, 257, 366 ss.). Esta consecuencia también se produce si se refiere el dolo al tipo objetivo, pues a éste pertenece todo lo que es elemento de la imputación objetiva y consiguientemente ante todo el sobrepasar el riesgo permitido (*vid.* 8/4).

[92] De acuerdo con *F.-C. Schroeder,* GA, 1979, pp. 321 ss. 325 ss., en los elementos negativos del tipo la representación errónea sería irrelevante «cuando la ley pretende abarcar manifiestamen-

6/61 ss.), pero no al principio de complementación (no a la cláusula de reprochabilidad formulada en los §§ 240.2, 253.2 StGB). También deben ser abarcados por el dolo los elementos que convierten el tipo básico en cualificado, así como los elementos (mencionados en el precepto respectivo) de los supuestos especialmente graves —a reserva de prescripciones particulares en la Parte Especial (p. ej., §§ 315.4 y 4, 315 *a* 3, 315 *b* 4 y 5, 315 *c* 3 StGB) y a reserva del § 18 StGB— (acerca de los tipos privilegiados y de los supuestos menos graves, *vid. infra* 8/83 s.). Naturalmente, para los elementos innominados de un supuesto especialmente grave no hay reglas conforme a las cuales la complementación del tipo por parte del órgano judicial pudiera ser siempre complementación con una parte de dolo o, a lo sumo, en el marco del § 18 StGB, asimismo con una parte de imprudencia; en realidad también las demás circunstancias que se ignoraron imprudentemente pueden ser presupuestos de un caso especialmente grave —que combine dolo e imprudencia—) [93]. Ejemplo: En el hurto, el grave desamparo de la víctima sólo conduce a un supuesto especialmente agravado de forma expresa si hay dolo (§ 243.1, núm. 6 StGB); lo que no quiere decir, sin embargo, que un grave desamparo ignorado temerariamente no pueda, a su vez, constituir un supuesto especialmente agravado de forma innominada [93a]. Sobre todo en caso de deberes especiales cognoscibles del autor, debería ser indiferente para la formación de un supuesto especialmente agravado el que los autores sean conscientes de los presupuestos del deber o no. Ello puede conducir a una corrección parcial de la situación insatisfactoria en los casos de ceguera ante los hechos (*supra* 8/5). Lo mismo rige para las circunstancias objetivas modificativas de la pena [94]. El argumento a menudo esgrimido en relación con los supuestos especialmente graves y con las circunstancias modificativas de la pena, de que la aplicación de los §§ 15 y 18 StGB sería evidente (es decir, casi siempre necesario el dolo) cuando los presupues-

---

te de modo exhaustivo, o en todo caso salvo en los ámbitos marginales insignificantes, todas las formas de ataque u objetos de ataque» (327). Así, en el § 315 *c*, párrafo 1, StGB, no impediría la consumación dolosa el que se produzca el peligro concreto para una vida humana, aunque el autor suponga —confundiendo a la persona con una valiosa estatua— que se da un peligro para un elemento patrimonial valioso. Dado que el autor en estos casos no conoce, obviamente, el género de injusto, la solución es demasiado amplia: Debe añadirse que los elementos del tipo tipifiquen injusto del mismo género y que se limiten a clasificarlo conceptualmente, como, por ejemplo, en el § 306, núms. 2 y 3 StGB (puestas en peligro del mismo género) o bien en el § 142, párrafo 1, núms. 1 y 2 StGB (modalidades de ataque del mismo género); en sentido semejante, *SK-Rudolphi*, § 16, núm. marg. 28 *d*; *vid.* asimismo *Kuhlen*, Unterscheidung, pp. 512 ss.

[93] En otro sentido la doctrina dominante, que en ocasiones ni siquiera considera admisible la aplicación analógica del § 18 StGB; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 15, núm. marg. 33; casi siempre se aplica el § 18 StGB, dado el requisito básico de dolo, para las consecuencias agravantes: *Jescheck*, AT, § 29, II, 3 *b*; *Wessels*, Maurach-Festschrift, pp. 295 ss., 300 s.; *SK-Rudolphi*, § 16, núm. marg. 8; *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 65; *Frisch*, GA, 1972, pp. 321 ss. Con arreglo a BGH, 26, pp. 176 ss., 180 ss.; 26, pp. 244 ss., el peligro concreto de muerte sólo constituirá un supuesto especialmente grave si se da dolo (p. ej., en el § 113, párrafo 2, núm. 2 StGB); muy dudoso.

[93a] *Maiwald*, NStZ, 1984, pp. 433 ss., 439.

[94] Muy discutido; en todo caso, por lo que se refiere a las consecuencias del hecho, como aquí (o sea: basta la imprudencia), *Dreher-Tröndle*, § 46, núm. marg. 23; *LK-G. Hirsch*, § 46, núm. marg. 57; *Schmidhäuser*, AT, 20/64; *Maurach-Zipf*, AT, II, § 63, núm. marg. 36 ss. *De otra opinión* (sólo en caso de consecuencias típicas bastará la imprudencia, por analogía con el § 18 StGB), *Jescheck*, AT, § 29, II, 3 *b*; *Frisch*, GA, 1972, pp. 321 ss.: *Bruns*, Strafzumessungsrecht, p. 424; *SK-Horn*, § 46, núm. marg. 70 s.; en el delito doloso, en favor de limitar a los hechos de determinación de la pena abarcados por el dolo, *Schönke-Schröder-Stree*, § 46, núm. marg. 26.

tos de la punición estuviesen formulados en la ley detalladamente [95], es incompleto: Hay que aclarar si los §§ 15 ss. StGB tendrían aún sentido si todos los presupuestos de la punición se formulasen sin indicación especial del aspecto subjetivo. El que pueda bastar la imprudencia no significa naturalmente, ni en relación con los supuestos especialmente graves, ni con las circunstancias modificativas de la pena, que siempre donde habría que tener en cuenta el dolo también sea adecuado tener en cuenta la imprudencia.

44 2. También los presupuestos de la llamada imputación objetiva deben haber sido abarcados por el dolo; en especial, el autor debe conocer un riesgo de tal intensidad que sobrepase el marco del riesgo permitido [95a]. Si el autor cree, a pesar de conocer tal riesgo, que se mantiene aún dentro de lo permitido, habrá, si por lo demás concurre dolo, error de prohibición. La suposición errónea de que un comportamiento arriesgado permitido ya no es permitido, no es sino la suposición de una prohibición sin dolo de tipo, o sea, delito putativo. Si el autor considera como dentro de lo permitido un comportamiento arriesgado ya no permitido, porque subestima tanto la medida del riesgo que si concurriese la dimensión de riesgo supuesta habría riesgo permitido, falta el dolo. Ejemplo: Un trabajador extranjero recién contratado como pastor conduce el rebaño sin adoptar medidas de seguridad, cruzando una carretera nacional, lo que en su país es algo corriente, y es tenido en cuenta por lo conductores; las demás circunstancias del tráfico de la República Federal Alemana no las conoce aún. Así pues, el riesgo permitido sigue las reglas de los elementos normativos del tipo (*infra* 8/48 ss.).

45 3. En la medida en que los elementos subjetivos del injusto no son genuinamente componentes del dolo —trascendiendo entonces al tipo objetivo—, deben ser abarcados por el dolo. Lo cual puede faltar a lo sumo en la práctica en los elementos que, por su estructura, no son conscientes para el autor de todos modos, y que se perciben como pertenecientes a la acción (como p. ej. las intenciones del tercer grupo del § 211.2 StGB). Sólo quedan como casos problemáticos los impulsos pasionales (p. ej., asesinato por sed de sangre en el § 211.2.1.er grupo StGB) (*infra* 8/95) y los elementos de la constitución y del carácter o ánimo (*infra* 8/97). Si en estos elementos se renunciase a la consciencia correlativa, le faltaría al autor la imagen completa del injusto del hecho. Las combinaciones psíquicas inconscientes, por mucho que en Psicología profunda se revelen como poderosamente efectivas, sin embargo no resultan suficientes [96].

---

[95] *Schönke-Schröder-Cramer*, § 15, núm. marg. 35; *Schönke-Schröder-Stree*, § 46, núm. marg. 26; *Jescheck*, AT, § 29, II, 3 *b*.

[95a] Con énfasis, *Frisch*, Vorsatz, *passim*.

[96] Discutido y no aclarado en cuanto a los pormenores —¿con qué amplitud tiene que verificarse también la valoración (p. ej., de la actitud)?—. En general se reconoce que en los elementos de la actitud el dolo ha de extenderse a su aspecto objetivo; ejemplo: Obra alevosamente sólo quien sabe que está aprovechando que la víctima está desprevenida e indefensa. En lo esencial como aquí: BGH, GA, 1975, pp. 306 ss.; *Engisch*, Rittler-Festschrift, pp. 165 ss., 172; *el mismo*, Mezger-Festschrift, pp. 127 ss., 133; *Warda*, Jura, 1979, pp. 1 ss., 7 ss., 78 s.; en definitiva también *Schönke-Schröder-Cramer*, § 15, núm. marg. 34 (no obstante, de otro modo § 15, núm. marg. 34: no sería necesario el conocimiento de la habitualidad); *vid.* también *Roxin*, Offene Tatbestände, pp. 108 s.; *Dreher-Tröndle*, § 16, núm. marg. 19; algunas manifestaciones en el sentido de que los elementos subjetivos del injusto no tienen que verse abarcados por el dolo, se refieren

B. El dolo en las leyes penales en blanco

1. *El problema*

46 En una ley penal en blanco (es decir, una ley-marco que se completa mediante otra norma posterior) resulta difícil de determinar el objeto del dolo. Con arreglo a una versión orientada hacia la teoría de la culpabilidad, los tipos (no la existencia ni la consecuencia jurídica) de la norma complementadora y de la norma-marco se reúnen en un tipo total, debiéndose extender el dolo a los elementos pertenecientes a este tipo total, pero no a la existencia de la ley en blanco y de la norma complementadora [97]. Ejemplo: Según el §§ 38, en conexión con el 22 BJagdG, la caza mayor fuera de los períodos de caza constituye una infracción penal; los períodos de caza y veda se establecen en el reglamento sobre períodos de caza [98] (norma complementadora); por ejemplo, para faisanes silvestres, del 1 al 31 de mayo (§ 1.1. núm. 14 del reglamento). En el dolo de la caza de faisanes se incluye, según esta doctrina (correcta únicamente para este grupo de casos), el conocimiento de que aún no ha llegado el mes de mayo, o de que ya ha pasado; la opinión de que el período de caza sea otro mes [99] o de que no existe veda alguna constituiría error de prohibición. Dado que naturalmente a partir de este conocimiento, incluso si se añade el conocimiento positivo de la existencia de una norma en blanco, no se deriva ninguna indicación para actuar en el caso concreto (el que haya períodos de caza y veda en general, y que no es el mes de mayo, no permite concluir que la caza de faisanes esté prohibida), según una versión orientada hacia la teoría del dolo, el dolo ha de referirse también a la concreta existencia de la norma complementadora [100]; entonces, las ideas erróneas mencionadas en el ejemplo constituirían error sobre el tipo.

2. *La solución*

47 Con vistas a la solución, hay que distinguir según lo que debe castigarse en caso de infracción de la norma penal en blanco (*vid.* ya *supra* acerca de la vigencia temporal 4/66, 70 ss.).

a) Si únicamente importa la desobediencia a la norma complementadora, han de conocerse los elementos incluidos en el tipo de la norma en blanco y en el tipo de la la norma complementadora, pero nada más.

---

sólo a las intenciones que desde luego pertenecen al dolo; así en *Welzel*, NJW, 1953, pp. 327 ss., 329, nota 14; *Hegler*, Frank-Festgabe, t. I, pp. 251 ss., 292.

[97] *Welzel*, Lehrbuch, § 22, III, 1 *c* (de otro modo, no obstante, *el mismo*, NJW, 1953, pp. 486 ss.; sobre ello, *Warda*, Abgrenzung, pp. 46 s.; *Tiedemann*, ZStW, 81, pp. 869 ss., 875); *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 39, con algunas excepciones; *Jescheck*, AT, § 29, V, 3; *Maurach-Zipf*, AT, I, 23, núm. marg. 8 ss.; ampliamente *Warda*, Abgrenzung, p. 36 ss.

[98] De 2 de abril de 1977, BGBl., I, p. 531.

[99] OLG Celle, NJW, 1954, pp. 1618 ss.

[100] *Lange*, JZ, 1956, pp. 73 ss., 75; *el mismo*, JZ, 1957, pp. 233 ss., 234; *Kohlrausch-Lange*, § 59, nota VI; *Tiedemann*, Tatabestandsfunktionen, pp. 387 ss. En relación con la solución de *Kuhlen*, *vid. infra* 8/nota 109.

b) No obstante, si importa también asegurar la existencia del *efecto* regulador de la norma complementadora, este efecto debe ser conocido para que pueda concurrir dolo; el efecto es entonces elemento normativo del tipo [101], de modo que su conocimiento puede equipararse a menudo al conocimiento de una prohibición.

c) La distinción es correlativa a la existente entre los tipos de delito que comprenden puestas en peligro más bien abstracto y tipos que comprenden ya lesiones, y dudosa en el ámbito limítrofe. En todo caso, al segundo grupo pertenecen todas aquellas leyes en blanco en las que se trata del aseguramiento de derechos, que a su vez quedan constituidos en la norma completamentadora. Estas crean, pues, el objeto de ataque y por eso se encuadran, a espaldas de éste, en el tipo. Ello es indiscutido en relación con los delitos contra la propiedad: Tiene que ser conocido el efecto regulador de los §§ 903, 929 ss. BGB, etc., es decir, la ajenidad de la cosa, y no sólo la ejecución del apoderamiento o la entrega, etc. Igualmente en el delito fiscal (§ 370 AO), el conocimiento de la pretensión tributaria pertenece al dolo, no bastando el solo conocimiento del procedimiento que desencadena la pretensión (*infra* 8/56). En la desobediencia (§ 19 WStG) debe conocerse la orden en su significación «normativa» [102]. Por el contrario, al primer grupo pertenecen las leyes en blanco en que las normas complementadoras apuntan a dirigir el comportamiento, y el objeto de ataque no se crea directamente por medio de ellas, no pudiendo tampoco «introducirse subrepticiamente» en el tipo a través del objeto de ataque. La prueba para diferenciar consiste en preguntarse si a partir de la ley en blanco también ha de castigarse cuando al autor conoce la norma complementadora y sabe que su tipo se ha cumplido, pero no comprende cuál es el resultado de la regulación, es decir, cuando la desobediencia basta para el injusto. Con arreglo a lo cual no habría error de tipo si el autor no sabe que la autorización de portar un título está vinculada a la posesión de un documento de expedición [103] o que la tala de árboles en el casco urbano, con vistas a la protección de la arboleda, requiere permiso [104], así como la suposición de que se trata de una excepción con respecto a la ordenación urbanística, tampoco sería error de tipo [105]. En general, los preceptos de intervención pública en la Economía, en la medida en que no están asegurados mediante embargo o medidas similares, no se protegerían a través de un objeto de ataque determinado por ellos, es decir, que pertenecen al primer grupo.

---

[101] En parte semejante, en cuanto al resultado, *Schönke-Schröder-Cramer*, § 15, núm. marg. 99 ss.; *AK-Zielinski*, §§ 15, 16, núm. marg. 52. *Puppe*, GA, 1990, pp. 145 ss., 166 ss., sólo reconoce este grupo —como si al legislador le estuviera vedado crear delitos de desobediencia como leyes penales en blanco.

[102] *Schönke-Schröder-Cramer*, § 15, núm. marg. 102.

[103] BGH, 14, pp. 224 ss., 227; BayObLG, GA, 1961, pp. 152 ss., 153.

[104] *Vid.* OLG Düsseldorf, NStZ, 1981, p. 444.

[105] BGH, 9, pp. 358 ss., 361; *de otra opinión*, BayObLG, 1956, pp. 90 s.; más jurisprudencia en *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 39.

C. Los elementos normativos del tipo como objeto del dolo

1. *El problema*

a) En los tipos, la ley describe un determinado comportamiento (a-)so- **48**
cial: matar a una persona, apropiarse de una cosa ajena, falsificar un documento, etc. Circunstancias del hecho no tienen por qué ser sólo datos perceptibles por los sentidos o verificables con arreglo a los procedimientos experimentales de las ciencias naturales, aun cuando éste puede ser también el caso, p. ej., en algunas relaciones causales, sino también datos espirituales, algunos en más o menos clara relación con una valoración jurídica o prejurídica (el denigrar —la memoria de un difunto— en el § 189 StGB, la ajenidad de una cosa en los delitos contra la propiedad). Además, la interpretación de todos los elementos típicos depende del sentido de la regulación; incluso cuando la interpretación es posible, designándose un «arsenal» de procesos en el mundo de la experiencia, como p. ej., en el comienzo de la vida humana a efectos penales *en* el nacimiento (§ 217 StGB: infanticidio) o en el final de la vida humana con cese irreversible de la función cerebral, el alcance del arsenal está determinado valorativamente; p. ej., se pueden destruir de modo puramente cuantitativo más células en la persona muerta cerebralmente que en algunas no muertas cerebralmente, sin que esto tenga el sentido de la muerte de una persona. Dada esta situación, no es evidente lo que ha de ser el objeto del dolo de realización: la base experimental de un circunstancia típica, su significación social o una forma intermedia.

b) a') En conexión con *Binding* [106] y *Mezger* [107], es algo ya fuera de dis- **49**
cusión que el mero conocimiento del sustrato experimental de una realización de tipo no basta para el dolo (el conocimiento de que sobre el papel se ha escrito con tinta no implica ya el conocimiento de un documento), pero que tampoco es necesaria una subsunción en la ley de lo sucedido, subsunción de la misma clase que la judicial. Ejemplo: El autor puede no conocer la definición de documento en sentido jurídico-penal, sin que ello obste al dolo, con tal que sepa que con el objeto se puede probar una declaración de voluntad del firmante en el tráfico jurídico. Es necesaria una «valoración paralela en la esfera del profano» o, mejor, un enjuiciamiento paralelo en la consciencia del autor [108], y también suficiente [109].

---

[106] Normen, t. II, pp. 146 ss.

[107] Strafrecht, § 44, I.

[108] *Welzel,* 1954, pp. 276 ss., 279; no siempre se trata de profanos en el mundo jurídico; por ejemplo, no ocurre así en la apreciación de la identidad de las dos causas, en la prevaricación de abogado (representación de dos partes contrarias), § 356 StGB, y ni siquiera de una valoración; así, el conocimiento de la ajenidad en los delitos contra la propiedad, o en los daños el conocimiento de una situación jurídica que se puede enjuiciar sin valoración del autor; en esto de acuerdo *Puppe,* GA, 1990, p. 145 ss., 157.

[109] Doctrina totalmente dominante; *Jescheck,* AT, § 29, II, 3 *a; Maurach-Zipf,* AT, 22, núm. marg. 49 s.; *Schönke-Schröder-Cramer,* § 15, núm. marg. 45; *LK-Schroeder,* § 16, núm. marg. 43; en todos los casos con bibliografía; *v. Liszt,* Strafrecht (hasta las ediciones 21/22), § 39, requería una subsunción del género de la judicial. Cuando *Arthur Kaufmann* (Parallelwertung, p. 40; *el mismo,* en: Sprache und Wissenschaft, pp. 9 ss., 20) recientemente señala que la valoración paralela se lleva a cabo «en el juez y en ninguna otra parte», se está refiriendo sólo a la *verificación* del

50 *b')* La consecuencia de carácter *negativo* es clara: No importa si el autor conoce el nombre de elementos del tipo, sino el conocimiento de la cosa. El *error de subsunción* no impide el dolo. Ejemplos: Quien conscientemente convierte en «irritable» a un caballo, tiene dolo de daños (§ 303 StGB), aun cuando ni siquiera sospeche que en Derecho penal los animales se incluyen en el concepto de cosa [110], así como tiene dolo de daños quien, conociendo las consecuencias, vierte pegamento en un reloj, aunque suponga que el concepto penal de daños requiere la alteración de la sustancia [111]. Quien sabe que obtiene su ganancia no del intercambio de mercancías, sino de la aceptación e inversión de dinero ajeno, sabe que ejerce un negocio de crédito [112]. El abogado

---

paralelismo entre la consciencia del autor y la ley. *Schlüchter,* Irrtum, pp. 100 ss., parte acertadamente de que el autor no procede desde el detalle al todo, es decir, no compone un suceso significativo a partir de fragmentos del tipo. Por eso pretende referir el dolo, no a elementos individuales, sino, en «una perspectiva de reducción teleológica», al «significado lesivo» de la realización del tipo (p. 116; *la misma,* JuS, 1985, pp. 373, 527 ss., 530; en el mismo sentido, *Nierwetberg,* Jura, 1985, pp. 238 ss., 241). Este atender a «componentes» referidos a la «protección de bienes jurídicos» (p. 109 y *passim; la misma,* wistra, 1985, pp. 43 ss., 44), excluye del dolo a los elementos que limitan la protección, pero que tipifican el hecho (en otro sentido, no obstante, *Schlüchter,* Irrtum, p. 116), ofreciendo para el dolo nada más que un objeto de referencia sumamente inexacto, dado que no cabe fijar con seguridad el nivel de abstracción del bien jurídico; ejemplo: En la protección de los documentos ¿se trata de proteger el tráfico jurídico, o el medio de prueba en el tráfico jurídico; hay que distinguir entre los documentos con y sin efecto de fe pública, etc.? La vinculación al tipo no se puede deshacer sin que el dolo quede reducido al mero saber que se actúa en una dirección peligrosa. Contra *Schlüchter, Steininger,* JurBl., 1985, pp. 205 ss., 287 ss., 289 s.; *Tischler,* Verbotsirrtum, pp. 367 ss.; *vid.* además *infra* 11/nota 57. *Kuhlen* afirma que la distinción del *Reichsgericht* entre el error *extrapenal* que excluye el dolo y el error jurídico-penal que deja intacto el dolo (y que hoy habría que tratar con arreglo al §17 StGB) también está en el fondo de la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof* (Unterscheidung, pp. 161 s.), y que además resulta preferible, puesto que se trata de no abandonar el «poder definitorio jurídico-penal» a las contingencias de las representaciones subjetivas (por eso, no se excluye el dolo en el error jurídico-penal), pero por otra parte, de descargar al ciudadano del riesgo de error de un Derecho penal crecientemente dinamizado (y referido, con técnicas semejantes a la ley en blanco, a normas a menudo cambiantes) (por eso se excluye el dolo en el error extrapenal) (pp. 33 s., 398 ss., *passim).* De esa manera se decide en función de la «estructura temporal» de las normas de la Parte Especial: Si en el momento de su promulgación se refieren a un complejo de regulación, incorporan este complejo; el error sobre las normas tomadas como referencia es jurídico-penal. Pero si se refieren a un complejo de regulación tal como existe en el momento del hecho, remiten a lo extra-penal, con la respectiva consecuencia en caso de error (pp. 413 ss.). El ámbito de la exclusión del dolo, así expandido en comparación con la doctrina dominante (pero de acuerdo con la postura aquí propugnada no es posible una apreciación paralela correcta, no obstante desconocer la norma), en caso de error inverso (extensión de las normas tomadas como referencia) desde luego no conduciría a la tentativa, sino al delito putativo (pp. 558 ss.). Esta teoría no es de recibo. Para empezar, la distinción entre conexiones estáticas y dinámicas es demasiado simplista. Al menos en conexiones en las que el mismo legislador organiza las normas tomadas como referencias y las normas (en blanco) jurídico-penales, la modificación de las normas tomadas como referencia cabe entenderla también como modificación de normas jurídico-penales que conectan estáticamente. Más importante es lo siguiente: Si existe necesidad de dinamización, el Derecho penal debe garantizar también el funcionamiento de lo especialmente dinámico de la conexión; entonces surgen para el ciudadano deberes de informarse, sobre todo acerca de las normas relativas a las distintas profesiones. Exonerar globalmente al cidudadano del riesgo de error (el § 17 proporciona una exoneración diferenciadora) ataca al fin de la dinamización.

[110] RG, 37, p. 412.

[111] BG, 20, pp. 182 ss., 183.

[112] BGH, 4, pp. 347 ss., 352.

que conoce que en una relación jurídica material unitaria representa a distintas personas con intereses diversos (p. ej., en el proceso entre acreedor y deudor principal, por una parte, y entre acreedor y fiador, por otra), tiene dolo de tipo en relación con la igualdad de la causa en la prevaricación (*Parteiverrat*: § 356 StGB), aun cuando suponga erróneamente que el concepto es más estricto y se refiere sólo, p. ej., a un solo proceso en el sentido del Derecho procesal [113]. El hecho de que el error de subsunción deje intacto el dolo no quiere decir que no pueda ser origen de un error de prohibición (§ 17 StGB).

c') No está clara la significación positiva de la evaluación paralela, sobre todo en su conexión con la clasificación de los elementos del tipo en descriptivos (el conocimiento de hechos bastará para el dolo) y normativos (se requerirá para el dolo una evaluación paralela). La discusión en torno a estos extremos no ha discurrido unitariamente ni ha producido muchos frutos [113a]. 51

Una posición extrema limita los elementos normativos del tipo a aquellos elementos que fundamentan la antijuricidad del hecho (y no sólo la indican). El principal ejemplo es la ajenidad de la cosa en los delitos contra la propiedad. Aquí se trata de elementos que, en un tipo que sería —contrariamente al entendimiento que aquí se propone (*supra* 6/59)— mero motivo para conocer (no motivo real de) la antijuricidad [114], sin embargo sustentan realmente la antijuricidad. Esta versión estricta de los elementos normativos del tipo [115] volvió más tarde a admitirse en la discusión —naturalmente, sin conexión directa y en un concepto de tipo materializado (tipo como materia de prohibición)— en torno a los especiales elementos de la antijuricidad o elementos del deber jurídico [116] (*vid. supra* 6/64 s.). En otro extremo, con arreglo al entendimiento (neokantiano) de que la referencia valorativa de todo tipo condiciona la selección y delimitación de los elementos del tipo, todos los elementos del tipo se declararon normativos [117]. Puntos de partida de esta solución se han mantenido hasta la actualidad [118].

Además, hay intentos de determinar los elementos normativos del tipo mediante la referencia valorativa abierta en el contenido conceptual, conforme a los cuales la referencia a regulaciones jurídicas siempre constituiría referencia valorativa [119], así como —concibiendo más ampliamente el concepto— intentos de establecer los elementos normativos del tipo a través de la referencia de sentido y de significado de su contenido. En esta última solución ya no se trata

[113] BGH, 7, pp. 17 ss., 22; 18, pp. 192 ss., 196 ss.; detalladamente, con referencias bibliográficas, *Welzel*, JZ, 1954, pp. 276 ss.; *el mismo*, JZ, 1955, pp. 455 ss.; *el mismo*, Strafrecht, § 22, III, 3 *b*; § 76, VI, 2 *a*. *Vid.* también, sobre el error de subsunción, BGH, 13, pp. 135 ss., 138.

[113a] Amplia historia dogmática en *Tischler*, Verbotsirrtum, pp. 45 ss., 103 ss., 167.

[114] *M. E. Mayer*, Lehrbuch, p. 10: El tipo como humo que señala el fuego de la antijuricidad.

[115] Más estrictamente (todos los elementos serían descriptivos), *Kunert*, Merkmale, p. 93.

[116] Acertadamente, *Engisch*, Mezger-Festschrift, pp. 127 ss., 145.

[117] *E. Wolf*, Typen der Tatbestandsmäßigkeit, pp. 56 ss., 59; *el mismo*, RG-Festsgabe, t. V, pp. 44 ss., 54 ss.; ampliamente, *Engisch*, loc. cit., pp. 138 s.; *Kunert*, loc. cit., pp. 41 ss.; *Welzel*, Naturalismus, pp. 72 ss., 7, aporta la perspectiva que no es que aúne el valor y el ser, sino que los considera unidos; también sobre esto, *Engisch*, loc. cit., p. 141.

[118] Así, p. ej., también *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 258; tendencialmente, pero distinguiendo en el dolo, también *Baumann-Weber*, AT, § 12, II, 1 *a*.

[119] En este sentido la doctrina dominante; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 64, núm. marg. 64, ante § 13; *Jescheck*, AT, § 26, IV, 2; globalmente, con detallada bibliografía, *Engisch*, loc. cit.

de la contraposición entre normación y descripción, sino entre perceptibilidad sensorial e inteligibilidad psíquica [120].

2. *La solución*

a) *La diferenciación de los elementos*

52 No obstante, esta confusa situación [120a] no cabe aclararla por medio de un concepto de lo normativo en sí, sino sólo por medio de las consecuencias para la teoría del tipo y para el dolo [121]. Sobre todo, han de comprobarse las afirmaciones de que a *todo* conocimiento de hechos debe añadirse un conocimiento de la significación y que *sólo* un conocimiento de la significación sustenta al dolo.

53 *a')* Todos los elementos [122] están *delimitados por la norma*. El contenido de los conceptos típicos está concebido desde el punto de vista del fin de la regulación. Sin embargo, esto no significa que el autor deba conocer algo además de lo delimitado, es decir, también el fin de la regulación [123].

---

[120] *Welzel*, Strafrecht, § 13, I, 4; esta terminología ha de entenderse desde las consecuencias del error. Donde sólo algo más que el mero «echar un vistazo» reporta el conocimiento del tipo, *Welzel* habla de elementos normativos. A ésta equivale la distinción entre hechos «naturales» e «institucionales» en *Darnstädt*, JuS, 1978, pp. 441 ss., 443 ss.; acerca de ello, crítico con buen criterio *Köhler*, Bewußte Fahrlässigkeit, p. 312. *Kindhäuser*, JA, 1984, pp. 465 ss., 474, distingue entre «propiedades naturales», a las que han de referirse los elementos típicos descriptivos, y «propiedades convencionales» como objeto de referencia de los elementos típicos normativos. Recientemente, *Kindhäuser* distingue entre conocimiento *del sentido*, no relevante para el dolo, y conocimiento *de la verdad*, sí relevante para el dolo (GA, 1990, pp. 407 ss., 411, 413 ss.). Pero esta bipartición elude el problema. Ejemplo: De acuerdo con *Kindhäuser*, para el conocimiento del carácter pornográfico de un libro bastaría el conocimiento de su contenido (*op. cit.*, pp. 408, 410, 419); pero un contenido es pornográfico sólo en un determinado contexto social (en las Bellas Artes rigen reglas distintas que para los libros especializados, en las sociedades con igualdad de derechos de los sexos reglas distintas que en aquellas otras que privilegian a uno de los sexos, en sociedades con educación puramente privada reglas distintas que en aquellas otras con preocupación de los poderes públicos por la educación de los niños, etc.), y también interesa el conocimiento de este contexto.

[120a] Descripción pormenorizada en *Schlüchter*, Irrtum, pp. 44 ss., 65 ss.; *Puppe*, GA, 1990, pp. 145 ss.

[121] Igualmente, *Maurach-Zipf*, AT, I, § 37, núm. marg. 44; *vid.* también Engisch, Methoden, pp. 39 ss., 44 ss. Para la refutación de las opiniones de *Dopslaff*, GA, 1987, pp. 1 ss., en el sentido de no hay consecuencias, *vid.* el texto.

[122] Se podría exceptuar a los nombres propios y a los números; pero también en ellos cabe considerar como producto de la interpretación que el individuo no esté designado *pars pro toto*, o que el número (p. ej., un límite de edad) no sea una mera abreviación de lo material a lo que se alude (p. ej., de una propiedad condicionada por la madurez).

[123] En términos semejantes a lo aquí propugnado, *Kunert*, Merkmale, p. 90; su otra solución relativa al concepto de cosa se basa en una confusión con el concepto de dañar. Desde luego es incorrecta la exclusión, que emprende *Kunert*, del concepto de persona, debido a que, al menos históricamente, el concepto se habría concebido de otro modo, p. ej., excluyendo a los «salvajes». Sin embargo, la igualdad no se garantiza jurídico-penalmente por medio de un elemento que haya de sobreentenderse en los tipos (¡y consiguientemente requisito del dolo!), sino por medio de la *no consideración* de desigualdades en los tipos.

— El conocimiento del fin de la regulación no importa cuando se trata de procesos o estados naturales, o también biológicos, pero en todo caso no sociales. Tales conceptos reciben su relevancia social exclusivamente del contexto. Ejemplos: cosa (§§ 242, 246, 249, 303 StGB), mueble (§§ 242 ss. StGB), mujer (§ 177 StGB), yacimiento (§ 182 StGB), madre (§ 217 StGB), incendio (§§ 306 ss. StGB), etc. Con tal que lo delimitado sea inteligible psíquicamente, no surgen especialidades; son ejemplos los conceptos numéricos o el concepto de error (§ 263 StGB).

— En otro grupo en que no importa el conocimiento del fin de la regulación se trata de elementos en los que debe evidenciarse que el fin de la regulación no se puede o no se debe malinterpretar. Al autor, que conoce lo delimitado por la norma, le incumbe entonces elaborar un conocimiento de la significación; si esa elaboración fracasa, su situación no varía con respecto a cuando le sale bien. El ejemplo principal de este grupo es el elemento típico persona humana (como víctima, pero también en otros papeles): El conocimiento (p. ej.) del comienzo o del fin de la vida humana consiste en saber que se ha alcanzado determinado estado en el nacimiento y que no se ha producido la muerte cerebral. Cualesquiera significaciones que le quiten a estos hechos la indiferencia valorativa no tienen por qué conocerse [124]. Una regulación de tal clase, o, mejor, una interpretación de la regulación legal de tal clase, conduce a que ningún autor pueda escudarse, para librarse de la inculpación, en que no consideraba a la víctima como una persona en el sentido de un igual, sino sí biológicamente como una persona, pero socialmente —p. ej.— como un esclavo por naturaleza; no decide la intelección de lo social, sino la de lo biológico. Una interpretación de la norma en este sentido tiene importancia práctica, por razones de seguridad, en el ámbito límite; un autor que —quizá de modo comprensible— valore de modo distinto a la ley en la formación del tipo, sin embargo obra dolosamente. Ejemplo: Un médico que le extrae órganos a una persona privada de las funciones cerebrales, creyendo que las funciones cerebrales básicas por sí solas no son indicador de la vida humana, en caso de mera delimitación por la norma del elemento persona, obra dolosamente aun cuando ni siquiera podría saber que era posible otra opinión; si importase no sólo lo biológico, sino también la propia relevancia social de lo biológico, la valoración discrepante del autor excluiría el dolo. La renuncia a una materialización del elemento típico persona conduce en tales casos a la semejanza con los delitos de peligro abstracto; en lugar de la intelección, aparece la obediencia a la ley.

— Las siguientes consideraciones se refieren exclusivamente a los elementos del tipo que son elementos normativos en un sentido más estricto.

b') Algunos elementos están *referidos a la norma*. Un grupo de conceptos típicos se refieren a determinado orden social. Así, conceptos como vivienda y local de negocio (§ 123 StGB), accidente, perjudicado (§ 142 StGB) [124a], dinero (§ 146 StGB), asociación (§ 166 StGB), lesionar, dañar, destruir (§§ 223. 54

[124] No obstante, en otro sentido *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 258.

[124a] Confuso OLG Düsseldorf, StV, 1986, pp. 159 s., con comentario crítico de *Kuhlen*, StV. 1987, pp. 437 ss.

303 StGB) [125], presuponen un catálogo de expectativas consolidadas en la vida social y por ello presuponen normas sociales, sin que no obstante a partir del concepto sea evidente si el Derecho aprueba estas expectativas, lo que a menudo no es el caso, como en los conceptos de banda (§ 250.1, núm. 4 StGB), en común (§ 223 a StGB), escrito pornográfico (§ 184 StGB) o asociación (§§ 129ss. StGB). El dolo debe extenderse a lo que hay detrás del concepto, o sea, al orden. Las especulaciones sobre su significación son superfluas. Por ejemplo: Sabe que se trata de escritos pornográficos también aquel que al difundirlos no alberga ningún temor pedagógico, sino que espera más bien efectos positivos, es decir, si considera la significación de otro modo que el legislador. El límite con el grupo siguiente es difuso.

55 *c')* Algunos elementos están *completados normativamente*. Hay elementos cuyo contenido asume un mandato normativo, jurídico o extrajurídico (informal).

— Tal elemento puede tener por contenido la contravención de una norma extrajurídica. Así, los malos tratos en el § 223 StGB, entre otros, se definen por la contravención de las reglas usuales del trato social, así como la sustracción en el hurto se define, en un concepto normativo de posesión, como contravención de la asignación usual de poder sobre cosas (no sólo como perturbación de una relación de fuerzas) [126], las injurias en un concepto normativo de honor como contravención del respeto debido (no sólo del existente) [127], etc. Dado que se trata de que el autor le quita a la víctima lo que a él no le corresponde, o no se lo respeta, es necesario, pero no suficiente, el conocimiento del orden; no se requiere coincidir subjetivamente con la valoración, ni siquiera reconocer su utilidad. Por ejemplo, también obra con dolo de malos tratos el que le administra a otro ocultamente hachís y está convencido subjetivamente de que el consumo es propio de una vida plena, o con dolo de injuriar el que divulga que otro practica la promiscuidad, aun cuando él mismo la juzgue positivamente, con sólo que conozca el juicio contrario reconocido en la sociedad [128]. Este conocimiento puede ser, desde luego, vago y profano. En todo caso, no se trata de una nueva valoración o de una valoración posterior, sino de conocimiento de la valoración.

56 — Del mismo modo ocurre en los elementos que tienen por contenido (la contravención de) una asignación jurídica. Así, el elemento «ajeno» en los delitos contra la propiedad remite a la ordenación de la propiedad del Derecho civil y del Derecho administrativo patrimonial. Al dolo pertenece el conocimiento del respectivo efecto regulador, que a su vez puede ser de contornos difusos. Ejemplo: Acerca de las relaciones de propiedad sobre los animales salvajes, en parte bastante difíciles y discutidas (p. ej., de la caza dentro de vallado o atrapada en redes o lazos) [129], sólo tienen conocimiento exacto los especialistas. Para el dolo en relación con la ajenidad en el § 242 StGB, así como

[125] Dudoso, pero en todo caso el maltratar del § 223 StGB se traslada al grupo siguiente, *vid.* allí.

[126] Fundamental *Welzel*, GA, 1986, pp. 257 ss.

[127] *Welzel*, Strafrecht, § 42, I, 1, ante a, y a; *Hirsch*, Ehre und Beleidigung, pp. 29 ss.

[128] De modo semejante *Kunert*, Markmale, pp. 93 ss., 101 ss.; en contra, *Schaffstein*, OLG Celle-Festschrift, pp. 175 ss., 197.

[129] RG, 26, pp. 218 s.; 29, pp. 216 s.; 60, pp. 273 ss., 275 s.

en relación con el derecho de caza ajeno en el § 292 StGB, basta igualmente la consciencia de que el animal salvaje «pertenece» a otro [130]. Según estos principios, en la elusión de impuestos dolosa (§ 370 AO) debe ser conocida la existencia de una pretensión tributaria [131]; en la negativa a la prestación de alimentos (§ 170 *b* StGB) el autor debe conocer tanto el derecho a los alimentos como su capacidad para prestarlos [132]. En el concepto de documento (§§ 267, 271, 346 StGB) importa si en su definición se parte del hecho de la confianza (entonces, se tratará sólo de un concepto referido a la norma) o de la legitimidad del tráfico jurídico (entonces, concepto completado normativamente). Actúa dolosamente «sin autorización (que excluye el tipo)» sólo quien conoce la necesidad de autorización [132a]. Al dolo de uso indebido de nombre de cargo oficial (§ 132 *a* 1.1 StGB) pertenece sólo el conocimiento de que la denominación está reservada para el titular del cargo [132b]. A este grupo pertenece también el objeto de la reprochabilidad en las coacciones y en la extorsión (§ 240, 253, 255 StGB), es decir, el recorte de la libertad jurídicamente garantizada de la víctima por parte del autor [133]. Finalmente, en este grupo se incluyen los elementos especiales de la antijuricidad, así llamados al principio por *Welzel* [133a] (elementos del deber jurídico), en tanto que afecten al tipo de injusto (*vid. supra* 6/64 s.); p. ej., la conformidad a Derecho de la acción en ejercicio de cargo en el § 113 StGB, y los elementos de la autoría de los delitos especiales: los funcionarios, los tutores, y como elemento especial también los padres, entre otros, se definen mediante el deber que lesionan, en el delito especial (*vid. infra* acerca de la tentativa 25/43 ss., y acerca de la omisión 29/90). Un funcionario es una persona que no debe dejarse corromper, un tutor una persona que

---

[130] *Binding*, Normen, t. II, pp. 146 ss., 150.

[131] BGH, 5, pp. 90 ss.; OLG Bremen, StV, 1985, pp. 283 ss., con más referencias jurisprudenciales; *Welzel*, NJW, 1953, pp. 486 ss.; *Franzen-Gast-Samson*, Steuerstrafrecht, § 370, núm. marg. 187; *Thomas*, NStZ, 1987, pp. 260 ss.; *Schlüchter*, wistra, 1985, pp. 43 ss., 46 ss.; *Reiß*, wistra, 1986, pp. 193 ss.; *de otra opinión, Meyer*, NStZ, 1986, pp. 443 ss. y 500 s.; BayObLG, Betrieb, 1981, pp. 874 ss., 875 (sólo tienen que conocerse los elementos de los que depende la existencia de la pretensión); *Warda*, Abgrenzung, pp. 47 s.; *Maiwald*, Unrechtskenntnis, pp. 15 ss. y *passim; vid.* sobre ello *Tiedemann*, ZStW, 81, pp. 869 ss., 874 s.; *vid.* asimismo *Lüderssen*, wistra, 1983, pp. 223 ss.

[132] OLG Köln, NJW, 1981, pp. 63 s.

[132a] *Meyer*, JuS, 1983, pp. 513 ss., 514 s.

[132b] *De otra opinión* (el desconocimiento al respecto como error de prohibición) OLG Düsseldorf, NJW, 1981, pp. 2959 s., 2960.

[133] *Jakobs*, Peters-Festschrift, pp. 69 ss., 77 ss.; los supuestos similares a la usura, que la doctrina dominante acoge bajo los términos de coacciones y extorsión (sobre esto, *Jakobs*, loc. cit., pp. 69 ss., 71 ss.), se cuentan entre los del grupo anterior. En relación con el rechazo de la teoría de los tipos abiertos, en favor de un tipo cerrado e indeterminado, *vid. supra* 6/61 ss.

[133a] A éstos no pertenece la inhabilitación profesional del § 145 *c* StGB: la inhabilitación judicial es ya la norma que se ve afianzada a través del § 145 *c* StGB, sólo como norma reforzada penalmente («La prohibición judicial está reforzada penalmente»); pero el § 145 *c* StGB no asume la prohibición judicial como elemento del tipo (no: «Respetad bajo pena las prohibiciones judiciales»). El que el tipo, así, sólo indique una perturbación social sumamente abstracta (el ejercicio de la profesión constituye la realización del tipo), se debe al fin de la regulación: Se trata de una mera antinormatividad sin ulterior contenido material de regulación. El error sobre la firmeza de la inhabilitación profesional es, pues, error de prohibición. *De otra opinión*, la doctrina dominante; BGH, NStZ, 1989, p. 475 (con comentario crítico de *Dölp*, loc. cit., pp. 75 s.), con referencias bibliográficas.

debe cuidar de su pupilo, etc. Naturalmente, también aquí el conocimiento del autor puede ser de contornos difusos.

b) *Las consecuencias para la separación de dolo y consciencia de la antijuricidad*

57 Los elementos completados normativamente asumen una norma constituida ulteriormente. Así pues, en ellos se da una antinormatividad como presupuesto del tipo [134]: Según que se conecte con una norma informal o con una norma jurídica, dado el dolo, no se presenta prácticamente el error de prohibición, o ya no como error de prohibición directo [134a], sino sólo como error sobre la validez o el alcance de una causa de justificación; en los elementos de la autoría de los delitos especiales es posible también un error sobre deberes incidentales [135]. Ejemplo: No cabe captar la regulación jurídica de la ajenidad en los delitos contra la propiedad sin comprensión de la facultades jurídicas del propietario y de la prohibición de perturbar a la persona legitimada. Matizadamente, ello rige también para los elementos referidos a normas; el conocimiento de la perturbación de expectativas jurídicamente aprobadas es conocimiento de la antijuricidad material, así como también lo es el conocimiento de la realización de expectativas jurídicamente desaprobadas.

c) *Problemas relativos al error*

58 *a')* Hay que distinguir según que el autor conozca el juicio *antes* de su sustrato o sólo pueda deducir el juicio sirviéndose del sustrato.

— Al conocimiento de un orden (*Ordnung*) o atribución (*Zuordnung*) no llega el autor siempre a través del conocimento del sustrato; ejemplo: Muy pocas veces se conoce cómo ha surgido la propiedad ajena; las especulaciones erróneas sobre el modo de haberse adquirido la propiedad no impiden el dolo. Así, concurre dolo cuando el autor supone que le sustrae al propietario una cosa heredada, mientras que en realidad la cosa la ha adquirido por legado. O bien: El que un documento auténtico que el autor quiere falsificar haya surgido de propia mano o legitimando la redacción por mano ajena (espiritualizadamente) carece de relevancia para el dolo de falsificar cuando se trata de deducciones del autor a partir de la autenticidad de todos modos conocida. En todo caso, concurre dolo cuando el autor, conociendo la circunstancia fáctica, supone incorrectamente acerca del fundamento de su origen.

59 — Deducir de un sustrato *inapropiado* la circunstancia fáctica no da lugar a dolo, ni siquiera cuando la deducción sería adecuada a partir de otro sustrato

[134] Lo cual no lo tiene en cuenta *Haft*, JA, 1981, pp. 281 ss., 283 ss., quien cree poder distinguir entre un error «relativo al objeto» y un error «relativo al concepto»: Pero el concepto puede ya encontrarse en el objeto; críticamente sobre *Haft* también *Tischler*, Verbotsirrtum, pp. 336 ss.

[134a] En esta medida acertadamente *Arthur Kaufmann*, Lackner-Festschrift, pp. 185 ss., 190 ss.; de otra opinión, *Puppe*, GA, 1990, pp. 145 ss., 157 s., con nota 24, pp. 152 ss.

[135] *Vid. Baumann*, Welzel-Festschrift, pp. 533 ss., con numerosos ejemplos; *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 46.

(dado un error «doble», uno de los errores no anula al otro). Ejemplo sobre elementos referidos a normas: Quien considera pornográfico un escrito por su contenido de ateísmo, desconociendo sin embargo su tendencia obscenamente sádica, carece de dolo. Ejemplos sobre los elementos completados normativamente: Quien considera legatario al heredero, pero le atribuye esa propiedad legal por suponerle erróneamente beneficiario de un legado de vindicación (es decir, un legado que crea directamente la propiedad), carece de dolo con respecto a esa propiedad; pues objeto de las normas protectoras de la propiedad no es proteger las pretensiones como propiedad [136]. Si un sobrino supone erróneamente, al incendiar el almacén de su tío, que éste —aun no mediando colusión— no tiene derecho a percibir el seguro de incendios, no actúa con intención de estafar, sino con intención propia de delito putativo (en relación con el § 265 StGB). Al respecto, asimismo *infra* 25/42.

— Si, a partir de un sustrato *en sí apropiado*, el autor deduce la circunstancia fáctica, concurre dolo; si la circunstancia fáctica, a falta de sustrato, ya no existe, o sólo existe debido a otro sustrato, no se pasa de la tentativa; ejemplo: Sólo se da tentativa de hurto en el «golpe» del fabricante de artículos de joyería que cree haber visto cómo el apoderado vendía diamantes sin tallar, mientras que en realidad era un proveedor de diamantes que recobraba en virtud de pacto de reserva de dominio. Sin embargo, distinta es la situación cuando el autor no deduce la consecuencia jurídica (la circunstancia fáctica) a partir del sustrato, sino que conoce la circunstancia fáctica por consideraciones generales, y especula sobre el sustrato (así, en el ejemplo indicado *supra* al principio). En definitiva, el dolo es tan indivisible como lo es la conciencia de la antijuricidad [137]. **60**

b') Quien, habiendo conectado correctamente sustrato y consecuencia, supone que también otras circunstancias objetivamente inapropiadas desencadenarían la consecuencia, sólo actúa con dolo si su error no afecta más que a casos marginales. Ejemplo: El concepto de propiedad no se convierte en erróneo porque el autor suponga erróneamente, y sin relación con el comportamiento **61**

[136] Dudoso, pues, el fallo de BayObLG, NJW, 1963, p. 310, que aprecia apropiación indebida consumada en el siguiente supuesto: El autor supone que uno se convierte siempre en propietario de una cosa comprada al pagar todo el precio, incluso sin acuerdo especial; no conoce la reserva de dominio existente. El § 246 StGB tampoco introduce el principio de abstracción cuando el autor no lo conoce. Naturalmente, la ignorancia puede conducir a que el autor considere concluyente, condicionada al pago total, una declaración de cesión. Dado que tal configuración sería jurídicamente admisible, el autor conoce entonces la reserva de propiedad existente. A la inversa, el desconocimiento del principio de abstracción puede conducir a que el autor le atribuya erróneamente, a una declaración de obligarse, el contenido de una manifestación de disponer. Dado que tal combinación de nuevo sería admisible con arreglo al Derecho vigente, esta manifestación imaginada constituye sustrato adecuado de una cesión. Como el BayObLG, *Schlüchter*, Irrtum, pp. 121 ss.; materialmente, también, *Puppe*, GA, 1990, pp. 145 ss., 155 s., pero en distinto sentido en relación con los «elementos de valoración global del hecho», pp. 170 ss., y con los «predicados de valor», pp. 174 ss., para los que bastaría el conocimiento del «fundamento real» —¡sin valoración paralela!—; en parecidos términos, *Kuhlen*, Unterscheidung, pp. 494 ss.; *Jescheck*, AT, § 50, II, 2, con más bibliografía; sobre todo contra la «compensación» de los errores, al igual que aquí, en el sentido en que aquí se *Haft*, JuS, 1980, pp. 430 ss., 588 ss., *vid.* asimismo *Steininger*, JurBl., 1987, pp. 205 ss., 287 ss., 301 s.

[137] De otro modo consecuentemente a partir de la divisibilidad de la consciencia del injusto, también *Hirsch*, Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, p. 229.

concreto, que un legatario adquiere inmediatamente la propiedad, o porque el autor, p ej., no tenga idea acerca de la posibilidad de adquisición en pública subasta. Sin embargo, faltará un concepto correcto de propiedad cuando el autor suponga que la propiedad es un derecho que, entre otros modos posibles, cualquier ladrón puede adquirir mediante la sustracción; en tales casos falta un conocimiento suficiente del efecto de la regulación.

62 Acerca de *a')* y *b')*, regla: Un juicio paralelo demasiado estricto y la falta de un juicio paralelo no inculpan nunca. *Vid.* asimismo *infra* acerca de la tentativa 25/43, allí también acerca del principio de inversión, y sobre el lado subjetivo de la justificación 11/39 ss.

D. La causalidad como objeto del dolo

63 El dolo debe comprender también la causalidad de la acción para el resultado. Naturalmente, a veces es dificultoso determinar si (y en qué medida) el dolo también debe referirse al curso causal conducente al resultado y al resultado en su configuración concreta. En definitiva, el autor debe conocer el riesgo que se realiza, pero no el curso causal concreto mediante el que se realiza.

1. *La realización del riesgo percibido*

a) *Principio: Traslado de las reglas de la imputación objetiva*

64 *a')* Por lo que, en principio, manteniendo constante el resultado, se refiere al *desvío del curso causal* objetivo con respecto al que el sujeto se representó, la doctrina está de acuerdo en que no toda diferencia de detalle entre la situación subjetiva y la objetiva descarta la imputación del resultado a título doloso. Con arreglo a la formulación común, sólo un desvío esencial impedirá la consumación dolosa, determinándose el carácter esencial según que el desvío siga siendo o no adecuado a partir de lo que el autor se representó [138] (*supra* 7/31 ss.). Una doctrina reciente, que recurre a principios desarrollados para la imputación objetiva, determina —de manera muy necesitada de detalle— la esencialidad según que el curso causal concreto constituya aún, o ya no, la realización del riesgo creado dolosamente por el autor [139]. Se trata de casos como

[138] RG, 51, pp. 306 ss., 311; 70, pp. 257 ss., 258; RG, HRR, 1939, núm. 395; OGH, 2, pp. 63 ss., 64 (sobre ello *Jescheck*, AT, § 29, V, 6 *b*); BGH, 1, pp. 278 ss., 279; 7, pp. 326 ss., 329; 9, pp. 240 ss., 242; 10, pp. 313 ss.; 14, pp. 193 ss., 194; 23, pp. 133 ss., 135; *Welzel*, Strafrecht § 13, I, 3 *d*, ante α; *Baumann-Weber*, AT, § 26, II, 4 *b* ß; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 23, núm. marg. 27 ss.; *Driendl*, GA, 1986, pp. 253 ss., 265 ss., para los cursos causales que se pueden pronosticar objetivamente. Más subjetivamente, *Hruschka*, AT, pp. 12 s. (la esencialidad se determinaría según el punto de vista —no sólo según la imagen mental— del autor).

[139] *AK-Zielinski*, §§ 15, 16, núm. marg. 59 s.; *SK-Rudolphi*, § 16, núm. marg. 31; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 276; *Jescheck*, AT, § 29, V, 6 *b*; *Jakobs*, Studien, pp. 89 ss.; *Wolter*, ZStW, 89, pp. 649 ss., 680 s., 703; *el mismo*, Objektive und personale Zurechnung, pp. 27 s., 127 ss., 357; *el mismo*, en: Grundfragen, pp. 103 ss., 112 ss. (objetivando más intensamente que aquí; en contra, *Armin Kaufmann*, Jescheck-Festschrift, pp. 251 ss., 261 ss.); también *Schmidhäuser*, AT, 10/44, en relación con 10/41; *vid.* asimismo BayObLG, VRS, 64, pp. 368 s. De acuerdo con *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 20, hay que atender a «la concreta idoneidad de la acción para el re-

aquellos en que el autor se propone arrojar a su víctima al río desde un puente para que se ahogue, pero ésta se estrella sobre un tajamar situado ante un pilar del puente, encontrando así la muerte (no hay consumación dolosa: discutido) [139a]; o bien el autor quiere matar a golpes a la víctima, pero ésta muere por una grave infección de la enorme herida [140] (consumación dolosa), etc. [141].

b') El hecho de que la solución no quepa hallarla a través de la adecua- 65
ción del curso causal se deduce del resultado de la crítica a la teoría de la adecuación indicada *supra* al tratar de la imputación objetiva. Por consiguiente —abandonando cualquier conexión con la adecuación del curso causal— hay que partir, con la doctrina reciente, del riesgo creado dolosamente por el autor y verificar la realización de ese riesgo. El proceso de esta verificación se efectúa paralelamente a la verificación de la realización del riesgo en la imputación objetiva (*supra* 7/72 ss.). Así pues, concurrirá una ejecución dolosa del resultado cuando el riesgo creado dolosamente por el autor (por sí solo o conjuntamente con otro riesgo) permita explicar el curso causal (acerca del concepto de explicación, *supra* 7/72). Al igual que en la imputación objetiva, para obtener esta aclaración hay que fraccionar el comportamiento del autor acerca del objeto atacado en relaciones singulares arriesgadas de modo no permitido o permitido, resultando sobre todo posible en el ámbito de que ahora se trata los casos en que el autor crea varias relaciones arriesgadas de modo no permitido, pero las percibe como arriesgadas sólo en parte. Al igual que en la imputación objetiva no importa únicamente si un comportamiento arriesgado de modo no permitido condiciona o no el resultado, en la imputación a título doloso no se trata sólo de si una relación arriesgada creada dolosamente es condición del resultado; éste, más bien, debe acaecer *a causa del* riesgo creado dolosamente y no sólo *con ocasión de* este riesgo [141a].

c') Un riesgo que el autor sólo se representa porque piensa en él en tér- 65a
minos supersticiosos o de otro modo irracional, es imposible que se realice, de-

---

sultado, conocida por el autor»; también *el mismo*, GA, 1979, pp. 321 ss., 327 s.; naturalmente, no es seguro deducir la realización del riesgo a partir de su idoneidad. *Herzberg*, ZStW, 85, pp. 867 ss., 886 ss. (en otro sentido, *el mismo*, JA, 1981, pp. 3609 ss., 470 ss.) pretende dejar sin considerar las desviaciones en tanto que se den en el marco de la co-consciencia, lo cual fracasa ya en simples supuestos cotidianos: Las casi ilimitadas variantes en cuanto al transcurso —dependiendo de los pormenores— p. ej., de un disparo en el pecho de una persona con consecuencia de muerte, pueden ser imposibles co-conscientemente también sólo en partes esenciales. Además, para un autor no interesado puede que sólo sea co-consciente *que* tiene lugar un curso causal; *lo que* ocurra hasta el final tras una infección tóxica puede que no interese al autor; ¿y por eso no va a haber dolo?

[139a] *De otra opinión, Frisch*, Verhalten, p. 610, con bibliografía.

[140] RG, 70, pp. 257 ss., 258 ss.

[141] También es conocido el supuesto ideado por *H. Mayer*, JZ, 1956, pp. 109 ss., 111: Tiran a un niño desde el Ponte Rialto al Canale Grande, donde no resulta ahogado, como se esperaba, sino destrozado por un tiburón que aparece sorprendentemente.

[141a] *Frisch*, Verhalten, pp. 558 ss., 606 ss., objeta en contra que basta que el autor haya abarcado el hecho en su «dimensión normativamente relevante»; las concretas variantes en cuanto al transcurso serían «configuraciones naturalísticas de un mismo hecho normativo». Las contradicciones surgen en esta solución ya cuando acaece un resultado cuantitativamente mayor de lo que el autor previó; *Frisch* pretende reducir entonces el *quantum* imputable a la medida prevista. Pero ¿y por qué no a la *forma* de realización? La decisión del autor o está referida a las circunstancias que permiten aclarar (en contra, *Frisch*, loc. cit., p. 592), o es una figura normativa (lo que puede ser axiológicamente preferible, pero está excluido *de lege lata* por el § 16, párrafo 1, inciso 1 StGB).

cayendo tal posibilidad de consumación. La tentativa sería posible si la representación del riesgo por parte del autor formase un dolo *de tipo*, es decir, si los tipos se refiriesen también a los riesgos irracionales y por tanto irrelevantes en la comunicación racional. Sin embargo, dado que los tipos sólo abarcan las perturbaciones socialmente relevantes, quedan descartadas tales fantasías como dolos de tipo. El problema se analiza en la tentativa de modo más detallado (*infra* 25/22); evidentemente, no se trata sólo de un problema específico de la tentativa, sino del objeto del dolo.

— El objeto del dolo es *parcialmente* no típico cuando el autor sobreestima la magnitud de un riesgo basándose en circunstancias comunicativamente irrelevantes. Ejemplo: Quien, al realizar un disparo a una persona situada muy lejos, cree que con seguridad le va a acertar por un ensalmo que pronuncia (o por una descabellada estadística de aciertos), subjetivamente tiene una representación segura, pero ésta no es, parcialmente —precisamente en la medida en que está determinada por la representación irracional—, una representación típicamente relevante. Si el autor, realizando un juicio racional, ignora un riesgo dado y supone al mismo tiempo un peligro comunicativamente irrelevante, a lo sumo actuará imprudentemente, ya que una vez más el objeto del dolo no es una realización *típica*. Ejemplo: El bebedizo compuesto de «inmundicia y fuego» contiene —en lo que el autor no repara— gérmenes infecciosos.

— Más difícil es decidir cuándo el autor, por suposiciones irrelevantes comunicativamente, considera detenido un riesgo que se ha representado sobre la base de suposiciones racionales. En la medida en que quepa separar la parte racional y la irracional, quedará un conocimiento de la realización del tipo (dudoso). Ejemplo: El autor administra arsénico, cuya eficacia nociva para la salud conoce, tras algunos hechizos, a su adorada como supuesto afrodisíaco beneficioso para la salud: envenenamiento (*vid.* asimismo acerca del desistimiento, *infra* 26/23 ss.). Sin embargo, casi siempre lo racional y lo irracional se entrelazarán inseparablemente.

b) *Pormenores*

66 *a')* El que se realice o no el riesgo captado por el autor no depende de la representación de éste acerca de cómo se iba a realizar dicho riesgo; el autor puede que tenga representaciones erróneas, al igual que incluso los expertos pueden tener en ocasiones representaciones erróneas de procesos causales en el ámbito de su respectiva especialidad, p. ej., los farmacéuticos acerca del modo de surtir efecto los fármacos; el autor puede que incluso no tenga representación alguna [141 b]. Ejemplo: El que un producto, que el autor conoce como veneno letal y lo da a la víctima, en contra de las expectativas del autor, o sin que el autor haya reflexionado sobre el modo de surtir efecto, corroa el estómago, sufriendo la víctima una hemorragia interna, o conduzca a una parada respiratoria, es indiferente mientras que se trate sólo de la realización del riesgo de envenenamiento. El objeto del dolo no es un curso causal concreto, sino la realización de un riesgo [142].

[141 b] *Frisch*, Verhalten, pp. 596 s., 609.

[142] En términos semejantes, pero argumentando desde la teoría de la adecuación, *Krümpelmann*, suplemento ZStW, 1978, pp. 6 ss., 25.

b') Paralelamente a la situación que se presentaba en la imputación objetiva, también en la imputación a título doloso se pueden solucionar sin grandes problemas valorativos aquellos supuestos en que el riesgo percibido desencadena un riesgo no percibido, pero que se queda sin surtir efecto en su desarrollo posterior. Así, el autor, p. ej., con ocasión de un riesgo de resultado, percibido, se puede comportar además arriesgadamente de modo no permitido. Si, p. ej., en una intervención quirúrgica en condiciones clínicas le cae el instrumental a la víctima en una pierna, esta lesión está efectuada a lo sumo imprudentemente, pues no es el riesgo de la intervención quirúrgica, dolosamente creado (de modo permitido, o, si falta la indicación o el consentimiento, no permitido), el que permite explicar el curso causal, sino el riesgo ulterior no percibido, creado con ocasión de aquel otro riesgo, consistente en el manejo descuidado de objetos afilados o puntiagudos. A este ámbito pertenecen también aquellos supuestos en que el autor define un riesgo *muy ampliamente, es decir, mediante demasiado pocas condiciones*. Ejemplo: El autor supone que para los bebés todos los hongos son venenosos, y le sirve a un niño una ración de champiñones de lata que están estropeados —de modo cognoscible o no cognoscible—; no hay lesiones u homicidio doloso, pues el riesgo advertido no es un conjunto de circunstancias arriesgadas de modo no permitido; por el contrario, el riesgo realizado no se ha advertido (si el riesgo realizado queda aún dentro del marco de lo permitido, falta ya la imputación objetiva). 67

— Más difícil es la decisión de los supuestos en que el autor define el riesgo *muy estrictamente, mediante demasiadas condiciones*. Para resolverlo, hay que tener en cuenta por lo pronto que los riesgos de la vida diaria los suele concebir cualquier persona como un haz de condiciones necesarias en parte cumulativamente y en parte alternativamente; el hecho de que los detalles son intercambiables es propio de las definiciones de riesgo comunes. Lo que un autor percibe como riesgo depende, pues, de cómo se presentaban los distintos casos en los que él mismo ha aprendido la adecuación para el resultado o —con más frecuencia— los casos que han formado una tradición de experiencias transmitida al autor y con ello el modelo de riesgo empleado por el autor. Ejemplo: Que el dar puñaladas incontroladamente a una persona puede tener un desenlace mortal puede residir en la lesión de órganos vitales, en la pérdida de sangre, en una infección producida por la suciedad del arma o en una infección debida a la propensión personal acentuada a causa del agotamiento, etc.; según la variante respectiva, forman el riesgo condiciones distintas: En una ocasión debe interesarse un órgano, en otra una arteria importante, se debe infectar la herida, o debe producirse una enfermedad intercurrente, etc. Por lo general, el autor no mantendrá separados todos estos riesgos: entonces advierte el peligro general de apuñalar. 68

— A la tradición de experiencias puede también pertenecer el hecho de que un curso causal sigue constituyendo un peligro cuando no acierta en el lugar al que se apuntaba. Gráficamente: Disparar al corazón de una persona no sólo es conocido como actuar mortal porque a veces se acierte exactamente, sino que se realiza el peligro conocido también cuando se alcanza al objeto en otro lugar [143]. A menudo no dejará de ser dudoso qué modelo de riesgo ha ac- 69

[143] *Vid. LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 11, destacando la necesidad de limitación: En una

tualizado el autor. De todos modos, no sería acertado, con arreglo a la solución más arriba rechazada, a través de la adecuación, imaginar en el autor como conocimiento del riesgo todo lo que una persona cuidadosa habría percibido como riesgo [144]. Así, un autor que, presa de un arrebato, comienza a golpear, puede conocer sólo el riesgo de que su puño va a golpear en el cuerpo a la víctima, mientras que en una pelea más prolongada puede haber advertido también el riesgo de que la víctima se lesione en un intento de esquivar o en una caída, es decir, el riesgo de la situación entera. Dado que la ley define al dolo como hecho psíquico, no se debe, con ocasión de un riesgo advertido, equiparar cualquier riesgo cognoscible al efectivamente percibido.

70 *d')* Si sobre el curso causal del riesgo percibido por el autor influye otro riesgo —cognoscible o no cognoscible, pero de todos modos no percibido actualmente—, importa si la actuación desplaza al riesgo percibido (no hay ocasionamiento doloso del resultado) o no altera más que una circunstancia accesoria (ocasionamiento doloso del resultado). El límite entre la realización del riesgo y la mera variación de circunstancias accesorias relativas ha de trazarse del mismo modo que el límite en el ámbito de la imputación objetiva (*supra* 7/82): El riesgo percibido por el autor se realiza cuando es necesario para explicar el curso causal concreto. Para indagarlo han de imaginarse las condiciones del riesgo percibido de modo tan modificado que el autor ya no las perciba como arriesgadas. Si en esta situación modificada se alteran, frente al curso causal concreto, a lo sumo circunstancias de las que no depende la defraudación de expectativas de la víctima, es decir circunstancias accesorias relativas (*supra* 7/16), no se habrá realizado el riesgo percibido; de lo contrario, sí. Especialmente, concurrirá una realización del riesgo cuando en cualquier variante el resultado desaparecería. Al variar, hay que tener en cuenta que las condiciones de un riesgo sólo se determinan (de modo distinto a como en los experimentos científicos) tan simplistamente como vaga es la experiencia cotidiana; correlativamente, la variación sólo puede referirse a elementos que en la vida práctica se añaden o suprimen, pero no a elementos aislables sólo teóricamente o si acaso en experimentos científicos. Naturalmente, es indiferente (una vez más, al igual que en la imputación objetiva) si el autor podría haber realizado o no la variante en el caso concreto, pues no se trata de tener en cuenta la causalidad hipotética, sino de la formación de una hipótesis dirigida a averiguar una realización de riesgo real.

Constituye un ejemplo el supuesto ya indicado de la muerte por infección en lugar de la muerte esperada mediante hemorragia o similar. Si se puede formar una variante en la que la herida sea tan insignificante que el autor no la habría considerado ya mortal, y entonces se modifican, sin influir en las posibilidades de salvación, a lo sumo el instante de la muerte en una medida insignificante, o la clase de proceso infeccioso, o el lugar de la muerte, o similar,

---

arremetida contra una luna, no todo lugar de la amplia fachada de un edificio se encuentra en el ámbito cuyo menoscabo potencial se ha incluido en la definición del riesgo de la acción. Desde luego, demasiado estricta es la limitación de *Schroeder* en relación con el § 225 StGB a la consecuencia grave percibida (con buen criterio más ampliamente, OLG Bremen, MDR, 1959, pp. 777 s.); *vid.* además *Backmann*, JuS, 1971, pp. 1971, pp. 113 ss., 118); *Schmidhäuser*, AT, 10/47; *Herzberg*, JZ, 1981, pp. 369 ss., 470 ss., 472.

[144] De modo totalmente ilimitado, BGH en *Dallinger*, MDR, 1975, p. 22.

se tratará de diferencias de las que no depende la defraudación de la víctima, es decir, de circunstancias accesorias relativas, y el riesgo percibido por el autor no se ha realizado (pudiendo no ser el riesgo realizado ni siquiera objetivamente imputable). Sin embargo, concurrirá una realización del riesgo cuando con una herida pequeña la infección habría sido dominable o se podría haber prolongado la vida notablemente, o similar.

En orden a delimitar: La víctima de un envenenamiento vomita en las ansias de la muerte y se asfixia; realización del riesgo, porque en la vida cotidiana es imposible diferenciar entre un envenenamiento hasta el límite de la muerte y hasta la propia muerte. Sin embargo: La víctima del envenenamiento quiere enjuagarse la boca, por el mal sabor, tropieza con el lavabo, cae y se fractura el cráneo; no realización del riesgo, porque en la vida cotidiana se manejan sustancias de sabor desagradable que no son venenosas. Supuesto límite: La víctima del envenenamiento se tambalea del vértigo, cae y se fractura el cráneo. Así pues, el límite nunca se puede determinar de manera más exacta de lo que las condiciones del resultado se manejan en la vida cotidiana, y nunca de manera más exacta de lo que las circunstancias accesorias relativas que no suponen defraudación de expectativas se pueden distinguir de las modificaciones del curso causal relevantes para la defraudación. 71

e') Si el autor ha advertido el riesgo que se está realizando, es indiferente que el curso causal conducente al resultado ocurra a menudo o sólo raramente. Ejemplo: La persona gravemente herida por una puñalada dada con dolo de homicidio con un cuchillo no desinfectado muere de una infección no controlable por el tamaño de la herida, que fue causada por estar contaminado el cuchillo con un germen extremadamente raro [145]; el germen raro equivale al germen frecuente del mismo efecto (!) al igual que equivalen los respectivos ejemplares individuales (cada uno de por sí rarísimo) de una especie. 72

f') Si la lesión (pre-)supuesta y la acaecida no son de la misma gravedad, al menos y como máximo el *quantum* percibido se imputa a título doloso; si se produce menos, la acción se queda parcialmente en tentativa; si se produce más, a la consumación dolosa se le añade una realización no dolosa de resultado [146]. 73

g') En la medida en que se realiza el riesgo advertido por el autor, pero éste carece de relevancia para la *existencia* del resultado, se aplica lo indicado en relación con la atenuación de la pena por las causas hipotéticas del resultado (*supra* 7/92 ss.). 74

---

[145] *Vid. Jakobs*, Studien, p. 97; de acuerdo con *Schünemann*, JA, 1975, pp. 435 ss., 575 ss., 582, el curso causal sería aún adecuado, lo que sin embargo resultará, por definición, incorrecto en cursos causales «extremadamente raros»; una reproducción falseada del supuesto (la medida de las lesiones por puñaladas no se tiene en cuenta como condición del desenlace mortal de la infección) la aporta *Wolter*, ZStW, 89, pp. 649 ss., 685 s.; *el mismo*, Objektive und personale Zurechnung, pp. 71 s., 89 ss.

[146] RG, 26, pp. 61 ss.; está superada la antigua teoría de la relevancia del error cuantitativo (*Binding*, Normen, t. II, 1.ª ed., 1877, pp. 421, 425); p. ej., los §§ 224, 226 StGB son delitos que presuponen un error cuantitativo relevante.

2. *La consumación prematura y el* dolus generalis

75 En el ámbito del que se ha tratado hasta ahora el autor yerra sobre *cómo* a partir de su acción se llega al resultado. Distinto es el error sobre *cuál* de entre varias acciones del autor produce el resultado imaginado. El autor puede encontrarse, según su representación, aún en el estadio de la tentativa inacabada, pero haber condicionado ya suficientemente el resultado (consumación prematura), y puede pensar que ya ha determinado el resultado, siendo así que sólo lo determina después mediante un hacer incidental (el llamado *dolus generalis*).

76 *a)* Acerca de la *consumación prematura*: Lógicamente, no se tratará de un error cuando el autor conozca el ocasionamiento prematuro y —p. ej., para mejor asegurar el resultado— planea otras acciones apropiadas para producir el resultado. Ejemplo: Quien, en un incendio, tiene preparada gasolina para el caso de que la mecha encendida no baste, comete incendio doloso cuando la mecha ya incendia el objeto. Más bien se trata de supuestos en los que el autor supone que no ha hecho lo suficiente para efectuar el resultado, pero objetivamente sí lo ha hecho. Ejemplos: La víctima de un linchamiento se defiende contra una «ejecución» y perece ya en el forcejeo [147]. El autor quiere arrojar a la víctima, a la que ha narcotizado, ante un tren que pasa; ya la narcotización tiene un efecto mortal [148]. La doctrina dominante acepta que, si está iniciada la tentativa [149], se puede imputar a título doloso la consumación producida siempre que el curso causal sólo difiera inesencialmente (de modo adecuado) [150]; lo cual no es cierto, pues en los supuestos indicados, el autor no conoce las condiciones del resultado, de modo que no se realiza ningún riesgo que él conozca. La tentativa del autor de realizar otro riesgo para el mismo bien sigue siendo naturalmente imputable, al igual que una eventual realización imprudente del resultado que entrara en concurso ideal [151]. Acerca de las consecuencias del desistimiento, *vid. infra* 26/13.

Esta solución es aplicable también cuando el autor pierde la imputabilidad en el curso de la ejecución de la tentativa: Una tentativa comenzada con culpabilidad junto con una tentativa acabada no culpable no dan lugar conjunta-

---

[147] BGH, GA, 1944, pp. 123 ss.

[148] RG, DStr., 1939, pp. 178 s.

[149] Es decir, en todo caso no hay consumación cuando el autor pretende matar a su mujer fingiendo un accidente de caza y de camino hacia la partida de caza se produce un accidente de tráfico en el que resulta muerta la mujer. Gráficamente en relación con un supuesto semejante, *Fischer*, en *Noll*, AT, p. 80.

[150] En este sentido, las sentencias acabadas de indicar y además *SK-Rudolphi*, § 16, núm. marg. 34; *Welzel*, Lehrbuch, § 13, I, 3 *d*, ß; *Krümpelmann*, separata ZStW, 1978, pp. 6 ss., 24 ss.; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 23, núm. marg. 36; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 283; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 15, núm. marg. 56; *Schmidhäuser*, AT, 10, § 46, etc.

[151] *AK-Zielinski*, §§ 15, 16, núm. marg. 61; *LK-Schroeder*, § 15, núm. marg. 34 (naturalmente, en favor del concurso real); *Herzberg*, ZStW, 85, pp. 867 ss., 872, 883; *Frisch*, Verhalten, p. 603; *Hruschka*, JuS, 1982, pp. 317 ss., 320 s.; *el mismo*, AT, pp. 33 ss.; *Wolter*, ZStW, 89, pp. 649 ss., 697 s., y Leferenz-Festschrift, pp. 545 ss., 557 ss. (con una solución especial para los supuestos de desistimiento); *v. Scheurl*, Rücktritt, pp. 47 s.; *Armin Kaufmann*, Jescheck-Festschrift, pp. 251 ss., 264, con nota 28.

mente a un hecho consumado imputable [152]. Cuestión distinta es si un arrebato determinado de modo imputable mediante el hecho o anteriores estadios del plan (p. ej., un «delirio homicida» que invade al autor mientras está matando) hace decaer la culpabilidad (al respecto, *infra* 17/68; *vid.* asimismo 17/69 ss.; 18/14 ss., 17 s., 25, 32 ss.).

b) a') Sobre el *dolus generalis* [153]: No se trata de un caso de error cuando el autor, tras un resultado ya supuesto, actúa dolosamente sobre la víctima —p. ej., para mayor seguridad—. Ejemplo: El autor dispara una vez más a la cabeza de la víctima, que yace en el suelo a causa de disparos anteriores, a la que por estos mismos supone muerta, a fin de descartar cualquier posibilidad de que sobreviva; sólo el último disparo mata a la víctima, hecho doloso consumado. En el *dolus generalis* se trata más bien de supuestos en los que el autor cree que ya ha condicionado suficientemente el resultado, siendo así que sólo lo realiza mediante acciones posteriores, no percibidas como relevantes para el resultado. Ejemplos: El autor ha activado un dispositivo incendiario con temporizador; se detiene a fumar un cigarrillo, arroja la colilla y se marcha del lugar del hecho; la colilla ocasiona un incendio, pudiendo haber sido el dispositivo incendiario idóneo en sí, o bien sólo supuestamente idóneo. El autor cree haber matado a su víctima; la arroja a un río, o la entierra, o le ata una cuerda al cuello para aparentar un suicidio, o la atropella con el coche para simular un accidente de tráfico; sólo el comportamiento último en cada caso ocasiona la muerte [154]. 77

La situación se aparta aquí de la existente en la consumación prematura en que allí el autor de todos modos con el primer acto ha creado dolosamente un riesgo que se puede realizar a pesar del segundo acto o puede simplemente ser modificado por este segundo acto. Este no es el caso en los ejemplos acabados de citar —el carácter letal del riesgo creado dolosamente no permite explicar el curso causal que condujo a la muerte—, pero sí en otros en que el segundo acto se conecta en sus efectos con la idoneidad para el resultado del primer acto [155]. Ejemplo: El autor ha atravesado una arteria importante y un órgano 78

---

[152] De este modo a su vez la doctrina dominante; bibliografía en *Frisch*, Verhalten, pp. 615 ss., 623; de entre la jurisprudencia: BGH, 7, pp. 326 ss., 329 (tratado como problema de desvío, cuando la pérdida de la capacidad de culpabilidad tiene lugar en el *comienzo de la tentativa)*; 23, pp. 133 ss., 136, con comentario de *Oehler*, JZ, 1970, pp. 380 ss. (también desvío inesencial cuando la pérdida de la imputabilidad se sigue de un comportamiento *previo* al comienzo de la tentativa, pero con todo no debido a circunstancias que no se hallan a disposición del autor); BGH, 23, pp. 356 ss., 358 (no hay imputación cuando el autor pierde la capacidad de culpabilidad ya antes del comienzo de la tentativa). De acuerdo con la postura aquí defendida, en las dos primeras sentencias se trata sólo de tentativas, a reserva de otra solución con la exculpación. Igualmente, *Geilen*, JuS, pp. 73 ss., 76 s.; *el mismo*, Maurach-Festschrift, pp. 173 ss., 194 s.; también BGH, GA, 1956, pp. 27 s.; sobre ello, *Oehler*, GA, 1956, pp. 1 ss.

[153] El concepto procede de un temprano intento de solución, hoy ya no defendido (todo el actuar relacionado con el hecho ocurriría con dolo general); *Weber*, NArchCrimR, 7, pp. 551 ss., 577; en contra ya *Geyer*, GA, 13 (1865), pp. 239 ss., 313 ss.; claramente contra la figura del dolo general, BGH, 14, pp. 193 s.; al menos terminológicamente apegado al *dolus generalis*, *Welzel*, Strafrecht, § 13, I, 3 *d*, ß.

[154] *Vid.* los casos semejantes, RG, 67, pp. 258 s.; BGH, 14, pp. 193 s.; OGH, 1, pp. 74 ss., 75; *vid.* también ya los supuestos en *Osenbrüggen*, Casuistik des Criminalrechts, núms. 16 (pp. 40 ss.) y 17 (pp. 44 ss.).

[155] *Jakobs*, Studien, pp. 99 s.; *Frisch*, Verhalten, pp. 620 ss., con nota 240.

vital de la víctima al apuñalarla con dolo homicida. La víctima cae de modo que la arteria se abre, y se desangraría de seguir en esa postura antes de que surtiera efectos la herida en el órgano; no obstante, el autor esconde en seguida bajo un montón de madera lo que él supone ya un cadáver, de modo que la arteria se le estrangula y la víctima perece no por lo hemorragia, sino por la herida en el órgano; el riesgo del apuñalamiento se ha realizado, es decir, concurre un hecho consumado doloso [156]. No obstante, el resultado no es imputable a título doloso cuando el riesgo del primer acto queda desplazado por un nuevo riesgo creado a través del segundo acto: El riesgo creado dolosamente no se realiza, y el riesgo realizado no se crea dolosamente.

79 *b')* Cuando un amplio sector doctrinal argumenta que se trata de un supuesto particular del desvío del curso causal [157], si bien ello es cierto, no legitima para imputar la realización de un riesgo no advertido a título doloso. En la medida en que se decida en el sentido de que sólo hay tentativa, en caso de evitabilidad del segundo acto en concurso real con imprudencia [158], se pasa por alto que el riesgo del segundo acto puede añadirse meramente

[156] Lo cual evidentemente también se daría si la víctima se hubiese quedado echada y se hubiera desangrado; ello ha de mencionarse sólo porque *Roxin*, Würtenberger-Festschrift, pp. 109 ss., 120, ha malinterpretado la solución.

[157] En este sentido las sentencias mencionadas más arriba y muchos autores que aquí operan con el juicio de adecuación para el supuesto de que el segundo acto estuviera planeado desde el principio: *Welzel*, Strafrecht, § 13, I, 3 *d*, ß; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 281 (con observación sobre la importancia del plan para la adecuación); *SK-Rudolphi*, § 126, núm. marg. 35; *Wolter*, Leferenz-Festschrift, pp. 545 ss., 549 s. (estimando la consumación dolosa con mayor amplitud aún, *el mismo*, ZStW, 89, pp. 649 ss., 659 s., 683 ss., 694); *Driendl*, GA, 1986, pp. 253 ss.; en favor de la consumación, incluso sin el requisito de plan que lo abarque (¿pero en qué consiste, p. ej., un trato adecuado con un supuesto cadáver?), *Schönke-Schröder-Cramer*, § 15, núm. marg. 58; *Jescheck*, AT, § 29, V, 6 *d; H. Mayer*, JZ, 1956, pp. 109 ss.; *Baumann-Weber*, AT, § 26, II, 4 *b*, ß.

[158] Así RG, 70, pp. 257 ss., 258; decididamente así ya *Engisch*, Untersuchungen, p. 72; *Frank*, § 59, nota IX, *in fine;* además, *Maurach-Zipf*, AT, I, § 23, núm. marg. 33 ss.; *Maiwald*, ZStW, 78, pp. 30 ss.; *Schmidhäuser*, AT, 10/46; *Backmann*, JuS, 1972, pp. 196 ss., 199; *Herzberg*, ZStW, 85, pp. 867 ss., 888; *Hruschka*, JuS, 1982, pp. 317 ss., 319 s.; *el mismo*, AT, pp. 28 ss. *Otras posturas:* De acuerdo con *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 31, en relación con núm. marg. 29, hay que atender a si el primer acto tuvo una consecuencia concretamente apta para el resultado (entonces consumación dolosa) o no. Esta solución equipara a la consumación no toda tentativa, sino solo la tentativa idónea acabada, pero al fin y al cabo una tentativa. *Roxin* (Würtenberger-Festschrift, pp. 109 ss.) no pretende decidir en función de la realización del riesgo, sino en función de la realización del plan, lo que implicaría que sólo, pero siempre, en caso de intención habría que apreciar consumación, y en otro caso tentativa: «La prueba en el ejemplo ofrece la suposición hipotética de que el autor, tras el primer acto, se habría dado cuenta de que su víctima vivía aún; el asesino con intención habría ejecutado entonces impertérrito la segunda acción mortal, mientras que un autor meramente doloso no lo habría hecho porque ello no habría correspondido a sus objetivos». En contra hay que objetar lo siguiente: 1) Si al autor con intención en realidad le viene «como llovido del cielo» el resultado que cree haber alcanzado, la intención no es motivo alguno para interpretar esa casualidad como un ocasionamiento doloso. 2) La solución sólo es adecuada cuando al autor con intención le es indiferente la forma de comisión. Ejemplos: El autor, que cree haber envenenado a su víctima con unas píldoras, y la arrastra a la habitación de ésta para fingir un suicidio, momento en que se le escurre el supuesto cadáver, que recibe un fuerte golpe y entonces sí que resulta muerto, si hubiera conocido la realidad no habría llevado a cabo en absoluto la caída al suelo. 3) Además, tras el primer acto, la intención puede haberse «agotado», p. ej., porque el autor ve que la víctima no lleva encima el botín que él esperaba; ¿para qué iba a atacarla otra vez? Crítica también en *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 31, con nota 28; *Prittwitz*, GA, 1983, pp. 110 ss., 114.

modificando o complementando, sin desplazar al riesgo del primer acto (*supra* 8/70 ss.).

3. *El error en el objeto*

a) Si el autor yerra en alcanzar al objeto al que apuntaba (en el sentido de objeto de ataque, pudiendo tratarse también de una persona) y alcanza en su lugar a otro, habiendo advertido esta posibilidad de transcurso causal como no improbable, se da dolo alternativo (*supra* 8/33). 80

Si el autor no conoce que podría resultar afectado otro objeto (*aberratio ictus, error in objecto*), responderá por el ataque intentado al objeto al que apuntaba, y a lo sumo además por la lesión imprudente del objeto alcanzado [159], pero no por consumación dolosa, ni siquiera cuando ambos pertenecen a la misma clase [160].

Y ello por el siguiente motivo: Mediante el ataque al objeto al que se apunta el autor crea un riesgo también para objetos que se encuentran en el ámbito de dispersión del medio comisivo; pero este riesgo no lo conoce (y no tiene por qué ser no permitido; así, p. ej., cuando en el ámbito de dispersión *ex ante* no puede encontrarse nadie). La realización del riesgo de desvío tampoco es una mera variante del transcurrir del riesgo conocido, pues el riesgo de desvío depende en cada caso de elementos situacionales diversos, es decir, no se le puede determinar en su clase y medida a partir del riesgo advertido. En concreto: Si alguien apunta al lado derecho de una persona, el que le alcance en el lado izquierdo [160a] no constituye un desvío que impida la consumación dolosa, pues esta posibilidad está dada conjuntamente por el hecho de disparar a una persona; el que junto a la persona esté otra, o un objeto que pueda romperse, etc., no está determinado por el hecho de que se dispare a una persona, es decir, constituye mero azar en relación con el peligro advertido.

Ejemplo: El autor, atacado en la oscuridad por un compañero de vivienda se defiende con un bastón, acertando, en lugar de al atacante, a la mujer que se encontraba inadvertidamente detrás de éste, y que pretendía apaciguarlo [161].

---

[159] Así la doctrina dominante; *Jescheck*, AT, § 29, V, 6 *c*; *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 9; *Backmann*, JuS, 1971, pp. 113 ss., 118; *Jakobs*, Studien, p. 99; *Silva Sánchez*, ZStW, 101, pp. 352 ss. (que atiende acertadamente a la realización del riesgo advertido, p. 373); *Wolter*, ZStW, 89, pp. 649 ss., 650, nota 5; *el mismo*, Leferenz-Festschrift, pp. 545 ss., 551 s. (desde luego, *Wolter* reconoce excepciones notables, en las que habría que castigar por consumación, sobre todo cuando al autor le es indiferente quién va a ser la víctima; *el mismo*, en: Grundfragen, pp. 103 ss., 130; pero lo que *aceptaría* el autor, si reparase en ello, no está con ello ya presupuesto); *Frisch*, Verhalten, pp. 616 s.; *Janiszewski*, MDR, 1985, pp. 533, 537 ss.; *Schreiber*, JuS, 1985, pp. 873 ss., 874; *Herzberg*, ZStW, 85, pp. 867 ss., 890 s.; con ulteriores remisiones, pp. 867, nota 2; no obstante, distinguiendo, *el mismo*, JA, 1981, pp. 369 ss., 373, 470 ss., 472 ss.; *vid.* asimismo la jurisprudencia citada *infra* en relación con los ejemplos.

[160] *De otra opinión*, *Weber*, Grundriß, § 9, II, 1; *Welzel*, Strafrecht, § 13, I, 3 *d*, α, con bibliografía sobre la doctrina antigua; *Loewenheim*, JuS, 1966, pp. 310 ss.; *Puppe*, GA, 1981, pp. 1 ss., 20; *Kuhlen*, Unterscheidung, pp. 479 ss.; *AK-Zielinski*, §§ 15, 16, núm. marg. 64; limitándose a los bienes materialmente intercambiables (es decir, no personalísimos), *Hillenkampf*, Bedeutung, pp. 127 ss.

[160a] *Frisch*, Verhalten, pp. 618 ss.

[161] RG, 58, pp. 27 ss., 28; *vid.* ya RG, 2, pp. 335 ss., 337; 3, p. 348; 19, pp. 179 ss., 180; 54, pp. 349 ss., 350.

Lesiones peligrosas intentadas al atacante, impunes por legítima defensa (§§ 223 a, 22. 32 StGB) y lesiones inevitables a la mujer (por tanto objetivamente no imputables).

81 *b)* No concurre *aberratio ictus* (sino *error in persona*, etc., que no impide el dolo; acerca de ello, en seguida *infra* 8/82) cuando el autor identifica el objeto atacado sólo por medio de su posición en el curso causal, aun cuando se imagine que puede designar el objeto definido acertadamente mediante ulteriores elementos identificativos («éste será X», o similar). La situación es confusa y aún está por aclarar en sus supuestos extremos [162]. Ejemplos [163]: El autor instala tras un puente una bomba con un dispositivo de inducción y un contador, de modo que el segundo vehículo que pase desencadenará la explosión; el autor supone que el segundo vehículo (él mismo pasa el primero) lo va a conducir un miembro del Gobierno, pero llega antes un agricultor con su tractor. El autor le envía aguardiente envenenado a su amigo, estando subjetivamente seguro de que sólo éste va a consumir la bebida; sin embargo, el destinatario regala la botella, y quien la recibe muere [164]. El autor envenena la comida situada en el lugar de la mesa donde todos los días come el presidente, pero precisamente el día elegido para el hecho éste cambia de sitio con otra persona. El autor iba a marcar el número de teléfono de la víctima a la que deseaba injuriar, pero se confunde al marcar y tan pronto como descuelgan el teléfono comienza a soltar injurias que «le cuadran» a cualquiera [165]. El autor manipula una carta-trampa preparada con un tinte en el lugar de trabajo de su superior, para que se sospeche de él, pero en su lugar abre la carta la secretaria, que cae bajo sospecha [165a].

En supuestos de esta índole, el autor ha individualizado a la víctima por circunstancias que son dependientes del curso causal (miembro del Gobierno, amigo, presidente, persona a la que injuriar, superior); sin embargo, sólo llega a esta suposición porque cree, erróneamente, a partir de la víctima ya individualizada acertadamente por su posición en el curso causal (el segundo que pase por el puente, el que beba el aguardiente, el que se se siente en el sitio del presidente, el que descuelgue el teléfono, el que abra la carta-trampa), que se tratará de otra persona individualizable también de otro modo. Sin embargo, esto último es una individualización adicional irrelevante típicamente [166]. Natural-

[162] El problema lo perciben *Blei*, AT, § 33, I, 1 *c in fine*; *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 13; *Backmann*, JuS, 1971, p. 113 s., 119; ahora ampliamente *Puppe*, GA, 1981, p. 1 ss., 4 ss., que parte acertadamente de la individualización del objeto, pero no tiene en cuenta si se realiza el riesgo *percibido* por el autor; *Herzberg*, JA, 1988, p. 369 ss., 470 ss., 472 ss. (argumentando a partir de la supuesta evidencia del sentimiento jurídico); *Prittwitz*, GA, 1983, pp. 110 ss.; *Janizewski*, MDR, 1964, pp. 533 ss.

[163] *Vid.* asimismo OLG Neustadt, NJW, 1964, pp. 311.

[164] No obstante, en favor de la solución de la *aberratio ictus*, *Jescheck*, AT, § 29, V, 6 *c*.

[165] BayObLG, 1986, pp. 911 s., con comentario diferenciador de *Streng*, JR, 1987, pp. 431 ss.

[165a] BGH, 9, pp. 240 ss., 242.

[166] Críticamente, *Wolter*, en: Grundfragen, pp. 103 ss., 126. No obstante, la individualización adicional puede llegar a ser significativa para la justificación cuando p. ej., en el supuesto mencionado las invectivas contra el destinatario buscado estarían justificadas en virtud de la salvaguardia de intereses legítimos. Este problema puede aparecer también en el *error in persona*, etc. (lo cual lo pasan por alto *Blei*, AT, § 33, I, 1 *c*; *Jescheck*, AT, § 29, V, 6 *c*, quienes consideran la posibilidad de error sobre los presupuestos de la justificación como indicio de una situación de confusión). Ejemplo: La persona a quien se ha golpeado hasta dejarla inconsciente, cuando recupera el

mente, si el riesgo advertido por el autor en una intensidad relevante para la decisión existe sólo para una víctima individualizada, la individualización fundamenta el conocimiento del riesgo, con la consecuencia de que el riesgo advertido no puede realizarse en otra víctima. Ejemplo: Un hombre envenena la bebida somnífera que le pone a su mujer todas las noches en la mesilla (si está ausente la mujer, su conducta es no peligrosa *ex ante* y por tanto no imputable objetivamente); un ladrón se bebe el veneno [166a]. Si el autor sabe que la posición en el curso causal la puede asumir una víctima o bien otra, se da dolo alternativo (*vid. supra* 8/80, al principio).

4. *El error en la individualización y el error en el motivo*

Si el autor yerra —en relación con el objeto concreto que ha incluido acer- 82
tadamente en una determinada clase, definida típicamente— sobre ulteriores individualizaciones no relevantes para el tipo en cuestión, tal error (*error in persona vel objecto*) no impide la imputación como hecho doloso consumado, al igual que tampoco cualquier otro error sobre la significación subjetiva del hecho, típicamente irrelevante (*error en el motivo*) [167]. Estos errores son irrelevantes porque no afectan a elementos de los que dependa la realización del tipo [168].

Ejemplos de *error in persona*: El autor, inducido por un deudor, mata de un disparo a una persona, a la luz del atardecer, creyendo erróneamente haber reconocido al acreedor de aquél [169]. Un ladrón, en el curso de la huida, mata de un disparo a la persona que tomó por un perseguidor, tratándose sin embargo de otro cómplice que también huía [170]; homicidio doloso consumado. Ejemplo de error en el motivo: El autor propina una paliza al niño del vecino, suponiendo erróneamente que éste le ha roto el cristal de la ventana; lesiones

---

conocimiento comienza a golpear a su vez al médico que está inclinado examinándolo, a quien toma erróneamente por su agresor; error sobre los presupuestos de la justificación.

[166a] Con arreglo a estos principios se decide también el supuesto aportado por *Herzberg*, GA, 1988, pp. 369 ss., 470 ss., 474, en el que un autor dispara hacia el automóvil aparcado de su enemigo, alcanzando a una pareja de novios que se había introducido allí subrepticiamente. Se trata de si el riesgo de que en un automóvil detenido se encuentren personas no autorizadas es aún de gravedad relevante para la decisión. A la producción del resultado en el «objeto de ataque percibido sensorialmente» atiende *Prittwitz*, GA, 1983, pp. 110 ss., 127 s.; en contra, con buen criterio, *Janizewski*, MDR, 1985, pp. 533 ss., 536.

[167] Lo cual es válido sólo siempre que el autor no se equivoque sobre *otras* especificaciones relevantes típicamente; *Warda*, Blau-Festschrift, pp. 159 ss., 161 ss. Ejemplo: Si el maestro de peluquería le indica al oficial que el cliente de cabello moreno desea el pelo muy corto y el oficial le corta el pelo a un cliente moreno distinto, entonces está suponiendo, debido a la confusión, un consentimiento excluyente del tipo; no hay lesiones. Acerca de los casos de doble error, en que uno anula al otro (p. ej., el autor considera que la hija de quince años del vecino tiene trece; realiza acciones sexuales con una muchacha de trece años a la que ha tomado por la hija del vecino; abusos consumados del § 176.1 StGB), *vid. Warda*, loc. cit.

[168] En cuanto al resultado, no discutido, pero con distintas fundamentaciones; sobre ello con buen criterio, *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 8.

[169] Caso Rose (autor)-Rosahl (inductor); Preuß. Obertribunal, GA, t. 7 (1859), p. 332; *vid.* además RG, 18, pp. 337 ss.; 19, pp. 179 s.

[170] *Vid.* BGH, 11, pp. 268 ss.; el hecho no pasó de tentativa.

dolosas consumadas. Acerca de los efectos del error en la individualización relativos a los partícipes, *vid. infra* 21/45, 106.

E. Los elementos típicos atenuantes como objeto del dolo

83 1. Si el autor no conoce elementos típicos atenuantes, no obstante podrá ser condenado por consumación dolosa sólo del tipo privilegiado si se trata de elementos del *tipo de injusto*, pues entonces falta precisamente un elemento objetivo para el tipo de injusto entero (no privilegiado) [171]. Junto a ello, se da la tentativa del tipo no privilegiado. Ejemplo [172]: El autor se mutila sólo relativamente (§ 109.2 StGB), pero se había propuesto una mutilación absoluta, que le impidiera cumplir el servicio militar (§ 109.2 StGB); tentativa de la mutilación absoluta y consumación de la relativa.

En supuestos menos graves, cuando se crea un «privilegio consistente en la perseguibilidad sólo a instancia de parte» (§ 248 a StGB), independiente del injusto, o cuando el precepto descarta expresamente la posibilidad de tratarse de un supuesto comprendido en cláusulas del género «concurre por lo general...» (§ 243.2 StGB), se aplica paralelamente esta solución, así como en los privilegios de perseguibilidad por retorsión (§§ 199, 230 StGB, dudoso). Ejemplo de estos últimos: El autor, en una situación tensa, golpea a la víctima, habiendo oído de ésta palabras agresivas que, sin embargo, aún no había entendido como injuriosas. La retorsión es posible.

En caso de ignorancia de elementos que comportan una justificación parcial (así, junto a otros motivos, en el § 216; acerca de ello se tratará en seguida), el resultado ha de ser el mismo, aplicando las reglas generales sobre la ignorancia de los presupuestos de la causa de justificación (*infra* 11/23). En caso de desconocimiento del aspecto objetivo de los elementos que atenúan la culpabilidad en el tipo de culpabilidad (p. ej., § 217 StGB), incluidos los supuestos menos graves referidos a la culpabilidad (p. ej., § 213 StGB), ha de castigarse por el delito no privilegiado (no atenuado). Ejemplo: La parturienta mata al recién nacido que supone legítimo erróneamente; no infanticidio, § 217 StGB [173], sino homicidio, § 212 StGB.

84 2. Si el autor supone erróneamente elementos típicos atenuantes, con arreglo al § 16.2 StGB sólo se le puede castigar a título de comisión dolosa por el precepto privilegiado [174]. El § 16.2 StGB es aplicable sólo a las atenuaciones

---

[171] *Schönke-Schröder-Cramer*, § 16, núm. marg. 28; *Jescheck*, AT, § 29, V, 5 *b; de otra opinión, Maurach-Zipf*, AT, I, § 23, núm. marg. 19 ss.; *vid.* además *Warda*, Jura, 1979, pp. 1 ss., 71 ss., 113 ss., 115 ss.

[172] *Vid.* al respecto, no obstante, *Warda*, loc. cit., pp. 115, nota 77.

[173] Debido a la formulación exclusivamente objetiva del § 217 StGB, desde el punto de vista del principio de taxatividad del artículo 103.2 GG y § 1 StGB es dudosa la decisión por la que se interpola en el tipo que una presión anímica tiene que ser al menos presumible en abstracto; *vid. Küper*, H. Mayer-Festschrift, pp. 185 ss., 195; *Maihofer*, Maurach-Festschrift, pp. 107 ss., 111 s.

[174] Así ya en relación con el Derecho anterior, RG, 31, pp. 285 s.; BGH, 24, pp. 168 s. (en caso de determinación dudosa de la graduación entre los preceptos en juego).

del tipo de injusto [175]; las atenuaciones por justificación incompleta siguen las reglas generales de la suposición errónea de presupuestos de causas de justificación (*infra* 11/42 ss., 58) [176], lo que conduce al mismo resultado: El marco penal del hecho doloso que queda se equipara al del delito imprudente [177]. Así pues, la diferenciación carece de trascendencia práctica. Ejemplo: Dado que en el § 216 StGB (homicidio a ruego) no se quebranta la voluntad de una persona, sino que se actúa de acuerdo con ella, la lesión del bien ya no es de la misma gravedad que la del homicidio, y por tanto el precepto constituye una atenuación del injusto. En la medida en que el autor tiene un motivo comprensible jurídicamente para suponer el ruego, la acción, también por el fin perseguido, se convierte en antes tolerable jurídicamente; en esa medida el precepto posibilita también la atenuación por justificación incompleta.

3. El § 16.2 StGB se aplica paralelamente también a los supuestos menos graves, a los «privilegios de perseguibilidad sólo a instancia de parte» (§ 248 a StGB) y a los supuestos en que el precepto descarta la posibilidad de que se hallen comprendidos en cláusulas del tipo «concurre por lo general...» (§ 243.2 StGB), en tanto que las instituciones mencionadas afecten al tipo de injusto. No es posible la aplicación a la retorsión, porque a falta de un delito correspondiente, decae la posibilidad de imputar a un autor «paralelo» la lesión como asunto suyo [178]. Ejemplo: Quien cree erróneamente haber sido injuriado y propina una bofetada al supuesto autor de la ofensa, por falta de reciprocidad objetiva no puede «realizar la compensación». 85

4. La suposición de una atenuación en caso de enjuiciamiento paralelo correcto en la consciencia del autor, pero que a la vez constituye delimitación errónea del alcance de un elemento del tipo, es irrelevante, como error de subsunción [179] (*vid. supra* 8/50). Ejemplos (referidos a la aplicación analógica del § 16.2 StGB): Quien supone que la insignificancia del valor de una cosa se ha de determinar relativamente, y, con la esperanza de que se le apliquen los beneficios establecidos en los §§ 243.2, 248 *a* StGB, sustrae a un multimillonario un objeto que vale lo que el salario mensual medio de un trabajador, responde plenamente. 86

5. En la suposición errónea de atenuaciones sobre la base de un tipo *de culpabilidad* privilegiante, se aplica analógicamente el § 35.2 StGB; acerca de ello, *infra* 17/79 ss. 87

---

[175] *Horstkotte*, en: Sonderausschuß, BT, V, pp. 1779 ss., 1780, que excluye la imprudencia, incorrectamente, del delito no privilegiado, loc. cit., párrafo derecho arriba; *Franke*, JuS, 1980, pp. 172 ss., 173.

[176] *De otra opinión, Krümpelmann*, suplemento ZStW, 1978, pp. 6 ss., 14, que pretende tratar con arreglo al § 16.2 StGB todos los privilegios, incluida la exculpación parcial; para el § 217 StGB, también *Schönke-Schröder-Eser*, § 217, núm. marg. 11, con bibliografía.

[177] Acerca del paralelismo de las soluciones, *vid.* principalmente *Schaffstein*, OLG-Celle-Festschrift, p. 175 ss., 186; *Küper*, GA, 1968, pp. 321 ss., 331, evidentemente allanando ambos autores las diferencias entre los elementos que hacen tolerable (en parte) un comportamiento que defrauda (justificación) y los elementos que, sin tener en cuenta el contexto, no lo dejan aparecer como (enteramente) defraudante de expectativas (privilegios de tipo).

[178] *De otra opinión, LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 73, con bibliografía.

[179] *Küper*, GA, 1968, pp. 321 ss., 334.

V. LOS ELEMENTOS DE TENDENCIA Y DEMAS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO

BIBLIOGRAFIA: *H. Alwart,* Der Begriff des Motivbündels im Strafrecht, GA, 1983, pp. 433 ss.; *K. Engisch*, Bemerkungen zu Theodor Ritlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, Rittler-Festschrift, pp. 165 ss.; *H. A. Fischer*, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911; *W. Gallas*, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW, 67, pp. 1 ss.; *W. Hardwig*, Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, ZStW, 68, pp. 14 ss.; *A. Hegler*, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW, 36, pp. 19 ss.; *G. Heine*, Comentario a BGH, JR, 1990, pp. 297 s., loc. cit., pp. 299 ss.; *R. D. Herzberg*, Wegfall subjektiver Tatbestandsvoraussetzungen vor Vollendung der Tat, Oehler-Festschrift, pp. 163 ss.; *G. Jakobs*, Niedrige Beweggründe beim Mord und die besonderen persönlichen Merkmale in 50 Abs. 2 und 3 StGB, NJW, 1969, pp. 485 ss.; *el mismo*, Die subjektive Seite von Erfolgsdelikten bei Risikogewöhnung, Bruns-Festschrift, pp. 31 ss; *H.-H. Jescheck*, Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre, ZStW, 73, pp. 179 ss.; *E. J. Lampe*, Das personale Unrecht, 1967; *F. Loos*, Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in die Praxis, en: *U. Immenga* (ed.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, 1980, pp. 261 ss.; *E. Mezger*, Die subjektiven Unrechtselemente, GS, 89, pp. 207 ss.; *el mismo*, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, Traeger-Festschrift, pp. 187 ss.; *F. Nowakowski*, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStW, 63, pp. 287 ss.; *el mismo*, Probleme der Strafrechtsdogmatik. Zugleich eine Besprechung von Jeschecks Lehrbuch des Strafrechts, JurBl., 1972, pp. 19 ss.; *H.-U. Paeffgen*, Einmal mehr Habgier und niedrige Beweggründe, GA, 1982, pp. 255 ss.; *E. Schmidhäuser*, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958; *R. Sieverts*, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, 1934; *G. Stratenwerth*, Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale, v. Weber-Festschrift, pp. 171 ss.; *el mismo*, Gewerbsmäßigkeit im Strafrecht, Schultz-Festgabe, pp. 88 ss.; *H. Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW, 58, pp. 491 ss.; *el mismo*, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975; *D. Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973.

88 La realización del tipo objetivo es acción de un autor cuando ocurre de modo evitable, es decir, dolosa o imprudentemente. No obstante, los tipos de la Parte Especial generalmente no se conforman en la parte subjetiva con que concurra una acción de cierta clase —ello sólo basta en los delitos aislados comisibles por imprudencia, en el Derecho penal central—, sino que requieren una *evitabilidad cualificada*, es decir, dolo (§ 15 StGB), o incluso dolo cualificado, bien referido a todo el tipo, bien a elementos singulares. Este *plus* en relación con los requisitos mínimos de una acción pertenece al tipo de injusto, dado que en tales casos no se puede determinar el injusto típico jurídico-penal sin las cualificaciones de la evitabilidad. Acerca de los principios conforme a los que ha de requerirse un dolo cualificado, *vid. supra* 8/34 ss.

89 La congruencia entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo se abandona en los delitos que están estructurados como una tentativa acabada (*delitos de resultado cortados*, *supra* 6/93), los cuales se consuman cuando el autor ha ejecutado

la acción con dolo de (ulterior) lesión de un bien. Ejemplos: §§ 164, 229, 267.1.3.er grupo de casos StGB. Además, los delitos de emprendimiento (§ 11.1, núm. 6, StGB) en el caso de tentativa acabada. La pertenencia a éste o al siguiente grupo, análogo a la tentativa inacabada y a los actos preparatorios, puede depender completamente del caso concreto; así, p. ej., en el § 274 StGB se trata de si mediante la destrucción del documento está ya suficientemente condicionado el perjuicio, o de si más bien han de ejecutarse ulteriores actos (p. ej., una demanda). El aspecto interno trascendente pertenece de modo tan evidente al injusto en este grupo como el dolo en la tentativa.

2. La trascendencia subjetiva es aún mayor si el delito (de resultado cor- 90
tado) está ya consumado, aun cuando para una (ulterior) lesión del bien todavía han de ejecutarse otras acciones: El delito está estructurado como una tentativa inacabada o como un acto preparatorio. Ejemplos: §§ 146.1, núms. 1 y 2, 148.1, núms. 1 y 2; 149.1, 242 (con el componente de desposeer, propio del ánimo de apropiación, en el supuesto común), 267.1, 1.° y 2.° grupos de casos StGB; de modo extraordinariamente amplio: § 80 StGB; además, los delitos de emprendimiento (§ 11.1, núm. 6 StGB) en el caso de tentativa inacabada. En las intenciones de perjudicar o de infligir daños importa si el perjuicio ha de ser específico del delito o no (perjuicio para la *prueba* en los §§ 272, 274 StGB; discutido), y entonces tales elementos se incluirán en este grupo, o bien puede ser cualquiera, y entonces importa ya sólo —a falta de determinación típica del perjuicio— el motivo indigno (acerca de ello se tratará en seguida). También aquí el dolo (propósito) trascendente pertenece al injusto, del mismo modo en que determina el injusto en la tentativa.

C. 1. En los grupos de casos mencionados hasta ahora, de dolo (propó- 91
sito) trascendente, se trata de la lesión del bien (presupuesta) y de su tendencia. Los elementos de otro grupo ulterior de intenciones trascendentes se refieren a un *planeamiento* del autor que determina la lesión del bien sólo *según su clase*. Ejemplos: El hurto (§ 242 StGB) no es sólo una injerencia en la propiedad mediante sustracción, sino que además requiere el ánimo de apropiación, es decir, es un hecho mediante el cual (en caso de desposesión duradera) debe efectuarse un desplazamiento de la facultad de disposición fáctica (por el componente de *des*posesión, el ánimo de apropiación se encuadra aún en el grupo antecedente). La estafa (§ 263 StGB) requiere, paralelamente, el ánimo de lucro que recae sobre la misma materia en que reside el perjuicio, al igual que la extorsión (§ 253 StGB).

A este grupo pertenecen también todas las intenciones de obtener beneficio en las que el beneficio está delimitado específicamente para cada delito, como p. ej., el lucro (coincidente materialmente) en la receptación [180] (§ 259 StGB), el beneficio procedente del patrimonio de una prostituta en el rufianismo [181] (§ 181 *a* 1, núm. 2, StGB), el beneficio conseguido mediante el uso del documento —y no p. ej., a través del pago del hecho por parte de terceros— en la falsificación de documentos grave y y medial [182] (§ 272 StGB).

[180] Muy discutido; bibliografía en *Schönke-Schröder-Stree*, § 259, núm. marg. 48.
[181] Discutido, *vid. Schönke-Schröder-Lenckner*, § 181 *a*, núm. marg. 12.
[182] Discutido, *vid. Schönke-Schröder-Stree*, § 272, núm. marg. 1.

92 2. *a)* También estos elementos subjetivos pertenecen al injusto; como descripciones del modo de proceder planeado para *después* de la consumación, constituyen la contrapartida subjetiva de las numerosas descripciones de un curso causal conducente *hacia* la lesión del bien, descripciones como las de la sustracción en el hurto o del engaño en la estafa. Al igual que las descripciones de la vía hacia la lesión no extraen lesiones singulares, más o menos arbitrariamente, de un injusto de lesión fundamentado en sí (¿cómo?), sino que las tipifican como injusto con mayor o menor exactitud a partir del arsenal completo de las lesiones comunes, inevitables, que han de soportarse, o que ya resultan intolerables; así también las intenciones no son meras delimitaciones de un injusto determinado ya de otro modo (¿cómo?); más bien, mediante la enumeración de las intenciones se singularizan, a partir del ámbito de las acciones lesivas, las acciones socialmente intolerables y por ello injustas, lo que, de todos modos, unas veces se consigue y otras no. Aquí reside el *tránsito de los elementos subjetivos de tendencia a los elementos subjetivos del injusto* en sentido estricto. Al igual que en el tipo objetivo el injusto no siempre tiene por contenido la causación del resultado, en el tipo subjetivo no sólo se trata de causación dolosa o imprudente del resultado: El injusto no siempre está orientado naturalísticamente a la lesión de un bien.

92a *b)* La interpretación de aquellos delitos en los que un comportamiento está «cortado» puede arrojar por resultado que, para la ejecución del aspecto subjetivo del comportamiento (p. ej., para el uso del documento que aún ha de falsificarse), el dolo no sólo deba concurrir en el comportamiento antecedente (en la falsificación de documentos), sino también cuando el resultado del comportamiento antecedente afluye al autor (cuando él puede disponer de documentos falsos realizados a encargo suyo). En tales delitos, el resultado típico no es el afluir *per se*, sino sólo el afluir a un autor que esté dispuesto a continuar actuando; dicho de otro modo: la producción del resultado depende de que el autor persevere en su dolo. Así pues —desviándose del principio (*supra* 8/1 s.)— el dolo completo no sólo ha de concurrir en la acción típica, sino —en tanto que no esté ya realizado— también en el acaecimiento del resultado. Ejemplo: Si el autor encarga, con propósito de usarlo para engañar, un documento falso a un tercero que actúa de buena fe, y abandona el propósito de usarlo tras la pérdida de su dominio sobre el instrumento (terminación de la tentativa, *infra* 21/105), pero antes de recibir el documento falsificado, impide así la consumación de la falsificación de documento en la modalidad de producción de documento inauténtico (§ 267.1, 1.ª variante StGB) y desiste (sin prejuzgar la voluntariedad, *infra* 26/18) [182a].

93 3. Los elementos subjetivos del injusto (al principio confundidos con las tendencias subjetivas trascendentes a lesionar bienes, *vid.* el grupo mencionado anteriormente) se descubrieron mucho antes de que se desarrollara el dolo como núcleo del tipo subjetivo [183]. Desde el principio les han acompañado in-

---

[182a] *Herzberg*, Oehler-Festschrift, pp. 163 ss., 174 ss.

[183] Fundamentales, *H. A. Fischer*, Rechtswidrigkeit; *Hegler*, ZStW, 36, pp. 19 ss.; *M. E. Mayer*, AT, p. 12, 15 ss.; *Mezger*, GS, 89, pp. 207 ss.; *vid.* además *Welzel*, ZStW, 58, pp. 491 ss., 505 ss. Exposición de la historia en *Lampe*, Das personale Unrecht, pp. 13 ss., 31 ss.; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert, pp. 26 ss. *Negativamente*, sobre todo, *Rittler*, Lehrbuch, t. I, § 18 (al respecto, *Engisch*, Rittler-Festschrift, pp. 165 ss.; *Jescheck*, ZStW, 73, pp. 179 ss., 1977 ss.); *Nowakowski*, Grundriß, pp. 54 s.; *el mismo*, ZStW, 63, pp. 287 ss., 308 ss.; no obstante, de otro

tentos de entenderlos no como contenido del injusto, sino como meras condiciones para que un injusto interpretado naturalísticamente como lesión de un bien jurídico se convierta en jurídico-penalmente relevante [184].

D. 1. En un grupo ulterior, la ley menciona los *motivos* del autor, pero no por la *configuración* planeada del hecho, sino por la valoración del impulso de actuar. Junto a las intenciones de perjudicar o de obtener un beneficio vinculadas con la acción de modo no específico de cada delito, se trata de actuaciones para satisfacer el impulso sexual, por codicia, o por cualquier móvil vil o para posibilitar un hecho delictivo, en el § 211.2 StGB (*vid. supra* 869). Asimismo, esta valoración de impulsos puede darse con todos las intenciones trascendentes (así, el § 181 *a* 1, núm. 2, StGB no apunta sólo a la *configuración* del hecho consistente en enriquecerse a costa del patrimonio de una prostituta, sino también al *impulso* de enriquecerse). 94

2. Una delimitación exacta, en el caso concreto, entre estos motivos y el *aspecto de los impulsos determinado ya sólo pasionalmente* (asesinato por sed de sangre, en el § 211.2 StGB) no es posible ni necesaria, mientras que en el impulso importe su contenido, pero no su existencia o dimensión. Así pues, la sed de sangre en el asesinato sólo es motivo en tanto que intención de satisfacer un deseo, al igual que la codicia, al pie de la letra, es más bien un impulso que un motivo, mientras que a su vez la intención de ocultar otro delito está formulada como motivo, pero atiende, según entiende la doctrina dominante, al efecto impulsor del miedo a ser descubierto. Sustancialmente, se trata de una valoración del impulso de la acción en tanto que abyecto o fútil [185] desde el punto de vista del hecho, o de su consideración como especialmente peligroso (intención de ocultar en el asesinato). 95

Puede sumarse a ello la peligrosidad de que el fin de la acción esté muy condicionada desde el punto de vista pasional. Este condicionamiento pasional no tiene eficacia exculpante, porque el autor es responsable de su origen (¡ánimo de ocultar! *Vid.* cuándo se descarta la exculpación en el § 35.1.2 StGB).

3. La pertenencia de estos elementos al injusto puede ser dudosa, al igual que también puede serlo la situación del límite entre injusto, culpabilidad y los elementos directamente preventivos (¡ánimo de ocultar!) [186]. Sin embargo, dado que en estos elementos no importa la reprochabilidad de la voluntad de obrar, sino ya de la relación de finalidad elaborada por la voluntad de obrar, interpretarlos como elementos subjetivos del injusto sería lo más adecuado para estos elementos [186a]. 96

---

modo ahora *el mismo*, JurBl., 1972, pp. 19 ss., 25. Específicamente en relación con la intención, *vid. Stratenwerth*, AT, núm. marg. 315 ss.

[184] Muy decididamente en este sentido sólo condicionado, *Beling*, Grundzüge, 10 ed., p. 17 («ciertas formas de la culpabilidad no se ven abarcadas por ninguna ley penal») y en parte también *Sieverts*, Lehre von den subjektiven Unrechtselementen; sobre ello, *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert, p. 31, con bibliografía.

[185] Así en los móviles viles y en la intención de «posibilitar» (la ocultación de otro delito) en el asesinato; sobre esto, *Jakobs*, NJW, 1969, pp. 489 ss., 490; *SK-Horn*, § 211, núm. marg. 8 ss.

[186] Acerca de la distinción entre dirección de la acción y *dirección* del impulso —no como aquí: *clase* de impulso— *vid. supra* sobre el concepto de acción 6/21 s.

[186a] Las consecuencias (§ 126: ¿se requiere el conocimiento del impulso en los hechos dolosos?) no están claras; *vid.* BGH, JR, 1990, pp. 297 s., con comentario crítico de *Heine*, pp. 299 ss.

97 E. 1. Como último grupo, han de mencionarse los *elementos de la constitución* y los *elementos de la actitud*; aquéllos son la profesionalidad y la habitualidad (§§ 144, 180 *a*, 260, 292.3, 293.3 StGB, y otros) [187]; éstos son conceptos, que, con muy distinto grado de precisión, se emplean en número creciente: con alevosía, ensañamiento (§ 211 StGB), con astucia (§ 223 *a* StGB), brutalmente, maliciosamente (§ 223 *b* StGB), temerariamente (§ 315 *c* StGB), etc.

En su mayor parte, los elementos de la actitud no son puros elementos subjetivos (al igual que los elementos de la constitución no son puramente objetivos), sino que a la actitud debe añadirse un hecho relevante para la actitud (¡importante para determinar la consumación!) [188] o éste debe al menos haber sido pretendido, dado que la actitud, para no carecer de relación con el hecho, se debe «poner de manifiesto» en una acción [189]. El hecho relevante para la actitud no es, naturalmente, congruente con el aspecto subjetivo en todos los elementos; el aspecto subjetivo puede abarcar algo más que la dirección de lo objetivo, pudiendo tratarse de una situación pasional.

98 2. Estos elementos pertenecen todos sin excepción al menos también al injusto [190]. Sólo en la medida en que de su interpretación se desprende que la valoración mencionada atiende a la vez a elementos que son independientes de la acción y sólo se refieren a una medida intensificada de deslealtad al Derecho, pertenecen *también* a la culpabilidad. Este sería el caso en los elementos que atienden a la responsabilidad o a la responsabilidad incrementada en relación con una infracción de deber, como ocurre con el elemento «maliciosamente». En la medida en que se efectúa la integración en el injusto, esto no significa, ni aquí ni en ninguna otra parte, la irrelevancia para la culpabilidad, pues los aumentos o las matizaciones del injusto, *ceteris paribus*, suponen también aumentos o matizaciones de la culpabilidad, determinadas a través del injusto. En torno al tratamiento de estos elementos en la participación, *vid. infra* 23/21 s.

99 F. Numerosos elementos de la motivación, así como la totalidad de los elementos de la actitud, constituyen un indicio de la etificación del Derecho penal al tiempo que de la ineficacia del legislador: El Derecho penal ya no perfila con precisión qué acciones no deben realizarse, sino que completa la indicación de una descripción de acción con la indicación de con qué actitud no se debe obrar. Así desaparece la taxatividad del tipo en aras de una valoración que concede a la interpretación un ámbito incontrolable.

---

[187] Acerca de la profesionalidad, *vid. Stratenwerth*, Schultz-Festgabe, pp. 88 ss., 104 ss.

[188] *Strratenwerth*, AT, núm. marg. 332 s.; *el mismo*, v. Weber-Festschrift, pp. 171 ss.

[189] *Jakobs*, NJW, 1974, pp. 1829 s.

[190] En las posturas relativas a los elementos de la actitud hay que tener en cuenta las diversas distinciones entre injusto y culpabilidad; interpretación como elemento de la culpabilidad, en *Gallas*, ZStW, 67, pp. 1 ss., 46; *Schmidhäuser*, Gesinnungsmerkmale, pp. 217 ss. y *passim* (no obstante, ahora de modo discrepante, *el mismo*, AT, 8/92 ss., 10/24 ss.; *el mismo*, Studienbuch, 5/9 s., 7/131: elementos de la culpabilidad, pero en parte también elementos del injusto); interpretación como elementos del injusto, en *Maurach-Zipf*, AT, I, § 22, núm. marg. 51 s.; a mitad de camino entre el injusto y la culpabilidad, *Hardwig*, ZStW, 68, pp. 14 ss.; distingue *Jescheck*, AT, § 30 I, 1, 3; *Lampe*, Das personale Unrecht, pp. 22 9 ss., 238 ss., 241 ss.; *vid.* también *Paeffgen*, 1982, pp. 255 ss., 266 ss.

VI. EL TIPO SUBJETIVO DESDE EL PUNTO DE VISTA PSICOLOGICO

BIBLIOGRAFIA: *K. Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, t. II (1), 2.ª ed., 1914; *P. Bockelmann*, Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie, Radbruch-Gedächtnisschrift, pp. 252 ss.; *B. Burkhardt*, Der Wille als konstruktives Prinzip der Strafrechtsdogmatik, en: *Heckhausen et al.* (ed.), Jenseits des Rubikon, 1987, pp. 319 ss.; *G. Freund*, Die normative Problematik der «Tatsachenfeststellung», 1987; *J. Glatzel*, Zur psychiatrischen Begutachtung von Ladendieben, StV, 1982, pp. 40 ss.; *B. Haffke*, Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie, GA, 1978, pp. 33 ss.; *Th. Hillenkamp*, Beweisnot und materielles Recht, Wassermann-Festschrift, pp. 861 ss.; *H. Jäger*, Strafrecht und psychoanalytische Theorie, Henkel-Festschrift, pp. 125 ss.; *el mismo*, Subjektive Verbrechensmerkmale als Gegenstand psychologischer Wahrheitsfindung, MonSchrKrim., 1978, pp. 297 ss.; *G. Jakobs*, Die subjektive Tatseite von Erfolgsdelikten bei Risikogewöhnung, Bruns-Festschrift, pp. 31 ss.; *el mismo*, Die juristische Perspektive zum Aussagewert der Handlungsanalyse einer Tat, en: *J. Gerchow* (ed.), Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983, pp. 21 ss.; *G. Kaiser*, Strafrecht und Psychologie, en: *D. Grimm* (ed.), Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, t. I, pp. 195 ss.; *W. Köberer*, Strafbedürfnis, Generalprävention und subjektive Verbrechensmerkmale, KrimJ, 1983, pp. 184 ss.; *D. Krauß*, Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozeß, Schaffstein-Festschrift, pp. 411 ss.; *el mismo*, Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht Bruns-Festschrift, pp. 11 ss.; *F. Loos*, Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in die Praxis en: *U. Immenga* (ed.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, 1980, pp. 261 ss., *E. Müller-Luckmann*, Psychologie und Strafrecht, en: *D. Grimm* (ed.), Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, t. I, pp. 215 ss.; *W. Rasch*, Schuldfähigkeit, en: *A. Ponsold* (ed.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3.ª ed., 1967, pp. 55 ss.; *el mismo*, Der Stellenwert des Täterhaltens bei der psychologisch-psychiatrischen Begutachtung, en: *J. Gerchow* (ed.), Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983, pp. 46 ss.; *el mismo*, Forensische Psychiatrie, 1986; *G. Schewe*, Bewußtsein und Vorsatz, 1967; *el mismo*, Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz. Strafrechtsdogmatische Aspekte des Willensproblems aus medizinisch-psychologischer Sicht, 1972; *el mismo*, «Subjektiver Tatbestand» und Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit, Lange-Festschrift, pp. 687 ss.; *el mismo*, Wille und Freiheit -juristische und medizinisch-psychologische Aspekte, en: *J. Gerchow* (ed.), Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983, pp. 1 ss.; *E. Schorsch* y *N. Becker*, Angst, Lust, Zerstörung, 1977; *W. Schumacher*, Die Tathandlung und ihre Bewertung in psychoanalytischer Sicht, en: *J. Gerchow* (ed.), Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983, pp. 61 ss.; *St. Trechsel*, Das unbewußte Motiv im Strafrecht, ZStW, 98, pp. 397 ss.; *H. Vest*, Vorsatznachweis und materielles Strafrecht, 1986; *M. Walter*, Die subjektive Struktur der Handlung und Strafrecht, KrimJ, 1981, pp. 207 ss.; *H. Wegener*, Zum Aussagewert der Handlungsanalyse einer Tat -die psychologische Perspektive, en: *J. Gerchow* (ed.), Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983, pp. 35 ss.; *U. Ziegert*, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987.

A. El Derecho penal tiene una «psicología esotérica» [191]; lo que no quiere decir que el Derecho penal pueda tomar como hecho psíquico lo que, según **100**

[191] *Binding*, Normen, t. II (1), p. 3, nota 1; *Bockelmann*, Radbruch-Gedächtnisschrift, pp. 252 ss., 253.

conocimientos psicológicos reconocidos, no constituye un hecho, pero sí que el Derecho penal escoge los hechos psíquicos a partir de sus principios y los valora según ellos, lo cual puede ser a veces poco compartible desde el punto de vista de la psicología individual.

La crítica orientada hacia la Psicología, en su mayor parte, pasa de largo (hasta ahora) por el aspecto del tipo subjetivo más ajeno a la Psicología, es decir, por la imprudencia [192]; en su lugar, se concentra en los ámbitos en los que son evidentes los hechos con que conectar psíquicamente, principalmente en el dolo. El dolo, como parte de la acción, es un vástago de la evitabilidad, que se forma con finalidades específicamente jurídico-penales a partir de la comparación de una situación motivadora real y otra hipotética (*supra* 6/27). Por ello, en el dolo los hechos psíquicos es posible recortarlos hasta reducirlos a la consciencia de actuar con posibles consecuencias (en el dolo eventual, *supra* 8/23). Este concepto de dolo orientado por la valoración social ya no señala a cualquier punto culminante —individual— de la experiencia o ni siquiera a una dirección de la experiencia. Por ello, este punto de vista sería infructuoso psicológicamente, y el reproche de que el sistema conceptual jurídico-penal no basta para «abarcar e interpretar la realidad psicológica de lo ocurrido» [193] sería correcto en la misma medida en que sobreestima la abertura del ángulo visual del Derecho penal: El Derecho penal no atiende a toda la realidad psicológica, sino que de esa realidad total extrae, con arreglo a sus principios, elementos singulares que a la psicología pueden parecerle meros fragmentos [194]. Ejemplo: El ánimo de apropiación perfilado por el Derecho penal es un dato hecho a la medida de las necesidades del Derecho penal, y no importa si es además una unidad delimitada convenientemente desde el punto de vista de la psicología individual, ni si desde el de la psicología profunda —por basarse en diversos grupos de instintos— no es una unidad con sentido. Lo mismo cabe decir de la propuesta de resolver algunas dificultades del concepto de dolo renunciando a la consciencia actual, bien sea en dirección a la finalidad externa [195], bien sea en dirección a una vivencia actual [196] —no necesariamente consciente— (*vid. supra* en la nota 21); en su recorte de los hechos relevantes, esa propuesta contradice —al margen de su importancia para la *lex ferenda*— el requisito del conocimiento establecido en el § 16 StGB, es decir, selecciona otra realidad psicológica que la ley penal.

101 B. A partir del concepto de acción, el desarrollo del delito es a la vez el desarrollo de qué es un sujeto en Derecho penal, poniéndose de manifiesto en relación con el concepto de acción que la constitución interna del sujeto permanece inexplicada en la medida en que de todos modos es cosa del sujeto arreglárselas con ella (*supra* 6/21 s.). Lo que interesa al Derecho penal es el *output* del sujeto, y por cómo se ha llegado a él no se pregunta en el terreno del injusto —y en el terreno de la culpabilidad no exhaustivamente—. Esto sería ina-

---

[192] En relación con los intentos, orientados hacia el psicoanálisis, de recurrir a motivos conscientes para interpretar la imprudencia, *vid. Trechsel*, ZStW, 93, pp. 397 ss., 408, con bibliografía.

[193] *Rasch*, en *Ponsold*, pp. 55 ss., 69.

[194] *Jakobs*, en: Handlungsanalyse, pp. 21 ss., 22, 25; en términos semejantes, *Krauß*, Bruns-Festschrift, pp. 11 ss., 18 ss.; *Glatzel*, StV, 1092, pp. 40 ss.; *Ziegert*, Vorsatz, pp. 53 ss.

[195] *Schwebe*, Reflexbewegung, pp. 57 ss., 106 ss.

[196] *Schwebe*, Bewußtsein, p. 120 y *passim*; *el mismo*, Handlungsanalyse, pp. 1 ss., 8 ss.

ceptable desde el punto de vista psicológico, sobre todo desde el de la Psicología profunda: Mientras que el Derecho penal atiende al saldo (acción o no acción), el interés de la Psicología profunda se centra en los movimientos de la cuenta (la dinámica de los instintos) [197]. Lo que se presenta para el Derecho penal como un homicidio tendente a la satisfacción del instinto sexual, es decir, como el *ouput* intencionado de un sujeto, puede ser psicoanalíticamente un «desmoronamiento de los mecanismos psíquicos de defensa» [198], o sea, un indicio de un sujeto ya no íntegro.

C. Dado que el Derecho penal tiene en cuenta hechos psíquicos sólo selectivamente y no en su contexto individual, puede suceder que hechos con idéntico motivo de origen se valoren unas veces positivamente y otras negativamente. En tales casos, las pretensiones jurídicas se convierten en prácticamente imposibles de cumplir en su conjunto, pues la valoración mediata del motivo de origen es ambivalente. El ejemplo más importante es la habituación al riesgo, que como presupuesto de la rutinización de la circulación rodada se valora positivamente, y negativamente como comportamiento defectuoso (*vid. supra* 8/31 s., e *infra* 9/15). Esta inconstancia psicológica de la valoración se ha tenido muy poco en cuenta hasta ahora [199]. 102

En conjunto, cabe afirmar que por ahora no hay soluciones vinculantes en este ámbito de problemas [200].

---

[197] Ampliamente en relación con estas distintas perspectivas, *Trechsel*, ZStW, 93, pp. 397 s., 409 ss., 415 ss., 421 ss.

[198] *Schorsch* y *Becker*, Angst, etc., p. 26.

[199] Más ampliamente *Jakobs*, Bruns-Festschrift, pp. 31 ss.

[200] *Vid.* además de los artículos ya citados, *Schewe*, Lange-Festschrift, pp. 687 ss.; *Rasch*, en: Handlungsanalyse, pp. 46 ss.; *el mismo*, Psychiatrie, pp. 153 ss.; *Kaiser*, en: Rechtswissenschaft, etc., pp. 195 ss.; *Müller-Luckmann, ibídem*, pp. 215 ss.; *Walter*, KrimJ, 1981, pp. 2187 ss.; *Brukhardt*, en: Jenseits des Rubikon, pp. 319 ss. Especialmente sobre el tratamiento del aspecto subjetivo en el proceso, *Krauß*, Schaffstein-Festschrift, pp. 411 ss.; contra la perspectiva orientada hacia la teoría del proceso, allí expuesta, *Jäger*, MonSchrKrim, 1978, pp. 297 ss.; *vid.* asimismo *Köberer*, 1983, pp. 184 ss.; en relación con el cambio cognitivo en la teoría psicológica de la acción, *Wegener*, en: Handlungsanalyse, pp. 35 ss.; sobre la problemática de la prueba, *Loos*, Grenzen, pp. 261 ss., 267 ss.; *Hillenkampf*, Wassermann-Festschrift, pp. 861 ss., 867 ss.; *Vest*, Vorsatznachweis, pp. 93 ss.; *Freund*, Normative Problematik, pp. 56 ss., 135 ss. (quien, cuando la conformación externa del hecho habla en favor del dolo y se han agotado los medios de prueba, estima como incumbencia del autor, dentro del marco de lo exigible, aportar una conformación subjetiva que lo exonere de sospecha o al menos indicios de ésta. Muy dudoso); acerca de la Psicología profunda, *Jäger*, Henkel-Festschrift, pp. 125 ss., 136 ss.; *Haffke*, GA, 1978, pp. 33 ss., *Schumacher*, en: Handlungsanalyse, pp. 61 ss.

APARTADO 9

Particularidades de la realización del tipo mediante acción, 3.ª parte: El tipo subjetivo como imprudencia y como combinación dolo-imprudencia

BIBLIOGRAFIA: *H. Alwart*, Comentario a BGH, 35, pp. 257 ss., NStZ, 1989, pp. 225 s.; *G. Arzt*, Leichtfertigkeit und recklessness, Schröeder-Gedächtnisschrift, pp. 119 ss.; *el mismo*, Zum Verbotsirrtum beim Fahrlässigkeitsdelikt, ZStW, 91, pp. 857 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, 35, pp. 257 ss., StV, 1989, pp. 57 s.; *L. E. Backmann*, Gefahr als «besondere Folge der Tat» i. S. der erfolgsqualifizierten Delikte?, MDR, 1976, pp. 969 ss.; *J. Baumann*, Kritische Gedanken zur Beseitigung der erfolgsqualifizierten Delikte, ZStW, 70, pp. 227 ss.; *el mismo*, Schuldvermutung im Verkehrsstrafrecht!, NJW, 1959, pp. 2293 s.; *el mismo*, Verkehrsgefährdung als Ordnungswidrigkeit, Dogma und Praxis, en: *el mismo*, Folgenlose Verkehrsgefährdung als Massenerscheinung, 1961; *H. Blei*, Die Neugestaltung der Raubtatbestände (EGStGB, 1975), JA, 1974, pp. 233 ss; *P. Bockelmann*, Wie würde sich ein konsequentes Täterstrafrecht auf ein neues Strafgesetzbuch auswirken?, Materialien, t. I, pp. 29 ss.; *el mismo*, Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1967; *J. Bohnert*, Fahrlässigkeitsvorwurf und Sondernorm, JR, 1982, pp. 6 ss.; *el mismo*, Das Bestimmtheitserfordernis im Fahrlässigkeitstatbestand, ZStW, 94, pp. 68 ss.; *G. Boldt*, Zur Struktur der Fahrlässigkeitstat, ZStW, 68, pp. 335 ss.; *H. Booß*, Keine Schuldvermutung im Verkehrsstrafrecht!, NJW, 1960, pp. 373; *M. Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen, 1974; *P. Cramer*, Gedanken zur Reform der fahrlässigen Körperverletzung im Verkehrsstrafrecht, DAR, 1974, pp. 317 ss.; *W. Dallinger*, Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, MDR, 1976, pp. 13 ss.; *E. Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 1963; *el mismo*, Finalitat, Sozialadaquanz und Schuldtheorie als zivilrechtliche Strukturbegriffe. Welzels Fernwirkung auf die Zivilrechtsdogmatik, Welzel-Festschrift, pp. 227 ss.; *J. L. Díez Ripollés*, Die durch eine fahrlässig herbeigeführte schwere Tatfolge qualifizierten Delikte und das Schuldprinzip, ZStW, 96 pp. 1049 ss.; *A. Donatsch*, Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum, SchwZStr., 102 (1985) pp. 16 ss.; *G. Dornseifer*, Unrechtsqualifizierung durch den Erfolg - ein - Relikt der Verdachtsstrafe?, Armin Kaufmann-Gedachtnisschrift, pp. 427 ss.; *L. Enneccerus* y *H. C. Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15.ª ed., 1960; *K. Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *el mismo*, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-Festschrift, t. I, pp. 401 ss.; *F. Exner*, Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910; *K. Franzen, B. Gast-de Haan, E. Samson*, Steuerstrafrecht mit Steuerordnungswidrigkeiten, 2.ª ed., 1978; *G. Geilen*, Unmittelbarkeit und Erfolgsqualifizierung, Welzel-Festschrift, pp. 655 ss.; *K. H. Gössel*, Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht, 1974; *el mismo*, Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt nach § 18 StGB, Lange-Festschrift, pp. 219 ss.; *el mismo*, Norm und fahrlässiges Verbrechen, Bruns-Festschrift, pp. 43 ss.; *el mismo*, Die Fahrlässigkeitsdelikte, Vorbeugung und Behandlung der Täter, ZStW, 91, pp. 270 ss.; *el mismo*, Alte und neue Wege der Fahrlässigkeitslehre, Acta Universitatis wratislaviensis, 858, 1987, pp. 125 ss.; *K. A. Hall*, Über die Leichtfertigkeit, Ein Vorschlag de lege ferenda, Mezger-Festschrift, pp. 229 ss.; *W. Hardwig*, Betrachtungen zum erfolgsqualifizierten De-

likt, GA, 1965, pp. 97 ss.; *el mismo*, Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit. ZStW, 78, pp. 1 ss.; *W. Hassemer*, Besprechung von BGH, NJW, 1975, pp. 1893. JuS, 1975, pp. 814 s.; *R. D. Herzberg*, Die Schuld beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jura. 1984, pp. 402 ss.; *el mismo*, Die Sorgfaltswidrigkeit im Aufbau der fahrlässigen und der vorsätzlichen Straftat, JZ, 1987, pp. 536 ss.; *H.-J. Hirsch*, Zur Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte, *GA*, 1972, pp. 65 ss.; *el mismo*, Der «unmittelbare» Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, Oehler-Festschrift, pp. 111 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, 31. pp. 96 ss., JR, 1983, pp. 78 ss.; *el mismo*, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, Universität zu Köln-Festschrift, pp. 399 ss.; *G. Jakobs*, Probleme der Wahlfeststellung, GA, 1971, pp. 256 ss.; *el mismo*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *el mismo*, Das Fahrlässigkeitsdelikt, suplemento ZStW, 1974. pp. 6 ss.; *el mismo*, Die subjektive Tatseite von Erfolgsdelikten bei Risikogewöhnung, Bruns-Festschrift, pp. 31 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, JR, 1986. pp. 380, loc. cit., pp. 380 ss.; *el mismo*, Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern, ZStW, 101, pp. 516 ss.; *H. Kamps*, Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt, 1981; *Armin Kaufmann*, Das fahrlässige Delikt, ZRV, 1964, pp. 41 ss.; *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 1961; *M. Kohler*, Die bewußte Fahrlässigkeit, 1982; *el mismo*, Strafbegründung im konkreten Rechtsverhältnis, Lackner-Festschrift, pp. 11 ss.; *V. Krey* y *T. Schneider*, Die eigentliche Vorsatz- Fahrlässigkeits- Kombination nach geltendem und künftigem Recht, NJW, 1970, pp. 640 ss.; *W. Küper*, Gefährdung als Erfolgsqualifikation?. NJW, 1976, pp. 543 ss.; *G. Küpper*, Der «unmittelbare» Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, 1982; *el mismo*. Comentario a BGH, 31, pp. 96 ss., JA, 1983, pp. 229 s.; *D. Lang-Hinrichsen*, Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht, ZStW, 73, pp. 210 ss.; *K. Laubenthal*. Comentario a BGH, 35, pp. 257 s., JR, 1988, pp. 335 s.; *H. Lohmeyer*, Was ist «leichtfertig» i.S. des § 402 RAbgO?, NJW, 1960, pp. 1798 s.; *C. Lorenzen*, Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte. 1981; *M. Maiwald*, Der Begriff der Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierter Delikte, GA, 1974, pp. 257 ss.; *el mismo*, Zurechnungsprobleme im Rahmen erfolgsqualifizierter Delikte, BGH, 31, 96, JuS, 1984, pp. 439 ss.; *R. Maurach*, Probleme des erfolgsqualifizierten Delikts bei Menschenraub, Geiselnahme und Luftpiraterie, Heinitz-Festschrift, pp. 403 ss.; *H. Mayer*, Die folgenschwere Unmäßigkeit (§ 330 a StGB), ZStW, 59, pp. 283 ss.; *A. Montenbruck*, Strafrahmen und Strafzumessung, 1983; *H. Mühlhaus*, Die Fahrlässigkeit in Rechtsprechung und Rechtslehre unter besonderer Berücksichtigung des Straßenverkehrsrechts, 1967; *Chr. Mylonopoulos*, Über das Verhältnis von Handlungsund Erfolgsunwert im Strafrecht, 1981; *el mismo*, Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit und der Grundsatz in dubio pro reo, ZStW, 99, pp. 685 ss.; *U. Neumann*, Zurechnung und Vorverschulden, 1985; *W. Niese*, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951, *F. Nowakowski*, Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, JZ, 1958, pp. 335 ss.; *el mismo*, Reseña bibliográfica, JZ, 1958, pp. 380 s.; *D. Oehler*, Das erfolgsqualifizierte Delikt und die Teilnahme an ihm, GA, 1954, pp. 33 ss.; *el mismo*, Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt, ZStW, 69, pp. 503 ss.; *H.-U. Paeffgen*, Die erfolgsqualifizierten Delikte -eine in die allgemeine Unrechtslehre integrierbare Deliktsgruppe?, JZ, 1989, pp. 220 ss.; *I. Puppe*, Comentario a BGH, 31, pp. 96 ss., NStZ, 1983, pp. 22 ss.; *G. Radbruch*, Über den Schuldbegriff, ZStW, 24, pp. 335 ss.; *el mismo*, Aussetzung, VDBT, t. V, pp. 185 ss.; *R. Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986; *el mismo*, Opferund Drittverhalten als zurechnungsausschließende Faktoren bei § 226 StGB, Jura, 1986, pp. 143 ss.; *C. Roxin*, Reseña bibliográfica, ZStW, 84, pp. 993 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, 33, pp. 66 ss., NStZ, 1985, pp. 320 s.; *H. J. Rudolphi*, Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, JuS, 1969, pp. 549 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, JR, 1976, pp. 73 s., loc. cit.,

pp. 74 s.; *el mismo*, Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen, en: *B. Schünemann* (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pp. 69 ss.; *T. Schlapp*, Comentario a BGH, 31 pp. 96 ss., StV, 1983, pp. 62 s.; *E. Schmidhäuser*, Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung, Schaffstein-Festschrift, pp. 129 ss.; *K. Schmoller*, Ist die versuchte Herbeiführung einer qualifizierenden Folge strafbar?, JurBl., 1984, pp. 654 ss.; *el mismo*, Sind auch vorsatzliche Verhaltensweisen im § 303 (österreichisches) StGB zu unterstellen?, ÖJZ, 1984, pp. 655 ss.; *W. Schone*, Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafgesetz, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 649 ss.; *F. C. Schroeder*, Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung, JZ, 1989, pp. 776 ss.; *H. Schroder*, Comentario a BGH, JR, 1971, pp. 205 s., loc. cit., pp. 206 ss.; *M. Schubarth*, Das Problem der erfolgsqualifizierten Delikte, ZStW, 85, pp. 754 ss.; *B. Schünemann*, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrläsigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA, 1975, pp. 435 ss., 511 ss., 575 ss., 647 ss., 715 ss., 787 ss.; *el mismo*, Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?, Schaffstein-Festschrift, pp. 159 ss.; *G. Stratenwerth*, Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das schweizerische Strafrecht, SchwZStr., 81 (1965), pp. 179 ss.; *el mismo*, Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jescheck-Festschrift, pp. 285 ss.; *W. Stree*, Comentario a BGH, 31, pp. 96 ss., JZ, 1983, pp. 73 s.; *E. Struensee*, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ, 1987 pp. 53 ss.; *el mismo*, «Objektives» Risiko und subjektiver Tatbestand, JZ, 1987, pp. 541 ss.; J. *Tenckhoff*, Die leichtfertige Herbeiführung qualifizierter Tatfolgen, ZStW, 88, pp. 897 ss.; *H. Tröndle*, Abschaffung der Strafbarkeit der fahrlässigen Tötung und fahrlässigen Körperverletzung bei leichtem Verschulden?, DRiZ, 1976, pp. 129 ss.; *K. Ulsenheimer*, Zur Problematik des Versuchs erfolgsqualifizierter Delikte, GA, 1966, pp. 257 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, JR, 1986, pp. 249 s., loc. cit., pp. 250 s.; *K. Volk*, Anscheinsbeweis und Fahrlässigkeit im Strafprozeß, GA, 1973, pp. 161 ss.; *el mismo*, Reformüberlegungen zur Strafbarkeit der fahrlässigen Körperverletzung im Straßenverkehr, GA, 1976, pp. 161 ss.; *H. Wegscheider*, Zum Begriff der Leichtfertigkeit, ZStW, 98, pp. 624 ss.; *J. Weidemann*, Die finale Handlungslehre und das fahrlässige Delikt, GA, 1984, pp. 408 ss.; *el mismo*, Unkenntnis geänderter Rechtsprechung als Entschuldigungsgrund?, DAR, 1984, pp. 410 ss.; *H. Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW, 58, pp. 491 ss.; *el mismo*, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4.ª ed., 1961; *el mismo*, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte, 1961; *A. Wimmer*, Über unzulässige Vertiefung der Schuldfrage bei Fehlleistungen von Kraftfahrern, NJW, 1959, pp. 1753 ss.; *J. Wolter*, Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht, 1972; *el mismo*, Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte, JuS, 1981, pp. 168 ss.; *el mismo*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; *el mismo*, Der «unmittelbare» Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, GA, 1984, pp. 443 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, 33, pp. 322 ss., JR, 1986, pp. 465 ss.; *D. Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973.

I. LA IMPRUDENCIA INDIVIDUAL

A. Generalidades

1 1. *La imprudencia como error*: La imprudencia es uno de los casos en que no se corresponden la representación y la realidad, o sea, un supuesto de

error [1], si es que no se trata más bien de un caso de ceguera ante los hechos [1a] (al respecto, *supra* 8/5 ss.). En contraposición al error en la tentativa, en que el autor se imagina una realización del tipo que no se produce, el autor en la imprudencia yerra al no advertir la realización del tipo que va a tener lugar. Este error puede presentarse de dos formas: El autor puede que ni siquiera piense en que algo es real o no, o bien puede imaginarse positivamente que algo es no real cuando de hecho lo es. Ejemplo: Quien conduce un automóvil con los frenos averiados puede no pensar en la posibilidad de un accidente o suponer positivamente que no se va a llegar a un accidente; en todo caso, concurre un error si en realidad acaece un accidente. La cuestión del error ha de separarse de la de su evitabilidad. También la acción ya no imprudente por falta de evitabilidad, y por tanto ya no típica, se lleva a cabo bajo una representación errónea.

2. *Punible* es el comportamiento imprudente sólo cuando así se establece 2
expresamente, § 15 StGB, así como en relación con las consecuencias agravatorias de la penalidad en el marco del § 18 StGB. Si el autor no conoce todas las circunstancias pertenecientes al tipo legal, no actúa dolosamente, § 16.1 StGB; si las circunstancias son no obstante cognoscibles, actúa imprudentemente. Las circunstancias son cognoscibles cuando el autor, supuesto el motivo [1b] de omitir un comportamiento de determinada clase y con determinadas consecuencias, habría percibido su comportamiento y sus consecuencias en el instante del hecho [2] como no improbablemente así determinados y por tanto lo habría omitido. Así como el dolo no pertenece a la acción en tanto que hecho psíquico, sino como forma de evitabilidad cualificada, en la imprudencia tampoco se trata directamente de una disposición del autor que haga posible el conocimiento, sino de esta disposición como forma de evitabilidad. Por consiguiente, una acción imprudente no constituye injusto porque sea cognoscible la realización del tipo (el conocimiento sólo transforma la imprudencia en dolo), sino porque una realización del tipo cognoscible es evitable. No hay deber alguno de obtener conocimiento, sino sólo deber de evitar acciones típicas cognoscibles en el supuesto de que sean antijurídicas; esto último puede efectuarlo el autor obteniendo conocimiento o, cuando no merece la pena el empleo de su atención necesario para ello, omitiendo a ciegas [3].

---

[1] Ampliamente, *Gössel*, Bedeutung, pp. 22 ss., 28 ss., 28 ss., 31.

[1a] Caracterizar la ignorancia como error, es decir, como déficit, sólo tiene sentido cuando el conocimiento significa algo para el que no sabe. Y ello no es precisamente así en la ceguera ante los hechos. Ejemplo de un sistema normativo extraño: La mayoría de las personas en Alemania no se equivoca al principio de las comidas sobre la oración de gracias, porque para ellas la observancia de las normas religiosas y consiguientemente de la situación del supuesto de hecho (¿se oraba o no?) se ha convertido en algo completamente indiferente. Más ampliamente, *Jakobs*, ZStW, 101, pp. 516 ss., 527 ss.; *vid.* ya *Hall*, Mezger-Festschrift, pp. 229 ss., 233.

[1b] Dado que se supone *dominante* el motivo (*supra* 6/27), huelga la determinación de su intensidad absoluta: En todo caso, el motivo surte efecto óptimamente; *de otra opinión*, *Herzberg*, Jura, 1984, pp. 402 ss., 405.

[2] Si el autor sólo puede advertir la realización del tipo en un momento en que ya no puede revocar las consecuencias de su comportamiento, o incluso se da cuenta realmente entonces, no hay comportamiento doloso ni imprudente. Ejemplo: El conductor puede darse cuenta, en el instante anterior a una colisión ya inevitable (o incluso se da cuenta), de lo que va a ocurrir. Un componente propio de la imprudencia «evitabilidad» que se añada a la cognoscibilidad, es superfluo, dado que la evitabilidad se incluye ya en el concepto de acción; en otro sentido, *Maurach-Gössel*, AT, II, § 43, núm. marg. 19.

[3] *Jakobs*, Studien, pp. 83 ss.

Lo cual no quiere decir que la persona sólo tenga en la práctica la posibilidad de abstenerse de todas las acciones, o de tener que juzgar continuamente sobre la tipicidad de su actuar, pues sobre la mayor parte (con mucho) del actuar cotidiano se ha juzgado ya tantas veces que la naturaleza peligrosa o no peligrosa de cada situación se capta sin ulterior verificación. Así pues, el enjuiciar la situación sólo hay que realizarlo en situaciones inusuales. Ejemplo: El hecho de que encender un interruptor en una habitación no sea peligroso y que el saltarse a gran velocidad un semáforo en rojo en un cruce sea peligroso, no hace falta averiguarlo mediante un juicio, sino que es ya conocido como propiedad de la situación.

3 3. Dado que el dolo eventual cubre todo el ámbito en que el autor juzga la realización del tipo como no improbable, no se puede formar *ninguna imprudencia consciente* (*luxuria*) con un aspecto intelectual que sea idéntico al aspecto intelectual del dolo. Más bien, sólo puede tratarse de supuestos de un imaginarse sin ulterior reflexión [4]; sobre todo, el autor puede vacilar entre aceptar o descartar un peligro imaginado. Por tanto, toda imprudencia, tanto consciente como inconsciente (*negligentia*) está caracterizada negativamente: Falta el conocimiento de la realización del tipo. La separación de imprudencia consciente e inconsciente carece de sentido; y, sobre todo, no se corresponde con la distinción entre imprudencia grave (temeraria: *Leichtfertigkeit*) y leve (simple: *leicht*) [5] (*infra* 9/23 ss.).

4 4. *En definitiva, la imprudencia es, pues, aquella forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse.* Esta caracterización negativa no sirve sino para la delimitación con respecto al dolo; la evitabilidad misma existe sin consideración a la existencia o falta de conocimiento, debido sólo a la cognoscibilidad. Por ello, *la imprudencia, frente al dolo, es con sus elementos positivos, el concepto más general* (al igual que el dolo eventual, frente al dolo directo, es el concepto más general: La falta de una relación volitiva o la falta de previsión segura no son sino elementos de delimitación). Tanto el dolo como la imprudencia son formas de la evitabilidad; ambos están determinados por la cognoscibilidad de la realización del tipo; en el dolo, la cognoscibilidad evoluciona a conocimiento, en la imprudencia no. Si en el proceso no se logra demostrar el conocimiento, pero sí la cognoscibilidad, habrá que condenar por imprudencia, ya que la falta de conocimiento en la imprudencia no es un elemento sustancial, sino sólo delimitador [6].

---

[4] *Jakobs*, Studien, p. 118; *el mismo*, separata ZStW, 1974, pp. 6 ss., 10; *Schmidhäuser*, AT, 10/95; *el mismo*, Studienbuch, 7/91 ss.

[5] *De otra opinión, Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, p. 162 (en caso de imprudencia inconsciente, no existiría culpabilidad en sentido material); contra este psicologismo son válidos paralelamente los argumentos señalados en relación con la ceguera ante los hechos.

[6] Muy discutido; *vid. Jescheck*, AT, § 54, I, 2; con detalle, *Jakobs*, GA, 1971, pp. 257 ss., 260 ss., con bibliografía; *Wolter*, Alternative und eindeutige Verurteilung, pp. 154 ss., 201 ss., 241 s.; *Schmoller*, ÖJZ, 1984, pp. 655 ss., 658 s. Al objetar *Mylonopoulos* (ZStW, 99, pp. 685 ss., 693, 705) que hay supuestos en que el conocimiento se llega a producir por casualidad, «pero ordinariamente no se habría obtenido», está olvidando que en la situación de *casualidad* el conocimiento es evidentemente obtenible, o sea, se da también imprudencia (de modo que, tanto para el dolo como para la imprudencia, no es decisivo que sea relevante todo conocimiento casual en la determinación del riesgo permitido). Además, no es cierto que, al suponer una relación jerárquica, haya que «determinar el dolo consecuentemente de la mano de la imprudencia» (loc. cit., p. 695) (aunque se podría). Al igual que para comprobar las raíces de una planta no hace falta ex-

B. La imprudencia como cognoscibilidad de la realización del tipo

1. Es indiferente —al igual que en relación con el dolo— que el autor tenga un motivo razonable para omitir la acción típica; especialmente, la cognoscibilidad de la realización del tipo no depende de que el autor pueda darse cuenta de la antijuricidad de su comportamiento [7], sobre todo si se piensa en que

cavar cuando se ve que la planta tiene un brote, para averiguar la cognoscibilidad basta que efectivamente se llegara a conocer. *Vid.* también *supra* 6/27, con nota 71. La jurisprudencia atendía al principio a la jerarquía de los grados de «culpabilidad» (RG, 41, pp. 389 ss., 39 *a*), luego aceptó la determinación alternativa (BGH, 4, pp. 340 ss.), y por último interpreta los tipos de imprudencia como tipos de recogida (es decir, como tipos que captarían los supuestos en que no se demostró el dolo) (BGH, pp. 210 ss., 212).

[7] *De otra opinión, Arzt,* ZStW, 91, pp. 857: El error de tipo y el error de prohibición se darían «en una línea que se cierra en círculo». Ahí es cierto que un bloqueo del conocimiento, bien en el ámbito del tipo o bien en el de la norma, cierra el paso al motivo *(Anlaß)* jurídicamente razonable para apreciar la situación en el otro ámbito respectivo (o para omitir la acción ciegamente), es decir, *para hacer uso* de la capacidad dada. Lo cual no quiere decir, sin embargo, que haya que unificar los baremos para la imprudencia y para el error de prohibición, como pretende *Arzt,* loc. cit., pp. 883 s., sino que hay que distinguir la cuestión de si una capacidad es suficientemente intensa para el baremo vigente en *su* ámbito, de la cuestión de si a partir del *otro* ámbito respectivo se aporta un motivo para, también, hacer uso de esa capacidad. Gráficamente: Al igual que el dolo no deja de ser dolo cuando se da error de prohibición inevitable, aunque falte todo motivo para obrar de otra manera, así ocurre también en la imprudencia. En términos semejantes a *Arzt, Donatsch,* SchwZStr., 102 (1985), pp. 16 ss., 44 ss. («el error de tipo y el de prohibición» como «componentes inseparables de una sola representación errónea», p. 47); *Schünemann,* JA, 1975, pp. 435 ss., 787 ss.; *el mismo,* Schaffstein-Festschrift, pp. 159 ss., 164; *Schünemann* argumenta que si una falta de conocimiento o de agudeza excluye el injusto, un déficit de personalidad que grava (es decir, a tenor del § 20 StGB) no debería dejar intacto el injusto. ¡Y se dice esto del dolo! Acertadamente, sobre la distinción de injusto y culpabilidad, *Stratenwerth,* Jescheck-Festschrift, pp. 283 ss., 286 ss.; *vid.* asimismo *Schöne,* H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 649 ss., 668 ss. Para *Köhler,* Bewußte Fahrlässigkeit, el *injusto* es una contradicción con respecto a la generalidad de la norma. En el delito *doloso,* el autor trata a la norma como no válida en algunos ámbitos (es decir, en el ámbito en que él se mueve) «negando así la voluntad general en su generalidad» (p. 328). Esta negación se basa, incluso si se conoce el injusto, en una *falta* de conocimiento concreto de la norma; puesto que si el autor tuviese «el conocimiento completo como en tanto que precepto válido en sí..., simplemente no podría contrariarlo» (p. 332). En el injusto imprudente, por el contrario, «no se yerra sobre la amplia voluntad general de la norma en su especialidad, sino en su especificación individual» (p. 357), es decir, el autor yerra en el conocimiento de la lesión. La *culpabilidad* sólo puede encontrarse, según *Köhler,* en el «proceso de la voluntad que se determina a sí misma a cometer injusto», y ello «partiendo del conocimiento correcto» (p. 374, 397). Así pues, el autor debe corromperse a sí mismo actualmente —en la imprudencia consciente: «convertirse en descuidado» (p. 391)— o haberse convertido antes del hecho en corrompido habitualmente. La corrupción tiene lugar en el delito doloso «directa, inmediatamente» mediante «motivación egoísta», y en la imprudencia «de modo más mediato»: «El interés no se convierte directamente en norma de corrección supuesta también de un lesionar advertido..., sino que la generalidad de significado subsumida en éste debilita la validez del conocimiento de la lesión en tanto que conocimiento práctico» (p. 396). Este firme intento de reinstaurar una teoría idealista de la culpabilidad a través de la imprudencia consciente ha de fracasar por la sobreestimación de la constitución real del sujeto: Sin la «racionalidad práctica del sujeto constituida con arreglo a presupuestos naturales y con arreglo a un proceso de formación social-cultural» (p. 397) no puede arreglárselas *Köhler;* pero ya esta racionalidad práctica no es necesariamente un dato situado en el sujeto, sino posiblemente también una pretensión dirigida hacia el sujeto que no ha aprovechado las oportunidades que se le presentaban. Además, *Köhler* no puede sustraerse a la determinación normativa del sujeto; si ha de ser posible la culpabilidad, en algún momento debe tomar al sujeto, al

también las acciones imprudentes pueden estar justificadas. La acción imprudente es una acción evit*able*, pero no que en todo caso haya de evitarse individualmente de modo razonable, y ni siquiera que haya de evitarse jurídicamente en todo caso. Al igual que el concepto de acción, también el de imprudencia está ciertamente hecho a la medida de fines jurídicos, pero existe con independencia del resultado de la valoración jurídica, y es algo natural en este sentido. Ejemplo: Quien al pasear sumido en sus pensamientos aplasta caracoles de viña, obra imprudentemente en esa medida, tanto si el pisar está prohibido de modo cognoscible o incognoscible, o incluso permitido, pues con el motivo de evitación en todo caso no se habría producido el aplastamiento.

6 2. La indicada determinación de la imprudencia como evitabilidad *individual* (previsibilidad significa lo mismo) de la realización del tipo es objeto de discusión. Según un amplio sector doctrinal, en el marco del tipo se trataría de una evitabilidad determinada *objetivamente*, que en parte se completa hasta constituir una objetiva inobservancia de deber de cuidado; con arreglo a esta solución, la previsibilidad individual sería un problema de la culpabilidad.

Por lo que se refiere a la supuesta existencia de un *deber* de cuidado o de una *infracción* de cuidado que caracterice la imprudencia [8], en ésta no hay —como en el dolo— más deber que el que surge de la norma, y sólo este deber se infringe: En la comisión imprudente, el autor debe omitir el hecho, y en la omisión imprudente debe realizarlo (¡cuidadosamente!). Sobre todo en el delito de comisión, lo que se suele decir de que el autor ha dejado de observar el cuidado *prescrito* es falso desde el punto de vista de la lógica de las normas: En el delito de comisión el autor no es que deba obrar cuidadosamente, sino que debe omitir el comportamiento descuidado [9]. Ejemplo: En el ámbito de la comisión no se prescribe manejar las cerillas con cuidado, sino que se prohíbe el manejo descuidado; no existe un deber de manejar.

7 3. Si bien no hay, pues, un deber especial de cuidado o similar, no toda previsibilidad de una consecuencia —paralelamente al dolo— constituye imprudencia jurídico-penalmente relevante, sino que las limitaciones del tipo objetivo que se efectúan por medio de la imputación objetiva afectan también a la imprudencia: Penalmente relevante es sólo la *previsibilidad de aquel riesgo que*

---

que él trata como una magnitud ontológica fija, como tiene que ser pero no es. Cuando *Köhler*, en los numerosos supuestos en que resulta comprensible (¡pero no tolerable!) que el sujeto tal como es no esté a la altura de como debe ser, anticipa el momento relevante, ello, por falta de valoración legal en el momento en que la persona ha corrompido su «conocimiento correcto» (tampoco cabe anticipar la realización del tipo), ha de conducir a una inmensa moralización en todas direcciones *(Herummoralisiererei)*. Al prohibirse *Köhler* tal moralización, por eso no pasa de consideraciones difusas. *Vid.* también el mismo *Lackner-Festschrift*, pp. 11 ss., 30; *AK-Schild*, núm. marg. 197 ss., ante § 13.

[8] RG, 56, pp. 343 ss., 349 s.; *Bockelmann-Volk*, AT, § 20, B, I, 2; *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 19; *el mismo*, Wiener Kommentar, § 6, núm. marg. 23 s.; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 15, núm. marg. 131 (¡*vid.* el epígrafe!); *Wessels*, AT, § 15, II, 3, ante *a*, y la doctrina dominante; en formulación subjetivizante, también *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1099 ss.

[9] Acertadamente *Schmidhäuser*, Schaffstein-Festschrift, pp. 129 ss.; *el mismo*, AT, 10/82; *el mismo*, Studienbuch, 7/93; *Schöne*, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 649 ss., 653; *Jakobs*, Studien, pp. 67 s.; *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 157 s., con más bibliografía; *Schroeder*, JZ, 1989, pp. 776 ss.; en lo esencial también *Maurach-Gössel*, AT, II, § 43, núm. marg. 19; *vid.* asimismo *Hardwig*, ZStW, 78, pp. 1 ss., 17.

sobrepasa el riesgo permitido y que además es objetivamente imputable [10]. Ejemplo: Es indiferente que un conductor que se comporta correctamente piense en la posibilidad de accidente, o hubiera podido advertirlo: en cualquier caso, no hay realización del tipo. Sin embargo, el riesgo permitido no limita el concepto de imprudencia, sino sólo la relevancia jurídica de la imprudencia. También en el marco del comportamiento de todos modos permitido (acciones justificadas, acciones con riesgo mínimo o acciones atípicas) hay imprudencia [11]. Ejemplo: A más de 50 kilómetros por hora puede conducir el autor dolosa o imprudentemente, tanto donde está prohibido como donde está permitido, bien sea de modo permitido o en virtud de causa de justificación.

II. CRITICA DE LA IMPRUDENCIA OBJETIVA

A. Por lo que se refiere a la determinación *objetiva* de la previsibilidad [12], 8
defendida por un amplio sector doctrinal, la desindividualización de la acción que se efectúa en ocasiones se oculta al señalar que también el acto típico des-

[10] La aserción de que el requisito de la imputabilidad objetiva y el de la cognoscibilidad del riesgo ya objetivamente no permitido diluiría la determinación individual de la imprudencia *(Schünemann,* JA, 1975, pp. 435 ss., 511 ss., 514), es absurda dogmáticamente: Lo objetivo es punto de referencia de lo subjetivo tanto en el dolo como en la imprudencia, sin que no obstante la referencia se convierta en objetiva; el tipo subjetivo no es objetivo porque tiene que referirse al tipo objetivo.

[11] La teoría que pretende definir la imprudencia a través de la «vulneración del cuidado» (*supra* nota 8) tiene que distinguir, en la justificación, entre lo en sí contrario a cuidado y lo permitido en cuanto al resultado. Esta teoría no puede abarcar a la imprudencia atípica. En la actualidad, *Arzt* (ZStW, 91, pp. 857 ss., 871) aboga por un «baremo del cuidado referido a la situación, que absorba consideraciones sobre la justificación». *Arzt* no menciona las ventajas de esta equiparación entre imprudencia atípica (no antijurídica, sin tener en cuenta el contexto social) e imprudencia justificada (no antijurídica por el contexto social).

[12] La previsibilidad objetiva tiene, como relajamiento del concepto de acción objetivo-naturalístico, su lugar sistemático en el sistema de *v. Liszt, Beling y Radbruch; vid. supra* 6/6 ss.; y desde luego, el problema del riesgo permitido, situado en la imprudencia no genuinamente, pero sí en la práctica, empujaba hacia una solución que se mezcló con el concepto de imprudencia. Acerca de la evolución del cuidado objetivamente conforme al tráfico, especialmente por parte de *Radbruch* (ZStW, 24, pp. 333 ss. 346 s.), *Exner* (Wesen, pp. 179 ss.) y principalmente *Engisch* (Untersuchungen, pp. 283 ss., 343 s.; *el mismo,* DJT-Festschrift, t. I, pp. 401 ss., 417 s.), *vid.* ampliamente *Jakobs,* Studien, pp. 56 ss. *Vid.* también la bibliografía señalada *supra* 7/nota 67, en relación con el riesgo permitido. El desarrollo de la imprudencia en el campo del concepto final de acción transcurrió de lo individual a lo objetivo (con detalle, *Jakobs*, Studien, pp. 70 ss.). De acuerdo con la concepción inicial de *Welzel,* en la imprudencia se trataría de la evitabilidad individual; como no obstante *Welzel* (ZStW, 58, pp. 491 ss., 559 ss.) creía tener que entender la evitabilidad como evitabilidad *con sentido* (aun cuando hacía tiempo que había desligado a la forma de evitabilidad «dolo» de la consciencia del injusto) no pudo separarla de la culpabilidad: «Así coinciden culpabilidad e injusto inseparablemente» (loc. cit., 562; análogamente, ya *Exner,* loc. cit., 193). Luego no se separó la evitabilidad individual del sentido individual del evitar, sino que se objetivó la evitabilidad. En lugar de formar, paralelamente al dolo como forma de evitabilidad, una imprudencia individual, sobre todo por parte de *Niese* (Finalität, pp. 53, 62 s.) se tomó el dolo como dato psíquico y se argumentó que este dato se encuentra también en la acción imprudente (lo que evidentemente no es así en los automatismos), sólo que en ésta no referido al tipo. Ahora bien, un dolo no referido al tipo no es más que un acto voluntario en el sentido de la teoría causal de la acción, y por eso surge tras este extravío la dogmática del cuidado *objetivo* como salvación ante el «injusto de la causación» [en este sentido, *Welzel,* Strafrecht [3], p. 413; además *el mismo* Neues Bild, pp. 32 ss.; *el mismo,* Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, pp. 31 s.; *Boldt,* ZStW, 1964,

de el punto de vista objetivo sigue siendo individualmente evitable, pues cualquiera puede evitar sus acciones con sólo quererlo [13]. Sin embargo, en esta argumentación se pasa por alto que el concepto de acción es relativo (*supra* 6/27, 34). Lo que se evitaría con el motivo de simplemente no actuar, y por tanto lo que llega a ser acción, no tiene por qué ser evitable con el motivo de no ejecutar una acción determinada (es decir, típica). Más bien, sólo hay una acción *determinada* cuando la acción es cognoscible en tanto que así determinada y precisamente no es éste el caso cuando el autor sólo puede llegar a la conclusión de que tiene lugar *alguna* acción [14].

9 B. 1. La determinación objetiva de la previsibilidad es incompatible, pues, con el concepto individual de acción. Así, en favor de la evitabilidad objetiva se señalan de antemano argumentos que no tienen nada que ver con la imputación al autor individual [15], atendiendo principalmente a que la situación en la que la consecuencia es previsible objetivamente se puede definir gráficamente como situación que debe evitarse («quien se comporta de cierta manera debe contar con ciertas consecuencias»).

10 2. Sin embargo, estas formulaciones de tipos de hechos de imprudencia objetiva no reportan ventaja alguna frente a la determinación individual de la cognoscibilidad. De entrada, ello es evidente en los casos en que el juicio objetivo es reproducible subjetivamente; entonces, la objetivación es del todo superflua. Si la reproducción subjetiva no es posible, ha de distinguirse entre dos deducciones dogmáticas que pueden extraerse:

a) Si en caso de previsibilidad sólo objetiva se niega la culpabilidad a título de imprudencia [16] no se llega a la imputación, y la objetivación se agota concluyendo que con todo concurre injusto. En ocasiones se considera ello preferible, dado que sólo de este modo cabe imponer medidas de seguridad y penas en el delito de comisión de hechos antijurídicos en estado de total embriaguez (*Vollrausch*: § 323 *a* StGB). No obstante, esta suposición se basa en una construcción centrada exclusivamente en la jurisprudencia de conceptos [17]: Lo

---

pp. 51 ss., 47 ss.; *Hirsch*, ZStW, 93, pp. 831 ss., 94, p. 239 ss., 251 ss.; *Stratenwerth* ha revisado su concepción de SchwZStr., 81 (1965), pp. 179 ss., 205 s., en la 1.ª edición de *su* AT, 1976, núm. marg. 1165 ss.]. El sistema finalista objetivador, que en realidad supone una teoría del riesgo permitido, ha hallado acogida en el Derecho civil, de la mano de *Nipperdey*, AT, t. II, §§ 208 ss.; ampliamente, *Deutsch*, Fahrlässigkeit, pp. 93 ss.; *el mismo*, Welzel-Festschrift, pp. 227 ss.; *vid.* asimismo BGHZ, 24, pp. 21 ss. (interpretando erróneamente la conformidad al tráfico de un comportamiento como causa de justificación); BGH, VRS, 14, pp. 30 ss. Acerca de este ámbito de problemas, *vid. Welzel*, Strafrecht, § 18, Introducción y I, 1, y ahí también en relación con el concepto social de acción (Introducción 4); sobre las objeciones de *Nowakowski* (JZ, 1958, pp. 335 ss., 380 s.) contra la concepción de *Welzel*, *vid. Welzel*, Strafrecht [7], pp. V ss.

[13] *Armin Kaufmann*, ZRV, 1964, pp. 41 ss., 47; *Schünemann*, Schaffstein-Festschrift, pp. 159 ss., 163; *el mismo*, JA, 1975, pp. 435 ss., 511 ss., 514.

[14] *Jakobs*, Studien, pp. 65 s.; *Stratenwerth*, Jescheck-Festschrift, pp. 285 ss., 292.

[15] *Vid. Jescheck*, AT, § 54, I, 3, *in fine; el mismo*, Aufbau und Behandlung, pp. 11 s.; *Schünemann*, JA, 1975, pp. 435 ss., 511 ss.; *Köhler*, Bewußte Fahrlässigkeit, pp. 411 ss.; *Mylonopoulos*, Verhältnis, pp. 104 ss.; *Kamps*, Arbeitsteilung, pp. 75 ss.; *LK-Schroeder*, § 216, núm. marg. 146 ss.

[16] En este sentido la doctrina común, así como la jurisprudencia; RG, 3, pp. 208 s., 209; 24, pp. 417 ss., 418; 30, pp. 25 ss., 28; 73, pp. 257 ss., 262; 74, pp. 195 ss., 198; BGH, 24, pp. 213 ss., 215 s.; OLG Köln, NJW, 1963, pp. 2381 ss., 2383.

[17] *Stratenwerth*, Jescheck-Festschrift, pp. 285 ss., 297 ss.; *Jakobs*, suplemento ZStW, 1974, pp. 6 ss., 20 s., con nota 45.

que la «antijuricidad» significa en el Derecho de medidas de seguridad debe deducirse del fin de la regulación de este ámbito, pudiendo derivarse la objetivación tanto para la imprudencia como para el dolo. Finalmente, en el tipo de embriaguez plena no importa sino la capacidad de culpabilidad; la renuncia a un elemento de la culpabilidad, la previsibilidad individual, quedaría, pues, descartada por el tenor literal del § 323 *a* StGB y sería apropiada a lo sumo en el ámbito de la incapacidad debida a la embriaguez.

b) Si no obstante se prescinde de la reproducción subjetiva del juicio objetivo, es decir, si no se emplea el comportamiento estándar como ayuda cognoscitiva, sino que se prescribe como figura rectora [18], entonces se pierde en el tipo subjetivo la relación con las consecuencias, y los delitos de lesión se transforman en delitos de peligro subjetivo-abstracto. En esta solución aquello que como cognoscible podría fundamentar imprudencia, en tanto que conocido no forma dolo alguno. Ejemplo: Un médico que cree correcta una medicación que la generalidad supone contraria a la *lex artis*, y que reflexiona sobre ello efectivamente, puede tener un motivo especial para comprobar su opinión; pero en la medida en que actúa, las consecuencias que se producen para su propia sorpresa no han sido ejecutadas dolosamente, ya que no fueron percibidas; pero ¿cómo, sin cognoscibilidad de las consecuencias, la cognoscibilidad de la inobservancia de la *lex artis* va a fundamentar la imprudencia? [18a].

3. Además, en la polémica en torno a la determinación de la imprudencia 11
se esgrime el argumento de que la objetivación es necesaria en orden a preservar a las personas especialmente capacitadas de exigencias excesivamente altas [19]. El argumento carece de claridad; una solución global no se adecua a las distintas situaciones problemáticas:

---

[18] En este sentido, *Armin Kaufmann*, ZRV, 1964, pp. 41 ss., 52 s., en la versión de que la cognoscibilidad de lo arriesgado con arreglo a un juicio objetivo, es una cuestión de cognoscibilidad de la prohibición; así también *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert, pp. 168 ss., 179 ss.; *AK-Zielinski*, §§ 15, 16, núm. marg. 13, 89, 130; *Weidemann*, GA 1984, pp. 408 ss., 423; *el mismo*, DAR, 1984, pp. 310 ss.; *vid.* en contra *Jakobs*, Studien, pp. 66 s.; *vid.* asimismo *Arzt*, ZStW, 91, pp. 857 ss., 884, nota 64. De acuerdo con la postura criticada, el legislador no *puede* crear tipos con referencia sólo imprudente a las consecuencias; así últimamente *Struensee*, JZ, 1987, pp. 53 ss., 57 s., y pp. 541 ss., según el cual hay que «elaborar un hecho desvalorado al que se refiera la finalidad del sujeto actuante». Este hecho ha de encontrarse en la parte dolosa de la acción; es decir, p. ej., en la muerte por disparos de una persona que se halla tras una puerta, consistiría en el disparar doloso a la puerta de una casa habitada (evidentemente, tal pieza dolosa de la acción falta en los automatismos). Consecuencia: «La propia posibilidad de resultado no llega a ser... elemento de la descripción conceptual (contenido conceptual), sino que no pasa de ser el motivo de reunir los factores preñados de riesgo». Sin embargo, no existe la coincidencia de que se pueda evitar sólo deliberadamente aquello que se ha realizado en realidad deliberadamente. Si existiese tal coincidencia, también sería válida para la evitabilidad de la realización del tipo como *injusto*, es decir, la teoría del dolo sería la única correcta (en contra *infra* 19/14 ss.). En contra de *Struensee*, *vid. Herzberg*, JZ, 1987, pp. 536 ss.; sobre el aspecto principal de la polémica, el conocimiento especial en el riesgo permitido, *vid. supra* 7/49 s.

[18a] Acertadam ıte *Stratenwerth*, Jescheck-Festschrift, pp. 285 ss., 292, con nota 27.

[19] *Jescheck*, ..., § 54, I, 3, *in fine; Schünemann*, JA, 1975, pp. 435 ss., 511 ss., 513 ss.; *el mismo*, Schaffstein-Festschrift, pp. 159 ss., 165 s.; *Mylonopoulos*, Verhältnis, pp. 104 ss., 108; *Schroeder*, ZStW, 91, pp. 257 ss., 263; *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 163 ss.; *Hirsch*, Universität zu Köln-Festschrift, pp. 399 ss., 410 s.; en contra, *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1098; *el mismo*, Jescheck-Festschrift, pp. 285 ss., 299 ss.; *vid.* también, en relación con la controversia, *SK-Samson*, § 16, apéndice, núm. marg. 11. A la inversa, *Schönke-Schröder-Cramer*, § 15, núm. marg. 138 ss., quienes pretenden añadir las especiales capacidades individuales a un estándar determinado obje-

En el delito de comisión puede tratarse sólo de la capacidad especial para el pronóstico de la realización del tipo. Sin embargo, el tener en cuenta esta capacidad es ya un problema del riesgo permitido (*supra* 7/35 ss., 49 ss.) y se decide en función de la incumbencia del autor sobre la circunstancia que acarrea el daño, es decir, por un principio normativo. Ejemplo: Un investigador debe dominar la inclinación al riesgo propia de un experimento también con ayuda de sus capacidades especiales, pero un estudiante de arquitectura no tiene por qué activar sus capacidades especiales cuando trabaja de vacaciones como peón en una obra. No se derivan especialidades para la imprudencia, y sobre todo en caso de que se haya *observado* la previsión, pero falte la incumbencia, sólo quedará responsabilidad por el § 323 *c* StGB. Ejemplo: Si en el último ejemplo el estudiante se da cuenta de que la mezcla de hormigón que debe realizar no va a tener la suficiente resistencia, a pesar de su actuar doloso no responderá por un delito doloso de comisión. Acerca del empleo de las capacidades especiales en la omisión, *vid. infra*, acerca del conflicto de deberes, 15/12 ss., y en torno a los delitos de omisión, 29/14.

12 4. Finalmente, en los delitos imprudentes tampoco es necesario detallar el comportamiento prohibido, mediante la indicación de lo contrario a cuidado, más exactamente que en el dolo, y particularmente tampoco en los delitos de resultado. Los tipos de los delitos imprudentes no son tipos abiertos, y ni siquiera están menos determinados que los delitos dolosos. Tanto en el delito doloso como en el imprudente el autor debe deducir la prohibición del comportamiento causante en concreto a partir de la prohibición de causar (p. ej., en el homicidio: la prohibición de matar a golpes o de envenenar). Hay tantas modalidades de actuar imprudente como de actuar doloso, y este empaquetamiento de lo imprudente en el concepto de lo contario a cuidado no da por resultado ninguna precisión de lo prohibido [20] que vaya más allá de lo que hay que mencionar de todos modos, es decir, más allá de la cognoscibilidad de un riesgo ya no permitido.

13 5. En definitiva, la previsibilidad objetiva no desempeña ninguna función que no desempeñe ya el riesgo permitido. Es tan superflua como lo sería un «dolo objetivo». Al injusto de imprudencia (y no sólo a la culpabilidad) pertenece la previsibilidad subjetiva [21]. Así pues, el injusto depende de las capaci-

---

tivamente. La objeción de *Cramer* en el sentido de que en la imprudencia por lo emprendido (*Übernahmefahrlässigkeit, infra* 9/14) fracasa la determinación subjetiva, porque el que emprende es ciertamente incapaz de dominar el ámbito de tareas que va a emprender (loc. cit., núm. marg. 140 *a*), olvida que quien emprende, *al* emprender, es subjetivamente capaz de evitar.

[20] *Jakobs,* Studien, p. 74; *vid.* también *Bohnert,* ZStW, 94, pp. 68 ss., 74 ss.; *AK-Zielinski,* §§ 15, 6, núm. marg. 13; *de otra opinión, Schöne,* H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 649 ss., 656 ss., y *passim,* partiendo del planteamiento de que la imprudencia es un comportamiento prohibido con finalidad determinada, pero no establecida típicamente; contra este planteamiento, *supra* 6/15.

[21] Igualmente, *Stratenwerth,* AT, núm. marg. 1099; *SK-Samson* § 16. anéndice. núm. marg. 13 ss.; *Jakobs,* Studien, pp. 48 ss.; *el mismo,* suplemento ZStW, 1974, pp. 6 ss., 20; *Otto,* AT, § 10, I, 3; además de (como tipo subjetivo) la previsibilidad objetiva (situada en el tipo objetivo), reconocen también la previsibilidad subjetiva como elemento del injusto, *Gössel,* Bruns-Festschrift, pp. 43 ss., 51 s.; *el mismo,* Bengel-Festschrift, pp. 25 ss., 110 ss.; *Maurach-Gössel,* AT, II, § 43, núm. marg. 110 ss.; *Gössel,* en: Acta, pp. 125 ss., 138; *Rudolphi,* en: Strafrechtssytem, pp. 69 ss., 81 s. en relación con la «doble relevancia» de la previsibilidad subjetiva como imprudencia para el injusto y la culpabilidad, *vid. Wolter,* Objektive und personale Zurechnung, pp. 153 ss.

dades del autor respectivo para evitar la acción porque sus efectos vayan a realizar un tipo. Ejemplo: Si un maestro tejador y su aprendiz arrojan tejas al camino desde el tejado y el maestro tejador puede darse cuenta (no así el aprendiz) de que los fragmentos de las tejas al estrellarse pueden llegar hasta una calle que se encuentra a 20 metros y lesionar a transeúntes, obrará imprudentemente el maestro, pero no el aprendiz. Esta individualización se corresponde también con la función del Derecho penal, que no garantiza la expectativa de que todos los hombres estén capacitados por igual, sino sólo la expectativa de motivación fiel al Derecho [22].

III. PROBLEMAS PARTICULARES DE LA IMPRUDENCIA

A. La imprudencia por lo emprendido

La previsibilidad individual —al igual que el dolo— debe existir en el momento de la acción del hecho. Sin embargo, la acción del hecho no tiene que ser la última acción causante del autor inmediatamente anterior a la producción del resultado; más bien es posible que el autor se «active» a sí mismo como instrumento que después obra de manera inevitable. Ejemplo: El autor comienza un viaje en coche, aun cuando está agotado de un modo cognoscible; más tarde, debido al agotamiento, no advierte inevitablemente una situación del tráfico, etc. (la llamada imprudencia por lo emprendido o emprendimiento imprudente de actividad) [23]. La anticipación del instante de la acción sólo resulta posible cuando el autor, en un instante anterior, no sólo es capaz de apreciar las consecuencias de su actuar venidero, sino que además está obligado a cuidar de que no se produzcan esas consecuencias. Lo cual faltará cuando el autor, en el instante posterior, sólo puede aportar determinada prestación con arreglo a sus capacidades activables *ad hoc*. Ejemplo: Quien es testigo de un accidente, puede darse cuenta de que después deberá declarar ante el tribunal y que si no registra de algún modo lo que ha presenciado quizá realice inevitablemente un delito de falso testimonio. Sin embargo, no tiene el deber de esforzarse por registrarlo o de omitir el comportamiento que impida esa constancia. La *imprudencia por lo emprendido existe sólo cuando el autor ya en el instante anterior es garante de la calidad de un comportamiento posterior* (existe, pues, un paralelismo con los supuestos denominados según la terminología usual como de omisión mediante comisión, *supra* 7/69). 14

[22] *Vid.* al respecto ya *supra* en relación con el concepto social de acción. En los contactos masivos, peligrosos y anónimos, la confianza en la motivación fiel al Derecho para evitar el resultado pasa a un segundo plano ante la confianza en la motivación fáctica conforme a las prohibiciones de poner en peligro abstracto. Por eso, en el tráfico rodado se encuentran propuestas de objetivar la imprudencia *hasta en la culpabilidad*: *Booß*, NJW, 1960, p. 373; *Wimmer*, NJW, 1959, pp. 1753 ss., 1757; en contra, con buen criterio, *Baumann*, NJW, 1959, pp. 2293 s.; *el mismo*, Folgenlose Verkehrsgefährdung, p. 168; *Baumann-Weber*, AT, § 28, III, 2; *vid.* además *Volk*, GA, 1973, pp. 171 ss.

[23] *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 141 ss.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1105; *Neumann*, Zurechnung, p. 186 ss.; *Jakobs*, Studien, p. 151; *Gössel*, ZStW, 91, pp. 270 ss., 271 s.; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 43, núm. marg. 62 s. Ejemplo de la jurisprudencia: BGH, JR, 1986, pp. 249 s., con comentario de *Ulsenheimer*, loc. cit., pp. 250 s.

Tanto el comportamiento del hecho (el emprender) como el comportamiento inevitable subsiguiente pueden consistir en una acción o en una omisión. Ejemplos: *a)* (Ambas, acciones) Un médico emprende una operación corriente para él no teniendo en cuenta, imprudentemente, que tras abrir el cuerpo (y entonces inevitablemente) se coloca en la situación de realizar una acción defectuosa de lesiones, o bien *b)* (acción más omisión subsiguiente) de no poder efectuar una acción de salvamento necesaria. *c)* (Omisión más acción subsiguiente). Un médico de urgencias que se siente enfermo omite solicitar que le sustituyan, no teniendo en cuenta, imprudentemente, que la enfermedad, al progresar, le coloca en la situación de realizar inevitablemente una acción defectuosa de lesiones, o bien *d)* (ambas, omisiones) de no poder emprender una acción de salvamento necesaria.

B. La relevancia para la decisión del riesgo cognoscible

15 Objeto de la cognoscibilidad en la imprudencia debe ser lo que en el dolo es efectivamente conocido; conforme a la formulación de *Engisch* [24], «el autor imprudente (debe) haber podido conocer... tanto como bastaría para el dolo en caso de conocimiento real, pues la motivación que esperamos en el autor doloso sobre la base de su representación tiene que haber sido alcanzable para que quepa inculpar al autor de la imprudencia». Así pues, para el autor imprudente no sólo debe ser cognoscible el riesgo que sobrepasa el marco de la autorización de riesgo, sino que el riesgo —como en el dolo— debe ser de intensidad relevante para la decisión (*vid. supra* 8/30 ss.). No bastan los riesgos no permitidos del género de los que han de aceptarse ubicuamente como riesgos no permitidos impuestos, si es que no se quiere paralizar determinados ámbitos de la vida [25]. Al igual que un exceso de la velocidad máxima permitida en el tráfico rodado, insignificante pero con consecuencias, en caso de conocimiento del riesgo que se realiza no constituye una acción dolosa de lesiones, tampoco en caso de cognoscibilidad es una acción imprudente.

El problema lo pasan por alto tanto jurisprudencia como doctrina. Más bien también se considera posible la imprudencia en el ámbito de los riesgos no permitidos pero no relevantes para la decisión, transformando así los delitos imprudentes en delitos de peligro abstracto (creación de un riesgo no permitido), a los que se añade un resultado sólo objetivamente imputable.

C. La cognoscibilidad del riesgo objetivamente imputable

16 1. Por lo que se refiere a la *causalidad* como objeto de la cognoscibilidad, debe ser cognoscible para el autor —de nuevo paralelamente a la situación en el dolo— la causalidad, referida al resultado, de la condiciones que él ha creado, pero no el concreto curso causal entre la acción imprudente y el resulta-

---

[24] Untersuchungen, p. 373.

[25] Ampliamente *Jakobs*, Bruns-Festschrift, pp. 31 ss.; *el mismo*, suplemento ZStW, 1974, pp. 6 ss., 23 ss.; *AK-Zielinski*, §§ 15, 16, núm. marg. 105; además, la doctrina citada *supra* nota 760, relativa al dolo.

do [26]. Sin embargo, el autor debe poder advertir precisamente *aquel riesgo que se realiza* [27]. Ello ha de indagarse con arreglo a los principios que se desarrollaron *supra* (7/72 ss.) para la imputación objetiva; con la sola diferencia de que aquí no hay de atender a todo riesgo creado por el autor, sino sólo al que le es cognoscible (al igual que en la imputación a título doloso hay que atender a la realización del riesgo advertido). Así pues, faltará la realización del riesgo cuando las condiciones del riesgo cognoscible para el autor no permiten explicar la tendencia al daño. Ejemplo: El que en una explotación agrícola, próxima a un pajar, arroja sin recelo una colilla, que cae en un charco de gasolina y desencadena un incendio, no responderá por incendio imprudente sino cuando le es cognoscible no sólo el riesgo de que el fuego se prenda en el pajar, sino también el de que el fuego se prenda en la gasolina. En relación con los pormenores, se aplican las indicaciones acerca de la causalidad como objeto del dolo (*supra* 8/63 ss.).

2. De un caso en que se aplica este principio de la realización del riesgo, 17
y nada más, se trata en el grupo de problemas usualmente denominado *ámbito del fin de protección de la norma*, cuyo tratamiento en la doctrina no se emprende en orden a determinar la imputación objetiva, sino con ocasión de la imputación subjetiva, y en ella a su vez especialmente de la imputación a título imprudente. Los principios mencionados acerca de la imputación objetiva son aplicables, con la matización de que el lugar del riesgo creado por el autor lo ocupa el riesgo que le es cognoscible.

El traslado de los principios de imputación del ámbito objetivo al de la imprudencia conduce a que —frente a la doctrina mayoritaria— las causas hipotéticas del resultado no impiden la imputación a título imprudente. Las causas hipotéticas del resultado pueden a lo sumo atenuar la responsabilidad conforme a las reglas mencionadas más arriba, mediante la aplicación analógica de las reglas de la tentativa, §§ 23.2, 49.1 StGB, cuando el autor no se percata de la situación hipotética, y conforme al § 49.2 StGB, cuando el autor conoce la inevitabilidad hipotética de la consecuencia (más detalladamente *supra* 7/92 ss.). Esto último será raro en la imprudencia; de todos modos, no se puede descartar que el autor lesione imprudentemente un bien porque lo da de todos modos por perdido y consiguientemente ya no atiende a su conservación.

También ha de rechazarse para la imprudencia, por los motivos especificados más arriba (7/98 ss.), la teoría de que un *incremento del riesgo* baste para la imputación de un resultado.

---

[26] En este sentido también la jurisprudencia, naturalmente sin limitarse a la cognoscibilidad del riesgo que se realiza (sobre ello, en seguida); RG, 24, pp. 417 ss., 418; 73, pp. 370 ss., 372; BGH, 12, pp. 75 ss., 77; como la jurisprudencia, *Mühlhaus*, Fahrlässigkeit, pp. 45 s.; desde luego, los cursos causales objetivamente inadecuados quedan descartados; BGH, 3, pp. 62 ss.; OLG Karlsruhe, NJW, 1976, pp. 1853 s. Un amplio sector doctrinal exige la previsibilidad del concreto curso causal «en sus rasgos esenciales»: *Welzel*, Strafrecht, § 22, III, 5 *b*; *Wessels*, AT, § 15, II. 2; *Jescheck*, AT, § 57, III, 1; *Baumann-Weber*, AT, § 28, II, 3 *b*, beta; *Bockelmann*, Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze, pp. 98 s.; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 15, núm. marg. 200. En contra, *vid. supra* sobre la adecuación 7/34.

[27] *SK-Samson*, § 16, apéndice, núm. marg. 29 s.; *Rudolphi*, JuS, 1969, pp. 549 ss., 552; *Jakobs*, Studien, pp. 90 s.; *vid.* además la bibliografía citada *supra* 8/nota 139, relativa al dolo.

18 3. *a)* Por lo demás, los problemas —que se mencionan en relación con el dolo— del desvío del curso causal con respecto a la representación se presentan en la imprudencia conjuntamente como problemas del *desvío entre el curso causal cognoscible y el acaecido*, pero casi carecen de importancia práctica.

19 *b)* Ejemplos:

a') Acerca de la *consumación prematura*: Quien comienza a ejecutar un plan con resultado cognosciblemente peligroso no responde si ya las primeras acciones, en sí no cognosciblemente peligrosas, producen el resultado.

20 *b')* Acerca de la *culpa generalis* [28]: Si un autor opera varias veces sobre un objeto y todas estas intervenciones son causales del resultado, pero únicamente la primera es cognosciblemente causal, sólo responderá cuando las intervenciones subsiguientes continúan el riesgo de las primeras, pero no lo sustituyen. En concreto: Tras un accidente de circulación imprudentemente causado, el conductor arroja a la víctima, que (inevitablemente para él, pero erróneamente) considera muerta, a la cuneta, donde se ahoga; no hay responsabilidad por homicidio imprudente consumado. Pero si se oculta a la víctima, que amenaza desangrarse, en una pila de leña, de modo que se le cierra la arteria antes abierta, pero perece por una lesión en un órgano igualmente ocasionada en el accidente, entonces sí se realiza en la acción subsiguiente el riesgo derivado del accidente.

21 *c')* Acerca de la *aberratio ictus*: El que actúa imprudentemente frente a un objeto cognoscible, pero alcanza a otro no cognoscible, no responde por el resultado. En concreto: Quien juega en una estancia con un arma de fuego, de modo que cognosciblemente otra persona que se encuentra allí dentro podría resultar lesionada, no responderá por el resulado si se le escapa un disparo y acierta a un mirón.

22 *d')* Acerca del *error in persona vel objecto*: Para el autor no tiene por qué ser cognoscible la no identidad típica del objeto. En concreto: Quien amenaza en broma a una persona que considera con error evitable un conocido, con un arma de fuego que con error evitable considera descargada, responde por la lesión del extraño si se le escapa un disparo.

D. La imprudencia temeraria *(Leichtfertigkeit)*

23 1. Cada vez con mayor frecuencia el legislador requiere, en lugar de simple imprudencia, la temeridad del comportamiento (§§ 138.3, 176.4, 177.3, 264.3, 251 StGB, entre otros). La temeridad se entiende en general como imprudencia grave o crasa (*grob*) [29] (así tambien en la definición del § 18.3 del Proyecto de Código penal de 1962). Hasta ahora no se ha logrado una concreción reconocida en general de gravedad.

---

[28] *Jakobs*, Studien, p. 100; *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 31. *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikte, pp. 124 s.

[29] BGH, 20, pp. 315 ss., 323 s., 327; BGH, StV, 1987, pp. 254 s.; sobre la imprudencia temeraria en el § 378 AO, *vid. Samson*, en: *Franzen-Gast-Samson*, § 378, núm. marg. 22 s.

Para determinar lo grave se podría equiparar la temeridad con la imprudencia consciente similar al dolo —en la medida en que se reconozca ésta— [30]. Sin embargo, tal solución trasladaría innecesariamente a la imprudencia la contradicción axiológica vinculada a la ceguera ante los hechos (*supra* 865). 24

2. Para evitar esta contradicción, la temeridad ha de delimitarse valorativamente. Así, surge el problema de *qué* ha de valorarse, si sólo la imprudencia como elemento de la dirigibilidad o también el motivo de hacer uso de la capacidad de dirigir. Dicho de otro modo, ¿será la temeridad sólo una imprudencia especialmente acentuada, habiendo también temeridad justificada y disculpada, o será más bien una imprudencia a la que se añaden elementos subjetivos del injusto, o que incluso también caracteriza a la culpabilidad? Para responder hay que tener en cuenta que con la punición de la temeridad se corresponde siempre la punición del respectivo dolo (sólo es dudoso para el § 152 StGB). Pero si el dolo en su límite inferior es un elemento de la dirección sin consideración al motivo para hacer uso de la capacidad de dirección, no existe razón alguna para proceder de modo distinto en el límite superior de la imprudencia. La temeridad no se ha de definir, pues, como reprochabilidad incrementada [31], al igual que el dolo no aporta siempre —frente a la imprudencia— reprochabilidad incrementada. La temeridad tampoco se caracteriza por la desconsideración [32]; puede haber hechos justificados con temeridad al igual que los hay con dolo. Más bien hay que atender a con qué facilidad era evitable la realización del resultado, o sea, a si para evitar habría bastado ya con un interés mínimo (entonces temeridad) o no [33]. La medida oscila según la importancia del bien afectado, al igual que oscila también la medida del riesgo permitido en cada caso. Ejemplo: La temeridad en el manejo de un arma de fuego se apreciará antes si está en peligro la vida de una persona que si sólo lo está el cristal de una ventana. Por lo demás, el rigor del baremo se ha de determinar teniendo en cuenta el marco penal, es decir, en las cualificaciones por el resultado con elevados límites inferiores del marco penal (p. ej., en los §§ 239 *a* 2, 239 *b* 2, 251 StGB), sólo habrá temeridad en los casos en que ya habría bastado el mínimo interés en la evitación de la consecuencia, mientras que en los delitos sin límite inferior de la pena (p. ej., en el § 21 WStG) sólo se puede proceder con menor rigor.

La solución indicada aprecia también temeridad en caso de justificación. Ejemplo: La persona agredida dispara con un arma de gran calibre, en ejercicio de la legítima defensa, a la pierna del atacante, sin reparar en que la acción 25

[30] *Sauer,* Allgemeine Strafrechtslehre, § 22, I, 2; *Lohmeyer,* NJW, 1960, pp. 1798 s., 1799; en cuanto al planteamiento también *Arzt,* Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 119 ss., 127 s.; así debería proceder la doctrina propugnada por *Arthur Kaufmann,* Schuldprinzip, p. 162, que sólo considera posible el comportamiento culpable en la imprudencia consciente, sin que entonces *toda* imprudencia consciente tenga que ser a la vez temeraria.

[31] Así no obstante, *Hall,* Mezger-Festschrift, p. 229 ss., 248.

[32] En este sentido, no obstante, *Volk,* GA, 1976, pp. 161 ss., 178 s.; *Maurach,* Heinitz-Festschrif, pp. 403 ss.; de hecho también *Maiwald,* GA, 1974, pp. 257 ss., 262 ss.

[33] Así también *LK-Schroeder,* § 16, núm. marg. 213; *Rengier,* Erfolgsqualifizierte Delikte, pp. 124 ss.; en términos semejantes, *Tenckhoff,* ZStW, 88, pp. 897 ss., 911, con formulación referida a un deber de cuidado (en contra *supra* 9/6); *vid.* también *Wegscheider,* ZStW, 98, pp. 624 ss., 650 ss. (objetiva y subjetivamente especialmente contrario al cuidado en caso de previsibilidad fácil, objetiva y subjetivamente, del resultado).

puede dar lugar a una muerte. Asimismo, en caso de falta de culpabilidad es posible la temeridad, como, p. ej., en la conducta de enajenados. También según las reglas generales el comportamiento exculpado por falta de exigibilidad puede haberse ejecutado temerariamente. Junto a ello, ha de tenerse en cuenta la exigibilidad específica en los delitos de imprudencia (*infra* 20/35 ss.); se trata de casos en que no cabe dudar de que el cuidado habría evitado el resultado, pero sí de que se pueda exigir el cuidado, porque el autor revela un bloqueo en la motivación de la que él —al menos en parte— no es responsable. Ejemplo: El autor no advierte un semáforo en rojo inmediatamente después de que el copiloto le haya comunicado de golpe la muerte de un amigo muy querido. En estos casos sigue habiendo temeridad, pero la culpabilidad se ve disminuida o decae.

E. La imprudencia aparente

26 En la imprudencia existe —al igual que en el dolo— un límite inferior de lo arriesgado. Además, incluso hay que limitar la medida —no requerida en el dolo— del interés en evitar el resultado. La cognoscibilidad de la realización del tipo no depende desde luego sólo de la inteligencia del autor y de sus conocimientos, sino también de la intensidad con la que comprueba su acción. Ahora bien, «nadie es capaz de realizar la exigencia ideal de atención continua y tensa y de reacción rauda y oportuna» [34], a lo que hay que añadir: Y a nadie se le puede exigir que, siempre que no pueda poner en práctica esa exigencia ideal, omita simplemente. Por ello, hay que reconocer un riesgo permitido en tanto que importa la medida del interés en evitar el resultado. Este riesgo ha de determinarse sopesando el rendimiento personal máximo posible sólo en teoría y la renuncia al contacto social. Al igual que en la cognoscibilidad sólo se tienen en cuenta los riesgos que no sobrepasan el marco de lo permitido, así también sólo se tienen en cuenta los conocimientos que se pueden obtener con un empleo de atención aún proporcionado en general, pues no existe interés jurídico alguno en que las personas empleen absolutamente todas sus energías para evitar daños, o de lo contrario se retiren de los contactos sociales. En suma, esta limitación de la responsabilidad por imprudencia constituye un postulado muy extendido [35] (*vid.* asimismo § 16.2 StGB).

F. Imprudencia y resultado (¿tentativa imprudente?)

27 La tentativa imprudente es impune (con la única excepción del § 315 *c* 3, núm. 2, en conexión con el párrafo 1, núm. 2, letra *f* StGB), resultando indiferente si no se ha realizado una causalidad cognoscible, o si se ha ignorado de modo evitable una circunstancia del hecho. Ejemplo: Quien tras prestar juramento previo (*Voreid*) efectúa un falso testimonio temerariamente de modo

[34] *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1137.

[35] *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1139 s., que atiende a la no evidencia de la evitabilidad en el caso concreto; aprobatoriamente, *Roxin*, ZStW, 84, pp. 993 ss., 1014; *vid.* además *Bockelmann*, Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze, pp. 216 ss.; *Cramer*, DAR, 1974, pp. 317 ss., 322; *Volk*, GA, 1976, pp. 11 ss., 177; *de otra opinión*, *Tröndle*, DRiZ, 1976, pp. 129 ss.

equívoco, siendo comprendido en un sentido ajustado a la verdad (por ello sólo tentativa), queda impune, al igual que aquel que, tras un testimonio falso consciente, sólo comienza a prestar el juramento *a posteriori* (*Nacheid*) (por tanto, sólo tentativa), suponiendo temerariamente que declara ante una autoridad administrativa (en relación con los §§ 154 a 156, 163 StGB). Cuando un comportamiento es imprudente en relación con varias posibles realizaciones de tipo, para la responsabilidad se atiende, por lo demás, a qué tipo se realiza. Así pues, que el saltarse imprudentemente un semáforo en rojo sea una mera infracción administrativa, o lesiones imprudentes o incluso homicidio imprudente (en su caso de varias personas), depende del curso causal. Por eso se ha pretendido hablar en la imputación de las acciones imprudentes de una «vergonzante responsabilidad por el resultado» [36], pero sin razón: Sería casual el resultado si no se le pudiera advertir a partir de la acción precedente, pero precisamente no es éste el caso, pues el riesgo era cognoscible, y por ello el resultado era evitable conforme a plan. Más bien, se podría decir que el que no acaezca el resultado supone una casualidad en función de un actuar imprudente.

Naturalmente, no existe ningún dogma que impida punir la tentativa imprudente ni siquiera *de lege ferenda*; sobre todo es incorrecta la suposición de que sólo hay tentativas dolosas [37]. En los ámbitos con reglas consolidadas en forma de descripciones de riesgos permitidos o de *lex artis*, la punición de la falta de cuidado sin consecuencias, sobre todo cuando es muy grave, se puede tomar en consideración para completar las reglas de la tentativa concebidas para el dolo. Incluso sería posible dogmáticamente la punición de todas las tentativas imprudentes; pero ésta, por la ubicuidad del comportamiento defectuoso que se pondría de manifiesto, no serviría a la norma que ordena omitir el obrar que cognosciblemente realiza el tipo, ni serviría al poder de impresionar de la pena (*vid.* asimismo *infra* en torno a la tentativa 25/28).

IV. LOS DELITOS COMPUESTOS DE DOLO E IMPRUDENCIA (LAS LLAMADAS COMBINACIONES DOLO-IMPRUDENCIA)

A. En numerosos delitos la ley se conforma con imprudencia para una parte del tipo. Si en esa parte se trata de un resultado cualificante, entonces los delitos se cuentan entre los cualificados por el resultado, que también son posibles en forma de un hecho imprudente cualificado. Si la parte imprudente fundamenta la punibilidad, se habla de combinaciones dolo-imprudencia «auténticas» [38], o más exactamente de combinaciones dolo-imprudencia no cualificantes. En virtud del § 11.2 StGB los delitos compuestos de dolo e imprudencia 28

[36] *Radbruch*, VDBT, t. V, pp. 185 ss., 201, nota 2; *H. Mayer*, ZStW, 59, pp. 283 ss., 324; *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip., 162 s.; *vid.* también *Bockelmann*, Materialien, t. I, pp. 29 ss., 33; más bibliografía en *Armin Kaufmann*, ZRV, 1964, pp. 41 ss., 42 s.

[37] Como circunstancia en la determinación de la pena, la tentativa imprudente es común en la jurisprudencia: Si en un comportamiento imprudente referido a dos bienes se ha realizado *una* imprudencia en la lesión, la imprudencia (en esta medida sin consecuencias) referida al otro bien se achaca con eficacia agravante: BGH, VRS, 12, pp. 185 ss., 188; 13, pp. 25 ss., 26; 13, pp. 204 ss., 207; 14, pp. 282 ss., 285; 22, pp. 273 ss., 274, etc.

[38] Desde *Krey* y *Schneider*, NJW, 1970, pp. 40 ss.; acertada crítica a la denominación en *LK-Schroeder*, § 18, núm. marg. 15.

deben seguir las reglas de los delitos dolosos, lo que lógicamente sólo resulta posible con relevantes modificaciones, ya que la ley no prevé para la imprudencia —aun cuando sólo sea parcial— regulación diferenciada alguna de la participación, y expresamente no regula más que la tentativa dolosa. Acerca de la participación, *vid. infra* 21/46; 22/29; acerca de la tentativa, *vid. infra* 25/25 ss.; acerca del desistimiento de la tentativa, *vid. infra* 26/49. La coordinación con el dolo es vinculante en relación con los §§ 48, 56 *g* 2, 66 StGB.

29 B. *Combinaciones dolo-imprudencia no cualificantes* son, p. ej., los §§ 97.1, 311.4, 315 *a* 3. núm. 1, en conexión con el párrafo 1, núm. 2, 315 *b* en relación con el párrafo 1; 315 *c* 3, en conexión con los párrafos 1, núm. 1 *b* y 2 StGB. La conducción de vehículos de peligrosidad cognoscible en concreto, por embriaguez cognoscible (§§ 315 *a* 3, núm. 1, en conexión con el párrafo 1 y 315 *c* 3, núm. 1, en conexión con el párrafo 1, núm. 1 *a* StGB) no constituye una combinación dolo-imprudencia no cualificante (ya que la situación de partida no resulta cualificada por un peligro) ni un delito cualificado por el resultado en el sentido del § 18 StGB (pues el resultado es sólo una puesta en peligro; acerca de ello, *infra* 9/30). Se discute si en los delitos en los que la exigencia de puesta en peligro imprudente sólo debe garantizar que no se traspasa el umbral de lo merecedor de punición [39] se trata de delitos dolosos o de delitos imprudentes con «infracción de deber» consciente [40]; las posturas no se excluyen mutuamente. En definitiva, las combinaciones dolo-imprudencia no cualificantes siguen las reglas de los delitos dolosos cualificados por el resultado [41].

30 C. 1. El tenor literal de la regulación de los delitos cualificados por el resultado en el § 18 StGB es incorrecta en dos sentidos. Por una parte —frente al tenor literal— no se trata de que haya que castigar sólo en caso de «al menos imprudencia». Dado que, según el § 15 StGB, en el supuesto normal hay que exigir dolo, más bien ha de castigarse *ya* si hay imprudencia y no *sólo* si hay dolo referido a la consecuencia. El § 18 StGB es, pues, un supuesto regulado en la Parte General en que un comportamiento en parte imprudente «se conmina con pena expresamente» (§ 15 StGB) [42]. Además, no se alude —de nuevo frente al tenor literal— a todas las especiales consecuencias cualificantes del hecho; más bien, queda excluido el resultado consistente en *puesta en peligro* [43]; este principio se puede extraer ya de la técnica seguida por la regulación: A veces, en casos de resultado de puesta en peligro, se menciona expresamente el aspecto subjetivo (así, en relación con las cualificaciones por la puesta en peligro del § 316 StGB en los §§ 315 *a* 3, núm. 1, en conexión con el párra-

[39] *Lackner*, § 11, nota 11 a; el mismo Gefährdungsdelikt, p. 10.

[40] *LK*[9]*-Schroeder*, § 56, núm. marg. 49; *Gössel*, Lange-Festschrift, pp. 219 ss., 235.

[41] En definitiva también *LK-Tröndle*, § 11, núm. marg. 98 s.

[42] *LK-Schroeder*, § 18, núm. marg. 1; *AK-Paeffgen*, § 18, núm. marg. 2; el defecto de formulación ha surgido por la relación con el § 56 StGB, redacción anterior, que *limitaba* la responsabilidad para los, hasta entonces, delitos cualificados ya por la producción objetiva de consecuencias, mientras que el § 18 StGB, en el contexto legal actual, *amplía* la responsabilidad.

[43] Polémico; como aquí, *Küper*, NJW, 1976, pp. 543 ss., 546; *Backmann*, MDR, 1976, pp. 969 ss.; *LK-Schroeder*, § 18, núm. marg. 8; *SK-Rudolphi*, § 18, núm. marg. 2; en definitiva también *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte, pp. 94 ss., 275 ss., 280 con nota 80; BGH, 26, pp. 176 ss., 178, con una fundamentación desafortunada (una puesta en peligro no ha de [illegible] una consecuencia); *vid.* asimismo *Lorenzen*, Rechtsnatur, pp. 22 s. *De otra opinión, Dreher-Tröndle*, § 18, núm. marg. 2; *Gössel*, Lange-Festschrit, pp. 219 ss., 221.

fo 1, núm. 1, o 315 *c* 3, núm. 1, en relación con el párrafo 1, núm. 1 *a* StGB); a veces las cualificaciones por el resultado de puesta en peligro no se agrupan con las cualificaciones por el resultado, sino con las cualificaciones que requieren dolo (así, el robo peligroso está en el § 250.1, núm. 3, pero no en el § 251 StGB). Pero sobre todo a la puesta en peligro concreta, por su semejanza con la tentativa, le falta la gravedad en el tipo objetivo en la que se fundamenta la existencia de todo este grupo de delitos.

Delitos cualificados por el resultado en virtud del § 18 StGB, con una combinación dolo-imprudencia son, p. ej., los §§ 176.4, 177.3, 178.3, 221.3, 224.1, 226, 229.2, 239.2, 239 *a* 2, 239 *b* 2, 251, 307.1 StGB. La consecuencia específica puede consistir también en un mero exceso cuantitativo con respecto al tipo básico, como, p. ej., en el § 224 StGB, y en todos los delitos de peligro concreto, en los que la producción del resultado tiene efecto cualificante; también en este último supuesto en caso de ejecución imprudente del resultado permanece evidentemente el requisito de realización dolosa del *quantum* perteneciente al tipo básico, o sea, p. ej., de la puesta en peligro dolosa [44]. Son ejemplos de delitos cualificados por el resultado puramente imprudentes los §§ 309.2.° supuesto de hecho, 314, 2.° supuesto de hecho StGB.

31 2. A veces, en la Parte Especial se agravan las condiciones mínimas mencionadas en el § 18 StGB acerca del aspecto subjetivo en caso de realización de consecuencias. Cuando no se requiere dolo (p. ej., en el § 225 StGB), requisito con el que la cualificación por el resultado se asimila a delito doloso de lesión, se encuentra con frecuencia creciente el requisito de comportamiento temerario, es decir, gravemente imprudente (§§ 176.4, 177.3, 178.3, 239 *a* 2, 239 *b* 2, 251 StGB, entre otros). Aun cuando la mención no es del tenor de *al menos* temeridad, se incluye también el actuar doloso [45], por una parte a causa de la relación escalonada que media entre las formas de evitabilidad (*supra* 9/4) y, por otra parte, porque la mención sólo tiene el sentido de restringir en el ámbito inferior los marcos abiertos para el aspecto subjetivo por el § 18 StGB, y por ello ha de interpretarse teniendo como fondo el § 18 StGB, que se infiltra en cada cualificación por el resultado de la Parte Especial. Dicho de otro modo, dado que el § 18 StGB contiene ya la expresión «al menos», no hace falta que en la Parte Especial se repita en cada caso.

32 3. El § 18 StGB no comprende aquellas consecuencias de la acción mediante las que se fundamenta la punibilidad por consumación [46], es decir, el

---

[44] *LK-Schroeder*, § 18, núm. marg. 9.

[45] Discutido; como aquí, *LK-Schroeder*, § 18, núm. marg. 25; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 18, núm. marg. 5 s.; *Paeffgen*, JZ, 1989, pp. 220 ss., 223 s.; *AK-Paeffgen*, § 18, núm. marg. 80 ss.; en definitiva también *Montenbruck*, Strafrahmen, pp. 205, y BGH, 35, pp. 257 s., con comentario favorable de *Alwart*, NStZ, 1989, pp. 225 s., así como *Laubenthal*, JR, 1988, pp. 335 s., y desfavorable de *Arzt*, StV, 1989, pp. 57 s.; *Dreher-Tröndle*, § 18, núm. marg. 6; *de otra opinión*, BGH, 26, p. 175; BGH, en *Dallinger*, MDR, 1976, p. 15; BGH, GA, 1984, pp. 476 s.; *Rudolphi*, JR, 1976, pp. 74 s.; *Hassemer*, JuS, 1975, pp. 814 s.; *Tenckhoff*, ZStW, 88, pp. 897 ss., 919; *Maiwald*, GA, 1974, pp. 257 s., 270; *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte, pp. 107 ss.; *Jescheck*, AT, § 54, II, 2.

[46] Correcto desde una interpretación literal, pero equivocado en función del fin de la regulación, es el siguiente proceder fundamentador: Dado que la tentativa puede punirse más levemente que la consumación (§ 23.2 StGB), la producción del resultado agrava la pena de la tentativa; de acuerdo con el § 18 StGB, pues, en relación con el resultado producido basta la imprudencia; con

caso normal del delito de resultado, o aquellas que como condiciones exclusivamente objetivas del injusto o de su tipicidad no necesitan correlato subjetivo alguno (acerca de esto último: §§ 227, 323 a StGB, discutido, con más detalle, *infra* 10/1 ss.). Acerca de los supuestos del género «concurre por lo general cuando....» y de los fundamentos de determinación de la pena, *vid. supra* 8/43.

33 4. *a)* Hay notables dificultades en los delitos cualificados por el resultado que se basan en la falta de claridad en torno a cuándo y por qué la ley pasa del concurso ideal entre un delito base (doloso o imprudente) y la ejecución al menos imprudente de un ulterior resultado, a una cualificación por el resultado punible por lo general con una agravación considerable [47]. No en todo hacer antijurídico opera cualificando cualquier causación imprudente de resultado, sino sólo en supuestos de especiales formas de conducta, y sólo cuando se producen determinadas consecuencias, de modo que la idea del *versari in re illicita* por sí sola no explica los delitos cualificados por el resultado. Naturalmente, tampoco hay por qué rechazar en su totalidad esta idea [48]. La ley puede imputar las consecuencias de una acción defectuosa con mayor rigor a aquel que se mueve por el terreno de lo prohibido que al que se comporta dentro de lo permitido, incluso dándose la misma previsibilidad, pues es cierto que existe un interés jurídicamente reconocido en que no se estrangule la libertad de actuación mediante una responsabilidad por imprudencia demasiado amplia (*vid. supra* acerca del riesgo permitido 7/35), pero sólo la libertad para el actuar no prohibido, no para el hacer antijurídico. A esta idea se añade, en los delitos cualificados por el resultado —sobre todo en unión con cierta tipología criminológica— [49], que la realización de un delito base o del comportamiento que conduce al delito base es arriesgada de manera aún por concretar. Por eso, los delitos cualificados por el resultado no son meras sumas de delito base más con-

---

arreglo a lo cual —en el delito doloso— no es que tenga que haberse realizado el resultado advertido, sino que basta la realización de un resultado advertible (en tanto que la tentativa sea punible; si no, la producción del resultado actúa *fundamentando* la punibilidad). Singularmente, con esta interpretación literal la *aberratio ictus*, en caso de imprudencia relativa al resultado producido, comportaría delito doloso consumado, *supra* 8/80.

[47] Se discute si cabe justificar en absoluto este paso; sobre la historia, *vid. Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte, pp. 13 ss.; *Küpper*, Zusammenhang, pp. 45 ss., 64 ss.; *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte, pp. 98 ss., y *passim*. En favor de los delitos cualificados por el resultado, incluso sin la limitación de la imprudencia, *Baumann*, ZStW, 70, pp. 227 ss., 236 ss.; en contra, *Lang-Hinrichsen*, ZStW, 73, pp. 210 ss., 224 ss.; ampliamente sobre la necesidad de los delitos cualificados por el resultado, *Hirsch*, GA, 1972, pp. 65 ss., 75 ss.; *Küpper*, Zusammenhang, pp. 32 ss., 44; *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte, p. 132, y *passim*, concibe estos delitos como «situados apenas por debajo del dolo» y los interpreta, descuidando la vinculación al delito base, como recurso para colmar lagunas entre la realización dolosa del resultado, por una parte, y la imprudente, por otra; *Dornseifer*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 427 ss., 432 s., hace recaer el acento en el aspecto *subjetivo* de la causación del resultado; en contra de la figura de los delitos cualificados por el resultado, *Schubarth*, ZStW, 85, pp. 754 ss., 755 ss.; en favor de su transformación en delitos de peligro, *Arthur Kaufmann*, Schulprinzip, pp. 240 ss.; *vid.* también *Jescheck*, Niederschriften, t. II, pp. 246 ss., 250; *Díez Ripollés*, ZSW, 96, pp. 1059 ss., 1074 ss., propone desglosarlos en un concurso ideal entre el delito base y la producción imprudente de las consecuencias, con *asperación* del marco penal; en el supuesto de que no se llegue a producir la consecuencia, habría que crear delitos de peligro; especialmente sobre los abusivos marcos penales, *vid. infra* nota 61.

[48] *De otra opinión*, *Lorenzen*, Rechtsnatur, pp. 35 ss., con bibliografía.

[49] Sólo así cabrá aclarar que ciertamente hay unas lesiones generales con consecuencia de muerte, § 226 StGB, pero no unas coacciones *generales* con consecuencia de muerte, aunque sí robo y extorsión-robo, con consecuencia de muerte, § 251 StGB.

secuencia (de lo contrario, todos los delitos tendrían que verse cualificados por una consecuencia grave), sino que en el acaecimiento de la consecuencia se debe realizar un riesgo específico.

b) Para determinar si se ha producido la realización del riesgo [50] se indican distintas fórmulas, sobre todo para las lesiones con resultado de muerte: La consecuencia debe surgir *directamente* de la acción base [51] (es decir, no con la mediación del comportamiento imputable de la víctima o de terceros [51a], o mediante *otro* comportamiento arriesgado del propio autor [51b], a no ser que esta mediación no elimine la realización del riesgo [51c]; en torno a ello, *supra* 7/55), o debe ser consecuencia *característica* del delito base [52]; no se debe poder pronosticar sin tener en cuenta elementos de peligro *extratípicos* [53] o surgir de las circunstancias que el autor *conoce* [54]; en la consecuencia se debe realizar un riesgo *adecuado al delito base* y *forzoso* (es decir, intenso o no controlable) [55] o ha de haber sido determinado *temerariamente* [55a]. 34

c) En orden a la solución, hay que distinguir: 35

a') En la mayor parte de los delitos cualificados por el resultado se trata de que el autor se entromete en los bienes de la víctima de la consecuencia cualificante ya mediante el delito base —o, en los delitos de varios actos (p. ej., § 251 StGB), ya mediante partes del delito base— [56], errando sobre la medida

---

[50] El requisito de realización del peligro no lo reconoce la generalidad; en contra, *Schröder*, JR, 1971, pp. 206 ss.; *Schönke-Schröder-Cramer* [20], § 18, núm. marg. 4; también *Montenbruck*, Strafrahmen, p. 72; en relación con el Derecho austríaco, *Schmoller*, JurBl., 1985-4, pp. 654 ss., 655 s.

[51] BGH, JR, 1971, pp. 205 s. (con comentario desfavorable de *Schröder*, JR, 1971, pp. 206 ss.; también desfavorable *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte, pp. 168 ss.; *el mismo*, Jura, 1986, pp. 143 ss.); BGH, en *Holtz*, MDR, 1982, pp. 100 ss., 101 s.; BGH, 31, pp. 96 ss., con reseña de *Maiwald*, JuS, 1984, y comentarios de *Hirsch*, JR, 1983, pp. 78 ss.; *Stree*, JZ, 1983, pp. 75 s.; *Puppe*, NStZ, 1983, pp. 22 ss.; *Schlapp*, StV, 1983, pp. 62 s.; *Küper*, JA, 1983, pp. 29 s. Acerca de la sentencia, *vid.* también 9/35 *in fine*. Ampliamente sobre la inmediatez, *Küpper*, Zusammenhang, pp. 64 ss., 80 ss.; pormenorizadamente, en contra *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte, *passim*.

[51a] Ello es válido también con respecto al § 30, párrafo 1, núm. 3, BtMG: La muerte del destinatario de la droga sólo la puede causar el *autor* temerariamente de modo imputable si aquél es instrumento del autor (sobre ello *infra* 21/66 ss.); *vid.* BGH, 22, pp. 66 ss.

[51b] *Vid.* BGH, 33, pp. 66 ss., 68, con comentario en esta medida favorable de *Roxin*, NStZ, 1984, pp. 320 s.; BGH, JR, 1986, p. 3280, con comentario de *Jakobs*, loc. cit., pp. 380 ss.

[51c] El § 22 StGB no tendría que estar excluido cuando el autor lesiona a su víctima del modo más grave, lo que evidentemente sólo tiene desenlace mortal porque la salvación se retrasa muy poco tiempo por un leve descuido. Si el tercero (o la propia víctima) crea un *nuevo* riesgo (el médico, en el ajetreo de la salvación urgente, se confunde en el contenido de la inyección; la víctima muere por el medicamento que se le inyecta), ello puede que sea también imputable al autor, pero no específicamente como consecuencia de sus lesiones dolosas (cualquier otra medida de salvación apresurada habría tenido el mismo efecto), sino como consecuencia del «dar lugar a medidas de salvación arriesgadas» —no específico de las lesiones—; así pues, realiza en unidad de acción los §§ 223 y 222 StGB.

[52] *Geilen*, Lange-Festschrift, pp. 219 ss., 235.

[53] *Geilen*, Welzel-Festschrift, pp. 655 ss., 681.

[54] *SK-Horn*, § 226, núm. marg. 11.

[55] *Wolter*, JuS, 1981, pp. 168 ss., 177; *el mismo*, GA, 1984, pp. 443 ss., 448; en contra de *Wolter*, pormenorizadamente *Hirsch*, Oehler-Festschrift, pp. 111 ss., 114 ss.

[55a] *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte, pp. 130 ss., y *passim*; *Paeffgen*, JZ, 1989, pp. 220 ss.; *AK-Paeffgen*, § 128, núm. marg. 43, 45 ss.

[56] *LK-Schroeder*, § 18, núm. marg. 20; en el robo con homicidio imprudente del § 251 StGB, se trata sólo de un peligro del primer segmento de la acción, pero no del peligro de la sustracción.

de la lesión que el riesgo que ha conocido le ocasiona o al bien atacado (ejemplo: § 224 StGB o § 226 StGB, cuando el autor subestima ya la idoneidad del medio de ataque que utiliza) [56a], o a un bien dependiente necesariamente del bien atacado dolosamente (ejemplo: § 226 StGB, para el caso de que el autor se dé cuenta de toda la dimensión de su ataque y sólo ignore el carácter mortal de la intervención). Se trata, pues, de un error cuantitativo, en sentido amplio, porque puede afectar tanto al bien atacado dolosamente como a otro dependiente necesariamente de éste. El fundamento de la agravación reside en la circunstancia de que el riesgo a partir del cual se concreta el delito base a menudo no es cuantitativamente controlable, es decir, se trata de un peligro significativo. Dicho gráficamente: Se trata de un error cuantitativo, habiendo idéntico riesgo [57]. No basta un peligro que sea independiente de la existencia del riesgo que el autor ha advertido [57a], ya que un peligro así —casi siempre denominado peligro de la *acción* base— está vinculado al delito base de un modo tan casual como lo estaría cualquier delito que se añadiera en concurso ideal: *Un* movimiento corporal acarrea, según la forma casual de la situación, diversos riesgos [57b].

Ejemplos: Quien derriba de un golpe a la víctima al borde de una carretera con mucho tráfico, de modo que después la atropella un auto, como era previsible, con consecuencia de muerte, no yerra sobre la cantidad del riesgo que se realiza en el resultado del delito base (el golpe); así pues, falta la identidad del riesgo. Además, el resultado del golpe no es el primer *quantum* del ataque que conduce a la muerte (el atropello) [58]. Quien golpea a la víctima dolosamente con una pistola cargada, disparándosele la pistola y matando a la víctima, yerra sobre el riesgo de la pistola como arma de fuego; en el delito base se realiza el riesgo de un arma contundente; falta, pues, la identidad del riesgo. Además, el resultado en tanto que golpe no es el primer *quantum* de la incidencia que conduce a la muerte (el disparo) [59]. Pero sí responde por el § 226 StGB el que golpea en la cabeza a su víctima con dolo de lesiones, siendo cognoscible que el golpe vaya a determinar la muerte, porque resulte más fuerte de lo que está planeado, o bien porque ya con la intensidad planeada fracture el cráneo a la víctima, o porque el instrumento contundente sea cortante, etc.

Un error cuantitativo en la sustracción es ciertamente imaginable (los comestibles sustraídos eran vitales), pero apenas un tipo relevante criminológicamente y éste aún menos limitado a la sustracción precisamente mediante robo; *Blei*, JA, 1974, pp. 233 ss., 236; *Schönke-Schröder-Eser*, § 251, núm. marg. 4; de otra opinión, *Maurach-Schroeder*, BT, I, § 35, núm. marg. 32.

[56a] Ejemplo: El cuchillo no sólo araña la piel, sino que penetra profundamente (error cuantitativo referido al bien dolosamente atacado) y tiene consecuencia mortal (error cuantitativo referido al bien dependiente).

[57] En definitiva, esta solución coincide en la mayoría de los casos con la de *Geilen*, Welzel-Festschrift, pp. 655 ss., 681; *Küpper*, Unmittelbarkeit, pp. 85 ss.; *Hirsch*, Oehler-Festschrift, pp. 111 ss.; *vid.* asimismo *Jakobs*, separata ZStW, 1974, pp. 8 ss., 35 ss.

[57a] Muy discutido; *de otra opinión* principalmente la jurisprudencia, últimamente BGH, JR, 1986, p. 380.

[57b] *Jakobs*, JR, 1986, pp. 380 ss.

[58] Polémico; como aquí, *Geilen*, Welzel-Festschrift, pp. 655 ss., 681; *LK-Hirsch*, § 226, núm. marg. 4, con bibliografía relativa al estado de la discusión; *de otra opinión*, *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte, pp. 209 ss.; *AK-Paeffgen*, § 18, núm. marg. 56.

[59] En definitiva *de otra opinión*, BGH, 14, pp. 110 ss., y sobre todo *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte, pp. 213 ss.

A menudo el efecto de las lesiones consiste en la pérdida de una función: La víctima es entonces proclive (por estar sin sentido, o por quedar impedido o en un estado caquéctico) a riesgos ulteriores (no puede huir del frío para refugiarse, no puede resistir a su enemigo, o una infección, etc.). Este riesgo derivado de la «pérdida de función» lo proporciona a veces el efecto coactivo de unas lesiones, no siendo entonces el riesgo de las *lesiones*, sino el riesgo de *pérdida de libertad* y por tanto no idéntico al riesgo de las lesiones: Existiría también si el efecto coactivo se creara sin incidencia corporal. Ejemplos: El que infecta a la víctima con un virus que paraliza su resistencia inmunológica frente a otras infecciones responde por el § 226 StGB si la víctima, por falta de capacidad defensiva, muere de pulmonía, gripe o meningitis, con independencia de que el efecto paralizante fuese o no conocido, pues no el desconocimiento de la secuela de muerte, sino el desconocimiento de la secuela de proclividad supone un error en la cantidad, a igualdad de riesgo de *lesiones*. No se pasa, naturalmente, del concurso ideal entre lesiones dolosas y homicidio imprudente cuando el autor deja sin sentido a la víctima donde cognosciblemente puede morir congelada o la puede matar su enemigo, ya que la incapacidad para la organización (en el sentido de actuar u omitir, en todo caso de modo *dirigido*) de una defensa constituye efecto *coactivo* [59a].

b') Aisladamente, algunos delitos son cualificados por el resultado porque 36
el ataque a un bien comporta típicamente riesgos *ulteriores* no controlables para el mismo bien (ejemplo: § 239.3 StGB), o comporta típicamente riesgos no controlables para bienes vinculados en su existencia no necesariamente, pero sí con frecuencia (ejemplos: §§ 307, núm. 1, 309 StGB). En estos casos, para la fundamentación del peligro específico del delito cualificado por el resultado no resulta necesaria la identidad del riesgo ni la limitación del error a la cantidad; más bien, basta la evolución típica del peligro. El riesgo de consecuencias se desarrolla incluso cuando media un comportamiento de la víctima o de terceros, en tanto que este comportamiento sea imputable al autor según los principios de la autoría mediata. Ejemplo: La víctima de unas detenciones ilegales cuya duración se prevé prolongada cae con consecuencias mortales en un intento de fuga arriesgado; si hay imprudencia con respecto a la consecuencia: § 239.3 StGB [60]. Siempre ha de tratarse de un riesgo vinculado típicamente al delito base, es decir, que pueda evitarse conforme a plan evitando el delito base. En ocasiones, la propia ley limita los riesgos drásticamente, como, p. ej., en el § 307, núm. 1, StGB, mediante el requisito de que la víctima debía haberse encontrado en el momento del hecho en uno de los espacios incendiados. Los pormenores sólo se pueden desarrollar al interpretar los delitos en la Parte Especial [60a].

[59a] Un supuesto límite es el del fallo BGH, 31, pp. 96 ss. (*vid.* sobre ello ya *supra* 9/nota 51): El derribar a una persona anciana, causado como lesión dolosa, conduce a una enfermedad incurable y a la muerte. Hay que atender a si la enfermedad incurable y la muerte fueron consecuencia de la convalecencia tras la caída (efecto coactivo, no § 226 StGB) o bien consecuencia de las lesiones al caer (de modo que no cabría explicarlas si, p. ej., la víctima, no lesionada, hubiese estado atada a la cama).

[60] BGH, 19, pp. 382 ss., 386 s.; *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte, pp. 232 s., y *passim*; *Paeffgen*, JZ, 1989, pp. 220 ss., 227.

[60a] Sobre el § 239 *a*, párrafo 2 StGB, *vid.* BGH, 33, pp. 322 ss., con comentario de *Wolter*, 1986, pp. 465 ss.

37 *d)* Sin embargo, ni siquiera todas las limitaciones señaladas a los delitos cualificados por el resultado juntas pueden remediar el hecho de que la ley ha perdido en parte la orientación sistemática al señalar el marco penal de estos delitos [61]. Ello se pone de manifiesto —con claridad, pero no sólo en ellos— en aquellos delitos que también se pueden realizar con imprudencia simple: Al igual que la imprudencia se puede minimizar hasta la imprudencia más leve, también se puede minimizar el merecimiento de pena de la realización de la consecuencia. Incluso cuando la ley en los delitos cualificados por el resultado, frente a la absorción de un marco penal por otro aplicable en el concurso ideal, se decide por la asperación, debe tener en cuenta en el límite inferior de la pena la posibilidad de evitabilidad mínima. Ejemplo de regulación defectuosa: El límite inferior de la pena según el § 307, núm. 1, supone el décuplo del límite inferior con arreglo al § 306 y el doble del límite superior conforme al § 222 StGB. En los delitos limitados a comisión mediante imprudencia temeraria, las conminaciones penales especialmente altas no concuerdan con las conminaciones para el comportamiento ya no temerario, ni con las conminaciones para las realizaciones del resultado temerarias pero no cualificantes, sobre todo en caso de homicidio imprudente. Ejemplo: Dado que el homicidio por imprudencia temeraria en el robo puede conducir hasta cadena perpetua, el límite superior del homicidio imprudente (cinco años) no debería ser tan bajo , p. ej., en los casos de homicidio por imprudencia temeraria con infracción de deberes profesionales.

---

[61] En favor de la revisión del marco penal, *Jescheck*, AT, § 54, III, 2; *Jakobs*, separata ZStW, 1974. pp. 6 ss., 37 s.; *SK-Rudolphi*, § 18, núm. marg. 1; *Wolter*, JuS, 1981, pp. 168 s.; también *Hirsch*, GA, 1972, pp. 65 ss., 75; *Küpper*, Zusammenhang, pp. 35 ss., 42; también (desde luego muy limitadamente) *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte, pp. 136 ss.; *Paeffgen*, JZ, 1989, pp. 220 ss. *Lorenzen*, Rechtsnatur, pp. 145 ss., pretende tener en cuenta el límite superior de los marcos penales sólo en caso de realización dolosa del resultado; en la medida en que este resultado un hecho doloso (p. ej., en el § 226 StGB), el precepto sería anticonstitucional. En caso de realización imprudente del resultado, el marco penal se vería limitado por la medida máxima aplicable en el concurso ideal. Evidentemente, no se podrá ni impedir que el legislador nivele el límite, insatisfactorio axiológicamente, entre dolo e imprudencia (*supra* 8/5) al menos en los delitos cualificados por el resultado, ni que aspere el marco penal del concurso ideal al menos en supuestos particulares (*infra* 32/5, 33/13). *Lorenzen*, loc. cit., p. 166, acepta *de lege ferenda* la asperación sólo como principio *general* del concurso ideal; pero no existe necesidad de agravar *con carácter general* los marcos penales; *de otra opinión*, *Díez Ripollés*, ZStW, 96, pp. 1049 ss., 1082. En contra de *Lorenzen*, *vid.* asimismo *Küpper*, loc. cit., pp. 42 ss.; *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte, pp. 104 s., y *passim*.

APARTADO 10

Las condiciones objetivas (de exclusión) del injusto o de su tipicidad penal

I. LAS CONDICIONES EXCLUSIVAMENTE OBJETIVAS DEL INJUSTO O DE SU TIPICIDAD PENAL (LAS LLAMADAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD)

BIBLIOGRAFIA: *G. Bemmann*, Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, 1957; *R. Birkhahn*, Teilnahme an einem Raufhandel nach Eintritt der schweren Folge?, MDR, 1962, pp. 625 s.; *R. Bloy*, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1976; *el mismo*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; *H. Frister*, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, 1988; *H.-L. Günther*, Comentario a BGH, 33, pp. 100 ss., JZ, 1985, pp. 585 ss.; *W. Hardwig*, Studien zum Vollrauschtatbestand, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 459 ss.; *G. Hass*, Abschied von der objektiven Strafbarkeitsbedingung, ZRP, 1970, pp. 196 s.; *el mismo*, Zu Wesen und Funktion der objektiven Strafbarkeitsbedingung. Bemerkungen zur Entstehungsgeschichte des Begriffs, Rechtstheorie, 1972, pp. 23 ss.; *el mismo*, Wie entstehen Rechtsbegriffe? Dargestellt am Beispiel der objektiven Strafbarkeitsbedingung, 1973; *W. Heinz*, Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität mit strafrechtlichen Mitteln —unter besonderer Bercksichtigung des 1. WiKG, GA, 1977, pp. 193 ss.; *H. J. Hirsch*, Ehre und Beleidigung, 1967; *H. Kantorowicz*, Tat und Schuld, 1933; *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 1961; *el mismo*, Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit, JZ, 1963, pp. 425 ss.; *U. Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989; *Krause*, Die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, Jura, 1980, pp. 449 ss.; *E. Land*, System der äußeren Strafbarkeitsbedingungen. Ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand, 1927; *D. Lang-Hinrichsen*, Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht, ZStW, 73, pp. 210 ss.; *A. Montenbruck*, Zur «Beteiligung an einer Schlägerei», JR, 1986, pp. 138 ss.; *H. Otto*, Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien? Überlegungen zum Deliktsaufbau, Schroder-Gedachtnisschrift, pp. 53 ss.; *el mismo*, Der Zusammenhang zwischen Krise, Bankrotthandlung und Bankrott im Konkursstrafrecht, R. Bruns-Gedachtnisschrift, pp. 265 ss.; *M. Polaino Navarrete*, Die Strafbarkeit im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 501 ss.; *G. Radbruch*, Tat und Schuld. Zu einem Buche von Hermann Kantorowicz, SchwZStr., t. 51 (1937), pp. 245 ss.; *Th. Rittler*, Strafbarkeitsbedingungen, Frank-Festgabe, t. II, pp. 1 ss.; *W. Sauer*, Die beiden Tatbestandsbegriffe. Zur Lehre von den äußeren Strafbarkeitsvoraussetzungen, Mezger-Festschrift, pp. 117 ss.; *W. Sax*, «Tatbestand» und Rechtsgutsverletzung. Überlegungen zur Neubestimmung von Gehalt und Funktion des «gesetzlichen Tatbestandes» und des «Unrechtstatbestandes», JZ, 1976, pp. 9 ss., 80 ss., 429 ss.; *E. Schmidhäuser*, Objektive Strafbarkeitsbedingungen, ZStW, 71, pp. 545 ss.; *J. Schulz*, Comentario a BGH, 33, pp. 100 ss., StV, 1986, pp. 250 s.; *G. Schwalm*, Gibt es objektive Strafbarkeitsbedingungen?, MDR, 1959, pp. 906; *H. Schweikert*, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957; *el mismo*, Strafrechtliche Haftung für riskantes

Verhalten, ZStW, 70, pp. 394 ss.; *G. Stratenwerth,* Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1959, ZStW, 71, pp. 565 ss.; *W. Stree,* Beteiligung an einer Schlagerei, BGHSt. 16, 130, JuS, 1962, pp. 93 ss.; *el mismo,* Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, JuS, 1965, pp. 465 ss.; *K. Tiedemann,* Objektive Strafbarkeitsbedingungen und die Reform des deutschen Konkursstrafrechts, ZRP, 1975, pp. 129 ss.; *el mismo,* Grundfragen bei der Anwendung des neuen Konkursstrafrechts, NJW, 1977, pp. 777 ss.; *el mismo,* Der BGH zum neuen Konkursstrafrecht, NJW, 1979, pp. 254 s.; *K. Volk,* Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus, ZStW, 97, pp. 87 ss.; *L. Zimmel,* Zur Lehre vom Tatbestand (Übersehene und vernachlässigte Probleme), 1928.

A. El problema

1 En muchos casos, p. ej., en la participación en riña tumultuaria (§ 227 StGB) y en la embriaguez plena (§ 323 a StGB), el legislador se encuentra ante el siguiente dilema: Si se establece la consumación de un hecho ya en la puesta en peligro para el bien jurídico protegido, también quedará realizado el tipo mediante acciones que o bien no se consideran como perturbacion en la vida social, o al menos no para un sector muy mayoritario de la sociedad, o bien no como perturbaciones que requieran una reacción formalizada; en estos supuestos, la pena aparece como una reacción innecesariamente drástica. Pero si al tipo de injusto se le añade el requisito de un daño o al menos de la proximidad de éste, entonces sólo quedará realizado cuando el autor respectivo pueda percibir el riesgo concreto, aun cuando a la ley le importe evitar también un riesgo sólo abstracto. Ejemplo (del § 323 a StGB): Si la ley saliese al paso del peligro que surge de la inimputabilidad de una persona completamente embriagada con la punición de toda embriaguez plena, entonces la pena se convertiría en un arma que ya no discriminaría y por tanto se volvería roma, por la aplicación ubicua —a pesar de la inmensa cifra negra—, p. ej., en los carnavales renanos o en otras fiestas populares. Pero si la ley impusiera pena sólo a un delito, individualmente previsible, realizado en estado de embriaguez, tampoco se aplicaría en aquellos casos en que el autor, consciente de la presunción de peligro de la ley, pero en la creencia de tener mejor conocimiento, se embriaga, equivocándose en su creencia, es decir, cometiendo una infracción en estado de embriaguez. Se trata, pues, de supuestos en que la punición de una puesta en peligro abstracta no es adecuada en general, pero sí cuando se produce una materialización del resultado independiente de la consumación: La materialización del resultado demuestra la necesidad de la prohibición de la puesta en peligro abstracto. En estos casos, la materialización del resultado condiciona el injusto o al menos la tipicidad penal del injusto. El concepto de resultado ha de entenderse aquí en sentido amplio, abarcando también cualidades del objeto de ataque, etc. Se trata en todo momento de circunstancias que aumentarían la medida de la culpabilidad si la culpabilidad se refiriese a ellas [1]; por ello suscitan la cuestión de la persona responsable de ellas, y —cuando por falta de culpabilidad nadie es responsable— *ponen de manifiesto la necesidad de la pro-*

[1] *Vid. Schmidhäuser,* ZStW, 71, pp. 545 ss., 558; *Gallas,* Niederschriften, t. V, p. 104.

hibición de la puesta en peligro abstracto. Operan, por tanto, como indicadores de la necesidad de tales prohibiciones [1a].

Desde el punto de vista sistemático, las condiciones exclusivamente objetivas representan la contrapartida de los elementos subjetivos del injusto en forma de planes trascendentes: Al trascender de la voluntad en estos planes le corresponde un trascender de la ejecución en las condiciones exclusivamente objetivas.

B. La dogmática de las condiciones del injusto y de la tipicidad penal

1. *a)* Una condición del injusto retroactiva y retardataria concurre 2
cuando el comportamiento no se puede tratar como injusto sin la materialización del resultado. Este es el caso en la embriaguez plena con arreglo al § 323 a StGB. Si la embriguez constituyese injusto en todo caso, durante las fiestas la policía tendría que «reventar» reuniones festivas enteras, porque el peligro abstracto se aproxima en proporciones masivas a la desafección con respecto a la norma (o, según conceptos más modernos: un estado de inidoneidad para la relación; al respecto, *infra* 17/nota 111). Tal modo de proceder contra un comportamiento ciertamente no deseable, pero socialmente tolerado en general, no sería factible, ni concordaría con la libertad general de acción. Aquí ha de incluirse también la imposibilidad de demostrar la veracidad en la murmuración cometida creyendo de buena fe en la veracidad (§ 186 StGB), siempre que no

---

[1a] *Frister*, Schuldprinzip, p. 49, discute la admisibilidad de presupuestos «fundamentadores de peligro» independientes de la culpabilidad aludiendo a aquellos presupuestos que «se refieren a una circunstancia cuya producción es necesaria para que surja, en su género y dimensión, el peligro para la aceptación de la norma, cuya evitación persigue la pena». La fundamentación reside en que, por motivos jurídico-constitucionales (principio de culpabilidad), sólo se puede interpelar a un autor «para evitar el peligro para la aceptación de la norma que se deriva de circunstancias a él imputables». El «interés público en la punición sería, pues, sólo (deducible) a partir de circunstancias a las que se refiere la culpabilidad del autor». Como consecuencia, los §§ 323 *a* StGB (pp. 53 ss.), 227 StGB (pp. 59 ss.) y 186 StGB (pp. 64 ss.) serían anticonstitucionales. Críticamente: El peligro para la aceptación de la norma surge de dos presupuestos necesarios cumulativamente: 1) de un hecho de determinadas características, 2) dadas determinadas condiciones de comprensión por parte de la generalidad; el hecho es asunto del autor, pero no así las condiciones de comprensión. Gráficamente: La aceptación de la norma sólo corre peligro cuando el hecho es conocido; quien no cuenta, con error inevitable, con que el hecho llegue a conocerse (quien, p. ej., mata a un vagabundo solitario y lo entierra a conciencia), quien no conoce, pues, el peligro para la aceptación de la norma, no obstante resulta castigado. También se trata de esas condiciones de comprensión por parte de la generalidad en las condiciones objetivas de los preceptos mencionados: Si falta la condición objetiva, el peligro de que se cuestione la norma no es más reducido, sino más bien mayor, ya que el comportamiento incriminado se revela inocuo, de modo que es más difícil de hacer entender la necesidad de su evitación, es decir, la necesidad de la observancia de la norma. Pero si, no obstante, el comportamiento tiene como consecuencia la condición objetiva, se muestra *ad oculos* (y se comprende) la necesidad de evitarlo. Además: Al igual que *Frister* considera admisible como condición la declaración de quiebra *(Konkurseintritt)* en los §§ 283 ss. StGB, dado que de lo contrario se podría determinar la declaración de quiebra mediante el procedimiento penal (p. 61 s.; los elementos con función independiente de los fines de la pena sí serían conformes a la Constitución, p. 51), también cabe legitimar las condiciones de los §§ 186, 227, 323 *a* StGB teniendo en cuenta que, de no preverse estas condiciones, se expondría al autor, con demasiada facilidad, a la sospecha infundada de que se ha comportado peligrosamente de modo no permitido.

—lo que es preferible— se interprete el § 186 stGB, con la doctrina reciente, como un delito que requiera la contrariedad a cuidado referida a la veracidad [2]; la materialización del resultado reside en que quede abierta la cuestión de la veracidad y con ello incrementada la sospecha de que la difamación se ha ocasionado inmerecidamente.

Dado que con el injusto está también condicionada la norma, en el momento del hecho el autor obra a su propio riesgo: Así, p. ej., la embriaguez está permitida mientras no se ocasione ningún delito en dicho estado, y aquélla se convierte en prohibida retroactivamente con la producción de este hecho. Así pues, en el instante del hecho no se puede decidir aún si el hecho constituye injusto. Esta sobrecarga del riesgo de antijuricidad sobre el autor presupone que el uso de la libertad de acción en el ámbito afectado no se concibe como socialmente beneficiosa; quien quiera proceder con seguridad de que no obra antijurídicamente, en caso de sospecha, debe omitir embriagarse. Acerca del § 113 StGB, *vid. supra* 6/65.

3 *b)* El injusto no, pero sí su tipicidad penal está condicionada retroactiva y retardatariamente, cuando el comportamiento debe omitirse también sin atender a la materialización del resultado, pero sólo se ha de tratar como típica si sobreviene el resultado. No es que el comportamiento se tolere en este caso, sino que su peligrosidad abstracta debe quedar demostrada por el resultado para poder ser suficientemente «anómala» a efectos de una reacción penal. Constituyen ejemplos: la existencia de relaciones diplomáticas en las infracciones contra los Estados extranjeros (§§ 102 ss., 104 *a* StGB), pues sólo cuando mediante el ataque (que desde luego puede cumplir *otro* tipo de injusto) se afecta a un Estado que a su vez castiga el mismo comportamiento recíprocamente, se pone de manifiesto la incompatibilidad del comportamiento con las ordenadas relaciones con el Estado afectado; además: la consecuencia grave en la participación en una riña tumultuaria (§ 227 StGB) y el concurso (o su rechazo por falta de masa concursal) en las insolvencias punibles (§§ 283.6, 283 *b* 3, 283 *c* 3, 283 *d* 4 StGB), pues estas circunstancias demuestran la peligrosidad del comportamiento típico. A este grupo pertenece también la imposibilidad de demostrar la veracidad en aquellas interpretaciones del § 186 StGB que a efectos de la no veracidad atienden a la falta de cuidado (*supra* nota 2).

4 2. *a)* Según la terminología al uso, las condiciones exclusivamente objetivas se denominan condiciones objetivas de punibilidad, no impidiendo estas condiciones, según la opinión dominante, ni el injusto ni el tratarlo como conducta que realiza el tipo [3]. Esto último consiste en las condiciones del injusto,

---

[2] Fundamental, *Hirsch*, Ehre und Beleidigung, pp. 52 ss., 169 ss.; *Welzel*, Strafrecht, § 42, II, 2 *a*, ß.

[3] Las condiciones no constituyen una figura jurídica a la que obliguen (supuestas) razones de carácter político-criminal. El desarrollo de las condiciones objetivas de punibilidad tuvo lugar sobre todo en torno al supuesto de resistencia contra la violencia estatal del § 113 StGB, redacción anterior (RG, 423 ss., 425; 3, pp. 14 ss., 19; 47, pp. 270 ss., 279 s.; 55, pp. 162 ss., 166; 60, pp. 337 ss., 342; 64, pp. 74 ss., 76; 72, pp. 300 ss., 301 s.; BGH, 4, pp. 161 ss., 163 s.; 21, pp. 335 ss., 364 ss.); junto a ésta, eran significativos: § 227 StGB (RG, 59, pp. 107 ss., 112, con referencias de la jurisprudencia precedente); § 186 StGB (RG, 62, pp. 83 ss., 95; 65, pp. 422 ss., 425. BayObLG, NJW, 1965, pp. 58 s.); delitos de quiebra, ahora: §§ 283 ss. StGB (RG, 45, pp. 88 ss., 92 ss.; 66, pp. 268 s.; BGH, 1, p. 186 ss., 191); con detalle, *Hass*, Rechtsbegriffe, *passim*.

a que se defina como injusto un comportamiento sin que se extraiga la consecuencia de esta definición, es decir, sin que se impida el comportamiento en la medida de lo posible. En las condiciones de la tipicidad penal del injusto, la divergencia con la solución aquí propuesta es menos relevante. Sin embargo, de todos modos la opinión dominante debería tratar, p. ej., el aseguramiento del beneficio tras un hecho condicionado en su punibilidad, p. ej., tras una insolvencia punible, como receptación, sin esperar a la producción de la consecuencia (§§ 257.1, 11.1, núm. 5, StGB), aun cuando al hecho previo le falte la relevancia del peligro necesaria para su punición; así pues, se reaccionaría con mayor rigor ante la perpetuación de una situación que ante su ocasionamiento, resultado axiológicamente absurdo. Por ello es preferible considerar condicionado no la punibilidad, sino ya el injusto o al menos la tipicidad penal.

b) El tratamiento de ciertos elementos como condiciones meramente de 5
la punibilidad se fundamenta casi siempre en que ya el comportamiento del autor es de por sí *merecedor* de pena, pero sólo cuando se añade la materialización del resultado está también *necesitado* de castigo; habría que distinguir, pues, entre el merecimiento de la pena y su necesidad político-criminal [4]. En

---

En lo esencial como aquí, *Kindhäuser*, Gefährdung, pp. 306, 308, 331, y *passim* (condición de antinormatividad material); semejante a la opinión sustentada aquí es la teoría del comportamiento arriesgado: *Schweikert*, ZStW, 70, pp. 394 ss.; *el mismo*, Wandlungen, pp. 86 ss.; *Hardwig*, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 459 ss., 459, nota 2; *Baumann-Weber*, AT, § 31, 1; *Wessels*, AT, § 5. IV, 1. Contra esta teoría del comportamiento arriesgado, *Lang-Hinrichsen*, ZStW, 73, pp. 210 ss., 221. Aisladamente, se rechazan las condiciones objetivas de punibilidad como figura dogmática, y se reparten entre los elementos del injusto y los presupuestos procesales; *Bemmann*, Zur Frage der objektiven Bedingungen pp. 52 ss. A veces, en relación con algunos preceptos, se requiere al menos imprudencia con respecto a las condiciones, de modo que los tipos respectivos contendrían una combinación dolo-imprudencia; así especialmente con respecto al § 227 StGB, *LK-Hirsch*, § 227 StGB; con respecto al § 186 StGB, *vid. supra* nota 2. En favor de la supresión de estos elementos, por encubrir supuestamente decisiones de carácter político-criminal, aboga *Hass*, ZRP, 1970, pp. 196 s.; *el mismo*, Rechtstheorie, 1972, pp. 23 ss.; *el mismo*, Rechtsbegriffe, pp. 76 ss. Un quebrantamiento del principio de culpabilidad lo aprecia *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, pp. 247 ss.; *el mismo*, JZ, 1963, pp. 425 ss. (limitándose a las condiciones «inauténticas», es decir a las «causas de agravación enmascaradas» o «elementos del tipo que en realidad fundamentan la agravación de la pena», lo que afectaría a los §§ 186, 227, 323 a StGB); también *Jescheck*, AT, § 53, I, 2 *b*; *LK-Jescheck*, núm. marg. 79, ante § 13; *Tiedemann*, ZRP, 1975, pp. 129 ss., 132.

La relevancia de las condiciones para la existencia o la medida del injusto la afirman —con distintas fundamentaciones, sobre todo partiendo de distintos conceptos de tipo y de injusto— los autores citados *supra* en relación con el comportamiento arriesgado, y además aquellos que estiman una quiebra del principio de culpabilidad; asimismo *Sauer*, Grundlagen, pp. 355 ss.; *el mismo*, Mezger-Festschrift, pp. 117 ss., 119; *Land*, System, pp. 22 ss.; *Otto*, Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 53 ss., 65. No obstante, según la *doctrina dominante*, las condiciones son independientes del injusto; *Kantorowicz*, Tat und Schuld, pp. 239 s., 242 ss.; *Zimmerl*, Lehre vom Tatbestand, pp. 24 ss., 29; *Rittler*, Frank-Festgabe, t. II, pp. 1 ss., 15, 17; *Stratenwerth*, ZStW, 71, pp. 545 ss., 547 ss.; *Stree*, JuS, 1965, pp. 465 ss.; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 21, núm. marg. 16 s.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 124 *a*, ante § 13; *LK* [9]- *Hirsch*, núm. marg. 188, ante §51, *SK-Rudolphi*, núm. marg. 12, ante § 19 (dubitativo), etc.

[4] *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 124, ante § 13; *LK-Jescheck*, núm. marg. 79, ante 13; *Jescheck*, AT, § 53, I, 2 *a*; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 196 s.; *el mismo*, ZStW, 71, pp. 565 ss., 567 s.; *Sax*, JZ, 1976, pp. 9 ss., 80 ss.; *Rittler*, Frank-Festgabe, t. II, pp. 1 ss., 14 s.; *Schwalm*, MDR, 1959, pp. 906; *Radbruch*, SchwZStr., t. 51 (1937), pp. 249 ss., 254 s. El efecto *limitador* de la penalidad, así afirmado, no es demostrable al menos desde la perspectiva de la historia dogmática; *vid.* sobre ello *Hass*, Rechtstheorie, 1972, pp. 23 ss.; *el mismo*, Rechtsbegriffe, pp. 15 ss., 57 ss.; críticamente también *Maurach-Zipf*, AT, I, § 21, núm. marg. 18; *Frister*, Schuldprinzip, pp. 46 ss. Las condiciones las clasifica especialmente como elementos del *merecimiento* de pena (*Strafwürdigkeitsmerkmale*) *Otto*, Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 53 ss., 64 s.

esta distinción entre merecimiento de pena y necesidad de pena se pasa por alto que la determinación de todos los presupuestos de la punibilidad sólo puede verificarse en consideración a la necesidad de solucionar mediante pena un conflicto, es decir, en consideración a la necesidad de pena. Antes de la función del tipo penal de contribuir a resolver un conflicto no existe tarea dogmática alguna y por tanto tampoco ninguna posibilidad de determinar lo que hay que castigar «en sí» sin consideración a dicha función. Lo que no tiene que castigarse tampoco es merecedor de pena [5]. Ejemplo: Si el legislador se decidiese a castigar el hurto sólo si la persona legitimada echase de menos el objeto hurtado, el cambio de la significación social de la propiedad que se evidenciaría en este condicionamiento surtiría efectos también en la determinación de lo que ha de tratarse como injusto típico; no se trataría sólo de un cambio en la punibilidad.

6 3. *a)* De acuerdo con la solución que aquí se propone, al igual que con la opinión dominante, en todo caso las condiciones no pertenecen al tipo de injusto del mismo modo que la descripción de la acción. Justamente es misión de las condiciones abarcar una materialización del resultado, con independencia de la relación subjetiva con ella, como elemento de un delito (*Delikt*) o de un crimen (*Verbrechen*). Así pues, no se aplican ni el § 16 ni el § 18 StGB [6]. Naturalmente, estos elementos pertenecen al tipo en el sentido de la teoría jurídica, como agrupación de todos los presupuestos de punibilidad jurídico-materiales (*supra* 6/54). Si se aúnan todos los presupuestos objetivos del delito o crimen en un «tipo de resultado», las condiciones exclusivamente objetivas también pertenecen a este tipo. Está fuera de discusión que estos elementos son componentes del tipo de garantía en el sentido del artículo 103.2 GG, § 1 StGB.

7 *b)* La relación que ha de existir entre la acción y la materialización del resultado se rige por el ámbito de protección del precepto respectivo [7]. Así, en los §§ 102 ss., 104 *a* StGB basta que existan las relaciones diplomáticas en el momento del hecho. En el § 323 *a* StGB el delito cometido en estado de embriaguez debe haberse ocasionado por un motivo situado en el ámbito de incumbencia del autor (con detalle, *infra* 17/63). En la participación en riña tumultuaria se trata de si la participación debe omitirse: 1) porque —de modo cognoscible o no— puede acarrear, sin intervención de otras personas, un resultado de lesiones, o 2) ha de hacerse frente también al peligro de que al tra-

---

[5] *Volk*, ZStW, 97, pp. 871 ss., 899; *Baumann-Weber*, AT, § 31, 1; *vid.* también *Bloy*, Bedeutung, pp. 227 ss., 239 ss., 246 ss., 251 s.; *el mismo*, Beteiligungsform, pp. 30 ss.; *Polaino Navarrete*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 501 ss., 512 ss. Un ejemplo gráfico: Si —modificando un ejemplo de *Kant*— tras un asesinato se disolviera *toda* sociedad humana y decayera la necesidad de castigar este asesinato (en el supuesto original de *Kant*, Metaphysik der Sitten 2.ª, parte II, E, los miembros de una sola sociedad disuelta se asocian a otras sociedades, *vid. supra*, 1/20 con nota 26), decaería posteriormente también el merecimiento de pena del hecho. Un ordenamiento que de todos modos vaya a disolverse no puede verse atacado de forma que merezca la pena castigarla.

[6] *De otra opinión* sólo aquellos autores según los cuales las condiciones han de tratarse *enteramente* como elementos del tipo de injusto, requiriéndose al menos imprudencia; *vid. supra* nota 3. De acuerdo con *Sax*, JZ, 1976, pp. 9 ss., 80 ss., 429 s., análogamente a la regulación del § 113 StGB, hay que admitir el error de prohibición (error «sobre el menoscabo, digno de punición, del fin de protección de la norma»); esta solución es paralela a la interpretación de los preceptos como combinaciones dolo-imprudencia. *Vid.* asimismo sobre ello *supra* nota 3.

[7] Polémico: En favor de la exigencia de adecuación, *Schweikert*, ZStW, 70, pp. 394 ss., 399; contra toda relación especial, *Krause*, Jura, 1980 ss. 449 ss., 454 s.

barse la pelea otras personas causen lesiones, o 3) de si también el peligro de no poder aclararse eventuales acciones lesivas está abarcado por el fin de protección (son posibles aún otras interpretaciones). En función del fin de protección, la relación debe estar configurada de modo que: 1) la consecuencia está condicionada por la acción, sin intervención de terceros, o 2) es meramente consecuencia de la acción, o 3) ha surgido antes o después de la acción, pero en todo caso durante la misma pelea y a causa del peligro que representaba [8]. En los §§ 283 ss. StGB la suspensión de pagos o el concurso se deben basar en aquella situación de crisis cuya existencia constituye el motivo para desaprobar el hecho del concurso [9]; por eso el hecho puede ejecutarse después de la suspensión de pagos o del concurso [10].

c) Aun cuando la materialización consista en una resultado que sobrevenga tras la acción, carece de relevancia en relación con el tiempo (§ 8 StGB) y el lugar (§ 9 StGB) del hecho [11]. Las condiciones no se incluyen en la acción a la que se refieren (también) las prescripciones legales sobre tiempo y lugar de comisión. La vinculación global —adicional— a un resultado de tipo de *injusto*, que se establece en el § 9 StGB conduce a un ámbito de validez bastante amplio en el caso concreto (*supra* 5/21 ss.); por ello no hay motivo para una interpretación extensiva. Ejemplo (de los §§ 3, 9, 227 StGB): La víctima de un ataque de varias personas en el extranjero se arrastra al territorio de la República Federal Alemana y muere aquí de las lesiones que sufrió; no se aplica el Derecho penal alemán. La materialización del resultado tampoco constituye resultado en el sentido de la regulación del comienzo de la prescripción (§ 78 StGB) [12], si bien la prescripción no comienza a contar hasta la producción del agotamiento (§ 78 *b* StGB). 8

d) El auxilio al autor tras la consumación, pero antes de la producción del agotamiento, ya no constituye participación en el delito, sino encubrimiento u obstaculización de la persecución penal (*Strafvereitelung*) (§§ 257 ss. StGB), pero ello sólo en el caso de que acaezca el agotamiento. 9

---

[8] En el último sentido, en definitiva la jurisprudencia; RG, 72, pp. 72, 73 ss., 75; BGH, 14, pp. 132 ss.; 133 s.; 16, pp. 130 ss.; BGH, 33, pp. 100 ss., con comentario favorable de *Montenbruck*, JR, 1986, pp. 138 ss., 141 y desfavorable de *Günther*, JZ, 1985, pp. 585 ss.; *Schulz*, StV, 1986, pp. 250 s. (¡homicidio justificado por parte de la víctima de la agresión como materialización del resultado!). La doctrina pretende descartar supuestos de participación posteriores a la causación de la consecuencia; *LK-Hirsch*, § 227, núm. marg. 8; *Stree*, JuS, 1962, pp. 93 ss., 94; *Birkhahn*, MDR, 1962, pp. 625 s.

[9] Polémico; de acuerdo con *Tiedemann*, NJW, 1977, pp. 777 ss., 782; *el mismo*, NJW, 1979, pp. 254 s.; *Heinz*, GA, 1977, pp. 193 ss., 218 s.; *Schönke-Schröder-Stree*, § 283, núm. marg. 59, bastaría la irrebatibilidad de la causalidad (así expresamente el § 192, párrafo 2, AE, Derecho penal económico), lo cual responde a un plausible fin de protección, pero ya no resulta abarcado por el tenor literal del precepto; *Lackner*, § 283, núm. marg. 283, nota 8 b; *vid.* asimismo *Otto*, R. Bruns-Gedächtnisschrift, pp. 265 ss., 281 ss.

[10] RG, 65, pp. 416 s.; BGH, 1, pp. 186 ss., 191.

[11] *Stree*, JuS, pp. 465 ss., 473; *Krause*, Jura, 1980, pp. 449 ss., 454. *LK-Jescheck*, núm. marg. 80, ante § 13; *Schönke-Schröder-Stree*, § 126, núm. marg., ante § 13 (sólo para el momento del hecho); *de otra opinión, Schmidhäuser*, ZStW, 71, pp. 545 ss., 559; en favor de la relevancia de la producción de la condición en relación con el lugar del hecho, *Schönke-Schröder-Eser*, § 9, núm. marg. 7; *LK-Tröndle*, § 9, núm. marg. 6; RG, 16, pp. 188 ss., 189; 43, pp. 84 ss., 85.

[12] *De otra opinión, Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 126, ante § 13; *Schönke-Schröder-Stree*, § 78 *a*, núm. marg. 13.

II. LAS CONDICIONES, REFERIDAS A ROLES, DE LA EXCLUSION DEL INJUSTO O DE SU TIPICIDAD PENAL (LAS LLAMADAS EXCEPCIONES PERSONALES DE LA PUNIBILIDAD)

BIBLIOGRAFIA: *E. Beling,* Die strafrechtliche Behandlung der Exterritorialität, 1896; *M. Bergmann,* Die Milderung der Strafe nach § 49, Abs. 2 StGB, 1988; *K. Bockslaff* y *M. Koch,* Völkergewohnheitsrechtliche Anerkennung der Funktionstheorie, NJW, 1984, pp. 2742 s.; *R. Bloy,* Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1976; Die unverfolgsbarkeit der Abgeordneten nach deutschen Immunitätsrecht, 1951; *C. Engel,* Comentario a LG Düsseldorf, JZ, 1983, pp. 625 ss., loc. cit., pp. 627 ss.; *F. Geerds,* Gande, Recht und Kriminalpolitik, 1960; *G. Geilen,* Unterlassene Verbrechensanzeige und ernsthafte Abwendeungsbemühung, BGHSt., 19, 295, JuS, 1965, pp. 426 ss.; *W. Herlan,* Die Immunität der Abgeordneten, JR, 1951, pp. 325 ss.; *H. Huba,* Gnade im Rechtsstaat?, Der Staat, 29 (1990), pp. 117 ss.; *G. Jakobs,* Comentario a OLG Düsseldorf, NStZ, 1997, pp. 87 s., loc. cit., pp. 88 s.; *H. Kantorowicz,* Tat und Schuld, 1933; *H. Kaufmann,* Strafanspruch, Strafklagerechts. Die Abgrenzung des materiellen von formellen Strafrecht, 1968; *G. Kielwein,* «Unterlassung und Teilnahme», GA, 1955, pp. 225 ss.; *M. Köhler,* Strafgesetz, Gnade und Politik nach Rechtsbegriffen, en: *K. Schmidt* (ed.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, 190, pp. 56 ss.; *R. Loening,* Die Verjährung (§§ 66-72 RStrGB), VDAT, t. I, pp. 379 ss.; *M. Lorenz,* Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung. Eine Untersuchung de lege data und de lege ferenda, 1955; *el mismo,* Über das Wesen der strafrechtlichen Verjährung, GA, 1966, pp. 371 ss.; *K. Marxen,* Rechtliche Grenzen der Amnestie, 1984; *M.-K. Meyer,* Zur Rechtsnatur und Funktion der Strafantrags, 1984; *A. Michael,* Der Grundsatz in dubio pro reo im Strafverfahrensrecht. Zugleich ein Beitrag über das Verhältnis von materiellen Recht und Prozeßrecht, 1981; *D. Oehler,* Immunität, Extraterritorialität und Asylrecht im internationalen Strafrecht, ZStW, 91, pp. 395 ss.; *el mismo,* Comentario a BGH, 32, pp. 275 ss.; Jr, 1985, pp. 79 s.; *K. Peters,* Strafprozeß, 3.ª ed., 1981; *J. Pföhler,* Zur Unanwendbarkeit der strafrechtlichen Rückwirkungsverbot im Strafprozeßrecht in dogmenhistorischer Sicht, 1988; *W. Reiß,* Die Hinführung zur Steuerehrlichkeit, ZRP, 1989, pp. 168 ss.; *J. Rinde,* Die Indemnität des Abgeordneten im Bundesstaat des Bonner Grundgesetzes, JZ, 1961, pp. 248 ss.; *H. Rüping,* Die Völkerrechtliche Immunität im Strafverfahren, Kleinknecht-Festschrift, pp. 397 ss.; *W. Schöne,* Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz. Zur gesetzlichen Regelung «unechter» Unterlassungsdelikte, 1974; *A. Schönke,* Gegenwartsfragen des internationalen Strafrechts, Mezger-Festschrift, pp. 105 ss.; *B. Schünemann,* Amnestie und Strafgesetz, ZRP, 1984, pp. 137 ss.; *el mismo,* Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, en: *el mismo* (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pp. 1 ss.; *el mismo,* Die Zinssteueramnestie — Totgeburt oder Schlußstein der Steuerreform? Steuerliche Vierteljahresschrift, 1989, pp. 3 ss.; *Th. Vogler,* Immunität, Exterritorialität und Asylrecht im internationalen Strafrecht, ZStW, 92, pp. 1021 ss.; *K. Volk,* Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellen Recht und Prozeßrecht, 1978; *el mismo,* Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus, ZStW, 97, pp. 871 ss.; *G. Warda,* Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre, Jura, 1979, pp. 1 ss., 71 ss., 113 ss., 286 ss.; *D. Zielinski,* Strafantrag — Strafantragsrecht, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 875 ss.

A. La delimitación con respecto a los obstáculos procesales

10 1. Las excepciones a la punibilidad [13] pueden integrarse en diversas instituciones dogmáticas. A veces, las excepciones no pertenecen ni siquiera al Derecho sustantivo, sino al procesal. La delimitación entre Derecho sustantivo y procesal no sólo se discute en los casos concretos, sino también a nivel de principio. La delimitación tampoco se puede realizar con criterios generales, sino a lo sumo por ámbitos objetivos (determinación de los tipos, exigencias del procedimiento probatorio en el proceso, etc.); y es que, según su función, se delimita de modo distinto [14]. Así, se ha atendido para delimitar a si el elemento es propio de la fundamentación o de la exclusión de la «pretensión punitiva», lo que coincidiría con el ámbito de aplicación del principio *nulla poena sine lege* [15], y a su vez dependería de este principio (¿cognoscibilidad del injusto antes del hecho o autolimitación del poder punitivo?, *vid. supra* 4/3 ss.). Por otra parte, se ha propuesto decidir comprobando con arreglo a la siguiente pregunta: «¿Tendría que depender la imposición o no imposición de la pena, en caso de que fuese posible sin proceso..., de (la) circunstancia en cuestión...?» [16], indicando la respuesta positiva la pertenencia al Derecho sustantivo, y la negativa al Derecho procesal [17]. Desde un punto de vista orientado a la finalidad del proceso, habría que atender a si se trata de «presupuestos tipificados del aseguramiento de la paz jurídica» y en ese caso se trataría de un presupuesto procesal; «en caso de que falten, no existe desde el Derecho motivo alguno para la preservación del ordenamiento jurídico-penal» [18]. También se puede atender a la reacción procesal, de modo que pertenecería al Derecho sustantivo un elemento si es adecuada la absolución, mientras que el presupuesto procesal llevaría aparejada, por el contrario, el sobreseimiento del proceso [19].

11 2. Dado que la presente exposición está dedicada al comportamiento punible, atiende para la determinación de lo jurídico-material a si el elemento en cuestión es relevante para la existencia, medida o eficacia de la perturbación [19a], con arreglo a lo cual no pertenecen especialmente al Derecho sustantivo así delimitado:

---

[13] Acerca de los objetos tratados en el texto que sigue, ampliamente *Volk*, ZStW, 97, pp. 871 ss. Ordinariamente se distinguen las causas de *exclusión* de la pena que ya existen en el momento de producirse el hecho, de las causas de *supresión* de la pena, que sólo se producen después del hecho. Esta distinción es totalmente externa y dogmáticamente infructuosa; con buen criterio, *LK-Hirsch*, núm. marg. 213 ss., ante § 32.

[14] En relación con la aplicabilidad del principio *in dubio pro reo* que abarca el Derecho sustantivo y el procesal (salvo las normas de organización), *vid. Michael*, Grundsatz, pp. 149 ss.

[15] *Gallas*, Niederschriften, t. V, pp. 104 s.; *Schmidhäuser*, AT, 5/21.

[16] *H. Kaufmann*, Strafanspruch, p. 134.

[17] El resultado del proceso depende a su vez de la concepción previa de la significación del proceso para la pena; sobre ello, *Volk*, Prozeßvoraussetzungen, pp. 11 ss.; *vid.* también *Bloy*, Bedeutung, pp. 25 ss.

[18] *Volk*, Prozeßvoraussetzungen, pp. 204; en esta solución se presupone la distinción entre el quebrantamiento (de Derecho sustantivo) del ordenamiento y su mantenimiento (procesal).

[19] *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 197.

[19a] Críticamente *Volk*, ZStW, 97, pp. 971 ss., 906, que sin embargo sobreestima la significación del comportamiento posterior al hecho para el injusto material.

12 *a)* La falta de querella (*Strafantrag*) [20]. La instancia de parte (§§ 77 ss. StGB) es desde luego, entre otros, un indicio de la medida en que el autor ha lesionado a la víctima, si bien no como materialización de esa medida (como, p. ej., un resultado puede ser materialización del esfuerzo ínsito en la acción), sino como juicio de la víctima sobre esa medida; con esta matización, sería en tanto posible interpretarla como Derecho sustantivo. Pero además el requisito de querella tiene la función procesal de ahorrarle a la víctima un proceso no deseado. Otro tanto cabe afirmar sobre la autorización (p. ej., § 90.4 StGB) y la petición de castigo (p. ej., por parte de un Estado extranjero, § 104 *a* StGB), § 77 *e* StGB.

13 *b)* La *extraterritorialidad* [21], §§ 18 ss. GVG (= Ley Orgánica del Poder Judicial), constituye el supuesto más drástico de delimitación del Derecho penal por razones *externas* al Derecho penal (aquí, de Derecho internacional) [21a]. Se ven favorecidos por ella, según los acuerdos mencionados en el § 18 GVG, los miembros de misiones diplomáticas y otras personas asimiladas, además de los miembros de representaciones consulares en ejercicio de sus funciones consulares [22], [23]. La extraterritorialidad impide la realización de un proceso penal [24] por parte de los órganos de persecución penal de la República Federal Alemana; los participantes no extraterritoriales no se ven favorecidos.

---

[20] *Meyer*, Rechtsnatur, p. 48, con amplia bibliografía sobre el estado de la cuestión, *passim*; *Zielinski*, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 875 ss. (s. 881: no presupuestos procesales, sino *de la condena*) ; *vid.* también *Pföhler*, Unanwendbarkeit, pp. 36 ss.

[21] A veces se encuentra en la doctrina la misma ubicación sistemática de la extraterritorialidad y de la regulación del ámbito de validez espacial de los §§ 3 ss. StGB. Pero los §§ 3 ss. StGB establecen hasta dónde está vigente el ordenamiento jurídico que puede verse perturbado por una infracción penal, mientras que en la extraterritorialidad no es que falte una perturbación, sino la posibilidad de solucionarla procesalmente. Con consideraciones sobre el Derecho comparado y *de lege ferenda*, *Vogler*, ZStW, 92, pp. 1021 ss.

[21a] Al respecto, *Jakobs*, NStZ, 1987, pp. 88 s.

[22] BayObLG, NJW, 1974, pp. 431 ss.; *Rüping*, Kleinknecht-Festschrift, pp. 397 ss., 398 s.

[23] *Vid.* además el § 20 GVG. Acerca de los requisitos del § 20 GVG en los «embajadores especiales», *vid.* BGH, 32, pp. 275 ss., 281 ss., con comentario favorable de *Oehler*, JR, 1985, pp. 79 s., contra LG Düsseldorf, JZ, 1983, pp. 625 ss., con comentario de *Engel*, loc. cit., pp. 627 ss., *Bockslaff* y *Koch*, NJW, 1984, pp. 2742 ss. En relación con las fuerzas extranjeras estacionadas en la República Federal Alemana, *vid.* art. VIII del Estatuto de las Tropas de la OTAN de 18 de junio de 1951 (BGBl., 1961 II, p. 1313); acerca de los miembros de la antigua representación permanente de la República Democrática Alemana en la sede del Gobierno Federal y de su personal, *vid.* Ley de 16 de noviembre de 1973 (BGBl., I, p. 1673) y VO de 14 de abril de 1974 (BGBl., I, p. 1022); pormenores relativos a las obligaciones de Derecho internacional de la República Federal Alemana en *Oehler*, ZStW, 91, pp. 395 ss.

[24] La llamada teoría procesal; RG, 52, pp. 167 ss.; BGH, 14, pp. 138 ss., 139; 21, pp. 30 ss., 32 s.; *Beling*, Extraterritorialität, p. 117; *Rüping*, Kleinknecht—Festschrift, pp. 397 ss., 405 s.; *LK-Tröndle*, núm. marg. 74, ante § 3; *Baumann-Weber*, AT, § 6, I, 1 *b*; *Jescheck*, AT, § 19, III, 2; en favor de una exención de Derecho sustantivo bajo la forma de «causa personal de exclusión de la punibilidad», *Schönke-Schröder-Eser*, núm. marg. 42, ante §§ 3 ss.; *Welzel*, Strafrecht, § 19, V 4; *Schönke*, Mezger-Festschrift, pp. 105 ss., 109; *Bloy*, Bedeutung, pp. 32 ss., 38 ss., con bibliografía. Esta última solución tiene dificultades para fundamentar la impunidad, p. ej., del diplomático, por el hecho cometido antes de recibir el estatus diplomático. Tras la pérdida del estatus se puede punir por el delito que se cometió mientras se poseía éste; OLG Düsseldorf, NStZ, 1987, pp. 87 s., con comentario de *Jakobs*, pp. 88 s.; en distinto sentido, la teoría del Derecho sustantivo; *vid.* también *Baumann-Weber*, loc. cit.; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 14, ante § 19.

c) La *inmunidad* de los diputados del *Bundestag* (art. 46, párrafos 2 a 4 GG), del Presidente de la Federación (art. 60.4, en conexión con el art. 46, párrafos 2 a 4 GG) y de los miembros de los cuerpos legislativos de los *Länder* (*vid.* § 152 a StPO) mientras dure su mandato. La inmunidad es un obstáculo procesal [25]. 14

B. Las condiciones referidas a roles

1. En el ámbito del Derecho sustantivo tampoco se trata —paralelamente a como ocurre en las condiciones exclusivamente objetivas (*supra* 10/5)— de elementos cuya concurrencia afecte a la necesidad de pena, dejando intacto el merecimiento de pena [26]. Como más bien no cabe fundamentar el merecimiento de pena sin su necesidad, estos elementos deben surtir efecto en la existencia del injusto y de la culpabilidad, correspondiéndoles significado propio sólo si no se les puede diluir en elementos del tipo de injusto o del de culpabilidad. Los elementos con significado independiente son *condiciones, referidas a roles, de la exclusión del injusto o de su tipicidad penal.* 15

2. *a)* En el Derecho vigente se trata, por una parte, de eximir de la responsabilidad, que existe fuera de la corporación, por las manifestaciones parlamentarias —excluidas las calumniosas (§§ 90.3, 103, 187, 187 *a* 2, 189 StGB)— con arreglo al artículo 46.1 GG, § 36 StGB (inviolabilidad o indemnidad [27]; acerca del § 37 StGB *vid. infra*, en torno a la justificación, 16/30 s.). La exención de responsabilidad existe porque se ha de renunciar a enjuiciar penalmente el comportamiento, debido al alto interés en las libertades parlamentarias de expresión y voto. No se trata de que el diputado pueda sentirse libre —más bien debe sentirse sujeto a las leyes—, sino de que ha de evitarse incluso la apariencia de la potestad disciplinaria de los tribunales sobre el Parlamento. No obstante, la libertad estaría reconocida precariamente si se pudiera eludir su prevalencia atribuyendo a los partícipes del parlamentario [28] consecuencias penales: Mediante la punición del partícipe se disciplinaría indirectamente el comportamiento parlamentario del diputado. Ejemplo: El *escritor fantasma* («negro») del diputado, ya que no éste, podría verse condenado tras un discurso injurioso del diputado si la indemnidad no fuese más que un elemento con efectos exclusivamente personales. Para evitar tales consecuencias, la indemnidad —frente a la opinión dominante en la bibliografía tanto jurídico-penal como constitucional [29]— ha de interpretarse no como mera causa personal de exclu- 16

[25] Doctrina dominante; *Bockelmann*, Unverfolgbarkeit, p. 28; *Jescheck*, AT, § 19, II, 2; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 36 núm. marg. 2; en parte discrepante, *Bloy*, Bedeutung, pp. 568 ss., 74 ss., 88; *H. Kaufmann*, Strafanspruch, pp. 156 ss.

[26] Así, no obstante, la doctrina al uso; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 12, 14, ante § 19; *LK-Hirsch*, núm. marg. 213, ante § 32; *LK-Jescheck*, núm. marg. 81, ante § 13; *Jescheck*, AT, § 52 I; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 195 s.; *Schmidhäuser*, AT, 13/2, etc.

[27] Pormenores en *Bockelmann*, Unverfolgbarkeit, pp. 38 ss.; *Rinck*, JZ, 1961, pp. 248 ss.; *Herlan*, JR, 1951, pp. 325 ss.

[28] Partícipes pueden serlo, con arreglo al tenor literal del § 36 StGB, incluso otros diputados: Sólo se mencionan las declaraciones y puntualizaciones *propias*, no las declaraciones y puntualizaciones que el diputado hace que exterioricen otros.

[29] *Bloy*, Bedeutung, p. 65, con bibliografía en nota 29; en ocasiones se la considera también un obstáculo procesal, pero un obstáculo procesal que exista desde el principio y no sea superable,

sión de la pena, sino como determinante de que se descarte tratar el hecho como típico penalmente. Así pues, no resulta posible la participación en un hecho favorecido por la indemnidad, por falta de tipicidad.

Dado que la condición no se basa en la situación tal como la experimenta el diputado, sino en su posición objetiva en la Cámara, la condición resiste al error: No importa más que su concurrencia objetiva.

17 *b)* Además, el *privilegio de los abogados, defensores y médicos* con arreglo al § 139.3, 2.° inciso StGB (secreto profesional en relación con la omisión de denuncia de delitos planeados) viene determinado por una condición que excluye la tipicidad penal. El precepto se interpreta en ocasiones como mera causa de exclusión de la pena —pero ¿por qué tendría que quedar impune, p. ej., en un abogado, una omisión antijurídica y culpable?— [30], y en ocasiones como justificación a través de una decisión legal en un conflicto de deberes (§ 203 StGB frente a § 38 StGB) [31]; tampoco esta última posición puede satisfacer, pues entonces estaría establecida la conformidad a Derecho sólo de la prevalencia del secreto profesional y el decidirse por denunciar el delito sería contraria a Derecho. Más bien, la decisión del autor —paralelamente a como sucede en la indemnidad con arreglo al § 36 StGB— deberá ser libre en el marco indicado por el precepto, dada la complejidad de los intereses que hay que ponderar en el marco indicado por el precepto; es decir, mantenerse dentro de ese marco (esforzarse seriamente por que el autor se abstenga del delito, que no debe ser uno de los indicados en el § 139.3, inciso 1, números 1 a 3 StGB) excluye la tipicidad del comportamiento [32]. Los «partícipes» no cualificados como abogados, etc., deberán estar obligados por lo general, es decir, responderán incluso como autores conforme al § 138 StGB; si no, quedan impunes por falta de hecho principal. También esta condición es resistente al error [33].

C. La delimitación con respecto a otros obstáculos a la punición de Derecho sustantivo o complejos

18 Todos los obstáculos a la punición denominados «causas de exclusión de la pena» se tratan en los escalones del delito «injusto» y «culpabilidad», pudiendo añadirse consideraciones procesales, o se resuelven a causa de un cambio del objeto del enjuiciamiento. Ello es aplicable —frente a la doctrina usual— sobre todo a las siguientes figuras jurídicas:

19 1. El privilegio para el *comportamiento de parientes* en la omisión de denunciar determinados delitos (§ 139.3, inciso 1 StGB) [34] y en la obstaculiza-

---

priva al Derecho sustantivo, con la posibilidad de hacerse valer, de su existencia, es decir, que tiene que poder explicarse también desde la perspectiva del Derecho sustantivo: El ropaje de Derecho procesal oculta la fundamentación de Derecho sustantivo.

[30] En esta medida acertadamente *LK-Hanack*, § 139 núm. marg. 31.

[31] *Jescheck*, AT, § 52, II, 2; *Dreher-Tröndle*, § 139 núm. marg. 7; *LK-Hanack*, § 139 núm. marg. 31.

[32] En definitiva igualmente, *Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen, pp. 166 ss.; *Kohlrausch-Lange*, § 139, nota VI; *vid.* además *Kielwein*, GA, 1955, pp. 225 ss., 231.

[33] *Warda*, Jura, 1979, pp. 1 ss., 286 ss., 291 ss.

[34] Las consideraciones siguientes son válidas paralelamente para el privilegio a los sacerdotes en los términos del § 139.2 StGB (omisión del deber de denuncia de delitos planeados).

ción de la persecución penal (§ 258.6 StGB) y el privilegio del falso testimonio prestado para evitar consecuencias penales para uno mismo o para un pariente (§ 157 StGB) representan tipificaciones de causas de exculpación [35], con la particularidad de que —frente a las reglas generales de la exigibilidad— el que la persona favorecida sea responsable del conflicto no impide el privilegio. Se debe mostrar indulgencia con el sujeto del privilegio si trata al autor de un delito previo con arreglo a su papel de pariente y no a su papel como tal autor. Esta fundamentación sugiere incluso interpretar el privilegio como condición que excluye la tipicidad [36], al igual que desde luego no realiza ningún tipo penal el autor que se sustrae a la acción de la Justicia. Naturalmente, también las acciones de participación de los no parientes quedan impunes, por falta de un hecho principal que haya que tratar como constitutivo de un tipo [37]. *Vid.* en torno al problema de la aplicación analógica de los mencionados preceptos, *infra* 29/nota 192, y, sobre la aplicación en el concurso de leyes, *infra* 31/43 con nota 89.

2. El privilegio para los *menores de dieciocho años* establecido en el § 173.3 (incesto) StGB constituye una presunción de una incapacidad, basada en la juventud, especialmente en su inmadurez sexual o en una socialización defectuosa, para darse cuenta del significado de la norma, o para obrar con arreglo a ésta [38]. **20**

3. Un amplio sector doctrinal considera al *desistimiento* y a los casos similares a éste regulados en la Parte Especial como causa de exclusión de la pena. Sin embargo, el desistimiento es una institución que permite compensar el injusto y la culpabilidad (causa de compensación del delito, *vid. infra* 26/2 s., y allí mismo sobre la eficacia exclusivamente personal) y consiguientemente no se debe tratar fuera del injusto y la culpabilidad. **21**

4. La *prescripción del delito*, §§ 78 ss. StGB, es, por una parte, causa de atenuación del injusto y de la culpabilidad, dado que el rigor del enjuiciamiento de un conflicto y la necesidad de solucionarlo mediante imputación pierden su fuerza con el tiempo: El injusto culpable se convierte en un asunto pasado. Además, la prescripción tiene en cuenta que la personalidad del autor puede cambiar con el tiempo, sobre todo en caso de adolescentes y jóvenes. Por otra parte, la prescripción del delito supone un obstáculo procesal, ya que la seguri- **22**

---

[35] *Jescheck*, AT, § 42, II, 1; §52, II, 2; *Kantorowicz*, Tat und Schuld, p. 255; además, acerca del § 258.6 StGB, también *Schmidhäuser*, AT, 11/39, 13/7; en relación con el § 157 StGB, *Bergmann*, Milderung, pp. 83 ss., 108; *vid.* asimismo *Schünemann*, en: Strafrechtssystem, pp. 1 ss., 12 ss.; *Schönke-Schröder-Stree*, § 258, núm. marg. 39; *Bloy*, Bedeutung, pp. 125 ss.; acerca del § 139, párrafo 3, inciso 1 StGB, *vid. Geilen*, JuS, 1965, pp. 426 ss., 431 s.; *LK-Hanack*, § 139 núm. marg. 23 (causa de exclusión de la culpabilidad), con bibliografía.

[36] Así, en definitiva, *Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen, pp. 166 ss.

[37] Este efecto, no deseado, se produce de todos modos por lo que se refiere a la participación en un encubrimiento emprendido por el *propio* autor previo (§ 258 StGB); *vid. SK-Samson*, § 258 núm. marg. 42 ss. Sólo se ve impedido cuando la ley —como ocurre en el § 257 StGB— se aparta de la accesoriedad de la participación y tipifica actos de participación aislados.

[38] En este sentido ya *v. Liszt-Schmidt*, Strafrecht § 38, B, I, 3; además, *Bloy*, Bedeutung, pp. 140 ss., 144; en contra, *SK-Horn*, § 173, núm. marg. 9; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 173. núm. marg. 9, y doctrina dominante (causa personal de exclusión de la punibilidad). En favor de la exclusión del tipo, RG, 19, pp. 391 ss., 393, evidentemente en una época en la que, debido al requisito todavía vigente de la accesoriedad estricta para la participación, no existía diferencia alguna entre exclusión del tipo y de la culpabilidad.

dad de una exacta reconstrucción forense de un hecho suele disminuir con el tiempo [39, 40].

23 5. La suspensión de la condena *a prueba* con la consecuencia de la remisión de la pena conforme a los §§ 56 g.1, inciso 1, 57.3 StGB, conduce a sustituir la condena penal por una nueva decisión, que incluye también el comportamiento durante el período de prueba; así pues, la decisión posterior versa sobre un objeto ampliado.

24 6. *a)* En el ámbito del Derecho sustantivo, un elemento puede pertenecer o bien a los *baremos de valoración* (como, p. ej., las normas del Derecho penal) o bien al objeto de la valoración. También los baremos de valoración, como p. ej., la existencia de un supuesto de hecho prohibido, pueden considerarse condiciones del injusto típico. El darles otro nombre específico, junto al de objeto de la valoración, conduce, sin embargo, a contar estas condiciones por partida doble, pues el objeto (el comportamiento) se determina ya con arreglo a lo que es relevante según los baremos de valoración —cuya existencia se presupone—. Ejemplo: Las modificaciones del Derecho sustantivo que conducen a la posterior *caducidad de la valoración de la infracción penal* (§ 2.3 StGB) procesalmente tienen por consecuencia la absolución por falta de hecho y no la suspensión por falta de un presupuesto procesal, pero la falta de un hecho aún punible y la falta de una norma constituyen una sola (la misma) condición de la absolución.

25 *b)* Por este mismo motivo, tampoco el *indulto* es «causa de exclusión de la pena». El indulto puede que (procesalmente) no sirva sólo para evitar un proceso inoportuno, sino que se produzca (jurídico-materialmente) para corregir una decisión judicial incorrecta o para realizar la adaptación a una valoración legal del hecho, que ha cambiado. Pero entonces se trata de los baremos mediante los que se modifica la valoración; el objeto de la valoración permanece intacto [41]. Otro tanto cabe afirmar con respecto a la *amnistía* [42] (es decir, indulto o abolición —anulación— del proceso en virtud de la ley).

---

[39] La llamada «doble naturaleza» de la prescripción; la jurisprudencia ha venido considerando a la prescripción como una figura exclusivamente procesal; BVerfG, 25, pp. 269 ss., 287; RG, 76, pp. 159 ss., 160; BGH, 2, pp. 301 ss., 306 ss.; 8, pp. 269 ss., 270; 11, pp. 394 ss., 395; *vid.* no obstante también BGH, 18, pp. 274 ss., 277 s. *Vid.* acerca de las distintas teorías, *Lorenz*, Verjährung, pp. 49 ss. (pp. 55 s.: anulación del injusto); *el mismo*, GA, 1966, pp. 371 ss.; *Bloy*, Bedeutung, pp. 180 ss.; *Volk*, Prozeßvoraussetzungen, pp. 225 ss.; *Schäfer*, Niederschriften, t. II, pp. 332 ss.; *Pföhler*, Unanwenbarkeit, pp. 34 ss. («economía procesal»); sobre la historia, *Loening*, VDAT, t. I, pp. 379 ss., 384 ss.

[40] También será motivo el que los órganos de persecución penal han de verse descargados de «casos antiguos»; *v. Hippel*, Strafrecht, t. II, § 40, V, 2.

[41] En términos semejantes, *Bloy*, Bedeutung, pp. 205 ss., muy polémico; la doctrina dominante acepta la «doble naturaleza»; RG, 50, pp. 386 ss., 388; 54, pp. 54 ss.; 69, pp. 124 ss., 126; BGH, 3, pp. 134 ss., 136; 4, pp. 287 ss., 289; *Jescheck*, AT, § 52, II; 2, § 88, I, 4; *Baumann-Weber*, AT, § 30, III; *v. Hippel*, Strafrecht, t. II, § 41, VI, 1; en favor de la significación exclusivamente procesal, *Geerds* Gnade, pp. 9 s.; *Maurach-Zipf*, AT, II, § 75, núm. marg. 2, ambos con bibliografía; *Peters*, Strafprozeß, § 79, I, 5. Razones atendibles contra la admisibilidad de los indultos en un Estado de Derecho, en *Huba*, Der Staat, 19 (1990), pp. 117 ss.; *Köhle*, en: Rechtsdogmatik, pp. 57 ss.; 68 ss., apunta con buen criterio a la posibilidad del indulto como escape (si no viable idealmente, sí en la práctica) al empecinamiento en la justicia por la justicia.

[42] Acerca de los límites jurídicos de la amnistía, *Marxen*, Grenzen, pp. 17 ss., con abundante bibliografía; especialmente sobre el «asunto de las donaciones a partidos políticos» (*vid.* BT-Drucksache 10/1421), *Schünemann*, ZRP, 1984, pp. 137 ss., sobre la amnistía relativa a los intereses fiscales (*vid.* art. 17 de la Ley de Reforma Fiscal, BGBl., I, 1989, pp. 1093 ss.), *vid. el mismo*, Steuerliche Vierteljahresschrift, 1989, pp. 3 ss., 25 ss.; *Reiß*, ZSP, 1989, pp. 168 ss.

CAPITULO II

La justificación

APARTADO 11

Teoría general

BIBLIOGRAFIA: *H. Alwart,* Der Begriff des Motivbündels im Strafrecht, GA, 1983, pp. 433 ss.; *K. Amelung*, Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, en: *B. Schünemann* (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pp. 85 ss.; *G. Arzt,*, Falschaussagen mit bedingtem Vorsatz, Jescheck-Festschrift, pp. 391 ss.; *E. Bacigalupo*, Unrechtsminderung und Tatwerantwortung, Armin Kaufmann-Gedachtnisschrift, pp. 459 ss.; *P. Bockelmann*, Comentario a OGH, NJW, 1950 pp. 551 s., *op. cit.*, pp. 830 ss.; *U. Born,* Die Rechtfertigung der Abwehr vorgetäuschter Angriffe, 1984; *M. Burgstaller,* Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974; *A. Graf zu Dohna*, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestände strafbarer Handlungen, 1905; *E. Dreher*, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Heinitz-Festschrift, pp. 207 ss.; *K. Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935; *el mismo*, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW, 70, pp. 566 ss.; *A. Eser* y *P. Fletcher* (ed.), Rechtfertigung und Entschuldigung, t. 1, 1987; *P. Frisch*, Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, 1973; *U. Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983; *el mismo*, Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements, Lackner-Festschrift, pp. 113 ss.; *H. Frister*, Die Notwehr im System der Notrechte, GA, 1988, pp. 291 ss.; *W. Gallas*, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW, 67, pp. 1 ss.; *el mismo*, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffes, Bockelmann-Festschrift, pp. 155 ss.; G. *Grünwald*, Zu den Varianten der eingeschränkten Schuldtheorie, Noll-Gedächtnisschrift, pp. 183 ss.; *H.-L. Günther* Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *el mismo*, Rechtfertigung und Entschuldigung in einem teleologischen Verbrechenssystem, en: *A. Eser et al.* (ed.) Rechtfertigung und Entschuldigung, t. 1, 1987, pp. 361 ss.; *U. Hellmann*, Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1987; *H. Henkel,* Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Mezger-Festschrift, pp. 249 ss.; *G. Herdegen*, Der Verbotsirrtum in der Rechtsprechung des BGH, BGH-Festschrift, pp. 195 ss.; *R. D. Herzberg*, Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage, JA, 1986, pp. 190 ss.; *el mismo*, Erlaubnistatbestandsirrtum und Deliktsaufbau, JA, 1989, pp. 243 ss., 294 ss.; *el mismo*, Abergläubische Gefahrabwendung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotsirrtums, Jura, 1990, pp. 16 ss.; *H. J. Hirsch*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; *el mismo*, Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen, Rechtswidrigkeit und Irrtum bei den Zueignungsstrafbestimmungen, JZ, 1963, pp. 149 ss.; *J. Hruschka*, Der Gegenstand des Rechtswidrigkeitsurteils nach heuti-

gem Strafrecht, GA, 1980, pp. 1 ss.; *el mismo*, Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, Dreher-Festschrift, pp. 189 ss.; *G. Jakobs*, Reseña de bibliografía, ZStW, 93. pp. 901 ss.; *Armin Kaufmann*, Tatbestandseinschränkung, und Rechtfertigung, JZ. 1955, pp. 37 ss.; *el mismo*, Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht, Welzel-Festschrift, pp. 393 ss.; *el mismo*, Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung, Klug-Festschrift, pp. 277 ss.; *Arthur Kaufmann*, Die Irrtumsregelung im Strafgesetzentwurf, 1962, ZStW, 76, pp. 543 ss.; *el mismo*, Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum, Lackner-Festschrift, pp. 185 ss.; *E. Kern*, Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW, 64, pp. 255 ss.; *P. Kirchhof*, Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung, 1978; *D. Kratzsch*, Aufgaben- und Risikoverteilung als Kriterien der Zurechnung im Strafrecht, Oehler-Festschrift, pp. 65 ss.; *J. Krümpelmann*, Stufen der Schuld beim Verbotsirrtum, GA, 1968, pp. 129 ss.; *el mismo*, Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, suplemento ZStW, 1978, pp. 6 ss.; *W. Küper*, Der «verschuldete» rechtfertigende Notstand, 1983; *el mismo*, Die dämonische Macht des «Katzenkonigs» oder: Probleme des Verbotsirrtums und den Putativnotstands an den Grenzen strafrechtlicher Begriffe, JZ, 1989, pp. 617 ss.; *L. Kuhlen*, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum, 1987; *E -J. Lampe*, Unvollkommene zweiaktige Rechtfertigungsgründe, GA, 1978, pp. 7 ss.; *R. Lange*, Gesetzgebungsfragen bei den Rechtfertigungsgründen, v. Weber-Festschrift, pp. 162 ss.; *Th. Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, 1965; *el mismo*, Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung, H. Mayer-Festschrift, pp. 165 ss.; *F. Loos*, Zum. Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente. Oehler-Festschrift, pp. 227 ss.; *E. Mezger*, Die subjektiven Unrechtselemente, GS, 89, pp. 207 ss.; *Mitsch*, Trunkenheitsfahrt und Notstand, OLG Koblenz, NJW, 1988, 2316, JuS, 1989, pp. 964 ss.; *Chr. Mylonopoulos*, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, 1981; *W. Niese*, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951; *P. Noll*, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip *der* Rechtfertigung, ZStW, 77, pp. 1 ss.; *F. Nowakowski*, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStW, 63, pp. 287 ss.; *el mismo*, Rechtsfeindlichkeit. Schuld, Vorsatz, ZStW, 65, pp. 379 ss.; *el mismo*. Zur subjektiven Tatseite der Rechtfertigungsgründe, ÖJZ, 1977, pp. 573 ss.; *D. Oehler*, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959; *H. Otto*, Die vorgetäuschte Notwehr-/ Nothilfelage, Jura, 1988, pp. 330 s.; *H.-U. Paeffgen*, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97 *b* StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979; *el mismo*, Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 399 ss.; *K.-H. Peters*, «Wertungsrahmen» und «Konfliktypen» bei der «Konkurrenz» zwischen § 34 StGB und den besonderen Rechtfertigungsgründen, GA, 1981, pp. 445 ss.; *C. Prittwitz*, Zum Verteidigungswillen bei der Notwehr. GA, 1980, pp. 381 ss.; *el mismo*, Der Verteidigungswille als subjektives Merkmal der Notwehr, Jura, 1984, pp. 74 ss.; *Th. Rittler*, Gesetztes und nicht gesetztes Strafrecht, ZStW, 49. pp. 451 ss.; *C. Roxin*, Die Behandlung des Irrtums im Entwurf, 1962, ZStW, 76, pp. 582 ss.; *el mismo*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª ed. 1973; *el mismo*, Die notstandsähnliche Lage — ein Strafunrechtsausschließungsgrund?, Oehler-Festschrift, pp. 181 ss.; *el mismo*, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgrunden, JuS, 1988, pp. 425 ss.; *H.-J. Rudolphi*, Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 73 ss.; *el mismo*. Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Maurach-Festschrift, pp. 51 ss.; *el mismo*, Der Zweck des staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen, en: *B. Schünemann* (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pp. 69 ss.; *el mismo*, Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 371 ss.; *W. Sax*, «Tatbestand» und Rechtsgutsverletzung, JZ, 1976, pp. 9 ss., 80 ss., 429 ss.; *F. Schaffstein*, Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre, MDR,

1951, pp. 196 ss.; *el mismo*, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, OLG Celle-Festschrift, pp. 175 ss.; *el mismo*, Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Welzel-Festschrift, pp. 557 ss.; *el mismo*, Der Maßstab für das Gefahrurteil beim rechtfertigenden Notstand, Bruns-Festschrift, pp. 89 ss.; *E. Schlüchter*, Grundfälle zum Bewertungsirrtum des Täters im Grenzbereich zwischen § 16 und 17 StGB, JuS, 1985, pp. 379 ss., 527 ss., 617 ss.; *E. Schmidhäuser*, Unrechtsbewußtsein und Schuldgrundsatz, NJW, 1975, pp. 1807 ss.; *el mismo*, Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht, Lackner-Festschrift, pp. 77 ss.; *R. Schmitt*, Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeitsdelikten?, OLG Hamm, NJW, 1962, 1169, JuS, 1963, pp. 64 ss.; *B. Schünemann*, Die deutschsprächige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA, 1985, pp. 341 ss., GA, 1986, pp. 293 ss.; *H. Schumann*, Comentario a BGH, 35, pp. 347 ss., NStZ, 1990, pp. 32 ss.; *K. Seelmann*, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, 1978; *G. Spendel*, Gegen den «Verteidigungswillen» als Notwehrerfordernis, Bockelmann-Festschrift, pp. 245 ss.; *el mismo*, Notwehr und «Verteidigungswille», objektiver Zweck und subjektive Absicht, Oehler-Festschrift, pp. 197 ss.; *G. Stratenwerth*, Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW, 68, pp. 41 ss.; *el mismo*, Zur Relevanz des Erfolgsunwerts im Strafrecht, Schaffstein-Festschrift, pp. 177 ss.; *O. Triffterer*, Zur subjektiven Seite der Tatbestandsausschließungs- und Rechtfertigungsgründe, Oehler-Festschrift, pp. 209 ss.; *H. Waider*, Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts, 1970; *G. Warda*, Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, Maurach-Festschrift, pp. 143 ss.; *el mismo*, Vorsatz und Schuld bei ungewisser Tätervorstellung über das Vorliegen strafbarkeitsausschließender, insbesondere rechtfertigender Tatumstände, Lange-Festschrift, pp. 119 ss.; *el mismo*, Schuld und Strafe bei bedingtem Unrechtsbewußtsein, Welzel-Festschrift, pp. 499 ss.; *H. v. Weber*, Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, JZ, 1951, pp. 260 ss.; *H. Welzel*, Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns, SJZ, 1948, parágrafo 368 ss.; *el mismo*, Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, NJW, 1952, pp. 564 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, 3, pp. 195 ss., JZ, 1952, pp. 596 ss.; *el mismo*, Der übergesetzliche Notstand und die Irrtumsproblematik, JZ, 1955, pp. 142 ss.; *el mismo*, Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem, ZStW, 67, pp. 196 ss.; *el mismo*, Diskussionsbemerkungen zum Thema «Die Irrtumsregelung im Entwurf», ZStW, 76, pp. 619 ss.; *J. Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; *D. Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973.

I. PRINCIPIOS DE LA JUSTIFICACION

A. Las causas de justificación son los motivos jurídicos bien fundados para ejecutar un comportamiento en sí prohibido. A diferencia de lo que ocurre en el comportamiento atípico, en el justificado se trata de un comportamiento socialmente no anómalo, sino aceptado como socialmente soportable sólo en consideración a su contexto, o sea, a la situación de justificación. El comportamiento justificado se distingue del antijurídico, pero no culpable, en que aquél no muestra falta de motivación jurídica dominante [1]; el comportamiento anti- 1

[1] Ampliamente sobre la distinción entre justificación y exculpación, con un enfoque de Derecho comparado y relativo al Derecho alemán, en: *Eser* y *Fletcher*, Rechtfertigung und Entschuldigung, t. 1, especialmente: *Eser*, pp. 17 ss.; *Fletcher*, pp. 67 ss.; *Hruschka*, pp. 121 ss.; *Hassemer*,

jurídico, pero no culpable, sí muestra tal falta, pero el autor no es responsable de ella (de lo contrario, el comportamiento sería culpable).

Son numerosos los intentos de derivar las causas de justificación de una o varias ideas básicas. Sin embargo, los resultados son poco sustanciales: No se puede decir en general otra cosa sino que las causas de justificación son motivos bien fundados, dado que el contenido de las causas de justificación concretas —paralelamente al contenido de las normas concretas— cabe extraerlo teniendo en cuenta el respectivo estado de la sociedad concreta, y dicho estado, en todas las sociedades no primitivas, suele ser tan complejo que no hay una «fórmula de sociedad» quintaesenciada. Al igual que no se puede desarrollar un sistema de las normas de la Parte Especial a partir de una fórmula que no guarde relación con lo establecido en un estado concreto de la sociedad, tampoco sirven de mucho las fórmulas generales por sí solas en la justificación. De todos modos, las causas de justificación no son sólo descripciones de un proceso regulador reconocido previamente en la vida social. Más bien, puede haber para la justificación datos previos normativos sin consideración al estado social. Al igual que la protección de la persona en el Código Penal no sólo es la imagen de un estado social, sino que también es el derecho o la pretensión a este estado, también en la justificación hay preferencias normativas, p. ej., para el comportamiento relativo a la protección de las personas, etc. [1a]. La individualización de tales datos previos desemboca a su vez en el tratamiento de las causas de justificación singulares.

2 B. 1. Las teorías monistas señalan como principio rector: el empleo del medio adecuado para el fin justo [2], o la ponderación de valores en el conflicto de valores [3], o el respeto de la pretensión prevalente a un bien en la situación concreta [4], o la regulación socialmente conveniente de los intereses o contraintereses [5]. Todo esto no significa nada más que la fórmula del motivo bien fundado.

2. Más concretas son las teorías pluralistas, que en sus expresiones más difundidas combinan el principio de ausencia de interés y el principio de interés preponderante [6], o el principio del derecho preponderante (derecho a interve-

---

pp. 175 ss.; *Roxin*, pp. 229 ss. (= JuS, 1988, pp. 425 ss.) y *Greenwalt*, pp. 362 ss.; especialmente en relación con el estado de necesidad, *vid. infra* 13/1.

[1a] Una importante ventaja la ha proporcionado *Stratenwerth*, ZStW, 68, pp. 41 ss.: la autonomía de la víctima de la intervención.

[2] *Dohna*, Aufbau, pp. 30 s.; *el mismo*, Rechtswidrigkeit, pp. 48 ss.; *v. Liszt-Schmidt*, Strafrecht, § 32, II, 2 *a*.

[3] *Noll*, ZStW, 77, pp. 1 ss., 9; *vid.* asimismo *Seelmann*, Verhältnis, p. 32.

[4] *Schmidhäuser*, AT, 9/13; *el mismo*, Lackner-Festschrift, pp. 77 ss., 88, donde sin embargo no atiende a principios de justificación, sino al concepto general de justificación. La fórmula la concreta («con arreglo al principio de necesidad —*Erforderlichkeit*—») *Armin Kaufmann*, Klug-Festschrift, pp. 277 ss., 281; *el mismo*, JZ, 1955, pp. 37 ss., 40 ss.; de acuerdo con lo cual, el consentimiento —por falta de necesidad de la intervención— no sería causa de justificación (*vid.* también *Roxin*, Kriminalpolitik, p. 25, nota 57; *Rudolphi*, en Strafrechtssystem, pp. 69 ss., 77, 82). *Vid.* no obstante, en contra, acerca de la fundada ocasión para actuar en el consentimiento justificante, *infra* 14/9.

[5] *Roxin*, Kriminalpolitik, p. 15, con concreciones, pp. 26 ss.; *el mismo*, JuS, 1988, p. 425 ss., 426 s.

[6] *Mezger*, GS, 89, pp. 207 ss., 270 ss.; *el mismo*, Strafrecht, § 27; en contra, ya *Rittler*, ZStW, 49, pp. 451 ss., 469 ss.

nir, p. ej., en la legítima defensa) con el de ausencia de injusto (p. ej., el consentimiento) [7].

C. 1. En conexión con las teorías pluralistas se puede llevar a cabo una 3
clasificación de las causas de justificación en tres grupos [8]:

a) En el primer grupo la justificación es consecuencia de un comportamiento de organización de la víctima de la intervención. El fundamento de la justificación cabe denominarlo *principio de la responsabilidad*, o a veces de modo atenuado *principio del ocasionamiento* por parte de la víctima de la intervención. El motivo bien fundado para el comportamiento justificado reside en que la víctima de la intervención tiene que responder por las consecuencias de su comportamiento de organización. Constituyen ejemplos la legítima defensa, el estado de necesidad defensivo, el derecho de resistencia contra agresores, la detención provisional por particulares, el autoauxilio y numerosos supuestos de ejercicio de cargo [9].

b) El segundo grupo sigue el *principio de la definición de intereses por parte de la propia víctima de la intervención*. El motivo bien fundado reside en este grupo de casos en que la víctima de la intervención la define como beneficiosa o al menos como aceptable, es decir, administra sus intereses modificando la ordenación de éstos. Constituyen ejemplos el consentimiento justificante y la autorización oficial justificante. También se incluyen en este grupo la intervención en estado de necesidad sobre los bienes de la persona amenazada por un peligro, así como el consentimiento presunto; naturalmente, en ellos la definición —a reserva de una corrección por parte de la víctima— se lleva a cabo situándose en la posición de la víctima.

c) El fundamento de la justificación en el tercer grupo es el *principio de solidaridad*. Se recurre a la víctima de la intervención en interés de otras personas, sobre todo de la generalidad. Constituyen ejemplos numerosos supuestos de ejercicio de cargo, en que ya en caso de sospecha se otorga derecho a intervenir, y sobre todo el estado de necesidad agresivo.

2. De acuerdo con el principio aplicable, acerca de la proporcionalidad en- 3a
tre el daño de la intervención y el bien salvado rigen las siguientes máximas [9a]:

a) Quien ha puesto en marcha culpablemente un curso causal dañoso debe soportar los costes de su eliminación; a lo sumo puede formarse un límite a esta carga recurriendo a la solidaridad mínima general (§ 323 *c* StGB) (acerca de la legítima defensa, *vid. infra* 12/46 ss.). Quien, sin haberse comportado culpablemente, es responsable de un curso causal, debe soportar los costes hasta

---

[7] *Blei*, AT, § 36, I, 1 y 2; *vid.* en relación con las teorías pluralistas asimismo *Lenckner*, Notstand, p. 134; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 7, ante § 32.

[8] En favor de una concepción pluralista con discrepancia en los detalles, *vid.*, además de los autores ya citados, *Jescheck*, AT, § 31, II; *Baumann-Weber*, AT, § 19, II, 3 *a*; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 25, núm. marg. 6 ss.; *Kratzsch*, Oehler-Festschrift, pp. 65 ss., 80.

[9] También cabe incluir en este grupo la detención preventiva del autor *culpable*; sin embargo, ésta *siempre* está flanqueada por el principio de solidaridad, de modo que el principio de responsabilidad carece aquí de significado.

[9a] *Vid. Frister*, GA, 1988, pp. 291 ss.; *Hruschka*, Dreher-Festschrift, pp. 189 ss., 196 ss.: *el mismo*, AT, pp. 124 ss., 142 ss.; *Rudolphi*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 371 ss., 392 ss.

donde cualquiera debe soportar los costes que acarrea su ámbito de organización. Las personas que no han tomado parte sólo tienen que asumir el gravamen cuando el daño del responsable prepondera esencialmente sobre el daño del no participante; así pues, se está autorizado a intervenir sobre el responsable sólo hasta que se destruya proporcionalmente más de lo que se esté salvando (acerca del estado de necesidad defensivo, *infra* 13/46).

b) En los casos de nueva disposición de los intereses de la víctima de la intervención, sin su cooperación, el saldo alcanzado debe ser positivo (*vid.* acerca del consentimiento presunto, *infra* 15/17 ss.). Si la víctima coopera, basta con que la disposición modificada aún se pueda entender como administración de intereses jurídicamente razonable (*vid.* en torno al consentimiento *infra* 14/9).

c) Recurrir a la víctima por razones de solidaridad requiere no sólo que el saldo resultante sea positivo [si no, faltarían las razones fundadas para las modificaciones en la disposición de intereses realizada *dentro* de un ámbito de organización, como se indicó en *b)*], sino que además este saldo prepondere de modo relevante (*vid. infra* acerca del estado de necesidad 13/33). Esta relevancia se corresponde con la limitación del deber general de auxilio del § 323 *c* StGB en situaciones calamitosas.

II. EL POSTULADO DE LA «UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURIDICO»

4 A. El Código Penal y las leyes penales especiales no mencionan la mayor parte de las causas de justificación, como p. ej., la del ejercicio de cargo; estas causas se encuentran más bien en el Derecho escrito o no escrito de diversos ámbitos de regulación del Derecho privado y público. Con arreglo a la doctrina usual, la aplicabilidad universal de todas las causas de justificación sería una consecuencia de la llamada unidad del ordenamiento jurídico; esta unidad, a su vez, sería consecuencia del concepto unitario de antijuricidad [10, 10a].

[10] RG, 61, pp. 243 ss., 247; BGH, 11, pp. 242 ss., 244; *Jescheck*, AT, § 31, III, 1; *LK-Hirsch*, núm. marg. 10, 34, ante § 32; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 27, ante § 32; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 25, núm. marg. 11 ss.; *Lange*, v. Weber-Festschrift, pp. 162 ss., 166; *Kern*, ZStW, 64, pp. 255 ss., 262; fundamental *Engisch*, Einheit, pp. 55 ss., 58: El concepto de antijuricidad es unitario, pero como postulado, no como dogma.

[10a] *Günther*, Strafrechtswidrigkeit, pp. 89 ss., 251 ss., 393 ss. (*vid.* además *el mismo*, en: Rechtfertigung, pp. 361 ss., 386 ss.) distingue entre la antijuricidad y la contrariedad al Derecho penal (o sea, la antijuricidad en su función de elemento de la infracción penal). Contrario al Derecho penal sólo sería el comportamiento que constituye injusto y además es merecedor de pena. De acuerdo con ello, la exclusión del injusto *penal* no requiere tan fundadas razones como que el hecho quepa tolerarlo, sino que basta que «falte el grado de intensificación indicada por el tipo penal, el contenido de merecimiento de pena, del injusto» (p. 394). Así pues, las causas de exclusión del injusto penal «escinden» el injusto (p. 359): Este desciende por debajo del umbral del merecimiento de pena, de modo que se produce la impunidad, pero queda un resto contra el que se puede reaccionar en legítima defensa (p. 380). La teoría esbozada intenta dejar sin sanción ya en Derecho sustantivo (y no sólo a través de los §§ 153 ss. StPO) al resto trivial que queda tras la compensación amplia del injusto a través de «contraintereses» reconocidos. Naturalmente, el Derecho vigente no conoce ningún contenido de merecimiento de pena, de un delito, determinado sólo cuantitativamente (al margen de los extravíos del legislador reciente en el § 184 *c*, núm. 1 StGB —donde sólo se consideran acciones sexuales las que alcanzan cierta relevancia en relación

B. 1. Con vistas a la solución, hay que distinguir: 5

a) El ordenamiento jurídico debe valorar idénticos objetos de valoración en idéntico contexto siempre según los mismos principios, aun cuando cambien las ramas jurídicas a las que pertenece la valoración; si no es así, la contradicción valorativa que surja habrá que resolverla según los principios generales de interpretación. El postulado de la unidad del ordenamiento jurídico supone en esta medida una expresión de un ordenamiento jurídico sin contradicciones. Ejemplo: Por eso, el § 34 StGB no se debe interpretar como regulación cerrada, de modo que no se tenga en cuenta el estado de necesidad defensivo, porque entonces existiría una contradicción valorativa con el § 228 del Código Civil (BGB).

b) Si una valoración de la antijuricidad pertenece a diversas ramas jurídi- 6
cas, con frecuencia no será idéntico el objeto de la valoración o su contexto: el ir de acá para allá entre las diversas ramas no es entonces admisible. Ejemplo: Quien defiende la opinión de que, junto al ejercicio de cargo, aún resta en las actuaciones del funcionario o autoridad la posibilidad de justificación por legítima defensa y estado de necesidad, en caso de un comportamiento justificado no por ejercicio de cargo, pero sí por las causas de justificación generales, puede admitir un injusto de Derecho disciplinario a pesar de la justificación jurídico-penal (acerca del problema sustancial, *vid. infra* 12/41 ss.; 13/42). Conforme a esta opinión, la posición especial de los agentes de la autoridad pertenece al contexto de la valoración desde el punto de vista del Derecho discipli-

---

con el bien jurídico protegido—, entre otros), sino que trata a todas las acciones de un tipo como merecedoras de pena, para eliminar sin «peros» este tipo del arsenal de las alternativas de comportamiento discutibles. ¡Los delitos de lesión minimizados planificadamente en cuanto al daño siguen teniendo la función de delitos de peligros abstracto! Por expresarlo con un ejemplo, si la destrucción de una cosa ajena valorada en un marco constituye injusto penal, en caso de destrucción de un objeto que vale millones en «situación semejante el estado de necesidad» (en el sentido de *Günther*, una causa de exclusión del injusto penal, que deja un resto de injusto) no sería de modo muy distinto. Al igual que un tipo no es legítimo cuando su realización, en el ámbito central, sobrepasa por escaso margen lo trivial, tampoco lo es una «causa de exclusión del injusto penal» cuando en el ámbito central hace descender el saldo de injusto, por escaso margen, por debajo del límite de la bagatela. Los ámbitos centrales del tipo de injusto, al igual que los del tipo de anulación del injusto, *sit venia verbo*, deben residir plenamente en el fin. Naturalmente, al igual que, realizado el tipo, en el supuesto límite del injusto de bagatela llegará a ser cuestionable si se da siquiera una perturbación social, así también en el caso límite de una causa de justificación llegará a ser cuestionable si se contrarresta enteramente la perturbación social. Y ni aquello obsta para el tipo ni esto para la justificación. Las causas de exclusión del injusto penal que *Günther* menciona son, en parte, causas de justificación jurídico-positivamente forzadas, y por ello extrañas al sistema (§ 218 *a* StGB), en parte se trata de complementaciones de tipos (§§ 240.2, 253.2 StGB, *supra* 6/61 ss.), y en parte diluye *Günther* los límites de la justificación (en el privilegio para el educador), en cualquier caso, la interpretación ordinaria no proporciona resultados absurdos (si éstos no se obtienen forzadamente por parte del Derecho positivo, como en las indicaciones para la interrupción del embarazo, del § 218 *a* StGB). *Vid.*, en sentido crítico, también *LK-Hirsch*, núm. marg. 10, ante § 32; *Roxin*, Oehler-Festschrift, pp. 181 ss. (especialmente en relación con la situación semejante al estado de necesidad); *el mismo*, en: Rechtfertigung, pp. 229 ss., 251 ss.; *Rudolphi*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 371 ss., 373 ss.; *Bacigalupo*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 459 ss., 467 ss.; *vid.* además *Amelung*, en: Grundfragen, pp. 85 ss., 92 s.; *Schünemann*, GA, 1985, pp. 341 ss., 352 s.; *Hellmann*, Anwendbarkeit, p. 91 (que afirma, con *Günther*, la independencia de la contrariedad al Derecho penal, pero no reconoce ningún «grado de intensificación» de la contrariedad al Derecho penal frente al resto de la antijuricidad).

nario, pero no desde el jurídico-penal [11]. No se trata sino de la repetición, en el ámbito de justificación, de un proceso que en el del tipo es usual: la formación de tipos específicos de cada rama jurídica (ejemplo: una infracción urbanística no tiene por qué ser forzosamente típica penalmente, etc.). En definitiva, hay pues una unidad del ordenamiento jurídico en los principios de valoración, lo ha de elaborarse allí mediante interpretación, pero no en todas las ramas jurídicas se valora siempre el mismo contexto. Así pues, por lo que se refiere al objeto de la valoración, la unidad no puede afirmarse ni descartarse. Naturalmente, si fuera del Derecho penal [12] se regula una justificación de modo que el objeto y el contexto también identifican exactamente el conflicto que ha de decidirse jurídico-penalmente, esta justificación también tiene validez en Derecho penal. Constituyen ejemplos las leyes que otorgan autorizaciones para intervenciones en ejercicio de cargo, así como las causas de justificación del BGB [12a], etc.

6a 2. En la medida en que el supuesto de hecho de una norma de una rama jurídica remite a la regulación de otra rama, la regulación ha de asumirse sin modificar (el llamado efecto de supuesto de hecho). Ejemplo: La infracción de un deber de cargo en los §§ 332, 334 StGB se enjuicia a partir del Derecho administrativo funcionarial.

III. LA DETERMINACION DE LOS ELEMENTOS DE JUSTIFICACION PROSPECTIVOS Y BASADOS EN SOSPECHA

7 A. En muchos elementos de los tipos de justificación importa la cuestión de con qué perspectiva han de determinarse o la amenaza de una lesión de bien mediante un ataque (legítima defensa), o el peligro para un bien y la magnitud del riesgo (estado de necesidad), así como la necesidad de medidas contrarias (elementos de contenido prospectivo). Generalmente, por su contenido prospectivo, la perspectiva se establece objetivamente, quebrando las demás reglas que rigen el error, pero *ex ante* [13]. En ocasiones, no sólo la determinación de los elementos prospectivos por su contenido, sino la de todos los elementos, se efectúa subjetivamente [14] o bien *ex ante* [15], correspondiéndose ambas solucio-

---

[11] Resulta equivocado tratarlo sólo en tanto que distinción según las consecuencias jurídicas, y no ya según la antijuricidad (según la cualidad de injusto) (no obstante, en ese sentido *Engisch*, Einheit, p. 48). Si un suceso es simplemente irrelevante en una rama jurídica o bien está excepcionalmente permitido por fundadas razones, no sólo dejan de producirse las consecuencias con arreglo a esa rama jurídica, sino que falta en absoluto la desaprobación en ella; ampliamente *Kirchhof*, Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten, *passim*.

[12] También las causas de justificación establecidas en las leyes de los *Länder* justifican en el Derecho penal federal; BGH, 11, pp. 242 ss., 2424.

[12a] *De otra opinión*, *Hellmann*, Anwendbarkeit, pp. 90 ss., 95 ss.

[13] *Lackner*, Notstand, p. 80; *Jescheck*, AT, § 31, IV, 4, y § 32, II, 2 *b*; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 27, núm. marg. 15; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 10 *a*, ante § 32 y § 32, núm. marg. 34 y § 34, núm. marg. 14; en relación con lo cual queda por aclarar qué aspecto ha de tener la perspectiva en el actuar desconociendo la situación justificante; sobre ello *infra* 11/10 12, 21 ss.

[14] *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert, pp. 224 ss., 266 ss. *Zielinski* (en esto lo sigue *Schaffstein*, Bruns-Festschrift, pp. 89 ss., 99 s.) aporta el siguiente argumento: Un garante (p. ej., un policía) sólo supuestamente en una situación de necesidad relativa a una persona sujeta a su protección (p. ej., ante una agresión antijurídica a ésta), estaría obligado, so la pena de tentativa,

nes, en la controversia sobre la posición del resultado en el injusto (*supra* 6/69), con aquellas posiciones cuyos representantes abogan por la exclusiva relevancia del injusto de acción —determinado subjetivamente con mayor o menor intensidad— [16]. Problemas análogos surgen en las causas de justificación que permiten, ya en caso de sospecha referida a un suceso pasado, la intervención, como p. ej., la detención preventiva en caso de sospecha fundada de un delito (más un fundamento para la detención).

B. 1. Por lo que se refiere a la posición dominante, mencionada en primer lugar, ésta es demasiado global, pues el riesgo de error, p. ej., en el estado de necesidad, en el que se pueden invadir bienes de personas no intervinientes, no tiene por qué distribuirse como en la legítima defensa, en la que el agresor produce a su vez con su ataque el riesgo de error de quien se defiende. 8

2. Otro tanto cabe afirmar de la posición expuesta en último lugar, de acuerdo con la cual todos los elementos del tipo de justificación —subjetivos u objetivos— han de determinarse *ex ante*. Sobre todo en la legítima defensa se pone de manifiesto que hay que diferenciar: Cuando falta objetivamente una agresión antijurídica, no existe tampoco agresor al que se le pueda imputar incluso una defensa objetivamente superflua debida a su ataque; sin embargo, cuando concurre la agresión antijurídica, puede que el error del que se defiende sea asunto con el que el propio agresor deba arreglárselas (*vid.* también *infra* acerca del § 33 StGB 20/28 ss.). A ello se añaden objeciones fundadas sistemáticamente: Al igual que la idea basada en la exclusiva relevancia del injusto de acción pasa por alto que la significación social de un comportamiento se desarrolla a partir de su aspecto externo, la doctrina que propone determinar la justificación exclusivamente *ex ante* ignora que lo que se pretendía (es decir, la situación de justificación juzgada *ex ante*) no proporciona por sí solo la significación social completa. En lo que sí existe acuerdo es en que en definitiva no se responde por una invasión o ataque habiendo supuesto erróneamente una situación justificante, pero la perturbación por la intervención, ocurrida y sólo supuestamente necesaria, sólo se neutraliza mediante la remisión a la inevitabilidad subjetiva; no es que la intervención sea tolerable en un contexto objetivo.

C. En conclusión, importa cuál de los intervinientes debe soportar el riesgo de error. A fin de decidir, se aplican los siguientes principios: 9

---

a emprender un intento «de salvación» (en el ejemplo, apartar el «agresor»); luego si no pudiera intentar de otro modo razonablemente la evitación, tendría también que estar autorizado a lesionar al supuesto agresor (loc. cit., pp. 246 ss.). El problema es cómo decidir en las acciones de salvación que comportan una consecuencia secundaria no advertida: El que exista un deber de actuar no quiere decir que en relación con todas las consecuencias tenga que existir también un derecho a intervenir, al igual que a la inversa, en el delito de comisión, tampoco existe siempre una prohibición de actuar debido a una intervención antijurídica, es decir no en la tentativa. *Zielinski* confunde, pues, la parte de la acción en el injusto con la parte de la acción en el resultado.

[15] *Armin Kaufmann*, Welzel-Festschrift, pp. 393 ss., 396 ss., 401; *Frisch*, Vorsatz, pp. 424 («apreciación objetiva *ex ante* desde la perspectiva del autor»); *Rudolphi*, en: Strafrechtssystem. pp. 69 ss., 78; *el mismo*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 371 ss., 377 ss., 381 ss. (distinguiendo en función de la certeza del pronóstico y de la perspectiva desde la que éste se adopta).

[16] En contra, *Stratenwerth*, Schaffstein-Festschrift, pp. 177 ss., 189 ss.; *Paeffgen*, Verrat. pp. 103 ss.; *Mylonopoulos*, Verhältnis, pp. 93 ss.; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung. pp. 137 ss., 165 ss.; más bibliografía *supra* 6/notas 146 a 154.

1. *a) Principio de la responsabilidad o del ocasionamiento*: Si en una causa de justificación el contenido de lo permitido depende de que a la víctima de la intervención se le pueda imputar la situación de conflicto (como p. ej., en la legítima defensa) o de que al menos sea el principal responsable de la situación de conflicto (como p. ej., en el estado de necesidad defensivo), debe existir *realmente* (*ex post*) la conexión entre el conflicto y el ámbito de organización de la víctima de la intervención, sin posibilidad de sustituirla por un pronóstico, pues sin la existencia efectiva de la conexión falta el motivo para obligar a la víctima de la intervención a soportar una medida que presupone su responsabilidad [17]. La perspectiva de la víctima de la intervención (¿cuándo hay que soportar?) prima, pues, sobre la perspectiva del que interviene (¿cuándo parece adecuada la intervención?).

La relación efectiva no existe sólo cuando hay un peligro real (juzgado objetivamente *ex post*) que amenaza desde el ámbito de organización de la víctima de la intervención (p. ej., en una agresión objetivamente idónea *ex post*), sino ya cuando hay un peligro aparente ocasionado imputablemente por la víctima de la intervención; pues quien crea imputablemente la apariencia de una situación de necesidad, y después en la defensa dirigida contra él es tratado como si hubiera creado una situación de necesidad real, no está teniendo que soportar un gravamen excesivo, sino las consecuencias de su propia maniobra engañosa, mediante la que ha conducido al que se defiende a una posición de inferioridad. Importa, pues, la realidad de las condiciones de la imputación a la víctima de la intervención, no el carácter real de la situación de necesidad creada por ésta [17a]. Ejemplos: Si en un hurto ejecutado en común por varios (§ 25.2 StGB) no es evidente quién de ellos ha escondido la cosa, cada uno de por sí ha suscitado imputablemente la sospecha de poseer el botín. En la amenaza con un arma fingida —no cognoscible como tal por la persona amenazada— está justificada aquella defensa (según el modo de ataque, en el marco de la legítima defensa o del estado de necesidad defensivo) que habría estado justificada en caso de amenaza con un arma idónea, sin tener en cuenta el análisis sobre la idoneidad que surja de una consideración *ex post*. El resultado se corresponde a la equiparación —indiscutida— que se realiza en las coacciones (§ 240 StGB) de la amenaza que si es necesario el amenazante está dispuesto a cumplir, con la amenaza que éste no puede o no está dispuesto a llevar a cabo.

10 *b) a')* Si en las causas de justificación mencionadas existen realmente las condiciones de la imputación, la víctima de la intervención le está imponiendo al que interviene la situación de conflicto. Por eso no se protege la confianza de la víctima de la intervención en sólo verse gravada por la defensa hasta el punto en que sería necesario para la disposición óptima de la defensa (o sea, en la defensa por una persona modélica objetivamente determinada). Más bien, la víctima de la intervención debe asumir que el defensor se comporte tal como se le ha impuesto el contacto social. La necesidad de las medidas defensivas, en las causas de justificación mencionadas, se determina, pues, *subjetivamente ex ante* (lo cual también es indiscutido en relación con las capacidades físicas;

[17] Particularmente controvertido en relación con el § 127.1 StPO; *vid.* la bibliografía *infra* 16/nota 25.

[17a] Lo cual lo olvida *Born*, Rechtfertigung, pp. 129 ss.; acerca de la legítima defensa, en definitiva en términos semejantes a aquí, *Otto*, Jura, 1988, pp. 330 ss., 331 s.

sólo se discuten las capacidades psíquicas de pronóstico y diagnóstico). Ejemplo: Aquel que, ante un ataque de una persona completamente borracha, con una pistola de pega, la mata en el acto de una puñalada, porque como consecuencia de su incapacidad personal ha considerado peligrosa, con error inevitable, el arma fingida que parecía un medio de ataque, está justificado por el estado de necesidad defensivo (no sólo mediante justificación putativa) si la defensa con arma blanca habría sido necesaria en caso de ataque con un arma de fuego realmente idónea. En caso de intervención de varias personas con distintas capacidades, puede surgir una justificación relativa en función de cada uno de los defensores (lo que es reconocido en general en relación con las capacidades físicas).

b') Lo necesario subjetivamente *ex ante* se *completa* con lo necesario objetivamente *ex post*; y es que el punto de vista *ex ante* crearía la posibilidad de actuar en una situación de conocimiento limitada, pero no de excluir de la justificación lo correcto *ex post* [17b]. Ejemplo: Quien considera erróneamente descargada el arma con que se le amenaza, pero mata enfurecido al agresor, obra desconociendo una situación justificante *existente* si posteriormente se averigua que el agresor se disponía a disparar inmediatamente.

2. *Principio de la definición de los intereses por parte de la víctima de la intervención*: Si la justificación depende de que la persona autorizada para disponer renuncie a un bien (consentimiento justificante, autorización administrativa justificante), esta renuncia debe darse verdaderamente (objetivamente *ex post*), ya que sin la libre voluntad del legitimado para disponer no existe motivo alguno para obligarlo a soportar la intervención. Así pues, también aquí predomina la perspectiva de la víctima de la intervención sobre la del interviniente. La libre voluntad de la víctima de la intervención es posible sustituirla por una definición de intereses supletoria si esta sustitución se corresponde con la voluntad (presunta) de la víctima, en los casos de consentimiento justificante y de intervenciones, en estado de necesidad, en sus bienes amenazados por un peligro. 11

3. *a) Principio de solidaridad*: Si el motivo para el comportamiento justificado no reside en el ámbito de organización de la víctima, es una cuestión de oportunidad si la obligación de soportar de la víctima está vinculada a una situación determinada *ex ante* o *ex post*. En favor del primer punto de vista habla el interés del interviniente en no verse desautorizado posteriormente por el hecho de verificarse *ex post* la falta de agresión. En favor del segundo punto de vista, el interés de la víctima de la intervención en no tener que soportar solidariamente más que en una situación de necesidad verdadera (determinada objetivamente *ex post*). Mediante los elementos como peligro o sospecha, la ley elige la *perspectiva ex ante*; estos conceptos pierden su contenido en una consideración *ex post* (*ex post* sólo es peligroso lo que sin acción de salvación, causa). 12

[17b] Lo cual se olvida en la sentencia LG München, NStZ, 1989, pp. 25 s.: Un disparo grave contra un agresor no está permitido porque *ex ante* hubiera bastado ya un disparo de advertencia, el cual, no obstante, como se pone de manifiesto *ex post*, no habría repelido el ataque. Sobre esta sentencia, *vid.* asimismo 12/nota 101.

b) a') En el principio de solidaridad el contacto social se le impone a la víctima de la intervención. Por ello se puede confiar en una orientación óptima del comportamiento de que se trata en esta justificación; la perspectiva *ex ante*, pues, ha de determinarse *objetivamente*, sin consideración a las limitaciones individuales (para los pormenores en relación con el juicio objetivo, *vid. infra* acerca del peligro en el estado de necesidad 13/13). Singularmente, en caso de acciones en ejercicio de cargo, el funcionario no puede aspirar a que se tenga en cuenta la incapacidad individual.

b') En el estado de necesidad también se *complementa* la perspectiva *ex ante* teniendo en cuenta lo necesario *ex post*; y es que la perspectiva *ex ante* debe abrir una posibilidad de acción a pesar de la capacidad de conocer limitada, pero no excluir de la justificación lo correcto sólo *ex post*. Ejemplo: El que interrumpe un embarazo sin que fuese objetivamente cognoscible la indicación médica dada, actúa desconociendo una situación justificante existente.

La complementación no tiene lugar en los casos de ejercicio de cargo basados en sopecha, pues un resultado *ex post* correcto no puede subsanar la falta de un procedimiento adecuado —imprescindible en un Estado de Derecho—. Ejemplo: Si no existe sospecha de delito, la detención preventiva es antijurídica aun cuando después se averigüe que la persona detenida fue su autor.

D. *Consecuencias de la diferenciación entre la situación prospectiva y la situación real:*

13 1. En el estado de necesidad agresivo, con la determinación *ex ante* del peligro y de lo necesario, se le da al sujeto un derecho a actuar, pero no es que se considere que al bien sobre el que se interviene ya no merezca protección. Cuando alguien dispone casualmente de conocimientos especiales referidos a la situación y por ello sabe que la medida de salvación que se prevé adoptar no va a surtir efecto, porque no existe peligro alguno, o porque la salvación apunta en una dirección incorrecta, sigue estando permitida una nueva disposición del daño que amenace al bien en el que se intervendría inútilmente. La nueva disposición sigue las reglas del estado de necesidad agresivo. Ejemplo: Quien sabe por casualidad que los síntomas de una grave enfermedad en una persona que se ha desvanecido sólo son simulados, puede impedir que se llame al servicio de urgencias, con amable insistencia, sin verse castigado por coacciones. Si el salvador supone la necesidad de la intervención sólo según un juicio subjetivo, pero inevitablemente, falta una situación justificante y sigue siendo posible el estado de necesidad defensivo contra la medida de salvación.

2. Sin embargo, siempre que se trate de causas de justificación en las que la víctima de la intervención ha de responder por el conflicto, ésta debe tolerar la intervención aun cuando se dé cuenta de la inutilidad de soportarla; si no, al menos en parte podría soslayar su deber de responder [18]. También en el ejercicio de cargo existe una obligación de soportar, a la que corresponde, si hay incorreción de la medida, determinada *ex post*, una pretensión a indemnización conforme al Derecho policial; decidiendo en otro sentido no sólo se cuestionaría la exclusiva competencia del legitimado para la solución del conflicto, sino que además el *numerus clausus* de las medidas formales (p. ej., demanda,

[18] *Vid. Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 9 ss., ante § 32.

medios jurídicos, etc.) admisibles (es decir, las únicas adecuadas) se ampliaría a través de un procedimiento no formal, como el estado de necesidad. Un comportamiento cognoscible objetivamente sólo como peligroso, pero no como constitutivo de ejercicio de cargo, de todos modos abre la posibilidad de la justificación en estado de necesidad agresivo.

E. *Ejemplos:*

1. La persona a la que se amenaza con una pistola descargada —lo que él 14
no puede saber— en un ataque antijurídico en el sentido del § 32 StGB, está autorizada a defenderse en la misma medida en que podría hacerlo frente a una pistola cargada; contra una defensa *ex post* inútil no le queda al atacante ni siquiera la posibilidad de justificación por estado de necesidad agresivo. La doctrina dominante tendría que admitir el estado de necesidad defensivo para el caso en que un juicio objetivo *ex ante* habría permitido concluir la inidoneidad del ataque.

2. Quien con error inevitable no reconoce en quien se le echa encima a un amigo, sino que lo toma por un agresor, no tiene derecho a defenderse ejercitando la legítima defensa; le quedan sólo, en caso de juicio objetivo *ex ante* sobre la existencia de una situación de peligro, los derechos derivados del estado de necesidad agresivo (hasta aquí la doctrina dominante). Contra su «defensa», sólo desde un punto de vista subjetivo está justificado el actuar en estado de necesidad defensivo, y si no en estado de necesidad agresivo. El punto de vista subjetivo *ex ante,* sólo propugnado aisladamente (*supra* 11/7), debe aceptar la justificación de la «defensa».

3. El excursionista que interpreta erróneamente, de modo inevitable, el dato de que una presa rebose, como signo de que se avecina una inundación, y pretende irrumpir en una casa cerrada para desde allí avisar por teléfono a la policía, no agrede antijurídicamente, por falta de «culpa», en el sentido del § 32 StGB (para la más detallada ubicación del error, *vid. infra* 11/42 ss.), pero sí se puede, dado que no tiene derecho a actuar, impedir su intento de allanamiento de morada; de modo distinto ha de decidirse en caso de peligro existente con arreglo a un juicio objetivo *ex ante* (la presa se quiebra efectivamente, pero, como después se averigua, no existía en la zona inundada ningún bien que hubiera que salvar): Sólo queda la posibilidad de estado de necesidad agresivo, ya que existe derecho a actuar.

4. El agente de policía que, por su escasa memoria —para él mismo inevitable, dado que no había advertido este defecto hasta entonces— confunde a la víctima de una reyerta en un establecimiento de bebidas con un delincuente que se había escapado, y lo detiene provisionalmente, actúa antijurídicamente; por falta de culpabilidad del comportamiento, a la víctima de la detención le queda la posibilidad del estado de necesidad defensivo. Pero si el agente detiene a un hermano gemelo del autor —desconociendo la circunstancia de que éste tuviera un hermano gemelo—, a quien ha reconocido por la fotografía de la orden de búsqueda, actúa de conformidad a Derecho, e incluso queda descartado el estado de necesidad agresivo como defensa. Pero cuando no es cognoscible, con arreglo a un juicio objetivo, que el agente actúa en ejercicio de cargo, existe una situación de peligro que justifica la defensa de acuerdo con el § 34 StGB.

F. *Resumen:*

15 1. Las condiciones de la responsabilidad por un conflicto o por la renuncia a un bien no se pueden determinar prospectivamente, sino que deben concurrir realmente.

2. Quien es responsable de que haya surgido una situación de conflicto (supuesta) debe soportar incluso lo necesario sólo desde el punto de vista subjetivo *ex ante*.

3. *a)* Quien no es responsable de que haya surgido una situación de conflicto (supuesta) mantiene, en las causas de justificación de validez general, ante lo necesario objetivamente *ex ante*, los derechos derivados del estado de necesidad agresivo, y ante lo sólo necesario subjetivamente *ex ante*, los del estado de necesidad defensivo.

b) En el ejercicio de cargo, el afectado debe soportar lo necesario desde un punto de vista objetivo *ex ante*, en tanto que el comportamiento sea cognoscible objetivamente como ejercicio de cargo; en otro caso concurre una situación que permite la defensa según las reglas del estado de necesidad agresivo.

IV. LA CONCURRENCIA DE CAUSAS DE JUSTIFICACION

16 A. Un comportamiento puede estar justificado por varias causas de justificación. La acumulación es importante cuando aquel de cuyo comportamiento se trata conoce sólo una de las situaciones justificantes; entonces está tan justificado como si hubiera conocido otras situaciones de justificación, o todas ellas acumuladas. Ejemplo: Quien evita un daño que le amenaza mediante una intervención conforme al § 34 StGB en los bienes de un tercero, está justificado por el estado de necesidad justificante, aun cuando no sepa que su intervención afecta a los bienes del causante culpable del daño y que por tanto habría estado justificado al mismo tiempo por la legítima defensa.

17 B. Sin embargo, hay causas de justificación con arreglo a las cuales la justificación ha de enjuiciarse exclusivamente para ámbitos especiales; entonces decae la posibilidad de ampliar la justificación por medio de las causas de justificación generales [19]. Cuándo sea éste el caso puede ser dudoso en la práctica, y ello es muy polémico en torno al supuesto más importante, es decir, a la concurrencia de legítima defensa y estado de necesidad con las autorizaciones de intervenir según las leyes policiales y la StPO (acerca de ello, *infra* 12/41 ss., 13/42). Se parte del principio de que una causa de justificación general decae para una determinada situación justificante o para una determinada persona a justificar, cuando una causa de justificación formulada específicamente para la situación de justificación o para la persona a justificar regula el comportamiento justificado, al menos en parte, *más estrictamente* que la causa de justificación

[19] En esta medida doctrina general, *Warda*, Maurach-Festschrift, pp. 143 ss., 166 (especialidad funcional); *Seelmann*, Verhältnis, pp. 36 ss. (contra esta vía de solución, *Peters*, GA, 1981, pp. 445 ss., 457 ss.); *vid.* además *LK-Hirsch*, núm. marg. 46, ante § 32; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 27 ss., ante § 32 y § 43, núm. marg. 6; naturalmente, es controvertida esta interpretación de algunas causas de justificación individuales en tanto que regulación exclusiva.

general, sobre todo si se sujeta la justificación a un procedimiento *determinado* no mencionado en la causa de justificación general. Así, p. ej., el estado de necesidad justificante no deja paso a la legítima defensa, ya que, pese a la determinación más estricta de la situación en la legítima defensa (agresión antijurídica, no cualquier peligro), se autoriza a *más* que en el estado de necesidad, es decir, se permite una intervención necesaria, aun cuando sea desproporcionada. De acuerdo con la interpretación aquí propuesta, los §§ 228, 904 BGB no constituyen sino complementaciones del estado de necesidad (agresivo y defensivo), pero no especificaciones de éste, dado que no muestran ninguna descripción propia de la situación (discutido). Pero el § 218 *a* StGB, a causa del procedimiento regulado en el § 34 StGB, sí constituye una regulación específica, en tanto que se pueda conseguir un médico, la embarazada tenga capacidad para prestar su consentimiento, etc., es decir, si el procedimiento se puede llevar a cabo en la práctica; en otro caso se aplican los principios generales. Los §§ 127 StPO y 229 BGB excluyen la aplicación de la legítima defensa y del estado de necesidad en el ámbito regulado, dado que en las descripciones de situaciones sólo otorgan, al menos en parte, autorizaciones de intervenir limitadas (sólo abarcan hasta el aseguramiento).

V. EL ASPECTO SUBJETIVO DE LA JUSTIFICACION

A. La llamada tendencia a la justificación y el conocimiento de los elementos del tipo de justificación

1. *a)* La decisión sobre si para la justificación, junto a la existencia objetiva de la situación justificante y el discurrir objetivo del comportamiento dentro de los límites de la autorización, debe concurrir además un elemento subjetivo de justificación [19a], es objeto de viva polémica [20]. La posición doctrinal que argumenta desde el resultado de la justificación que se ha de juzgar positivamente, considera la justificación como un suceso exclusivamente objetivo [21]. En el otro extremo, se requiere una actuación en ejercicio de la autorización que se presta sobre la base de la respectiva situación justificante, p. ej., en el estado de necesidad, actuar para apartar el peligro [22]. De acuerdo con 18

[19a] En todo caso, el conocimiento de circunstancias no pertenecientes al tipo de justificación no forma parte del aspecto subjetivo de la justificación. Ejemplo: El que interviene no tiene por qué conocer *qué* hecho ha cometido aquel a quien va a detener con arreglo al § 127 StPO, o *a quién* pertenece el botín que va a arrebatarle al ladrón de acuerdo con el § 32 StGB.

[20] Exposición pormenorizada del estado de la cuestión en *Waider*, Bedeutung, pp. 83 ss.; *Herzberg*, JA, 1986, pp. 190 ss.

[21] *Spendel*, Bockelmann-Festschrift, pp. 245 ss., 252 s. (quien en todo caso considera posible la tentativa en relación con otro bien distinto al que se ha lesionado justificadamente: El que acierta al agresor, pero quería acertar al agredido, responde por tentativa antijurídica de lesionar al agredido); *el mismo*, Oehler-Festschrift, pp. 197 ss., 203; *LK-Spendel*, § 32, núm. marg. 138 ss. De acuerdo con *Oehler*, Zweckmoment, pp. 165 ss., 166, habría que atender al «fin objetivo de defensa», que desde luego «sólo puede surgir de la voluntad de defensa».

[22] *LK-Hirsch*, núm. marg. 53, ante § 32; *Niese*, Finalität, pp. 17 s.; *Jescheck*, AT, § 31, IV. 1; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 25, núm. marg. 24 ss.; en relación con la legítima defensa, *vid.* BGH. 3, pp. 195 ss., 198; BGH, GA, 1980, pp. 67 s., con la matización de que ha de tratarse al menos de uno entre varios fines (así también BGH, StV, 1983, p. 456, sólo principio); igualmente ya el *Reichsgericht*; RG, 54, pp. 196 ss., 199; en relación con el estado de necesidad, *vid.* BGH, 2,

una posición intermedia, bastaría el conocimiento de los presupuestos de la justificación, sin que se requiera una relación subjetiva hacia el fin [23]; sólo excepcionalmente en las «causas de justificación imperfectas de dos actos» [24] sería necesaria una intención especial [25]; ello se refiere a las causas de justificación en las que no existen razones fundadas para una sola intervención sin una complementación posterior, como p. ej., en la detención por particular con arreglo al § 127.1 StPO, a la que debe añadirse la presentación posterior a la policía. Se encuentran también soluciones que diferencian entre las distintas causas de justificación; así, por una parte, habría un actuar que despliega efectos objetivamente por «conveniencia supraindividual» [26] (p. ej, de acuerdo con el § 37 StGB), o una situación justificante que surte efectos objetivamente, que no requiere valor de acción alguno [27] (p. ej., consentimiento), y por otra parte, un actuar persiguiendo fines individuales (p. ej., en estado de necesidad) o en una situación justificante que requeriría un valor de acción (p. ej., legítima defensa) [28].

b) La polémica se amplía cuando se abordan las consecuencias de la ausencia de elementos subjetivos de justificación: Del hecho de la lesión es posible deducir la consumación, y de la ausencia de la lesión de un objeto efectivamente protegido se puede deducir la tentativa [29].

19 2. *a)* En orden a la solución hay que establecer lo siguiente: Los elementos de las causas de justificación que han de concurrir realmente (objetivamente *ex post*) existen con independencia de que hayan sido conocidos. Pero también en los elementos de la justificación que vienen constituidos por un juicio objetivo *ex ante* la justificación está conectada al juicio virtual, no al hecho de su efectiva ejecución psicológica; e incluso en aquellos elementos en los que la determinación subjetiva *ex ante* basta para la justificación, la situación del juicio no se puede separar del hecho psíquico del juicio. En definitiva, es, pues, posible la separación de situación justificante objetiva y subjetiva.

20 B) A partir de aquí, acerca de la exigencia de elementos subjetivos de justificación sólo se puede decidir con arreglo a las consecuencias [30].

---

pp. 112 ss., 114; en relación con el derecho de corrección o castigo: BGH, 11, pp. 242 ss., 257; en relación con la salvaguardia de intereses legítimos, *vid.* BGH, 18, pp. 182 ss., 186; ya RG, 61, pp. 400 ss.; 66, pp. 1 ss.

[23] OLG Karlsruhe, JZ, 1984, pp. 240 ss., 241; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 489; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 14, ante § 32; *Rudolphi*, Maurach-Festschrift, pp. 51 ss., 57; *Prittwitz*, GA. 1980, pp. 381 ss., 389; *Frisch*, Vorsatz, p. 457; *el mismo*, Lackner-Festschrift, pp. 113 ss., 130; *Loos*, Oehler-Festschrift, pp. 227, 235; *vid.* también *Nowakowski*, ZStW, 63, pp. 287 ss., 319. En otro sentido, *Alwart*, GA, 1983, pp. 433 ss., 449 s., que requiere un actuar «reaccionando a la agresión» y renuncia al conocimiento del resultado de defensa.

[24] *Lampe*, GA, 1978, pp. 7 ss.

[25] *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 16, 16 *a*, ante § 32; *Schünemann*, GA, 1985, pp. 341 ss., 374.

[26] *Schmidhäuser*, AT, 9/17.

[27] *Gallas*, Bockelmann-Festschrift, pp. 155 ss., 175 s.

[28] *Vid.* asimismo *Baumann-Weber*, AT, § 21, I, 3 *c*.

[29] Para la solución objetiva también es discutible la impunidad al menos en relación con una teoría de la tentativa restrictiva objetivamente (objeto inidóneo); así *Spendel*, Bockelmann-Festschrift, pp. 245 ss., 258 s.; *LK-Spendel*, § 32, núm. marg. 138 ss.

[30] El tenor literal de los §§ 32.2 StGB (... defensa... para...) y 34 StGB (... comete para...) puede que se atenga al fin de defensa (en otro sentido, en relación con la legítima defensa, la in-

a') La solución que atiende a que, para estar justificado, el comportamiento debe ser intencionado como tal defensa, etc., tendrá que imputar a título de consumación antijurídica incluso cuando el autor obra en conocimiento de la situación justificante y en expectativa —según esta concepción, obviamente errónea— de la justificación, pero no motivado por la situación justificante. Ejemplos: El médico opera con arreglo a la *lex artis,* pero no para curar al paciente, sino sólo por los honorarios que obtendrá tras la operación correcta. La persona que auxilia mata de un disparo al atacante en ejercicio de la defensa necesaria, pero no en favor de los bienes del agredido, sino sólo por el placer de apretar el gatillo. La imputación de estos resultados como antijurídicos atendería a elementos que no se manifiestan en la realización del comportamiento; a igualdad de representación del autor, cabría eludir la imputación en cualquier momento mediante un cambio de la motivación; la imputación basada en tales elementos exclusivamente subjetivos contradice el principio del hecho [31]. Aisladamente, p. ej., en el derecho de corrección, resulta prácticamente imposible que se realice un comportamiento en el marco de la autorización sin intención de efectuar la justificación.

b') Así pues, ha de exigirse dolo de justificación, pero no intención de jus- 21
tificación (en cada caso referido al *suceso* justificado —p. ej., la defensa—, pero no a la eficacia jurídica de la justificación —la autorización—). Esta idea es aplicable también a las más arriba denominadas causas de justificación imperfectas de dos actos [31a]; no importa que el autor persiga el segundo acto, que es el que presta sentido al primero, sino que parta de que también el segundo acto va a producirse (si objetivamente no se produce, rigen las reglas generales, *supra* 11/7 ss. e *infra* 11/28 ss.). Ejemplo: Quien detiene a un ladrón a quien ha sorprendido con las manos en la masa (§ 127.1 StPO) y sabe que desde luego la policía va a acudir en seguida y que se hará cargo del detenido, no pierde la justificación porque no persiga esto último, e incluso sólo lo asuma lamentándolo. De todos modos, el segundo acto —como el autor sabe— dependerá con frecuencia de su propio comportamiento.

c') Así, queda por decidir si, faltando incluso el dolo de justificación de 22
cualquier clase, ha de tener lugar la imputación de un hecho antijurídico.

— La imputación del hecho en tanto que antijurídico y *consumado* [32] decae a la vista de sus consecuencias no adecuadas: Si el resultado fuera imputable, estaría permitido impedir que el autor realice el resultado. Así pues, el com-

---

terpretación de *Frisch*, Lackner-Festschrift, pp. 113 ss., 117), pero así no se regula cómo hay que decidir cuando falte la finalidad defensiva; la deducción *a contrario* está vedada merced a la regulación sólo fragmentaria de las causas de justificación en el Derecho escrito.

[31] *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 489; *Loos*, Oehler-Fetschrift, pp. 227 ss., 231.

[31a] *Herzberg*, JA, 1986, pp. 190 ss., 199; *Loos*, Oehler-Festschrift, pp. 227 ss., 237 s.; *Frisch*, Lackner-Festsschrift, pp. 113 ss., 145 ss.

[32] En este sentido, no obstante, para el estado de necesidad, BGH, 2, pp. 112 ss., 114 s.; en general, *LK-Hirsch*, núm. marg. 59, ante § 32; *Hirsch*, Lehre von den negativenTatbestandsmerkmalen, pp. 254 s.; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert, pp. 259 ss., con más bibliografía; *Niese*, Finalität, p. 18, nota 37; *Welzel*, Strafrecht, § 14, IV, *in fine*; *Dreher-Tröndle*, § 32, núm. marg. 14; *Paeffgen*, Verrat, pp. 156, nota 382; *Alwart*, GA, 1983, pp. 433 ss., 454 s.; distinguiendo según las distintas causas de justificación (como se indicó *supra* en relación con las notas 26. 27), *Gallas*, Bockelmann-Festschrift, pp. 155 ss., 172 ss.; *Schmidhäuser*, AT, 9/17; *Triffterer*, Oehler-Festschrift, pp. 209 ss., 223, 225.

portamiento del autor podría ser interrumpido por cualquiera —en legítima defensa o en estado de necesidad defensivo— dentro del marco de lo necesario, incluso para después ejecutarlo del mismo modo. Ejemplo: Al ladrón que no se da cuenta de que forzando una puerta va a liberar a una persona encerrada antijurídicamente, se le podría impedir interviniendo en sus bienes, y a continuación el que se lo impidió podría proceder a forzar la puerta. También surgen consecuencias inadecuadas en relación con la participación. El cómplice, que actúa con dolo de justificación, de un autor sin dolo de justificación no quedaría impune como *agent provocateur*, sino que sería partícipe punible en una consumación antijurídica, aun cuando podría ejecutar el hecho de propio mano justificadamente. Ejemplo: El médico que, ante una interrupción del embarazo que aparece indicada con urgencia, ayuda a su colega que no sospecha nada, incurriría en complicidad con un hecho antijurídico, aun cuando él mismo estaría autorizado a realizarlo por sí mismo e incluso —p. ej., el médico de urgencia— estaría obligado a hacerlo. En ninguno de los dos casos se puede fundamentar por qué el que sabe estaría autorizado a impedir al que no sabe la realización de un acción que el que sabe estaría después autorizado a realizarla de la misma forma por sí mismo justificadamente, e incluso en ocasiones debería hacerlo [33].

23 — La impunidad tampoco supone una solución adecuada: El autor realiza un comportamiento que defrauda expectativas sin conocer el motivo bien fundado para la ejecución. El que el autor quería *sacrificar en vano* un bien sugiere la aplicación de las reglas de la tentativa. Naturalmente, el suceso no se asemeja enteramente a un tentativa: Al autor de la tentativa le sale mal ya el *sacrificio*, y por ello nada se hace en vano; aquí se consigue el sacrificio, pero no es *en vano*. A pesar de esta diferencia, ha de insistirse en la aplicación de las reglas de la tentativa [34], porque tanto la imputación del resultado como la impunidad acarrean consecuencias inadecuadas, de modo que *a falta de una regulación específica* [35] sólo queda enjuiciar el comportamiento sin tener en cuenta la producción del resultado. El hecho de que la tentativa en caso de delito

[33] Lo cual es válido también en la medida en que la situación justificante la constituyen elementos para los que es aplicable la perspectiva *ex ante* (elementos de sospecha y elementos prospectivos): Si se podría adoptar el juicio, *ex ante*, de que es necesaria una intervención justificada, existe un motivo jurídicamente bien fundado; quien no sabe nada de ello, puede que actúe subjetivamente con un mal motivo, pero esta apreciación incorrecta no autoriza a impedir el comportamiento externamente correcto, ni tampoco veda favorecerlo. De modo distinto ocurre sólo en el ejercicio de cargo; aquí la sujeción a los principios del Estado de Derecho sí veda dirigir la mirada exclusivamente al resultado: Si un policía detiene a un ciudadano por puro enfado (§ 127 StGB), un tercero sólo puede auxiliarle si el policía no conoce motivos para detener, que en efecto se dan, por carencias subjetivas. Si ya objetivamente no son cognoscibles los motivos, el ejercicio legítimo de cargo no viene en consideración.

[34] En favor de la aplicación «paralela», *Jescheck*, AT, § 31, IV, 2; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 25, núm. marg. 34; en definitiva, doctrina dominante; *Lenckner*, Notstand, pp. 187 ss., 192 ss.; *Rudolphi*, Maurach-Festschrift, pp. 51 ss., 58; *v. Weber*, JZ, 1951, pp. 260 ss., 263; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 15, ante § 32; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 494; *SK-Samson*, núm. marg. 24, ante § 32; *Hruschka*, GA, 1980, pp. 1 ss., 16 s.; *Prittwitz*, Jura, 1984, pp. 74 ss., 77; *Herzberg*, JA, 1986, pp. 190 ss., 192 (aplicación directa); *Frisch*, Lckner-Festschrift, pp. 13 ss., 128; también KG, GA, 1975, pp. 213 ss., 215.

[35] Acerca de la necesidad de regulación especial, *vid. infra* en relación con el problema análogo que se plantea en la suposición errónea de la realización de un tipo de justificación 11/53 ss.

menos grave (*Vergehen*) quede impune en ocasiones (§ 23.1 StGB) —de otro modo que en la tentativa en sentido propio— supone un beneficio objetivamente no justificado en el ámbito del desconocimiento de la situación justificante, como consecuencia del limitado catálogo de formas del StGB.

— La fundamentación aportada afecta sólo a una parte de la analogía entre el aspecto subjetivo de la tentativa y el aspecto subjetivo del actuar en desconocimiento de los presupuestos, efectivamente concurrentes, de la justificación. La analogía ha de completarse como sigue: Al igual que el dolo no es dolo de tipo si no se formó de un modo comunicativamente relevante (*infra* 25/23), el conocimiento de los presupuestos concurrentes de la justificación no pueden fundamentar la punición por tentativa cuando el autor, de un modo comunicativamente relevante, sólo podría llegar a suponer la justificación concurrente. Ejemplo: El autor aprecia la agresión, pero su «intuición» le dice que se trata de una broma inocente; no obstante, se defiende, enfadado por la supuesta broma, dentro de la medida necesaria —no hay castigo, al igual que en la tentativa—. Si se da la relevancia comunicativa, pero sólo en una medida mínima, ha de aplicarse analógicamente el § 23.3 StGB. Acerca de la autorización del riesgo en caso de duda sobre la situación justificante, *vid. infra* 11/29. 23a

B. Acerca del deber de comprobación

1. En ocasiones se requiere para la justificación que la situación justificante haya sido indagada por el autor mediante una comprobación «conforme a deber» o «concienzuda» [36]. Sin esta comprobación, habría que castigar al autor por consumación a pesar de la situación justificante objetivamente existente [37]. Esta solución se rechaza en tanto que regla general, pero sí se reconoce limitadamente para los casos en que falten los presupuestos objetivos de la justificación y para las causas de justificación en las que se ha de aprobar una acción no necesaria objetivamente *ex post* en consideración a los fines del autor, en caso de inseguridad *ex ante*. Se alude al § 193 StGB, al consentimiento justificante y a los tipos de sospecha [38]. En orden a fundamentarlo, la doctrina se remite a la necesidad de minimizar el riesgo de acciones de intervención que al final se revelan inútiles [39]. 24

[36] Así para el estado de necesidad, RG, 62, pp. 137 ss., 138; 64, pp. 101 ss., 104; BGH. 1, pp. 329 ss., 320; 2, pp. 112 ss., 114; 3, pp. 8 ss., 11; 14, pp. 1 ss., 2; *Blei*, AT, § 44, V; *Schaffstein*, MDR, 191, pp. 196 ss.; *vid.* asimismo *Henkel*, Mezger-Festschrift, pp. 249 ss., 274 s.

[37] Especialmente, RG, 62, pp. 137 ss., 138, en la interrupción del embarazo por la indicación médica; en el supuesto sobre el que tenía que decidir, faltaba ya objetivamente desde luego la situación justificante; en caso de situación justificante dada objetivamente sin duda ninguna, la jurisprudencia no ha condenado nunca; *vid. Welzel*, JZ, 1955, pp. 142 ss.; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert, pp. 271 ss.

[38] De acuerdo con las reglas aquí establecidas para las causas de justificación con elementos prospectivos y elementos de sospecha, el campo sería aún más amplio.

[39] En este sentido *Lenckner*, H. Mayer-Festschrift, pp. 165 ss., 178 ss.; *LK*[9]*-Hirsch*, núm. marg. 39, ante § 51 (de modo distinto en relación con el § 34 StGB, redacción actual, *LK-Hirsch*, § 34, núm. marg. 77); *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 19, ante § 32; *Jescheck*, AT, § 31, IV, 3.

25 2. *a)* En ambas versiones subyace el intento de soslayar la regulación del error para los casos en que se supusieron a la ligera los presupuestos de justificación (ha de abarcarse la *tentativa imprudente* de realizar un resultado fuera de un contexto justificante; en torno a la suposición errónea de presupuestos de causas de justificación, *vid. infra* 11/42 ss.). Ambas versiones han de rechazarse [40], ya que confunden la situación justificante y la vía para indagar la situación justificante. En caso de vías distintas (un partícipe ha llegado, comprobando, a una conclusión; otro ha llegado a la ligera a la misma conclusión), según ambas versiones, existirían entre varios partícipes las mismas relaciones inadecuadas que ya se describieron *supra* en relación con la falta de tendencia justificante: El partícipe que ha llevado a cabo una comprobación concienzuda estaría autorizado para impedir la intervención de otro que no ha comprobado, y no estaría autorizado a participar en la intervención de éste, aun cuando podría o incluso debería realizar la intervención del mismo modo que éste.

26 *b)* La inutilidad del deber de examen no significa que en los elementos que se determinan subjetivamente *ex ante* baste cualquier fugaz suposición subjetiva para constituir una situación justificante. Más bien, importa sólo el juicio mejor posible desde el punto de vista subjetivo. No obstante, es indiferente si este juicio se obtuvo mediante el mejor empleo posible del discernimiento (es decir, mediante «comprobación conforme a deber») o se supuso a la ligera, siempre que sólo en el resultado no sea optimizable. El autor que no comprueba soporta, pues, el riesgo de equivocarse, lo que desde luego sólo tiene efectos si la comprobación habría llegado a otra conclusión, es decir, si se da un error. Dicho de otro modo, no justifica el hecho psíquico de un juicio de contenido determinado, sino la situación en que es posible un juicio de determinado contenido si se emplea óptimamente el discernimiento. Dado que, según la interpretación que aquí se propone, los elementos que se han de determinar subjetivamente *ex ante* pertenecen todos a situaciones en las que hay que obrar con rapidez, es decir en que no queda tiempo para reflexionar, la problemática tendrá escasa importancia práctica. Ejemplo: Quien detiene provisionalmente a un conductor gravemente embriagado (§ 127.1 StPO) y lo encierra, no pensando, por la prisa, que habría bastado con poner a buen recaudo la llave de contacto del vehículo, actúa de conformidad a Derecho, aun cuando de haber habido más tiempo para pensar habría sido cognoscible el medio más moderado.

27 *c)* Por lo demás, la dimensión del riesgo de error se ha sobreestimado con frecuencia, pues ya a la representación de una situación justificante pertenece, en los casos relevantes, la suposición de un conflicto de intereses que no se puede resolver de otro modo. Ejemplo: Quien publica en el periódico una noticia injuriosa, sólo tiene la representación de una situación justificante (§ 193 StGB) si da por supuesto positivamente que no se puede evitar el conflicto entre el derecho a informar y los derechos de la personalidad, p. ej., mediante indagaciones ulteriores [41].

---

[40] Desfavorable, pormenorizadamente, también *Rudolphi*, Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 73 ss.; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert, pp. 271 ss.; *Küper*, Notstand, pp. 115 ss., 169 s.

[41] *Vid.* BGH, 14, pp. 49 ss., 51; ahí se obtiene el resultado a través de la lesión del «deber de examen».

C. La representación no segura de una situación justificante

1. A menudo el autor dudará sobre los presupuestos de la justificación de su actuar, o se encontrará con dudas al juzgar con atención. Si las dudas no se pueden superar mediante una espera paciente sin peligro o mediante una atención más intensa, no es posible eludir una decisión sobre una base insegura consciente o inconscientemente. 28

2. Las dudas sobre la existencia de la situación justificante que se basan en la idea de que nunca cabe descartar el error y que por eso siempre queda un resto de riesgo, no conducen ni a la punición por tentativa (cuando concurre la situación justificante) ni por consumación (cuando falta la situación justificante), sino que no contienen —como su correlato en el tipo: el conocimiento de un riesgo permitido— representación alguna acerca de un suceso penalmente relevante. Por lo demás, el reparto del riesgo de error se rige por las reglas mencionadas *supra* (11/9 ss.) [42]. 29

a) En la medida en que una acción está justificada porque la propia víctima de la intervención ha de responder por la situación de conflicto (legítima defensa, etc.), la justificación, sin tener en cuenta el punto de vista subjetivo de la situación, depende de la existencia real de la obligación de responder. Si en caso de ausencia de un deber de responder no es posible preservar el bien a proteger ni siquiera por la vía del estado de necesidad agresivo, porque sólo se puede defender adecuadamente mediante una causa de justificación que presuponga un deber de responder (así p. ej., la Administración de Justicia según el § 127, *párrafo 1* StPO), si se duda de sus presupuestos hay que renunciar a la ejecución de una acción a justificar; si la acción se emprende «bajo sospecha» y después resulta ser materialmente correcta, queda aún la tentativa (*supra* 11/23). Pero si el bien se puede defender mediante el estado de necesidad agresivo, en esa medida sigue siendo posible la justificación, pues una duda (objetivamente fundada) señala un peligro. Ejemplo: Quien supone una situación de legítima *defensa*, al ver cómo de un depósito evidentemente no acondicionado adecuadamente se escapan a un arroyo grandes cantidades de líquido, está autorizado para entrar en la propiedad y cortar el flujo, si *ex post* el líquido resulta ser inocuas aguas residuales; y es que la justificación por *estado* de necesidad no se ve afectada por el punto de vista *ex post*.

b) En la medida en que se trata de elementos de la justificación para los que rige la perspectiva *ex ante*, las dudas sobre la existencia del riesgo, en la consideración de lo necesario, se han de tener en cuenta tanto más cuanto más

---

[42] Las soluciones están poco afianzadas; *vid.* también *infra* 19/30 s. sobre las dudas relativas al injusto; fundamental *Warda*, Lange-Festschrift, pp. 119 ss., 126 ss.; *el mismo*, Welzel-Festschrift, pp. 449 ss., 514 ss.; *Warda*, en caso de constreñimiento para actuar, opta por la exculpación por falta de reprochabilidad. En favor de la justificación ya en caso de equivalencia (!) de los intereses en conflicto, *Frisch*, Vorsatz, pp. 427 ss., 439; *vid.* asimismo *Arzt*, Jescheck-Festschrift, pp. 391 ss., 396 ss. Cuando el autor no obra por la justificación, se aprecia en ocasiones responsabilidad, pero sin pretender excluir la posibilidad de justificación por estado de necesidad y de exculpación por el § 35 StGB; *vid. Baumann-Weber*, AT, § 21, II, 1 *e*, con nota 84; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 32, núm. marg. 28; por lo demás, valdrían las reglas de la justificación putativa —inevitable—. *Vid.* también BGH, VRS, 40, pp. 104 ss., 107.

leve sea la responsabilidad del ocasionante. Ejemplo: En caso de agresión de un sujeto culpable, el agredido no tiene que hacer peligrar la efectividad de la defensa por no herir al agresor (*infra* 12/31), pero en caso de ataque inculpable, p. ej., en un ataque de un niño, los riesgos no han de ser desproporcionados, de modo que, en caso de probabilidad sólo insignificante de consecuencias de la agresión dignas de mención está permitida menos defensa que en caso de mayor probabilidad (*vid. infra* acerca de la ponderación del riesgo, 13/30).

c) Da lo mismo que el autor esté obligado a salvar (como garante) o no. La relación entre el sujeto actuante y el bien a proteger no da lugar a ninguna pretensión contra el titular del bien en que se interviene (*vid.* asimismo *infra* acerca del conflicto de deberes 15/8).

d) Si la incertidumbre se refiere a la amenaza a bienes vitales, queda la posibilidad de exculpación con arreglo al § 35 StGB.

D. La justificación en los hechos imprudentes

30 1. De acuerdo con los principios desarrollados para la imprudencia y para la justificación, la justificación de los hechos imprudentes no comporta dificultad alguna. Por lo que se refiere a la estructura del hecho imprudente, a la cuestión varias veces planteada por la doctrina de si una acción justificada puede ser contraria a cuidado [43], cabe responder claramente con arreglo a la concepción aquí desarrollada: Dado que no hay *infracción del deber* de cuidado alguna, sino que más bien el descuido constituye a lo sumo una denominación —inapropiada— para el hecho de que el autor ha realizado un riesgo cognoscible como ya no permitido, también el autor justificado, que ciertamente no infringe ningún deber, puede obrar descuidadamente, pues puede crear un riesgo cognosciblemente ya no permitido en general, aun cuando este riesgo sea tolerable en el contexto especial de la justificación.

Pero tampoco los presupuestos subjetivos de la justificación ofrecen mayor dificultad, dado que no se requiere una tendencia especial a la justificación, y para excluir la imputación del *resultado* ni siquiera se necesita conocimiento de la situación justificante; sin conocimiento, queda un resto de delito que ha de tratarse de conformidad con las reglas de la tentativa (*supra* 11/23), lo que para el delito imprudente, por falta de punibilidad de la tentativa, significa la impunidad [43a].

31 2. *a)* El resultado es indiscutido para los supuestos en que el autor conoce la situación justificante, actúa con vistas a la justificación y habría podido realizar el resultado dolosamente. Ejemplo: El autor dispara, sin intención de ponerlo en peligro, hacia el agresor para amedrentarlo, aun cuando un disparo dirigido al agresor o un disparo de advertencia que pasase más cerca, ya de modo arriesgado, habría estado permitido; el disparo acierta por imprudencia;

---

[43] *Vid. Frisch*, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 116 ss.

[43a] Sobre ello *Frisch*, Lackner-Festschrift, pp. 115 ss., 132 s.

justificación de la acción imprudente [44]. Cuando el autor conoce la situación justificante, pero no actúa con vistas a la justificación, un sector doctrinal afirma la antijuricidad, ya que al menos la *acción* de defensa debería haberse emprendido con tendencia a la justificación [45]; en contra de lo cual caben las indicaciones sobre la tendencia a la justificación señaladas *supra* 11/20.

b) Otro sector doctrinal requiere la tendencia a la justificación limitada- 32
mente para los delitos imprudentes de actividad [46], pensando sobre todo en la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas del § 316 StGB, que sólo puede estar justificada mediante el estado de necesidad si el autor pretende auxiliar en el punto de destino. Naturalmente, el resultado no tiene nada que ver con el límite entre dolo e imprudencia; también un delito de mera actividad doloso está sólo justificado por estado de necesidad si contribuye a prevenir un daño efectivamente o al menos *ex ante*. Las especialidades de la justificación en la imprudencia se derivan sólo de que el injusto de la acción imprudente es más leve que el de la dolosa, y por ello cabe justificarlo con más facilidad [47]. Esta solución no sólo conduce, en los supuestos de imprudencia temeraria con ceguera ante los hechos reprobable, al resultado poco satisfactorio de que se premia al indiferente, sino que además reduce la observación a cómo se presenta la situación para el que interviene; la víctima de la intervención necesita, tanto en las intervenciones dolosas como imprudentes, la misma protección; pues no está en mejores condiciones cuando el que interviene no actualiza lo que ocurre.

3. *a)* En definitiva, la justificación en la imprudencia no presenta singu- 33
laridades. Ejemplos [48]: (De estado de necesidad) A efectos de la justificación da igual que el médico, para atender urgentemente a un enfermo, supere moderadamente con su automóvil la velocidad máxima permitida dolosa o imprudentemente [49] o conduzca bajo los efectos de una moderada dosis de alcohol dolosa o imprudentemente. (De legítima defensa) Si un cochero quiere librarse de unas coacciones consistentes en que se le cierra el paso, fustigando a los caballos, y alcanzando con un latigazo por error el autor de las coacciones, para la justificación es indiferente el que el cochero conociera este riesgo de un modo fundamentador del dolo, o que sólo lo hubiera podido advertir [50].

Acerca del consentimiento en el actuar arriesgado, *vid. supra* en torno al consentimiento excluyente del tipo, 7/28, e *infra*, en torno al consentimiento justificante 14/21.

---

[44] *De otra opinión*, OLG Frankfurt, NJW, 1950, pp. 119 s.; como aquí, BGH, 25, pp. 229 ss., 231 s.; OLG Hamm, NJW, 1962, pp. 1169 s.; BayObLG, JZ, 1988, pp. 725; RG, JW, 1925, pp. 962 s.; *Schmitt*, JuS, 1963, pp. 64 ss., 66; *Schaffstein*, Welzel-Festschrift, pp. 557 ss., 576; doctrina completamente dominante; amplia exposición de las posiciones en *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 150 ss.

[45] *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert, p. 255; *Niese*, Finalität, p. 47, nota 72.

[46] OLG Hamm, VRS, 20, pp. 232 ss.; *Jescheck*, AT, § 56, I, 2; allí también acerca de la peculiaridad en aquellas causas de justificación en que se considera necesaria una «comprobación concienzuda».

[47] *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1115; *Schaffstein*, Welzel-Festschrift, pp. 557 ss., 576 s.

[48] Pormenorizadas referencias jurisprudenciales en *Schmitt*, JuS, 1963, pp. 64 ss.

[49] OLG Düsseldorf, VRS, 30, pp. 445 s.; OLG Schleswig, VRS, 30, pp. 462.

[50] *Vid.* OLG Dresden, JW, 1929, p. 2760; OLG Karlsruhe, NJW, 1986, pp. 1358 ss.

34 *b)* Una acción imprudente que se mantenga dentro del marco de lo necesario, y que se ejecute en una situación justificante objetiva, que ni siquiera es conocida, ocurrirá rara vez en la práctica. Ejemplo artificioso: En una parada, un conductor se ve importunado por una persona que quiere subir a su coche; enfadado, arranca descuidadamente y lesiona a esta persona, que, lo que ignoraba el conductor, ya había comenzado a amenazarle con un arma.

35 *c)* En el marco de la justificación de los hechos imprudentes, la única configuración de casos «delicada», y en la que apenas se ha reparado, es la siguiente: En una agresión a un bien disponible, el titular del bien está dispuesto a renunciar a la defensa, pero inflige al agresor una lesión que se corresponde con la defensa necesaria. Ejemplo: En una situación en que habría estado permitido un disparo a dar, la persona agredida pretende conformarse con un disparo de advertencia —percibido como inútil y, por tanto, no necesario—, pero por imprudencia acierta al agresor. Cuando está a discreción del agredido realizar (de nuevo) una situación justificante con sólo cambiar de parecer, su ausencia no constituye sino un suceso exclusivamente interno, que no puede cambiar la valoración de un hecho hasta convertirlo en antijurídico. De distinto modo habrá que decidir en relación con el que defiende a otro, habiendo éste manifestado su renuncia a la defensa.

E. El error de subsunción en los elementos del tipo de justificación y el error sobre la existencia de éste (error de prohibición indirecto)

36 1. Menos discutido es cómo tratar el error del autor que cree verse amparado por una causa de justificación que el Derecho no reconoce (error sobre la existencia) o sólo la reconoce con límites más estrechos (error sobre los límites como error de subsunción referido a un elemento del tipo de justificación). El autor cree que su comportamiento está permitido, por suponer erróneamente —conociendo la prohibición en sí— una situación que desvirtúa la prohibición, situación que según una valoración correcta la deja intacta: error de prohibición indirecto (porque se verifica mediante una ampliación excesiva del tipo de autorización). Ejemplo [51]: El autor cree que a la persona sorprendida *in flagranti*, para impedirle la huida, se le puede abatir a golpes e incluso, si es necesario, matarla; el que esto sea un error sobre los límites referido al § 127.1 StPO o ya un error sobre la existencia referido a otra causa de justificación es una mera *façon de parler* [52]; en cualquier caso, no concurre en absoluto error sobre el tipo, sino un error de prohibición que hay que tratar con arreglo al § 17 StGB [53].

37 2. *a)* La unanimidad con que se propugna esta incardinación del error se contrapone a las sutiles diferenciaciones dogmáticas a que se recurre en su correlato, es decir, en la suposición errónea de un tipo de justificación (al res-

---

[51] *Vid.* además BGH, 2, pp. 194 ss., 197; 3, pp. 105 ss.; 3, pp. 358 ss., 363 ss.; 12, pp. 379 ss., 383; 22, pp. 224 ss., 225 s.; OLG Koblenz, NJW, 1988, pp. 2310 s., con comentario crítico de *Mitsch*, JuS, 1989, pp. 964 ss.; *vid.* asimismo BGH, 20, pp. 343 ss., 372.

[52] *LK-Schroeder*, § 17, núm. marg. 120.

[53] Siempre que no se siga la teoría del dolo, doctrina unánime; por todos, *Jescheck*, AT, § 41, III, 1; *LK-Schroeder*, § 17, núm. marg. 9, con bibliografía.

pecto, *infra* 11/44 ss.). Analizándolo detenidamente, se pone de manifiesto que en el error de prohibición indirecto se trata de un error *sui generis* —que ha de tratarse adecuadamente en definitiva de acuerdo con las reglas del § 17 StGB—: El error del autor afecta —de modo distinto al error de prohibición directo— a la prohibición específica casualmente sólo en el sentido de que en el contexto efectivo de la justificación supuesta es necesario precisamente un obrar que infringe la norma específica. Ejemplo: El que quien yerra sobre los límites de la legítima defensa cometa unas lesiones, unas coacciones, unas detenciones ilegales, unos daños, etc., *en cada caso en error de prohibición indirecto,* depende de los datos casuales de la supuesta situación que requería la defensa. Por ello, el error del autor está caracterizado de modo imperfecto como error sobre la prohibición determinante que lo es precisamente de manera casual. Más bien, el autor yerra sobre una regla conforme a la cual en caso de conflicto quedan suspendidas *todas* las prohibiciones o bien grupos enteros de prohibiciones. *Así pues, el autor yerra sobre la delimitación de más normas de las que están en cuestión en el caso concreto, y yerra sobre las normas que están en cuestión sólo en sus límites.* No es que el autor aprecie defectuosamente lo que se espera de él en el supuesto normal, sino en los casos excepcionales, o yerra en lo que es el supuesto excepcional. Por eso el ámbito marginal del supuesto excepcional, es decir, el ámbito perdonable del error, puede afectar a normas pertenecientes al ámbito central del Derecho penal, contra las que, por ello, no se puede realizar infracción en error de prohibición directo. Ejemplo: Un error directo sobre la prohibición de lesionar está prácticamente descartado en cualquier persona, pero los errores indirectos sobre la prohibición de lesionar se encuentran incluso en los tratados de Derecho penal al exponer los límites de las causas de justificación. El § 17 StGB es lo suficientemente elástico como para poder dar cuenta de las singularidades del error de prohibición indirecto [54].

b) Los casos en que el autor imagina que es apropiado reaccionar frente a agresiones sobrenaturales lesionando «terrenalmente» (!) a otros no constituyen error de prohibición indirecto, ya que el Derecho no regula reacciones a lo sobrenatural (*infra* 19/25). El Derecho puede tener en cuenta la representación (alucinatoria o no) a lo sumo en el marco de la *religiosidad* del comportamiento o como perturbación psíquica (§§ 20, 21 StGB) [54a]. Ejemplo: Quien cree que para impedir el fin del mundo hace falta sacrificar una víctima humana a un ser sobrenatural, también sabrá por lo general que las instancias que aplican el Derecho son de otro parecer y que este parecer no se puede contravenir válidamente; luego tiene conocimiento de la antijuricidad. Naturalmente, si cree que el Derecho vigente abarca también los sucesos sobrenaturales, no ha entendido en absoluto lo que es el Derecho (al respecto, *infra* 19/7).

3. Si al error sobre la existencia o los límites de una causa de justificación 38
se suma un error sobre la concurrencia del tipo de esta causa de justificación supuesta, sigue habiendo error de prohibición. Aquello que no justifica al concurrir, tampoco anula —con mayor razón— la prohibición cuando se supone

[54] Sobre el problema de la evitabilidad mínima en un marco penal agravado, a pesar de la aplicación del § 49.1 STGB, *vid. infra* acerca del error de prohibición 19/50.

[54a] *Schumann*, NStZ, 1990, pp. 32 ss., 34 s.; *Herzberg*, Jura, 1990, pp. 16 ss., 18; *de otra opinión*, BGH, 35, pp. 347 ss., 350; distingue *Küper*, JZ, 1989, pp. 621 ss.

erróneamente [55], del mismo modo que, a la inversa, el delito putativo no se convierte en tentativa punible cuando no se produce el resultado de lo putativamente delictivo. Ejemplo: Si en un orfanato un educador golpea, en la errónea creencia de tener que obrar así, a un niño que —según cree él— acaba de mojar la cama, se comporta típica y antijurídicamente tanto si el niño ha mojado la cama efectivamente como si sólo supuestamente. Acerca de la concurrencia con un error sobre los presupuestos de la exculpación *vid. infra* 17/77.

F. Las singularidades en los elementos normativos del tipo de justificación

39 En la medida en que los elementos de un tipo de justificación sean *normativos* (con detalle, al respecto, en la exposición del dolo, *supra* 8/48, y de la tentativa, *infra* 25/38 ss., allí asimismo en la del principio de inversión), de la aplicación de las reglas desarrolladas para el dolo se deriva que nunca gravan ni una valoración paralela demasiado estricta ni la falta de una valoración paralela [56]:

1. Así como no actúa con dolo, sino que realiza delito putativo, el autor que de un sustrato inadecuado deduce una circunstancia del *injusto,* así el autor que, sobre la base de un sustrato inadecuado, supone una circunstancia de *justificación* (valoración paralela excesivamente amplia), no tiene la consciencia de una situación justificante, sino que más bien obra en error de prohibición indirecto. Ejemplo: Quien supone que preservaría el interés preponderante si para salvar a varias personas matara a una no responsable del conflicto, obrará en error de prohibición. Si el sustrato contiene a su vez una valoración paralela incorrecta, esta valoración errónea puede ser la base para suponer una situación justificante. Ejemplo [56a]: Quien expulsa al que está transitando por

[55] BGH, 3, pp. 105 ss., 106 s.; *Hirsch*, Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, pp. 228 s.; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 17, núm. marg. 11. La consecuencia jurídica se dilucida del modo más sencillo en la terminología de la teoría de los elementos negativos del tipo: Al igual que la imprudencia, que *siempre* comporta un error de prohibición (quien no sabe lo que ocasiona tampoco conoce actualmente que su comportamiento está prohibido debido a ese ocasionamiento), a pesar de este error de prohibición, no hay que tratarla a través del § 17 StGB; así la suposición errónea de los presupuestos de una presunta causa de justificación, a pesar de la suposición de que se da un «tipo negativo», tampoco hay que tratarla por el § 16 StGB.

[56] Las soluciones —como ya las relativas a los elementos normativos del tipo de injusto— son controvertidas en una medida que induce a confusión. En especial sobre el tipo de justificación, *vid. Engisch*, ZStW, 70, pp. 566 ss., 584 ss.; *Rudolphi*, Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 73 ss., 94 s.; *Dreher*, Heinitz-Festschrift, pp. 207 ss., 209 s.; *Jescheck*, AT, § 41, III, 2 *b in fine*; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 16, núm. marg. 20; *Schaffstein*, OLG Celle-Festschrift, pp. 175 ss., 187 ss. Ordinariamente se afirma la posibilidad de suposición errónea de la situación justificante sobre la base de un sustrato inadecuado, al igual que, a la inversa, en relación con el tipo de injusto —frente a la solución que aquí se propugna para el dolo (*supra* 8/59)— se reconoce siempre la posibilidad de enjuiciamiento paralelo *gravoso* sobre la base de un sustrato inadecuado; de este modo se difuminan los límites entre el error sobre el tipo de autorización y el error sobre sus límites (error de subsunción, *supra* 8/50); en esto, aprobatoriamente, *Schönke-Schröder-Cramer*, § 16, núm. marg. 21; *vid.* BGH, 3, pp. 358 ss., 364 s.; en otro sentido, no obstante, BayObLG, NJW, 1965, pp. 1924 ss., 1926 [en relación con la agresión antijurídica en la legítima defensa, en definitiva acertadamente: Deducir de un sustrato inadecuado la concurrencia de una agresión antijurídica no da lugar a ninguna situación justificante representada; en concreto: Tras una «desafectación» (*Entwidmung*) voluntaria *ad hoc* de un camino, su utilización no es antijurídica].

[56a] BGH, NStZ, 1989, pp. 176 ss.

un camino (coacciones, § 240 StGB) porque cree que el uso de un camino de propiedad privada, pero dedicado al uso público, sólo está permitido a los colindantes, ya ha interpretado erróneamente la dedicación al uso público, y existiría un menoscabo antijurídico de los derechos de los propietarios si su interpretación fuera acertada.

2. Si el autor conoce el sustrato de una situación justificante, pero no extrae la conclusión de que concurre el tipo, ello no le perjudica, es decir, no obra en una ignorancia de la situación justificante que haya de tratarse análogamente a la tentativa, sino que comete un delito putativo; pues no se propone atacar el ordenamiento realmente existente [57] (falta de una valoración paralela o valoración paralela excesivamente estricta). Ejemplo: El autor es detenido sin motivo por un agente de policía, y se defiende, pero cree que las diferencias de criterio con la «autoridad», en el Estado de Derecho, sólo se pueden dirimir por la vía jurídica ante los tribunales de lo contencioso. Esta solución es válida también cuando el sustrato tiene lugar mediante valoración paralela incorrecta; pues el autor se representa el ordenamiento de un modo que es para él más gravoso (valoración paralela excesivamente estricta) de lo que en realidad es. Ejemplo: El heredero único que cree que sólo se convierte en propietario mediante la adjudicación por órgano judicial, y sin embargo impide su uso al poseedor ilegítimo, podría haber deducido de las circunstancias conocidas los sutratos de una situación justificante, es decir, la propiedad y la agresión antijurídica; la ausencia de esta deducción no le perjudica. **40**

3. También por estas reglas se rige el tratamiento de la antijuridicidad de la apropiación o del enriquecimiento en los delitos contra la propiedad y el patrimonio. La antijuridicidad no es un elemento (negativo) del tipo, pues no fundamenta injusto alguno, sino que más bien constituye la reiteración de un injusto ya dado con la intromisión en la propiedad o el patrimonio. No obstante, la intromisión puede llegar a ser tolerable en el *contexto* (así pues, justificación, *vid. supra* 6/51) de una determinada situación en que existe una pretensión. **41**

a) Quien no conoce que su pretensión ya es exigible, concretada, sin limitaciones, porque cree erróneamente que es necesaria aún una autorización

[57] De otra opinión (tentativa) *Nowakowski*, ZStW, 65, pp. 379 ss., 395 s.; *vid.* además *Schlüchter*, JuS, 1985, pp. 617 ss., 619 ss., en relación con el siguiente supuesto: Un ladrón evita el intento, que el dueño lleva a cabo mucho tiempo después, de recuperar con violencia el botín, considerando no permitido su propio proceder. 1) Si la intervención del propietario cabe interpretarla aún como autoauxilio, el evitarla es antijurídico (el ladrón no se equivoca). 2) Pero si el propietario sobrepasa los límites del autoauxilio, al ladrón le está permitido repeler el exceso (!); siendo indiferente que conozca su derecho (no hay error) o no (error en contra suya sobre el rigor del Derecho: delito putativo). El hecho de que el proceder del propietario con todo era semejante al autoauxilio permitido y la representación del ladrón en todo caso era correcta en la medida en que abarcaba el deber de soportar el autoauxilio permitido, no comporta —en contra de lo afirmado por *Schlüchter* («no hay falta relevante»)— responsabilidad alguna: Al igual que el dolo de tipo ha de referirse a un tipo existente en el ordenamiento jurídico (todo error, aunque sea por poco, conduce al delito putativo y por eso es «relevante»), así también el desconocimiento de situaciones justificantes sólo puede referirse a elementos que el ordenamiento jurídico reconoce como elementos de una situación justificante. A partir de la idea correcta de que el Derecho tiene que conformarse a menudo, en los elementos normativos, con un conocimiento de contornos difusos, *Schlüchter* extrae la conclusión incorrecta de que el Derecho apenas es ya válido más allá de sus contornos.

oficial del negocio, extiende sus deberes más allá de como son de acuerdo con el ordenamiento jurídico: delito putativo.

b) Sin embargo, concurre una situación que ha de tratarse paralelamente a la tentativa si el autor supone la falta de una pretensión porque no ha llegado a conocer que se celebró el negocio jurídico que fundamenta la pretensión.

c) Si el autor supone un suceso que fundamentaría objetivamente la pretensión, obra en suposición errónea de que concurre un tipo de autorización.

d) Si el autor (acreedor de una obligación genérica) cree que su pretensión está concretada en la cosa más fácilmente alcanzable, o bien alguien considera eficaz una promesa de donación, se encuentra en error de prohibición [58].

41a 4. Si la justificación depende de que a la víctima de la intervención se le pueda imputar el que haya surgido la situación justificante (*supra* 11/9 ss., 11) o de que el que interviene haya comprobado los presupuestos de la intervención por un procedimiento adecuado (*supra* 11/12 *in fine*), la víctima de la intervención sólo se convertirá en destinatario de la norma que exige que la soporte si concurren efectivamente los presupuestos mencionados. Si la víctima supone erróneamente que se le puede atribuir una situación justificante, o que ha tenido lugar adecuadamente su comprobación, y sin embargo se defiende contra la intervención (admisible sólo desde su punto de vista) dentro del marco de lo necesario (y —en caso de error inevitable del que interviene— de lo proporcionado) no se aplicarán las reglas de la tentativa (*supra* 11/23), sino que concurrirá un delito putativo. Ejemplos: Si un guarda forestal golpea al perro de un paseante, y el paseante cree que lo está haciendo para defenderse de un peligro, de acuerdo con el § 288 BGB, siendo así que falta el peligro (el guarda actúa más bien movido por la ira), concurre un delito putativo si el paseante defiende a su perro en el marco de lo necesario lesionando al guarda. Si una persona, por arrogancia, emprende una detención provisional de acuerdo con el § 127.2 (!) StPO, contra la que el detenido se defiende lesionando al agresor, aunque lo considere erróneamente funcionario de policía, el detenido comete un delito putativo (si se presupone la necesidad de la defensa). Del mismo modo hay que decidir cuando un funcionario de policía retiene a una persona arbitrariamente para interrogarla como testigo, defendiéndose esta persona dentro del marco de lo necesario, aunque crea que el agente está autorizado para retener a testigos, o que se le retiene como sospechoso para comprobar su identidad (*vid.* § 163.*b*.1 StPO).

G. La suposición errónea de la realización de un tipo de justificación

42 1. En esta variante de error se trata de que el autor supone erróneamente que se da el tipo de una causa de justificación —perteneciente no sólo supuestamente al ordenamiento jurídico—, el cual falta en realidad. Un ejemplo académico es el de aquel que, paseando al atardecer por un parque, ataca

[58] En otro sentido (error sobre el tipo) para estos supuestos tan importantes en la práctica, la jurisprudencia; BGH, 17, pp. 88 ss.; jurisprudencia constante, últimamente BGH, StV, 1988, pp. 526 s., y la doctrina dominante. En favor de sujetar la justificación a los presupuestos del autoauxilio, *Hirsch*, JZ, 1963, pp. 149 ss., con amplia bibliografía; *Welzel*, Strafrecht, § 47, 3.

cado por una persona que se le acerca a toda prisa, la empuja (§ 240 StGB), siendo así que esta persona sólo pretendía averiguar con urgencia cómo llegar hasta la estación.

El autor sólo supone, pues, erróneamente que realiza un tipo de justificación cuando aprecia erróneamente las situaciones de la existencia terrenal, experimentable. La defensa frente a agresiones o situaciones de peligro sobrenaturales no está abarcada por las causas de justificación (si el autor supone lo contrario, tampoco yerra sobre la existencia de una causa de justificación, y por tanto no hay error de prohibición indirecto, *supra* 11/37). La falta de un tipo de justificación para los sucesos sobrenaturales es la contrapartida de la falta de un tipo de tentativa para esto mismo (*infra* 25/22). Ejemplo: A fin de que los niños del vecino no sean atractivos para el diablo, el autor los pinta con colores indelebles; no hay error sobre los presupuestos del estado de necesidad justificante o del consentimiento presunto.

En el Proyecto de 1962 estaba previsto regular expresamente la suposición errónea de realizar un tipo de justificación, regulación en la que no se debía castigar a título doloso al autor que se equivocaba de esta manera, y a título imprudente sólo cuando la imprudencia estuviera conminada con pena (§ 20 del Proyecto de 1962). No obstante, esto no se aplicaría al estado de necesidad justificante; allí, más bien, todo error evitable sería punible con arreglo al marco de los hechos dolosos, obligatoriamente atenuado. Esta regulación especial obedecía a que el estado de necesidad a menudo afecta a bienes cuya lesión imprudente no es punible (§ 218 StGB, redacción antigua), y a fin de poder abarcar el quebrantamiento del deber de comprobación [59] (en contra, *supra* 11/24). Los mencionados preceptos del Proyecto contenían la positivización de la praxis de su tiempo. El legislador, sobre todo debido a la controvertida acogida que en la doctrina [60] ha encontrado esta regulación del Proyecto, ha renunciado a la regulación positiva de esta modalidad de error.

2. En orden al tratamiento de la suposición errónea de haber realizado un 43
tipo de justificación se proponen actualmente, sólo en relación con la teoría de la culpabilidad —sin contar las variantes de las causas de justificación singulares, como p. ej. la salvaguarda de intereses legítimos y de las implicaciones sistemáticas, como p. ej. la participación—, seis vías de solución distintas, con tres resultados distintos [61]:

a) Con arreglo a la *teoría de los elementos negativos del tipo,* la suposición 44
de una situación justificante excluye el dolo y a lo sumo deja la posibilidad de imprudencia (dependiendo de qué versión de la teoría, incluso ya la falta del conocimiento de que está ausente la justificación debe excluir el dolo). En con-

---

[59] Fundamentación E 1962, BT-Drucksache, IV, 650, p. 160.

[60] *Vid.* principalmente las aportaciones de *Arthur Kaufmann*, ZStW, 76, pp. 5643 ss.; *Roxin*, ZStW, 76, pp. 582 ss.; *Welzel*, ZSW, 76, pp. 619 ss.; sobre ello, *Dreher*, Heinitz-Festschrift, pp. 207 ss.

[61] Contra la relevancia en general de este error aún *v. Liszt*, Strafrecht, 21/22, § 41, II, 2; *vid.* al respecto *v. Liszt-Schmidt*, Strafrecht, § 40, I, 2 *a*, con nota 4. Sobre la doctrina antigua, *vid. Welzel*, ZStW, 67, pp. 196 ss.; *el mismo*, Strafrecht, § 22, III, prefacio; ampliamente, *Hirsch*, Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, pp. 33-132.

tra de ella no habla su resultado, sino el modo en que lleva a cabo la derivación; *vid.* al respecto la crítica relativa a la doctrina del tipo *supra* 6/54 ss.

45 *b) a')* La posición contraria está representada por la *teoría estricta de la culpabilidad* (teoría de la culpabilidad quiere decir: El conocimiento y la cognoscibilidad del injusto no son partes del dolo o de la imprudencia, sino de la culpabilidad; la teoría estricta de la culpabilidad quiere decir: El dolo y la imprudencia se limitan al tipo de injusto; la relación subjetiva con el tipo de justificación es problema de la culpabilidad) [62]. Según esta teoría, la suposición errónea de haber realizado un tipo de justificación no representa sino un caso particular del error de prohibición, lo cual se fundamenta en ocasiones *ex negativo:* La suposición errónea de presupuestos de la justificación no es error de tipo, luego tiene que ser error de prohibición [63]. A ésta se añade una argumentación material: El conocimiento de la realización del tipo de injusto (es decir, el dolo del tipo de injusto) se distinguiría de la imprudencia en que ha de proporcionar al autor impulsos para comprobar la suposición de la situación justificante (función de advertencia o llamada del dolo de tipo), lo cual se aplicaría con más razón al autor que conoce la prohibición en sí, frente al que actúa en error de prohibición directo [64]. Además, sólo así se podrían evitar las lagunas que, por falta de la punición extendida del comportamiento imprudente, surgen en la solución de la imprudencia con la teoría de los elementos negativos del tipo. En consecuencia, según esta teoría, se aplica, en caso de error evitable, el marco penal del delito doloso, rigiéndose la posibilidad de atenuación por los §§ 17, 2.° inciso, en conexión con el 49.1 StGB. En ocasiones se postula para la clase de error de que aquí se trata una atenuación obligatoria que vaya más allá de la prevista en los mencionados preceptos. Sea cual sea la posición que se adopte ante la teoría escrita de la culpabilidad, en todo caso no basta

---

[62] Anticipadamente desarrollado y propugnado por *Welzel*, ZStW, 67, pp. 196 ss.; *el mismo*, ZStW, 76, pp. 619 ss.; *el mismo*, SJZ, 1948, parágrafos 368 ss.; *el mismo*, NJW, 1952, pp. 564 ss.; *el mismo*, JZ, 1952, pp. 596 ss..; *el mismo*, JZ, 1955, pp. 142 ss.; *el mismo*, Strafrecht, § 22, III, 1 *f; Maurach*, AT, 4, § 37, I, D, y § 38, II, B, s; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 42, núm. marg. 36, y § 44, núm. marg. 60 s. (en el tratamiento de la imprudencia); *Hirsch*, Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, *passim*; *LK-Hirsch*, § 34, núm. marg. 89 ss.; *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 47 ss., 52 ss.; *Armin Kaufmann*, JZ, 1955, pp. 37 ss., 52 ss.; *Paeffgen*, Verrat, pp. 93 ss., y *passim* (sobre éste, *Jakobs*, ZStW, 93, pp. 901 ss.); *el mismo*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 399 ss.; *Bockelmann*, NJW, 1950, pp. 830 ss.; *Bockelmann*, NJW, 1950, pp. 830 ss.; *Bockelmann-Volk*, AT, § 16, II, 4 *b* c'; *vid.* además *Sax*, JZ, 1976, pp. 429 ss., 430, nota 5. Más referencias bibliográficas en *Paeffgen*, loc. cit., p. 93, nota 181; *Hirsch*, loc. cit. De acuerdo con *Grünwald*, Noll-Gedächtnisschrift, pp. 183 ss., 191, 196, sólo terminológicas serían las diferencias en el seno de las teoría limitada de la culpabilidad (*infra* 11/49 ss.; en ocasiones se incluye también la solución expuesta en 11/44); naturalmente, las distintas terminologías se derivan de distintos procedimientos de fundamentación; por eso la coincidencia de resultados es fortuita.

[63] *Welzel*, Strafrecht, § 22, III, 1 *f; el mismo*, Niederschriften, t. II, p. 31; *Hirsch*, Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, t. II, p. 200. En contra se ha objetado (*Dreher*, Heinitz-Festchrift, pp. 207 ss., 213, etc.) que existe una suposición errónea de presupuestos justificantes, conociéndose la prohibición; un ejemplo sería el siguiente: Alguien se defiende contra un supuesto ataque de un enajenado en el marco que se permite en relación con las agresiones de enajenados, pero cree que ante tales personas no está uno autorizado en absoluto a defenderse. No obstante, al igual que la consciencia del injusto es fraccionable, también lo es la consciencia de la justificación: Así pues, se dan conjuntamente la suposición errónea de una causa de justificación y un delito putativo (así ya *Welzel*, Niederschriften, t. II, p. 34; pormenorizadamente *Hirsch*, Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, pp. 226 ss., con bibliografía).

[64] *Welzel*, loc. cit.; *Hirsch*, loc. cit., pp. 314 ss.

la posibilidad de atenuación con arreglo al § 49.1 StGB, pues incluso tras la aplicación de este precepto pueden quedar marcos penales elevados, lo que no resulta compaginable con la medida de evitabilidad del error, que desciende progresiva, no escalonadamente [65].

b') Contra la inclusión de este error en el error de prohibición, propuesta por la teoría de la culpabilidad, se objeta que el autor es «en sí leal al Derecho»; con ello se quiere decir que un comportamiento, tal como se lo representa actualmente el autor, ha de valorarse jurídicamente de modo acertado como conforme a Derecho [66]. Tanto el argumento de la teoría estricta de la culpabilidad como el contraargumento acabado de mencionar se basan en el mismo razonamiento defectuoso: Ni la deducción de un error de prohibición a partir del conocimiento del tipo de injusto, ni la deducción de un error de tipo a partir de la lealtad al Derecho en sí tienen en cuenta que la situación de error no podría ser idéntica al error de tipo ni al error de prohibición (y desde luego no lo son). No puede existir un comportamiento leal al Derecho en conocimiento del tipo de injusto; si un error siempre debe afectar o sólo al tipo de injusto o a la prohibición. La concurrencia de conocimiento del tipo de injusto y la lealtad al Derecho en sí habla en favor de que se trata de un error *sui generis* [66a]. 46

c') Al margen de ello, se discute la función de llamada del conocimiento del tipo de injusto, en dos sentidos: Por una parte, la suposición de un hecho justificante tendría el efecto de «paralizar la comprobación de la justificación» [67]; por otra parte, la función de llamada existiría sólo en el Derecho penal central, y ahí sólo en la medida en que el tipo sustenta latentemente el injusto material, es decir, en los delitos de peligro abstracto sólo atenuadamente o ya no [68]. Contra el primer argumento cabe aducir que los impulsos sólo se paralizan forzosamente en la medida en que sea inevitable la suposición de una situación justificante; si no, pueden surtir efecto. De todos modos, queda el segundo argumento, con arreglo al cual sólo cabe esperar dicha llamada cuando la realización del tipo constituye un comportamiento que, sin tener en cuenta la prohibición, defrauda expectativas, y en esta medida. Si el sentido de una regulación reside en *que* algo esté regulado, con independencia de cómo (en el tráfico rodado, todos pueden circular siempre por la derecha o por la izquierda), el tipo degenera hasta convertirse en un mero vehículo de la técnica jurí- 47

---

[65] *Vid. Paeffgen*, Verat, pp. 175 ss.

[66] Se trata de la representación del *objeto* que regulan las normas, no de la representación de los presupuestos fácticos de la existencia de las normas; ejemplo: Quien en una lectura somera del *Boletín Oficial* (*Bundesgesetzblatt*) lee acerca de la derogación de los «§§ 284 s.», entendiéndolo referido al StGB, y se comporta en consecuencia, obra con error de prohibición si la derogación no se refiere al StGB.

[66a] *Kuhlen*, Unterscheidung, p. 303, nota 168, «mutila» la argumentación que aquí se emplea: Junto al argumento a que *Kuhlen* recurre, en el sentido de que no se debería imponer la pena por dolo a quien es fiel al Derecho, se da otro, que *Kuhlen* pasa por alto, en el sentido de que el conocimiento del injusto es dolo, de modo que un error que deje intacto este conocimiento no puede excluir el dolo. Precisamente la posibilidad de contradicción de los argumentos pone de manifiesto que lo único que está cercenado es la contraposición de exclusión del dolo y desconocimiento de la prohibición.

[67] *Engisch*, ZStW, 70, pp. 566 ss., 599; *Schaffstein*, OLG Celle-Festschrift, pp. 175 ss., 183 s.

[68] *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert, pp. 114 ss.

dica. Naturalmente éstos son casos marginales (con más detalle, *infra* acerca del error de prohibición 19/19 ss.). La objeción decisiva contra la significación de la función de llamada reside en que también hay una función de llamada *sin dolo de tipo,* de modo que la función no puede ser lo que caracterice al dolo de tipo. Al margen de que a partir de toda situación en que el injusto es cognoscible debería surgir el impulso para evitarlo, todo conocimiento tiene una función de llamada intensificada, que le evidencia al autor lo irregular de su comportamiento y la dirección de éste peligrosa para un bien. Ejemplo: Un médico, que opera conscientemente embriagado, sin reparar en las consecuencias (imprudencia), tiene más posibilidades de reflexionar sobre la antijuricidad de su conducta que un médico que emprende, suponiendo erróneamente un consentimiento justificante, una operación rutinaria, para la que normalmente el paciente manifiesta su consentimiento (dolo). Así pues, la función de llamada no supone ninguna particularidad del dolo frente a la imprudencia, no pudiendo ser inapropiado por causa suya el tratamiento de la suposición errónea de una situación justificante como imprudencia.

48 *d')* El contraargumento que a continuación se suele aducir, en el sentido de que, en la suposición errónea de un presupuesto de la justificación, el tratamiento del comportamiento como hecho *doloso* es inadecuado [69], se basa en una secuela subliminal de la equiparación de dolo y *dolus malus,* careciendo dogmáticamente de importancia [70].

49 *c) a')* Las demás posiciones se sitúan entre los extremos indicados (tipo y prohibición). Por parte de algunos se recomienda una aplicación paralela del § 16.1 StGB al error, reconociendo la naturaleza propia del error, pero resaltando su semejanza con la imprudencia («en sí leal al Derecho»): *teoría limitada de la culpabilidad* (limitada, porque esta variante del error ha de tratarse como un error de tipo) [71].

Al respecto también se encuentra otro punto de vista, según el cual la aplicación correlativa no debe tener lugar, en la participación, para el partícipe accesorio; más bien, la participación en un hecho en suposición errónea de una situación justificante sería participación de un hecho doloso [72]. He aquí los prin-

[69] Es famoso el ejemplo del soldado en tiempo de guerra «que en error evitable mata al supuesto enemigo, pero en realidad a uno de sus propias filas», y que debido a su error, «en caso de lanzamiento de bombas tendría que ser castigado incluso por asesinato» (*Dreher*, Heinitz-Festschrift, pp. 207 ss., 216 s.; *el mismo*, Niederschriften, t. II, p. 29); desde luego, ya *M. E. Mayer* trataba al soldado como autor doloso (AT, p. 321).

[70] Acerca de la consideración del género de error en el contenido del juicio, *vid. Welzel*, Strafrecht, § 22, III, 1 *f*; *Hirsch*, Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, pp. 342 s.; *vid.* asimismo *Paeffgen*, Verrat, pp. 95 s.

[71] BGH, 3, pp. 195 ss., 196; 3, pp. 358 ss., 359; 31, p. 264 ss., 286 s. (en la sentencia se trata en realidad de un error sobre elementos normativos del tipo); BGH, GA, 1969, pp. 117 s., 118; BGH. NStZ, 1988, pp. 269 s., 270 (*vid.*, no obstante, las sentencias sobre estado de necesidad, citadas *supra* en relación con el deber de comprobación, que en definitiva desembocan en la teoría estricta de la culpabilidad; sobre ello *Schmidäuser*, NJW, 1975, pp. 1807 ss., 1808 s.); *Schaffstein*, MDR, 1951, pp. 196 ss.; *el mismo*, OLG Celle-Festschrift, pp. 175 ss., 182 ss., con una marcada aproximación a la teoría de los elementos negativos del tipo; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 503; *Schönke-Schöder-Cramer*, § 15, núm. marg. 26, y § 16, núm. marg. 18; *LK-Spendel*, § 32, núm. marg. 343; *Engisch*, ZStW, 70, pp. 566 ss., 601; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert, pp. 230 ss.; *Hruschka*, GA, 1980, pp. 1 ss., 14 ss.; *Arthur Kaufmann*, Lackner-Festschrift, pp. 185 ss., 192 ss.

[72] *SK-Rudolphi*, § 16, núm. marg. 13; *Frisch*, Vorsatz, pp. 251, 253.

cipales argumentos [73]: La intención de obtener un resultado positivo en su conjunto compensa la realización del tipo conocida, de modo que *per saldo* no queda injusto alguno en el ámbito de la causación consciente del resultado, sino si acaso en el ámbito de la causación inconsciente del resultado. Además, la falta de una situación justificante supuesta es tan casual como, a la inversa, la producción de un resultado con el que no se contaba es casual, de modo que también la consecuencia jurídica —imprudencia— en ambos casos debe ser la misma. Este último argumento desemboca al final en la teoría del dolo: También la existencia objetiva de normas es casual, al menos desde el punto de vista de aquel sujeto que yerra sin hostilidad ante la norma.

b') Una desventaja —en definitiva insuperable— de esta teoría (al igual 50
que de las que se expondrán a continuación, 11/51 y 58) reside en la conexión con la imprudencia, que sólo es punible aisladamente. Los tipos imprudentes se seleccionan según cuándo hay que contar con una realización del tipo de dolosa, pero antijurídica de modo evitable (no bastando otras reacciones, como p. ej. la responsabilidad civil en los daños imprudentes), lo cual no siempre concuerda con el tratamiento acertado desde el punto de vista dogmático y político-criminal de la suposición errónea de una situación justificante. Así, la jurisprudencia, al aplicar la teoría limitada de la culpabilidad, se ha procurado subrepticiamente resultados sustancialmente acertados, en parte mediante la construcción artificiosa del deber de comprobación o examen.

d) Por otra parte, se propone aplicar sólo la consecuencia jurídica del § 16 51
StGB: *teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas* [73], concibiéndose el error como error *sui generis,* mediante el cual el dolo no se ve afectado, de modo que siguen siendo posibles la tentativa y la participación accesoria. Para fundamentarla, se aduce que el desvalor de acción se ve atenuado por la intención positiva, pero queda el dolo con su función de llamada, lo que a fin de cuentas conduce a que concurra el injusto atenuado de un delito doloso; el reproche de culpabilidad que hay que realizar en caso de error evitable se basa en una falta de atención, no en una falta de valoración («en sí leal al Derecho»), y por ello se puede comparar a la culpabilidad imprudente [75]. En ocasiones, la limitación, insatisfactoria político-criminalmente, de la punibilidad a los casos en que la imprudencia es punible, para algunas causas de justificación, sobre todo el consentimiento presunto y la salvaguarda de intereses legítimos (§ 193 StGB), se soslaya interpolando la comprobación conforme a deber como requisito de la justificación [76].

---

[73] *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 502, en relación con núm. marg. 343, señala además que entre la limitación del tipo por la adecuación social y la justificación no existe límite nítido alguno, de modo que ya por eso habría que aproximar las consecuencias del error. Naturalmente, esto no es correcto con arreglo a la distinción que aquí se propugna entre el comportamiento atípico (permitido sin tener en cuenta su contexto) y comportamiento justificado (tolerable sólo teniendo en cuenta su contexto).

[74] En primer lugar, *Gallas*, ZStW, 67, pp. 1 ss., 45 s., con nota 89; *Jescheck*, AT, § 41, III, 2 y 3; *Wessels*, AT, § 11, III, 1 *c; Lackner*, § 17, nota 5 *b; Krümpelmann*, GA, 1968, pp. 129 ss., 139 ss.; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 37, núm. marg. 43.

[75] Contra esta mezcla formada por injusto doloso y culpabilidad imprudente, *Schmidhäuser*, NJW, 1975, pp. 1807 ss., 1809.

[76] *Jescheck*, AT, § 41, III, 2 *d; Lenckner*, H. Mayer-Festchrift, pp. 165 ss.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 19, ante § 32.

52 *e)* Finalmente, se toma en serio la naturaleza propia del error y se desarrolla una *consecuencia jurídica propia* [77]. Esta consistiría, en principio, en cortar a la medida de los patrones de imprudencia todos los marcos penales previstos para delitos dolosos: Siempre habrá que atenuar el marco con arreglo al § 49.1 StGB, y además, dado que no se debe minimizar la inevitabilidad del error, será posible una atenuación de acuerdo con el § 49.2 StGB, sobre todo para eliminar los límites inferiores. No obstante, una vez dentro del marco, el injusto será por lo general superior al del hecho imprudente, debido a la función de llamada del dolo [78]. Por lo demás, la participación accesoria será posible mientras que el error sea evitable; si es inevitable, desde luego decaerá el injusto, a pesar de que se dé el dolo del tipo [79].

53 *f) a')* Como resultado provisional, cabe establecer que tanto la imprudencia como el error de prohibición no representan sino un lecho de Procusto para la suposición errónea de haber realizado un tipo de justificación. La suposición errónea de una situación justificante es un error tan independiente como la justificación es una categoría dogmática autónoma [80].

Este error tiene en común con el error de prohibición indirecto (*supra* 11/36) que sólo afecta a la norma por casualidad, y ya por eso es diferente al error de prohibición directo. Ejemplos: El que en la suposición errónea de una situación de estado de necesidad agresivo (p. ej. un grave incendio) se llegue a un allanamiento de morada, o a unos daños, o a unas lesiones leves, o a coacciones, etc., o incluso a un homicidio (en caso de ponderación de riesgos), depende de contingencias del caso concreto.

De modo distinto a como ocurre en el error de prohibición indirecto, sin embargo aquí el § 17 StGB no se adapta sino mal, a pesar de su elasticidad. Pues en el autor que obra suponiendo erróneamente una situación justificante, no se apartan sólo el concepto del suceso social (conocimiento de los hechos más valoración paralela en la consciencia del autor) y el concepto de la valoración jurídica de este suceso, sino que el sujeto yerra sobre qué suceso social constituye el caso. Con su acción, el autor no alcanza el efecto que según su idea propia —y acertada jurídicamente— necesita para la justificación. Dicho de otro modo: emprende la tentativa inidónea de una acción justificada [81]. Lo cual se sitúa entre la tentativa del autor imprudente de ejecutar una acción sin efectos jurídicamente relevantes y la tentativa del autor en error de prohibición de mantenerse dentro del Derecho. El error de prohibición que indudablemente *también* concurre surge secundariamente: Al igual que el autor que no obra dolosamente puede obrar en error de prohibición (pues quien no sabe lo que está llevando a cabo efectivamente, tampoco sabe que su comportamien-

---

[77] *Krümpelmann*, separata ZStW, 1978, pp. 6 ss., 47 ss.; *de lege ferenda*, también *Dreher*, Heinitz-Festschrift, pp. 207 ss., 223 ss.; *Herdegen*, BGH-Festschrift, pp. 195 ss., 208.

[78] *Krümpelmann*, separata ZStW, 1978, pp. 6 ss., 50.

[79] *Krümpelmann*, loc. cit., pp. 48 ss., 50; el argumento de que el injusto decae en caso de inevitabilidad coincide con la solución, que atiende al desvalor de acción, de *Armin Kaufmann*, Welzel-Festschrift, pp. 393 ss., 398 ss.; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert, pp. 218 ss.., 266 s.; este último considera desde luego posible la participación en un comportamiento permitido, loc. cit., pp. 302 ss. *Vid.* también *Herzberg*, JA, 1989, p. 294 ss., 297 s.

[80] *Dreher*, Heinitz-Festschrift, pp. 207 ss., 332 s.

[81] *Paeffgen*, Verrat, p. 125.

to está prohibido por lo que realiza), sin que por ello sea apropiado el tratamiento del error de prohibición con arreglo al § 17 StGB, así aquí el error de prohibición no se deduce del desconocimiento del contenido de la prohibición (indirecto), sino del del objeto de la prohibición (indirecto).

Ello, a su vez, no modifica nada en el carácter doloso de la realización del tipo, que tampoco se transforma como objeto de la culpabilidad en una realización del tipo imprudente (¿cómo?), sino que sigue siendo dolosa, tratándose en definitiva de culpabilidad a título doloso. Naturalmente, a medida que disminuye la evitabilidad del error se vacía de contenido la culpabilidad por hecho doloso. Así es posible minimizar la culpabilidad restante; por tanto, las penas mínimas elevadas son inadecuadas.

b') Dado que el error, como ya se indicó más arriba, frente a la opinión 54
extendida, no perjudica al autor ya debido a la función de llamada, cuando se da esta situación sólo ha de importar si para el caso de error de prohibición evitable sirve el marco penal del delito doloso, atenuado con arreglo al § 49.2 StGB, o si sólo hay que castigar cuando la ley ponga de manifiesto, mediante un marco penal aplicable a la imprudencia, cómo ha de responderse en el ámbito inferior de la imputabilidad. A pesar de las lagunas de punibilidad que surgen [82], es preferible lo segundo por dos motivos:

— Por una parte, la atenuación en virtud del § 49.2 StGB permite penas 55
máximas demasiado altas, pues el precepto sólo hace disminuir la pena mínima. Ejemplo: Resulta axiológicamente absurdo que a un médico, cuando por encontrarse embriagado ocasiona una muerte al realizar pésimamente una operación rutinaria, sólo se le pueda imponer un marco que llegue hasta los cinco años de privación de libertad (§ 222 StGB), pero que, si suponiendo erróneamente el consentimiento emprende una operación con riesgo de la vida del paciente en un caso de todos modos desesperado, observando la *lex artis* (al menos tentativa), se le castigue por un marco de hasta quince años de privación de libertad (§§ 212, 38.2, 49.2 StGB). También la amplitud del marco, contraria a los principios del Estado de Derecho, habla en contra de esta solución.

— Por otra parte, los motivos en favor de la impunidad de la imprudencia 56
pueden trasladarse a la suposición errónea de una situación justificante, de manera que la punición general en caso de error evitable conduciría a conminaciones penales absolutamente innecesarias desde el punto de vista político-criminal. Ejemplos: Si para proteger la propiedad frente a los daños imprudentes basta la indemnización por daños y perjuicios, también puede bastar para la protección frente a los daños en suposición errónea de, por ejemplo, estado de necesidad. Cuando incluso la detención ilegal temeraria es impune, la necesidad de castigar la detención ilegal, por ejemplo, en suposición errónea de una situación de legítima defensa, ha de verificarse en la ley, y no sólo dogmáticamente. El establecimiento de un paralelismo absolutamente satisfactorio entre la punibilidad en caso de suposición errónea de haber realizado un tipo de justificación y la punibilidad por imprudencia, naturalmente no lo puede procurar este argumento.

---

[82] Acerca de su tolerabilidad, *vid. Krümpelmann*, GA, 1968, pp. 129 ss., 143 ss.

57 *c')* El primer argumento es de más peso: De acuerdo con el Derecho vigente, las teorías que no miran de soslayo a la imprudencia sólo pueden ofrecer marcos penales que en su límite máximo son demasiado elevados y globalmente son demasiado amplios. Frente a éste, el segundo argumento es de menor peso: El injusto doloso mínimo es a menudo punible cuando no está contemplado el injusto imprudente grave. Si el Derecho vigente contuviese una posibilidad de reducir todos los marcos penales a una medida sin límite mínimo y con límite máximo notablemente atenuado, habría de elegirse esta vía para el tratamiento del error (evitable).

d') Conclusión:

58 — A falta de tal posibilidad, los marcos penales para el delito doloso han de reducirse, en caso de que exista la conminación penal de la imprudencia, al marco del delito imprudente. Las consecuencias de esta solución no se distinguen de las de la teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas. Naturalmente, no se trata de la remisión a la consecuencia jurídica del hecho imprudente, sino de la concreción del marco penal doloso. Dado que sigue habiendo un hecho doloso, y que el marco penal se establece asimismo reduciendo el marco aplicable al hecho doloso, desde luego sólo si es punible el delito imprudente resulta preferible no designar la solución como teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas, sino como *teoría de la culpabilidad dependiente* (es decir, teoría de la culpabilidad dependiente de la pena de la imprudencia), debiéndose entender la denominación «teoría de la culpabilidad» negativamente —al igual que ya más arriba en relación con la teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas—, en el sentido de que el error no afecta al dolo o la imprudencia; por el contrario, no se debe afirmar positivamente la igualdad de este error y el de prohibición.

59 — A causa del carácter doloso, queda la posibilidad de *intervención accesoria,* sobre todo de complicidad. Y ello es así incluso si el error es inevitable, pues también entonces concurre injusto. Lo cual se basa en el siguiente motivo [83]: Cuando un comportamiento que defrauda expectativas es tolerable en determinado contexto y al autor no le es cognoscible la falta del contexto, se puede recurrir al déficit de cognoscibilidad ya para el cambio en la interpretación del sentido del comportamiento (por analogía con la solución en el error sobre el tipo inevitable); falta entonces el injusto (sin embargo, *vid. supra* 6/42a); pero el déficit sólo es posible emplearlo para distanciar al autor con respecto al sentido objetivo de su comportamiento (por analogía a la solución en el error de prohibición inevitable); entonces queda injusto —no imputable—. La solución última se acomoda mejor a la participación accesoria, dado que de otro modo, faltando en el partícipe la cualificación para ser autor, en un hecho en error inevitable (es decir, cuando decae la autoría mediata), surgirían lagunas de punibilidad que no se justificarían sustancialmente. La *tentativa* es posible de acuerdo con las reglas generales.

[83] *Vid.*, no obstante, *supra* en nota 79.

VI. LA JUSTIFICACION RELATIVA

1. La justificación sólo tiene lugar cuando la intervención es necesaria 60
(vid. infra 12/30 ss., 13/16 ss. y *passim*). «Necesaria» quiere decir: De entre las medidas apropiadas, la intervención es la menos drástica. Lo que sea necesario en cada caso depende, pues, también de qué fuerzas y medios estén disponibles para el que interviene. Ejemplo: Una persona robusta puede mantener a raya a su agresor con las manos desnudas, mientras que una débil puede tener que utilizar un cuchillo.

Si participan varias personas en una intervención, puede que ésta sea necesaria para algunos de ellos, pero no para otros. El hecho es obra *común* de todos los participantes; pero la necesidad se rige por las capacidades *individuales;* por eso, la valoración de lo común puede tener lugar con carácter relativo. Para las intervenciones realizadas por uno mismo («cometidas») ello está indudablemente fuera de discusión. Ejemplo: Quien puede evitar un peligro llamando por teléfono a los servicios de protección civil no está autorizado a intervenir en bienes ajenos, cuando otras personas que están en peligro junto con él no se pueden servir del teléfono y por su parte pueden lesionar bienes ajenos para salvarse. Del mismo modo hay que decidir cuándo alguien apoya la intervención de otro —en autoría mediata o como cómplice—: Debe disponer su contribución al hecho común de manera que la intervención tenga lugar del modo menos drástico; en otro caso, la intervención, *referida a la persona del que contribuye,* no es necesaria, por mucho que sea necesaria para el que realiza la acción, que no dispone de otros medios. Ejemplo: Quien proporciona un cuchillo a quien se está defendiendo de un ataque, aun cuando habría bastado golpear al atacante (lo que podía hacer el auxiliador), coopera en una defensa que es conforme a Derecho para quien la ejecuta, pero que para él como auxiliador es antijurídica. En tales casos no se trata de participación en un hecho absolutamente conforme a Derecho, sino en uno relativamente antijurídico.

Acerca de esta relatividad de la justificación, hay que tener en cuenta, naturalmente, que en muchas causas de justificación, sobre todo en la legítima defensa, no existe en favor de la víctima de la intervención personalmente. Quien en tales casos apoya una intervención ajena, no actúa antijurídicamente sólo porque habría podido evitar el preligro de propia mano con medios más leves. Ejemplo: Quien alarga a la persona agredida el único medio disponible para su defensa propia, un cuchillo, también se comporta de conformidad a Derecho cuando él mismo podría haber evitado —en legítima defensa de terceros— el ataque con las manos desnudas.

2. Con esta relatividad de la justificación se puede colmar la laguna que 61
surge en la autoría mediata a través de un instrumento que obra justificadamente cuando al autor mediato (que ha creado la situación justificante, o la ha manipulado) le falta la cualificación para ser autor: El autor mediato participa, a la vez, en el hecho *sólo relativamente justificado* del instrumento. Ejemplo: Alguien fuerza, amenazándolo de muerte, a un tutor para que realice una disposición patrimonial en perjuicio del patrimonio de su pupilo. La infidelidad (*Untreue,* § 266 StGB) del tutor está justificada (estado de necesidad agresivo, § 34 StGB, *vid. infra* 13/14), pero no para el inductor, porque éste al inducir disponía de un medio menos drástico: podía sencillamente omitir las amenazas. *Vid. infra* 21/84 *in fine.* Esta problemática aún no se ha aclarado suficientemente.

APARTADO 12

La legítima defensa

BIBLIOGRAFIA: *K. Amelung,* Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates?, NJW, 1977, pp. 833 ss.; *el mismo,* Nochmals: § 34 StGB als öffentlich-rechtliche Eingriffsnorm?, NJW, 1978, pp. 623 s.; *el mismo,* Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981; *el mismo,* Das Problem der heimlichen Notwehr gegen die erpresserische Androhung kompromittierender Enthüllungen, GA, 1982, pp. 381 ss.; *el mismo,* Rechtfertigung und Entschuldigung von Polizeibeamten, JuS, 1986, pp. 329 ss.; *G. Arzt,* Notwehr, Selbsthilfe, Bürgerwehr, Schaffstein-Festschrift, pp. 77 ss.; *el mismo,* Notwehr gegen Erpressung, MDR, 1965, pp. 344 ss.; *el mismo,* Comentario a BGH, JR, 1980, pp. 210 s., loc. cit., pp. 211 ss.; *R. Batstone, E. Stiebritz,* Die Selbstschutzrechte der in der Bundesrepublik Deutschland stationierten verbündeten Streitkräfte, NJW, 1984, pp. 770 ss.; *J. Baumann,* § 53 StGB als Mittel der Selbstjustiz gegen Erpressung?, MDR, 1965, pp. 346 s.; *el mismo,* Rechtsmißbrauch bei Notwehr, MDR, 1962, pp. 349 s.; *Chr. Bertel,* Notwehr gegen verschuldete Angriffe, ZStW, 84, pp. I ss.; *U. Berz,* An den Grenzen von Notwehr und Notwehrprovokation, BGH, NJW, 1983, 2267, JuS, 1984, pp. 340 ss.; *W. Beulke,* Die fehlgeschlagene Notwehr zur Sachwertverteidigung, Jura, 1988, pp. 641 ss.; *el mismo,* Comentario a BGH, JR, 1990, pp. 378 ss., loc. cit., pp. 380 ss.; *N. Bitzilekis,* Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, 1984; *H. Blei,* Probleme des polizeilichen Waffengebrauchs, JZ, 1955, pp. 625 ss.; *P. Bockelmann,* Comentario a OLG Stuttgart, NJW, 1966, pp. 745 ss., loc. cit.; *el mismo,* Menschenrechtskonvention und Notwehrrecht, Engisch-Festschrift, pp. 456 ss.; *el mismo,* Notwehr gegen verschuldete Angriffe, Honig-Festschrift, pp. 19 ss.; *el mismo,* Notrechtsbefugnisse der Polizei, Dreher-Festschrift, pp. 235 ss.; *U. Born,* Die Rechtfertigung der Abwehr vorgetäuschter Angriffe, 1984; *W. Bottke,* Comentario a BayObLG, JR, 1986, pp. 291 s., loc. cit., pp. 292 ss.; *V. Busse,* Nötigung im Straßenverkehr, 1968; *O.-C. Choi,* Notwehr und «gesellschaftliche Sitten», 1988; *A. Constadinidis,* Die «Actio illicita in causa», 1982; *K. Deubner,* Comentario a BGH, NJW, 1969, pp. 802, loc. cit., pp. 1184; *H. Dilcher,* Besteht für die Notwehr nach § 227 BGB das Gebot der Verhaltnismäßigkeit oder ein Verschuldenserfordernis?, Würzburger Festschrift, pp. 443 ss.; *A. Donatsch,* Die strafechtliche Beurteilung von Rechtsgutsverletzungen bei der hoheitlichen Anwendung unmittelbaren Zwangs, 1981; *B. Drews, G. Wacke, K. Vogel, W. Martens,* Gefahrenabwehr, 9.ª ed., 1986; *H. Dubs,* Notwehr, SchwZStr., 89 (1973), pp. 337 ss.; *R. Echterholter,* Die Europäische Menschenrechtskonvention in der juristischen Praxis, JZ, 1956, pp. 142 ss.; *D. Engels,* Der partielle Ausschluß der Notwehr bei tätlichen Auseinandersetzungen zwischen Ehegatten, GA, 1982, pp. 109 ss.; *J. Eue,* Comentario a BGH, JZ, 1990, pp. 763 ss., *op. cit.*, pp. 765 ss.; *R. Felber,* Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen, 1979; *H. Fuchs,* Probleme der Notwehr, en: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, núm. 8, 1981, pp. 1 ss.; *el mismo,* Grundfragen der Notwehr, 1986; *H. Frister,* Zur Einschränkung des Notwehrrechts durch Art. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention, GA, 1989, pp. 553 ss.; *el mismo,* Die Notwehr in System der Notrech-

te, GA, 1988, pp. 291 ss.; *W. Gallas,* Comentario a OLG Stuttgart, DRZ, 1949, pp. 42, loc. cit., pp. 43; *G. Geilen,* Eingeschränkte Notwehr unter Ehegatten?, JR, 1976, pp. 314 ss.; *el mismo,* Notwehr und Notwehrexzeß, Jura, 1981, pp. 200 ss., 256 ss., 308 ss., 370 ss.; *K. H. Gössel,* Über die Rechtmäßigkeit befugnisloser strafprozessualer rechtsgutsbeeinträchtigender Maßnahmen, JuS, 1979, pp. 162 ss.; *V. Götz,* Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 9.ª ed., 1988; *H.-L. Günther,* Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *el mismo,* Mordunrechtsmindernde Rechtfertigungselemente, JR, 1985, pp. 268 ss.; *A. Gutmann,* Die Berufung auf das Notwehrrecht als Rechtsmißbrauch?, NJW, 1962, pp. 286 ss.; *R. Haas,* Notwehr und Nothilfe, 1978; *D. Haberstroh,* Notwehr gegen unbefugte Bildaufnahmen - Angst als Rechtfertigungsgrund?, JR, 1983, pp. 314 ss.; *R. Hassemer,* Ungewollte, über das erforderliche Maß hinausgehende Auswirkungen einer Notwehrhandlung - BGHSt, 27, 313, JuS, 1980, pp. 412 ss.; *W. Hassemer,* Die provozierte Provokation und die Zukunft des Notwehrrechts, Bockelmann-Festschrift, pp. 225 ss.; *W. Haug,* Notwehr gegen Erpressung, MDR, 1964, pp. 548 ss.; *el mismo,* Tonbandaufnahmen in Notwehr, NJW, 1965, pp. 2391 s.; *J. Herrmann,* Die Notwehr im amerikanischen Strafrecht, ZStW, 93, pp. 615 ss.; *Th. Hillenkamp,* Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; *K. Himmelreich,* Comentario a AG Bensberg, NJW, 1966, pp. 733 ss., loc. cit.; *el mismo,* Erforderlichkeit der Abwehrhandlung, Gebotensein der Notwehrhandlung, Provokation und Rechtsmißbrauch, Notwehrexzeß, GA, 1966, pp. 129 ss.; *el mismo,* Notwehr und unbewußte Fahrlässigkeit, 1971; *H. J. Hirsch,* Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs, Dreher-Festschrift, pp. 211 ss.; *el mismo,* Comentario a BGH, JR, 1980, pp. 114 s., *op. cit.,* pp. 115 ss.; *W. Hoffmann-Riem,* Ügergang der Polizeigewalt auf Private?, ZRP, 1977, pp. 277 ss.; *R. Homann, H. Matt,* Comentario a BGH, JR, 1989, pp. 160 s., loc. cit., pp. 161 s.; *A. Hoyer,* Das Rechtsinstitut der Notwehr, JuS, 1988, pp. 89 ss.; *J. Hruschka,* Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, Dreher-Festschrift, pp. 189 ss.; *el mismo,* Rechtfertigung oder Entschuldigung im Defensivnotstand, NJW, 1980, pp. 21 ss.; *E. Kern,* Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW, 64, pp. 255 ss.; *G. Jakobs,* Nötigung durch Drohung als Freiheitsdelikt, Peters-Festschrift, pp. 69 ss.; *D. Kienapfel,* Comentario a BGH, 27, pp. 336 ss., JR, 1979, pp. 72; *P. Kirchhof,* Helfer in Not, JuS, 1979, pp. 428 ss.; *P. Klose,* Notrecht des Staates aus staatlicher Rechtsnot, ZStW, 89, pp. 61 ss.; *F.-W. Krause,* Zur Problematik der Notwehr, Bruns-Festschrift, pp. 71 ss.; *el mismo,* Notwehr bei Angriffen Schuldloser und bei Bagatellangriffen, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 673 ss.; *D. Kratzsch,* Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht, 1968; *el mismo,* StGB und der Grundsatz nullum crimen sine lege, GA, 1971, pp. 65 ss.; *el mismo,* Verfassungsbeschwerde gegen fehlerhafte Anwendung des § 53 StGB, NJW, 1974, pp. 1546 s.; *el mismo,* Das (Rechts-) Gebot zu sozialer Rücksichtnahme als Grenze des strafrechtlichen Notwehrrechts - BGH, NJW, 1975, 62, JuS, 1975, pp. 435 ss.; *V. Krey,* Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977; *el mismo,* Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachgütern, JZ, 1979, pp. 701 ss., *V. Krey* y *W. Meyer,* Zum Verhalten von Staatsanwaltschaft und Polizei bei Delikten mit Geiselnahme, ZRP, 1973, pp. 1 ss.; *R. Krüger,* Die Bedeutung der Menschenrechtskonvention für das deutsche Notwehrrecht, NJW, 1970, pp. 1483 ss.; *J. Krümpelmann,* Die Bagatelldelikte, 1966; *K. Kühl,* Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts, 1974; *el mismo,* «Sozialethische» Einschränkungen der Notwehr, Jura, 1990, pp. 244 ss.; *G. Küpper,* Fahrlässige Brandstiftung mit tödlichem Ausgang - BGH, NJW, 1989, 2479, JuS, 1990, pp. 184 ss.; *K.-L. Kunz,* Die organisierte Nothilfe, ZStW, 95, pp. 973 ss.; *el mismo,* Die automatisierte Gegenwehr, GA, 1984, pp. 539 ss.; *R. Lange,* Der «gezielte Todesschuß», JZ, 1976, pp. 546 ss.; *Th. Lenckner,* Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff, GA, 1961, pp. 299 ss.; *el mismo,* «Gebotensein» und «Erforderlichkeit» der Notwehr, GA, 1968, pp. 1 ss.; *el mismo,* Comentario a BGH, 24, pp. 356 ss., JZ, 1973, pp. 253 ss.; *el mismo,* Comentario a BGH, JR, 1984, pp. 205 s., loc. cit., 206 ss.;

Lerche, Der gezielt tödlich wirkende Schuß nach künftigem einheitlichem Polizeirecht. Zum Verhältnis hoheitlicher Eingriffsbefugnisse zu den allgemeinen Notrechten, v. d. Heydte-Festschrift, t. II, pp. 1033 ss.; *F. Loos,* Zur Einschränkung der Notwehr in Garantenbeziehungen - BGH, NJW, 1984, 1986, JuS, 1985, pp. 859 ss.; *G. Lübbe-Wolff,* Die Selbstschutzrechte der in der Bundesrepublik stationierten [illegible] bündeten Streitkräfte, NJW, 1982, pp. 2222 ss.; *K. Marxen,* Die sozialethischen Grenzen der Notwehr, 1979; *el mismo,* Die Grenzen der Notwehr bei Auseinandersetzungen in der Ehe, en: *R. Lüderssen* y *F. Sack* (ed.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, t. I, 1980, pp. 63 ss.; *D. Merten,* Rechtsstaat und Gewaltmonopol, 1975; *W. Mitsch,* Nothilfe gegen provozierte Angriffe, GA, 1986, pp. 533 ss.; *el mismo,* Comentario a LG München, NStZ, 1989, pp. 25 s., loc. cit., pp. 26 s.; *el mismo,* Tödliche Schüsse auf flüchtende Diebe, JA, 1989, pp. 79 ss.; *A. Montenbruck,* Thesen zur Notwehr, 1983; *el mismo,* Comentario a BGH, JR, 1985, pp. 113 ss., loc. cit., pp. 115 ss.; *U. Neumann,* Zurechnung und «Vorverschulden», 1985; *W. Niese,* Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951; *P. Noll,* Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955; *F. Oetker,* Notwehr und Notstand, Frank-Festgabe, t. I, pp. 359 ss.; *H. Otto,* Rechtsverteidigung und Rechtsmißbrauch im Strafrecht, Würtenberger-Festschrift, pp. 129 ss.; *H.-U. Paeffgen,* Fotografieren von Demonstranten durch die Polizei und Rechtfertigungsirrtum, JZ, 1978, pp. 738 ss.; *J. Partsch,* Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention, en: *K. A. Pettermann, F. L. Neumann, H. C. Nipperdey* (ed.), Die Grundrechte, t. I (1), 1966, pp. 235 ss.; *I. Puppe,* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Irrtümer bei der Ausübung der Notwehr und deren Folgen, JZ, 1989, pp. 728 ss.; *J. M. Ritter,* Der Volksgenosse als Helfer in Volksnot, GS, 115, pp. 239 ss.; *C. Roxin,* Die provozierte Notwehrlage, ZStW, 75, pp. 541 ss.; *el mismo,* Ein «neues Bild» des Strafrechtssystems, ZStW, 83, pp. 369 ss.; *el mismo,* Comentario a BGH, 24, pp. 356 ss., NJW, 1972, pp. 1821 s.; *el mismo,* Die «sozialethischen Einschränkungen» des Notwehrrechts, ZStW, 93, pp. 68 ss.; *el mismo,* Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, Jescheck-Festschrift, pp. 457 ss.; *el mismo,* Von welchem Zeitpunkt an ist ein Angriff gegenwärtig und lost das Notwehrrecht aus? Tjong-Gedächtnisschrift, pp. 137 ss.; *el mismo,* Die notstandsähnliche Lage - ein Strafunrechtsausschließunggrund?, Oehler-Festschrift, pp. 184 ss.; *H.-J. Rudolphi,* Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 371 ss.; *R. Rupprecht,* Die tödliche Abwehr des Angriffs auf menschliches Leben, JZ, 1973, pp. 263 ss.; *J. Sauren,* Comentario a BGH, NStZ, 1988, pp. 450 s., loc. cit., pp. 451; *F. Schaffstein,* Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des Gemeinen Strafrechts, 1930; *el mismo,* Notwehr und Guterabwägungsprinzip, MDR, 1952, pp. 132 ss.; *el mismo,* Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Welzel-Festschrift, pp. 557 ss.; *el mismo,* Die strafrechtlichen Notrechte des Staates, Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 97 ss.; *E. Schmidhäuser,* Über die Wertstruktur der Notwehr, Honig-Festschrift, pp. 185 ss.; *el mismo,* Notwehr und Nothilfe des Polizeibeamten aus strafrechtlicher Sicht, en: *D. Merten* (ed.), Aktuelle Probleme des Polizeirechts, 1977, pp. 53 ss.; *W. Schmidt,* Comentario a BGH, JZ, 1976, pp. 31 s., loc. cit., pp. 32 s.; *R. Schmitt,* Tonbänder im Strafprozeß, JuS, 1967, pp. 19 ss.; *el mismo,* Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeitsdelikten?, OLG Hamm, NJW, 1962, 1169, JuS, 1963, pp. 64 ss.; *Chr. Schöneborn,* Zum Leitgedanken der Rechtfertigungseinschränkung bei Notvehrprovokation, NStZ, 1981, pp. 201 ss.; *F.-C. Schroeder,* Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen, Maurach-Festschrift, pp. 127 ss.; *el mismo,* Notstandslage bei Dauergefahr, BGH, NJW, 1979, 2053, JuS, 1980, pp. 336 ss.; *el mismo,* Comentario a LG München, JZ, 1988, pp. 565 s., loc. cit., pp. 567 ss.; *H. Schröder,* Comentario a BGH, JR, 1962, pp. 186 s., loc. cit., pp. 187 ss.; *el mismo,* Notwehr bei schuldhaftem Vorverhalten, BGH, NJW, 1972, 1821, JuS, 1973, pp. 157 ss.; *U. Schroth,* Not-

wehr bei Auseinandersetzungen in engen persönlichen Beziehungen, NJW, 1984, pp. 2562 ss.; *B. Schünemann*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA, 1985, pp. 341 ss., GA, 1986, pp. 293 ss.; *H. Schumann*, Zum Notwehrrecht und seinen Schränken, JuS, 1979, pp. 559 ss.; *J. Schwabe*, Grenzen des Notwehrrechts, NJW, 1974, pp. 670 ss.; *el mismo*, Die Notrechtsvorbehalte der Polizei, JZ, 1974, pp. 634 ss.; *el mismo*, Zur Geltung von Rechtfertigungsgründen des StGB für Hoheitshandeln, NJW, 1977, pp. 1902 ss.; *el mismo*, Die Notrechtsvorbehalte der Polizei, 1979; *M. Seebode*, Polizeiliche Notwehr und Einheit der Rechtsordnung, Klug-Festschrift, pp. 359 ss.; *K. Seelmann*, Grenzen privater Nothilfe, ZStW, 89, pp. 36 ss.; *J. Seier*, Umfang und Grenzen der Nothilfe im Strafrecht, NJW, 1987, pp. 2476 ss.; *G. Spendel*, Keine Notwehreinschränkung unter Ehegatten, JZ, 1984, pp. 507 ss.; *H. Suppert*, Studien zur Notwehr und «notwehrähnlichen Lage», 1973; *F. Sydow*, § 34 StGB - kein neues Ermächtigungsgesetz!, JuS, 1978, pp. 222 ss.; *St. Trechsel*, Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention im Strafrecht, ZStW, 101, pp. 819 ss.; *H. Wagner*, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, 1984; *G. Warda*, Die Eignung der Verteidigung als Rechtfertigungselement bei der Notwehr (§§ 32 StGB, 227 BGB), Jura, 1990, pp. 344 ss., 393 ss.

I. OBSERVACIONES PRELIMINARES

A. Legítima defensa (*Notwehr*) es la defensa que resulta necesaria para apartar de uno mismo o de otro una agresión actual y antijurídica (§ 32.2 StGB; con el mismo tenor literal, § 15.2 OWiG; con el mismo contenido, § 227.2 BGB). Un hecho indicado por la legítima defensa no es antijurídico (§ 32.1 StGB; con los mismo términos, § 15.1 OWiG; con el mismo contenido, § 227.1 BGB). 1

El derecho a la legítima defensa legitima la violencia privada y por ello es dependiente en su configuración de los modelos políticos acerca de la relación entre el Estado y los ciudadanos. Las indicaciones de las «concepciones políticas básicas» [1] son, por tanto, claras [2].

B. En la actualidad merecen citarse principalmente las discusiones en torno a los siguientes problemas: 2

[1] *Schroeder*, Maurach-Festschrift, pp. 127 ss.; con respecto a la práctica de la evitación de peligros por parte del Estado redunda en la legítima defensa, *vid. Arzt*, Schaffstein-Festschrift, pp. 77 ss.; *vid.* también *Schaffstein*, Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 97 ss., 100. Acerca del Derecho penal austriaco, con detalle *Fuchs*, Notwehr, *passim*.

[2] *Vid.* la jurisprudencia del *Reichsgericht* relativa a la época nacional-socialista; RG, 71, pp. 133 ss., 134 (deber de eludir); RG, 72, pp. 57 ss., 58 s. (prevalencia del auxilio del Estado); no obstante, especialmente RG, 69, pp. 180 ss., 183 s.; 72, pp. 383 s., 3834 (derechos especiales de la policía uniformada); *vid.*, además, en relación con legítima defensa del Estado, invocada, excesiva y unilateralmente, en la época nacional-socialista, la Ley sobre Medidas de Legítima Defensa del Estado de 3 de julio de 1934, RGBl., I, p. 529. Ampliamente, *Schroeder*, Maurach-Festschrift, pp. 127 ss., 131 s.; acerca de la historia más antigua, *vid. Haas*, Notwehr, pp. 19 ss.; acerca del Derecho común, *vid. Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren, pp. 68 ss.; ofrece un panorama histórico *LK-Spendel*, § 32, núm. marg. 15 ss. Sobre los problemas (paralelos) del derecho a la legítima defensa en los Estados Unidos de América, *vid. Hermann*, ZStW, 93, pp. 615 ss.

1. Legítima defensa del Estado y prevalencia de la defensa estatalmente organizada; se trata del aseguramiento del derecho estatal al monopolio para garantizar el orden público por medio de la violencia (*infra* 12/6 ss., 45).

2. Validez de la justificación por legítima defensa también para la actuación policial; se discute la medida necesaria, desde el punto de vista del Derecho público, de la contención de la violencia oficial (*infra* 12/39 ss., 41 ss.).

3. Limitaciones del alcance permitido de la defensa por diversos motivos, que en su conjunto apuntan a un mínimo de solidaridad con el agresor (*infra* 12/46 ss., 49 ss., 57 s.).

4. Además (también) en la legítima defensa se pone de manifiesto un cambio en el entendimiento del Derecho, de considerarse una ordenación de bienes a un sistema de interacciones, reconocible en el cambio en la definición de la agresión antijurídica, de ser un proceso causal dañoso a ser un comportamiento culpablemente dañoso (*infra* 12 /16 ss.).

II. LOS BIENES SUSCEPTIBLES DE LEGITIMA DEFENSA; EL AUXILIO NECESARIO DEL ESTADO

3 A. 1. La agresión presupone la lesión, que amenaza producirse, de bienes jurídicamente protegidos [2a]. El alcance de los bienes susceptibles de legítima defensa no se orienta exclusivamente por su protección jurídico-*penal*; está comprendido, más allá de los bienes jurídico-penalmente protegidos, todo bien jurídicamente protegido, configurado absolutamente (no es necesario un *derecho* absoluto en el sentido del § 832.1 BGB); ejemplos: la posesión inmediata legítima [3], la esfera íntima privada [4], el derecho a la propia imagen [5], el matrimonio, pero no contra la voluntad de un cónyuge [6]. Los bienes jurídico-penalmente protegidos de modo sólo limitado están abarcados hasta más allá de esta limitación, como, p. ej., el patrimonio también contra la desposesión sin

---

[2a] Las posiciones antijurídicas no cabe defenderlas lícitamente, ni siquiera contra el comportamiento a su vez antijurídico. Ejemplos: Si el titular de la morada pretende acabar con el allanamiento de morada inmediatamente a estacazos, aun cuando también habría bastado, cognoscible-mente, exigir el abandono inmediato de la casa, el autor puede defenderse de la paliza, pero no reafirmar su posición en la vivienda; si podría eludir la paliza marchándose inmediatamente, o bien arrebatándole la estaca al titular de la morada, tiene que marcharse, porque de lo contrario reafirmaría su posición antijurídica al menos por un corto espacio de tiempo. Del mismo modo, un participante en un corte de la circulación, ante una intervención de la policía por su parte antijurídica, no puede defender su posición de fuerza.

[3] El derecho al autoauxilio es más amplio, ya que no está ligado a la legitimidad de la posesión, § 859 BGB; *vid.* RG, pp. 273 ss., 278.

[4] No en un parque público, BayObLG, NJW, 1962, pp. 1782 s.

[5] BGHZ, 24, pp. 201 ss., 208; demasiado restrictivo (que la policía fotografíe a manifestantes no específicamente sospechosos sería lícito, sin necesidad de estado de necesidad policial, en el marco de las tareas de la policía con arreglo al § 163 StPO); BGJ JZ, 1976, pp. 31 s.; BGH, JZ, 1978, pp. 762 s.; en contra, *W. Schmidt*, JZ, 1976, pp. 32 s.; *Paeffgen*, JZ, 1978, pp. 738 ss., con referencias exhaustivas; el Derecho resulta ya lesionado por el hecho de fotografiar, no sólo por el uso de las fotografías; *de otra opnión*, *Haberstroh*, JR, 1983, pp. 314 ss., 315 (*vid.* también 12/nota 43).

[6] OLG Köln, NJW, 1975, pp. 2344 s.; con respecto a la promesa de matrimonio, *vid.* RG, 48, pp. 215 s., 216 s.

ánimo de lucro, la propiedad contra la sustracción para uso provisional sin ánimo de apropiación, etc. En torno a la problemática de la legítima defensa frente a las limitaciones sobre salida de la República Democrática Alemana, *vid. supra* 5/30.

2. *a)* También el derecho al uso común sin obstáculos es susceptible de 4
legítima defensa; la defensa contra aquel que cierra la carretera o la calle es incluso una acción prototípica de legítima defensa. Dado que la legítima defensa sólo justifica las intervenciones en los bienes del agresor, los preceptos reguladores del tráfico rodado (que, por lo general, protegen también intereses de terceros) sólo se pueden infringir al defenderse cuando ello es admisible según las reglas del *estado* de necesidad. Ejemplo: Aquel a quien se le impide en una carretera pública un adelantamiento correcto, no puede forzar el ejercicio de su derecho adelantando sin respetar la distancia de seguridad, ni excediendo la velocidad máxima permitida, ni conduciendo por el carril prohibido, etc., dado que las infracciones mencionadas crean peligros (al menos abstractos) para los bienes de terceros. Quien cuando va conduciendo observa cómo el agresor le va a lanzar a la cuneta, desde luego que puede —en la medida en que sea necesario— hostigar a su agresor o (justificación por *estado* de necesidad) sobrepasar la velocidad máxima permitida para escapar. Un ataque consistente en cerrar el paso se puede evitar en caso necesario dirigiendo el vehículo hacia el agresor [6a].

b) Se discute si de un determinado orden en el usó común se deriva un derecho susceptible de legítima defensa, sobre todo en plazas de aparcamiento en relación con el derecho del *primo occupanti* (otros casos: no respetar la cola ante la aduana, en la taquilla del teatro, ante la biblioteca de la Universidad, ante la sala de conciertos, e incluso cuando se empuja en el patio del colegio). Mientras falte un procedimiento jurídico de distribución, no hay derecho alguno a un reparto del uso con arreglo a un determinado orden, pero sí al uso sin perturbaciones; es decir, quien da comienzo al uso común se puede defender cuando se le empuja o se le obstaculiza de otro modo (así pues, en un espectáculo sin plazas asignadas nadie puede, con eficacia jurídica, «reservar» una plaza para una persona que vendrá después); ahora bien, quien espera al comienzo no tiene por qué verse desplazado del lugar en el que espera, pero no tiene derecho a un determinado orden de su plaza. Ejemplo: Quien se dispone a aparcar en una plaza libre está autorizado para ejercer la legítima defensa frente a una persona que está «reservando» esa plaza [7]. Sin embargo, quien

---

[6a] OLG Schleswig, NJW, 1984, pp. 1470 s., limitándose equivocadamente a ataques «extraños al tráfico»; *vid.* también la nota siguiente.

[7] BayObLG, NJW, 1963, pp. 824 s. *Busse*, Nötigung im Straßenverkehr, pp. 123 ss.; *KKO-WiG-Rengier*, § 15, núm. marg. 3 (no obstante, *vid.* núm. marg. 35); restrictivamente (sólo cuando el impedir constituye unas coacciones antijurídicas; lo que sin embargo no es el caso por lo general, sino que además es irrelevante, ya que no se trata del aseguramiento jurídico-penal), OLG Stuttgart, NJW, 1966, pp. 746 ss.; OLG Düsseldorf, NJW, 1961, pp. 1783 s.; OLG Köln, NJW, 1979, pp. 2056 s.; lo deja en el aire OLG Hamburg, NJW, 1968, pp. 662 ss.; lo rechaza *Bockelmann*, NJW, 1966, pp. 745 ss., 747, equiparando indebidamente la prohibición de poner en peligro *concreto* del § 1 StVO con los preceptos que prohíben la puesta en peligro abstracto (un conductor no podría, en virtud del § 1 StPO, dirigir el vehículo hacia un peatón que cierra el paso a una plaza de aparcamiento; ¿y por qué no, si podría usar los puños? El automóvil no queda descartado *a priori* como medio de legítima defensa).

está guardando cola ante el aparcamiento (o ante la aduana) no puede impedir en ejercicio de la legítima defensa que otros se cuelen en un puesto existente.

5 3. Los bienes relativos no son susceptibles de legítima defensa; el hacer valer pretensiones de modo conforme a Derecho fuera del proceso se limita a las vías abiertas en el § 220 BGB [8].

6 B. 1. *a)* Los bienes pueden corresponder al que se defiende o —en la legítima defensa de terceros— a terceras personas [8a], también a personas jurídicas, y entre éstas las de Derecho público, sobre todo al Estado. Sobre ello no se discute, siempre que se trate de bienes jurídicos individuales en manos públicas (propiedad, patrimonio, posesión del Estado), pero no sin problemas incluso en este ámbito. Así, p. ej., es admisible la legítima defensa de terceros frente al agresor que destruye el pavimento de una calle (da igual que se trate de propiedad privada o pública), pero no contra aquel que monta un tenderete para vender, aun cuando éste menoscaba no sólo el orden público, sino también la propiedad sobre la calle.

7 *b)* La legítima defensa (de terceros) o auxilio necesario constituye una forma de salvaguarda del Derecho, que se ve atacado [8b], y por ello en el ámbito privado supone la salvaguarda de un derecho privado, tutela que en todo caso se puede sustituir por mecanismos del Derecho público, es decir, por la policía; en el ámbito del Derecho público, la legítima defensa (de terceros) es, pues, un obrar genuinamente público, que en la legítima defensa de terceros es sutituido por particulares, entrando en competencia directa la legítima defensa de terceros con la actuación de la policía [9]. En esta situación, para el Estado es menos importante la pérdida aislada de un bien que la confusión de competencias por parte de quien obra en legítima defensa de terceros [10].

8 *c)* Por lo demás, el Estado únicamente puede preservar gran número de bienes, no protegiendo su existencia en general, sino protegiéndola con determinado procedimiento: La legitimación de la protección no se deriva sólo del bien, sino también de la forma de su conservación. Así, p. ej., la garantía de

---

[8] Con respecto al origen y función de esta distinción, *vid. Arzt*, Schaffstein-Festschrift, pp. 77 ss., 80 ss.

[8a] Por eso es irrelevante el error de quien se defiende sobre si es él o un tercero el agredido; lo cual lo olvida LG München, NStZ, 1989, p. 25, con comentario favorable, a este respecto, de *Mitsch*, loc. cit., 26 s.; acertadamente *Schroeder*, JZ, 1988, pp. 567 s.; *Beulke*, Jura, 1988, pp. 641 ss.

[8b] Contra las fundamentaciones de la legítima defensa llamadas supraindividuales, o, mejor: que sobrepasan el derecho atacado, *vid. infra* 12/20.

[9] Por eso se afecta la problemática de la defensa de terceros organizada por particulares, sobre todo de las «patrullas ciudadanas»: La defensa sólo puede ser de bienes particulares, pero no en general y planificada por anticipado, sino como por lo general ocurre en la legítima defensa: *ad hoc* en el ataque; la evitación *organizada* de la delincuencia es misión de la policía: La defensa de terceros organizada por particulares y especialmente las «patrullas ciudadanas» eliminaran la «obligación de coordinarse con, y de recurrir a» la policía; *vid. Hofmann-Riem*, ZRP, 1977, pp. 277 ss., 283; acerca de los requisitos para que sea aceptable esa fuerza, atinadamente *Arzt*, Schaffstein-Festschrift, pp. 77 ss., 85 s. La defensa organizada es legal, pero socava la legitimidad de la regulación de la legítima defensa; menos críticamente, *Kunz*, ZStW, 1983, pp. 973 ss., 988 ss.

[10] Más ampliamente, *Haas*, Notwehr, pp. 306 ss., 311 s.: La «arrogación de competencias» y la falta de perspectiva del particular sobre la situación en bienes públicos ha de excluir la defensa de terceros.

las normas jurídico-penales sólo es posible mediante la persecución que observa determinado procedimiento, pero no mediante cualquier secuencia, que se configure de cualquier modo, entre el hecho punible y el mal contra el autor. Tales bienes que no pueden protegerse sin un procedimiento no pueden ser defendidos por personas privadas ejerciendo la legítima defensa; ejemplo: La justicia material, que resulta menoscabada mediante la absolución del autor de un delito, no se puede defender mediante la represión privada contra el autor.

2. Teniendo en cuenta las particularidades indicadas, para el auxilio ne- 9
cesario del Estado —reconocido como principio también por la jurisprudencia— [11] queda el siguiente marco:

a) La defensa frente a los ataques contra el orden estatal que sólo consisten en la infracción de una norma que prohíbe la puesta en peligro abstracta está excluida del auxilio necesario del Estado [12], ya que falta un ataque a ciudadanos particulares y el ataque al orden no es más grave que la confusión de competencias que ocasionaría el defensor. Así pues, no son susceptibles de legítima defensa los preceptos del tráfico que prohíben poner en peligro abstracto, incluido el § 316 StGB [13], o incluso el orden público en general. En consecuencia, impedir un intento de suicidio sólo se tendrá en cuenta como legítima defensa cuando mediante el hecho se lesionan (¡culpablemente!) intereses individuales, p. ej., el equilibrio psíquico de un niño (sobre el impedimento mediante estado de necesidad, *vid. infra* 123/29).

b) Se excluye siempre la defensa cuando el bien atacado sólo se puede ga- 10
rantizar en un procedimiento determinado. De todos modos, aún quedan autorizaciones específicas, sobre todo en virtud del § 127.1, inciso 1.°, StPO; ejemplo [14]: Al espía que traspasa la frontera llevándose secretos de Estado se le puede impedir cometer traición en virtud del auxilio necesario; sin embargo, la persecución penal se rige por el procedimiento regulado en la StPO, de modo que la detención con vistas a la persecución penal sólo la puede llevar a cabo alguien de acuerdo al § 127.1 StPO y no con arreglo a los §§ 32 ss. StGB. Tampoco los procedimientos judiciales y fiscales subsiguientes a la detención son sustituibles mediante auxilio necesario del Estado. No obstante, si el espía ya condenado se escapa de la prisión, el auxilio de personas particulares para la

[11] Desde luego, las sentencias rechazan de plano la justificación en los supuestos a juzgar en concreto; especialmente, RG, 63, pp. 215 ss., 220; a reserva de límites, también RG, 64, pp. 101 ss., 103; sobre la acogida de estos fallos (relativos a la llamada «Defensa sucia del Reich»), *vid. H. Mayer*, AT, pp. 182 ss., con nota 77; *vid.* además RG, 56, pp. 259 ss., 267 s. (el «putsch» de Kapp); BGH, 5, pp. 245 ss. (sobre las acciones de defensa contra la película «Die Sünderin» —la pecadora—); BGH, 1953, p. 1639; BGH, NJW, 1966, pp. 310 ss., 312 (Tirol meridional); *vid.* también BVerfG, 5, pp. 86 ss., 376 ss. (sentencia del Partido Comunista de Alemania: KPD).

[12] En definitiva igualmente BGH, 5, pp. 245 ss., 247; BGHZ, 64, pp. 178 ss.; *Arzt*, Schaffstein-Festschrift, pp. 77 ss., 84; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 419; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 32, núm. marg. 7 s.; *Jescheck*, AT, § 32, II, 1 *b; Maurach-Zipf*, AT, I, § 26, núm. marg. 13; *LK-Spendel*, § 32, núm. marg. 197 s.

[13] BGH, VRS, 40, pp. 104 ss., 107; de todos modos, al iniciar la conducción bajo la influencia del alcohol puede advertirse que en su transcurso se puede llegar a puestas en peligro concreto; entonces, según la concreción del peligro, regirán las reglas de la defensa de terceros o bien la situación análoga a la legítima defensa en favor de particulares; así en conclusión OLG Koblenz, NJW, 1963, pp. 1991 ss.

[14] De acuerdo con RG, 63, pp. 215 ss., 220; *vid.* tambien *LK-Spendel*, § 32, núm. marg. 156.

captura se rige de nuevo por el § 32 StGB, pues no cabe reproducir el procedimiento penal ya concluido; como es natural, han de aplicarse analógicamente las limitaciones del § 127.1 StPO.

Si la autorización específica sólo otorga derechos limitados, como, p. ej., en el § 127.1, inciso 1.°, StPO, que sólo otorga el derecho a detener (es decir, para limitar la libertad de movimientos y para intervenciones de escasa gravedad, pero no, p. ej., para lesionar), no es posible eludir esta limitación aduciendo que la resistencia del obligado a soportar contra el ejercicio del derecho limitado se quiebra invocando la legítima defensa [15]. Bien es verdad que el ataque del obligado a soportar sobre los bienes del titular de la autorización es susceptible de legítima defensa, pero para el ejercicio de la autorización está excluida la legítima defensa. Ejemplo: Si el que ha de ser detenido asesta una cuchillada al que se dispone a detenerle en virtud del § 127.1, inciso 1.°, StPO, éste puede defenderse en legítima defensa justificante, pero sólo para preservar su integridad física, no para defender el derecho a detener. Si la detención no puede llevarse a cabo sin lesionar al sujeto, ha de renunciarse a ella; la lesión no está amparada ni por el § 127.1, inciso 1.°, StPO, ni por el § 32 StGB [16] [también decae la posibilidad de estado de necesidad, § 34 StGB, por la cláusula de adecuación (*Angemessenheit*), *vid. infra* 13/36].

11 *c)* Siempre prevalece la posibilidad de la protección policial (o del órgano que esté llamado a realizarla), ya que la confusión de competencias es innecesaria siempre que los órganos llamados a prestar dicha protección tengan capacidad de acción [17]. Si ocurre así, pero no tienen voluntad de intervenir, ello vincula al ciudadano [18]; sólo existe una excepción a lo indicado, en los casos de defensa contra la «alta traición desde arriba», es decir, para auxilio necesario del Estado como derecho de resistencia en virtud del artículo 20.4 GG (*infra* 15/2 s.).

12 *d)* La proporcionalidad entre el bien defendido y el que se lesiona en la defensa tiene, en el ámbito que queda para la justificación, sólo la significación que tiene por lo demás en la legítima defensa [19].

13 3. En conjunto, el auxilio necesario del Estado se encuentra, pues, a medio camino entre la legítima defensa y el estado de necesidad (las limitaciones indicadas en 12/10 y 11 se corresponden con la cláusula de adecuación del § 34 StGB) [20].

---

[15] *LK*[9]*-Hirsch*, núm. marg. 145, ante § 51, con referencias jurisprudenciales.

[16] *Vid.* RG, 65, pp. 392 ss., 396 ss.; 69, p. 308 ss., 312; controvertido; *de otra opinión*, *Löwe-Rosenberg-Dünnebier*, § 127 StPO, núm. marg. 29, con bibliografía.

[17] BVerfG, 5, pp. 86 ss., 376 ss. (priman los remedios jurídicos); BGH, NJW, 1953, p. 1639.

[18] No carente de problemas, en tanto que rijan el principio de legalidad o cualquier constreñimiento para actuar; en favor de la vinculación, BGH, 5, pp. 245 ss., 247 s.

[19] *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 419; *de otra opinión*, BGH, NJW, 1966, pp. 310 ss.; 312 s.

[20] En favor de aplicar las reglas del estado de necesidad, *Ritter*, GS, 115, pp. 239 ss., *Jescheck*, § 32, II, 1 *b in fine*; no obstante, no hay motivo evidente para tratar de modo distinto al espía de secretos militares al franquear la frontera que al espía de secretos industriales. Distingue entre agresiones individuales al Estado (justificación por estado de necesidad) y estado de necesidad del Estado (no hay justificación, ya que ello supondría la legalización de la guerra civil), *H. Mayer*, AT, pp. 182 s. Lo rechaza, demasiado genéricamente, *SK-Samson*, § 32, núm. marg. 9; *Haas*, Notwehr, pp. 306 ss., 312 s., con referencias exhaustivas; *Wagner*, Notwehrbegründung, p. 50.

III. LA AGRESION ANTIJURIDICA

A. Sólo una agresión antijurídica (de una persona; los ataques de animales están regulados de acuerdo con el § 228 BGB) [20a] a los bienes indicados posibilita la legítima defensa, la cual está, pues, excluida cuando la agresión se mantiene dentro del riesgo permitido [21]. La legítima defensa decae también cuando el ataque a su vez está justificado: A la justificación corresponde un deber de soportar por parte del afectado. La justificación puede ser —y lo será con frecuencia en la práctica— una autorización para intervenir otorgada por el Derecho público (p. ej., en la ejecución de una pena impuesta en un proceso). La acción de intervención ha de ser tolerada si, aun cuando incorrecta materialmente, se ha dictado de acuerdo con un ordenamiento procedimental y éste canaliza el remedio por una vía determinada (sobre todo por la vía jurídica). Ejemplo: La detención provisional de una persona sospechosa, pero materialmente inocente, es conforme a Derecho en virtud de los presupuestos del § 127.2 StPO y excluye la legítima defensa [22]. En un riña tumultuaria no puede invocar la legítima defensa ninguno de los participantes que, en vez de mantener su propio comportamiento dentro del marco de la defensa necesaria, agrede incluso o se defiende desproporcionadamente; todos los participantes puede que se ataquen entre sí antijurídicamente [23]. 14

B. También falta la agresión antijurídica cuando aquel que amenaza producir una lesión realiza un comportamiento sin peligro en sí —en todo caso para la víctima— que sólo amenaza con convertirse en lesión de un bien porque la víctima a su vez se sitúa imputablemente en el ámbito de efectividad del comportamiento. Ejemplos [23a]: Quien se arroja a un vehículo en marcha no es atacado por su conductor; quien se esconde en la biblioteca a la hora de cerrar no es atacado por el conserje que lo deja encerrado, etc. En estos supuestos, la propia víctima potencial ha convertido en peligroso el curso causal no peligroso, de modo que debe soportar el gravamen de la solución del conflicto. 15

[20a] Antes era controvertido; *de otra opinión*, ahora de nuevo *LK-Spendel*, § 32, núm. marg. 23, 38 ss., 58. Pero tampoco *Spendel* pasa por alto el problema de que los animales no son destinatarios de normas —o mejor: que no son gestores competentes de ámbitos de organización—. Cabe llevar adelante este planteamiento: Si la lucha contra animales, desde el león hasta el bacilo, se convierte en legítima efensa, no existe motivo alguno para tratar al moho de otro modo, e incluso *Spendel* tendría que definir también como atacantes a los árboles que se vienen abajo, a los aludes o a las máquinas peligrosas, lo que sin embargo pone en tela de juicio su tesis central de que en la legítima defensa se trata de la «lucha del Derecho contra el injusto»: *Spendel* interpreta equivocadamente el Derecho como ordenamiento para estados, en lugar de para interacciones; contra *Spendel*, *Krause*, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 673 ss., 676 ss.

[21] *Hirsch*, Dreher-Festschrift, pp. 211 ss., 224 ss.; *Schaffstein*, MDR, 1952, pp. 132 ss., 136; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 26, núm. marg. 16; *de otra opinión*, *Bockelmann-Volk*, AT, §15, B. I, 1 *d*; *Jescheck*, AT, § 32, II, 1 *c*; *Baumann-Weber*, AT, § 21, II, 1 *a* ß. *Vid. supra* 7/41 *a*.

[22] RG, 72, pp. 305 ss., 306; *vid.* asimismo RG, 61, pp. 297 ss., 299.

[23] RG, 72, pp. 183 s.; 73, pp. 341 ss.; BGH, GA, 1960, pp. 213 s.; BGH, NJW, 1990, p. 2263 s.

[23a] En términos semejantes BGH, NStZ, 1989, pp. 431 s., 432, con comentario de *Küpper*, JuS, 1990, pp. 184 ss., y (referido a la legítima defensa) comentario de *Eue*, JZ, 1990, pp. 765 ss.

16 C. Finalmente, también falta el ataque antijuírico cuando el comportamiento agresor no es imputable enteramente, esto es, como culpable [24], lo cual necesita aclaración desde varios puntos de vista:

1. En todas las situaciones de necesidad se trata de distribuir las cargas de la solución de un conflicto social [25], y específicamente en la legítima defensa, de modo que el agresor debe soportar todas las cargas porque agrede antijurídicamente. Por consiguiente, el ataque antijurídico ha de definirse de un modo que precisamente a causa suya la distribución de cargas indicada en el § 32 StGB llegue a ser tolerable [25a].

En esta situación, decae la posibilidad de definir el ataque sólo como la amenaza de lesión de un bien causada por una persona, aun cuando sea causada inevitablemente [26]. Esta determinación de la agresión antijurídica se ha quedado atascada —como el concepto causal de acción— en las categorías naturalísticas de causalidad y daño. La legítima defensa se convierte en un instrumento de defensa de bienes sin tener en cuenta si se ve defraudada una expectativa de conducta garantizada jurídicamente, o si el «agresor» es responsable de cualquier otro modo del conflicto. Esta determinación de la agresión confunde a la persona como estadio de tránsito de un proceso causal [27] con la persona responsable —sea por el motivo que sea— jurídicamente. Una determinación tan

---

[24] Da lo mismo que la cualidad del comportamiento de agresión se trate como problema del concepto de agresión o como problema de la antijuricidad de la agresión. Dado que el carácter culpable *(Schuldhaftigkeit)* ya puede encontrarse en el concepto de agresión, no se tiene en pie —al margen de la indeterminación del concepto de antijuricidad— el supuesto argumento, derivado del tenor literal del § 32 StGB, en el sentido de que una agresión antijurídica no es necesariamente culpable (*Hirsch*, Dreher-Festschrift, pp. 211 ss., 222; *Felber*, Rechtswidrigkeit, pp. 131 ss.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 32, núm. marg. 19, con bibliografía; semejante, *Roxin*, ZStW, 93, pp. 68 ss., 82 s.); el que un actuar culpable constituya una agresión no cabe demostrarlo así. La antijuricidad de la agresión se puede interpretar, pues, como alusión a la necesidad de falta de justificación de un comportamiento culpable; en contra, *Roxin*, Jescheck-Festschrift, pp. 457 ss., 459, con nota 9.

[25] *Vid.*, con respecto al ámbito de problemas que sigue, *Felber*, Rechtswidrigkeit, pp. 129 ss.

[25a] Acerca de la distribución de cargas con arreglo al principio de necesidad, *vid. infra* 12/30. Si se limita la legítima defensa en general mediante el principio de proporcionalidad (así, *Dilcher*, Hübner-Festschrift, pp. 435 ss., 460 ss.), entonces obviamente hay que distribuir *otras* cargas que en el planteamiento que aquí se propugna. Desde luego, hasta ahora no se han dado razones que fundamenten por qué hay que medir por el mismo rasero a personas que actúan culpablemente y a aquellas otras que lo hacen inculpablemente. Si se limita el derecho a la legítima defensa, sólo frente a personas que actúan inculpablemente, mediante el principio de proporcionalidad, los resultados son ampliamente idénticos a los aquí obtenidos. Se trata ya sólo de si la defensa frente a quienes actúan inculpablemente se ha de llamar «legítima defensa» o bien «estado de necesidad defensivo» (*infra* 13/46 ss.).

[26] Así, de todos modos, *Baumann-Weber*, AT, § 21, II, 1 *a; Bockelmann-Volk*, AT, § 15, B, I. 1 *a* y *e; Dreher-Tröndle*, § 32, núm. marg. 4; *Stratenwerth*, AT, 2, núm. marg. 414 s., 421 (más matizadamente, AT, 3, núm. marg. 425); *LK-Spendel*, § 32, núm. marg. 54 ss. (incluyendo las «acciones en estado de sueño» y las «acciones reflejas»); *Kohlrausch-Lange*, § 53, núm. marg. III; *Jescheck*, AT, § 32, II, 1 *a* y *c; Wessels*, AT, § 8, V, 1; *Welzel*, Strafrecht, § 14, II, 1 *a; Geilen*, Jura, 1981, pp. 200 ss., 256; a veces doctrina dominante, pero superada por la evolución de la dogmática. Bibliografía exhaustiva en *Felber*, Rechtswidrigkeit, pp. 38 ss.

[27] En especial esto es válido frente a aquellos autores que incluyen en los comportamientos de agresión incluso los ataques convulsivos, *vid. Baumann-Weber*, *Dreher-Tröndle*, *Welzel*, todos loc. cit.

naturalística de la génesis externa del conflicto es demasiado inespecífica [28], abarcando no sólo los conflictos que hay que resolver de acuerdo con las reglas de la legítima defensa, sino llegando más allá, hasta el ámbito de los conflictos que han de resolverse de acuerdo con las reglas del estado de necesidad agresivo. Sobre todo en los supuestos más arriba indicados, en los que la propia víctima de la «agresión» transforma en arriesgada una situación en sí inocua (alguien se arroja ante un coche en marcha), ésta no tiene el derecho a la legítima defensa ni al estado de necesidad defensivo, sino sólo al estado de necesidad agresivo.

2. *a)* Por consiguiente, sólo puede importar si al ataque antijurídico per- 17
tenece la responsabilidad del conflicto fundamentada por un comportamiento evitablemente (dolosa o imprudentemente) arriesgado de modo no permitido [29] o incluso la imputabilidad como culpable [30]. Si se considerasen los principios de la regulación de la legítima defensa como los principios de la distribución *normal* de las cargas de un conflicto social, sería consecuente aplicarlas también a niños, enajenados y demás personas que actúan sin culpabilidad, pero que de todos modos obran (es decir, que se comportan de modo evitable —dolosa o imprudentemente—). El que obra sin culpabilidad tendría que intentar aceptar la defensa, por principio insolidaria e inconsiderada, como su triste e inmerecido destino, por decirlo así como el coste desproporcionado de tener la posibilidad de contacto social (a reserva de correcciones en orden a dulcificar la defensa *dentro de* la legítima defensa). El derecho a la legítima defensa del agredido, en esta solución, representaría una mala fortuna para el agresor.

b) A esta solución sólo se podría llegar desde un punto de vista unilate- 18
ral, es decir, desde la preservación de los bienes del agredido [31]. Teniendo en

---

[28] La propuesta de solución descrita, consecuentemente desarrollada, conduce a dejar sin contenido el § 228 BGB, pues prácticamente no existe un peligro procedente de una cosa en el que no se podría influir en algún momento modificando la situación de la cosa por parte de personas, de modo que, adoptando esta solución, el § 32 StGB abarca el ámbito del § 228 StGB; *vid.* también *SK-Samson*, § 32, núm. marg. 14.

[29] Así la solución de *Hirsch*, Dreher-Festschrift, pp. 211 ss., 222 ss., naturalmente con determinación objetiva de la imprudencia; igualmente, *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 32, núm. marg. 19 ss., 21; *Felber*, Rechtswidrigkeit, pp. 129 ss., 135 ss.; *Schumann*, JuS, 1979, pp. 559 ss., 560; *Roxin*, Jescheck-Festschrift, pp. 457 ss., 458 s.; *Born*, Rechtfertigung, pp. 43 ss.; *Wagner*, Notwehrbegründung, p. 54 (con correciones relativas a los inculpables, pp. 76 ss.); *Fuchs*, Notwehr, pp. 92 ss.; *Schaffstein*, MDR, 1952, pp. 132 s., 136, limitándose al dolo; ¿pero no ha de ser susceptible de legítima defensa la lesión que amenaza producirse por indiferencia absoluta?

[30] Así, en definitiva, con fundamentaciones desde luego sumamente distintas, *Haas*, Notwehr, pp. 223 ss., con bibliografía exhaustiva; *Suppert*, Studien, pp. 319 ss., 321; *Schmidhäuser* Honig-Festschrift, pp. 185 ss., 194 ss.; *el mismo*, AT, 9/86; *el mismo*, Studienbuch, 6/65; *Beling*, Grundzüge [11], p. 16; *SK-Samson*, § 32, núm. marg. 14, en relación con 21; *Krause*, Bruns-Fetsschrift, pp. 71 ss., 64; *el mismo*, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 673 ss., 678 ss.; *Hoyer*, JuS, 1988, pp. 89 ss., 95 s.; en términos semejantes, *Bertel*, ZStW, 84, pp. 1 ss., 11 s.; *Otto*, Würtemberger-Festschrift, pp. 129 ss., 140. Limitándose al dolo, también, *H. Mayer*, AR, p. 2045; *el mismo*, Studienbuch, § 22, II, 2, ante *a;* en términos semejantes (estarían comprendidos los ataques culpablemente dolosos y los imprudentes conscientes), *Frister*, GA, 1988, pp. 291 ss., 305; pero al menos la exclusión de la imprudencia debida a ceguera ante los hechos (*vid.* ya nota 29 *in fine*) es arbitraria axiológicamente. Además, en los delitos dolosos en situaciones de semi-exculpación es posible una culpabilidad menor que en hechos imprudentes graves.

[31] Desde esta perspectiva, también el requisito de acción del agresor es un cuerpo extraño: sólo si uno se atiene de tal modo a bienes pueden sostenerse los argumentos del género de que

cuenta también la perspectiva del agresor no es posible justificar axiológicamente la decisión de imponerle —sólo porque obra dolosa o imprudentemente— [32] un deber de soportar más grave (defensa: todo lo necesario) que al propietario de cosas peligrosas (estado de necesidad defensivo: lo necesario atenuado por la proporcionalidad). Más bien se derivan los siguientes grados de responsabilidad por el conflicto, a los que corresponden respectivamente grados de autorización para evitar dicho conflicto:

Quien «ataca» inevitablemente (no dolosa ni imprudentemente) y sin ningún motivo para imputarlo a su ámbito de organización, ciertamente es causante externamente (inimputablemente) de un peligro, pero, por falta de responsabilidad por el peligro, jurídicamente se le considera no participante en el peligro, es decir, la intervención salvadora en sus bienes se rige por las reglas del estado de necesidad *agresivo*. Si concurren dolo o imprudencia, ello determina sólo (pero también) que el comportamiento de organización, en tanto que arriesgado de modo no permitido, fundamenta una responsabilidad, es decir, que se ha de definir al «agresor» jurídicamente, y no sólo externamente, como fuente del peligro (y no como no participante); dicho de otro modo, el dolo o la imprudencia excluyen el estado de necesidad agresivo, al igual que otras circunstancias que fundamentan la responsabilidad de la víctima de la intervención (p. ej., deberes de aseguramiento). Pero así no se ha aportado argumento alguno para renunciar a todo miramiento en la defensa: La situación es paralela al estado de necesidad *defensivo*, que presupone siempre la responsabilidad —no necesariamente fundamentada por la evitabilidad— de la víctima de la intervención. El derecho a la legítima defensa, que es más drástico, debe ser consecuencia de algo más que de la mera responsabilidad o incumbencia del agresor; éste debe, más bien, perder el derecho a poner en juego sus intereses más allá de la medida de la solidaridad mínima vigente en cualquier caso. Lo cual únicamente puede ocurrir cuando el agresor ha causado el conflicto culpablemente [33]. Sólo con estos baremos es correcta la caracterización usual del principio básico de que «el Derecho no tiene por qué ceder ante el injusto» [34].

---

contra los enajenados homicidas furiosos tendría que ser admisible la legítima defensa, etc. (*Roxin*, ZStW, 83, pp. 369 ss., 387; *Hirsch*, Dreher-Festschrift, pp. 211 ss., 217; *Felber*, Rechtswidrigkeit, pp. 139 s., y *passim*); evidentemente, tiene que ser admisible la protección que, no obstante, no puede faltar tampoco en las acciones de agresión inevitables, e incluso en los movimientos reflejos; está por fundamentar que la protección tenga que ser precisamente la legítima defensa.

[32] Si se considera más detalladamente, con arreglo a un amplio sector ni siquiera se da necesariamente una acción. Si en la imprudencia se atiende al cuidado *objetivo* (*Hirsch*, *Felber*, *Schönke-Schröder-Lenckner*, todos loc. cit.), en las personas infradotadas falta la *acción* de ataque.

[33] En favor del requisito de culpabilidad habla también el § 33 StGB, que —en contra de *Hirsch*, Dreher-Festschrift, pp. 211 ss., 229 s.; *LK-Hirsch*, § 34, núm. marg. 92— no cabe aplicar a supuestos de estado de necesidad defensivo (§ 228 BGB); y es que la situación justificante, en el estado de necesidad defensivo, surge para el propietario al menos inculpablemente, pues de lo contrario surge una situación de legítima defensa; en caso de incu[illegible], sin embargo, al propietario no cabe remitirle a que se resigne al exceso que el que se defiende le inflige culpablemente. *Por eso, el § 33 StGB sólo se ajusta a una concepción de la legítima defensa en la que la imputación al agresor no sea más leve que la imputación al autor de exceso, es decir, culpable.*

[34] *Berner*, Strafrecht, § 58, ante 1; *vid.* también *LK-Spendel*, 6, 32, núm. marg. 6, 13. *Frister*, GA, 1988, p. 291 ss., toma la culpabilidad como signo de que el agresor podría prescindir del ataque y así sustraerse a la defensa. Cuando el agresor ya no puede cesar *sin daño*, según *Frister* se da un supuesto de *estado* de necesidad. Pero ello es axiológicamente incoherente, pues la culpabilidad no se convierte en caso fortuito sólo porque sus consecuencias ya no sean reversibles. Ejem-

c) Cuestión distinta es determinar quién soporta el riesgo del error [35] so- 19
bre la naturaleza culpable del ataque; sin un riesgo permitido situado alto —¿cuándo podría ser el atacante enajenado no inadvertidamente?— la legítima defensa perdería su efectividad [36]. La importancia práctica del requisito de culpabilidad reside en excluir la defensa legítima contra niños y personas ostensiblemente enajenadas o muy embriagadas.

3. La exigencia de culpabilidad no significa que la legítima defensa se ase- 20
meje a una pena [37]. La autorización para defenderse con arreglo a la medida de lo necesario para la protección del bien —y no en proporción a la gravedad delictiva del ataque— excluye la posibilidad de considerar a la legítima defensa como un castigo. Mucho menos se trata de la reafirmación de la validez (empírica) del ordenamiento jurídico [38]. En la legítima defensa se defiende el bien atacado, y nada más [38a]. Bien es verdad que si se tuviese en cuenta el ataque a la validez de la norma la legítima defensa ganaría en proporcionalidad, pero ello no es necesario, dado que el Derecho no tiene por qué ceder ante el injusto imputable aun a costa de bienes importantes. Por lo demás, si se parte de la vigencia del ordenamiento jurídico, así como del carácter punitivo de la legítima defensa, no se puede entender la exclusión de la legítima defensa en agresiones constitutivas de grave delito, pero advertidas por el agredido como agresiones inidóneas. Además, con arreglo a los dos conceptos mencionados, si no se quiere que no sea sino una *poena naturalis* determinada por la casualidad, la defensa tendría que ser emprendida por una persona responsable, de modo que se excluiría la legítima defensa por inimputables.

D. También es posible realizar una agresión antijurídica por omisión. La 21
omisión del autor con capacidad de acción ha de infringir un deber jurídico para constituir una agresión antijurídica [39]. Si el deber jurídico es una posición de garante para la protección de bienes individuales, se aplican las reglas ge-

---

plo: Si alguien azuza su vigoroso perro de raza al débil chucho de un vecino suyo, y sólo puede interrumpir este ataque matando a su animal engrescado, lo debe matar —contra *Frister*— aun cuando sea desproporcionadamente más valioso que el animal amenazado. En el marco de lo proporcional, lo tendría que hacer incluso si el animal «atacase» por sí solo. Además, a menudo será dudoso si en el momento en que concluye el *comportamiento* de defensa el agresor podría aún sustraerse a las consecuencias de la defensa prescindiendo del ataque. El propio *Frister* argumenta, en relación al problema de la solidaridad mínima (*infra* 12/46 ss.), que la decisión última sobre la realización de la defensa, junto con sus consecuencias, corresponde al defensor (loc. cit., p. 312), contraponiéndose así a su argumentación relativa a los supuestos básicos.

[35] Acerca del reparto del riesgo de error, acertadamente *Felber*, Rechtswidrigkeit, pp. 123 s.

[36] Debido a este riesgo renuncian *Eb. Schmidt*, Niederschriften, t. II, Umdruck, R 34 (= anexo, núm. 21), pp. 52 s., y RG, 27, pp. 44 ss., a la culpabilidad; como aquí, *Haas*, Notwehr, p. 245.

[37] Así, no obstante, *H. Mayer*, Studienbuch, § 22, II, 2 *a;* detalladamente al respecto, *Haas*, Notwehr, pp. 151 ss.; *Bitzilekis*, Tendenz, pp. 62 ss.

[38] *Schmidhäuser*, como en nota 30; en contra, pormenorizadamente, *Wagner*, Notwehrbegründung, pp. 13 ss.

[38a] En lo esencial también *Fuchs*, Notwehr, pp. 37 ss.

[39] Doctrina dominante; *Maurach-Zipf*, AT, 1, § 26, núm. marg. 9; *SK-Samson*, § 32, núm. marg. 7; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 418. BayObLG, NJW, 1963, pp. 824 s.; OLG Hamm, GA, 1961 pp. 181 ss.; dubitativos, *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 32, núm. marg. 10 s. *De otra opinión, Bockelmann-Volk*, AT, § 15, B, I, 1 *a;* bibliografía detallada en *Felber* Rechtswidrigkeit, pp. 193 s., nota 1.

nerales. Ejemplo: Al cirujano, en el marco de lo necesario, se le puede forzar por todos los medios apropiados a que concluya correctamente desde el punto de vista médico una grave intervención quirúrgica. Si se trata de una posición de garante para la protección de bienes en manos públicas o de un deber que incumbe a todos, de acuerdo con los §§ 138, 323 *c* StGB, se aplican las particularidades, más arriba expuestas, del auxilio necesario del Estado. Ejemplo: En un accidente que hace necesario el auxilio sanitario, un particular sólo puede forzar al médico, que por casualidad está presente (en el marco del § 323 c StGB), si no se puede contactar con la policía. Para el aseguramiento de bienes relativos no queda más que el § 229 BGB [40].

IV. LA ACTUALIDAD DEL ATAQUE

22 A. 1. La legítima defensa no es admisible ya cuando al agredido le es más fácil o cuando tendría mejor efecto [40a], sino sólo cuando el ataque antijurídico es actual. Ello obedece a dos motivos: Por una parte, es necesario que exista algo tan drástico como un ataque actual [40b] para hacer tolerable el pasar por alto la proporcionalidad entre el bien atacado y el daño causado en la defensa. Por otra parte, la evitación del delito *planificada*, así como la recuperación *planificada* de los bienes sustraídos delictivamente, es misión de la policía (*vid. supra* 12/7 y nota 12); sólo al haber un ataque actual la urgencia de la situación sobrepasa la preocupación por las competencias. En este sentido ha de interpretarse el carácter actual.

23 2. Punto de referencia de la actualidad no es, de modo distinto a como ocurre en la tentativa, la (formal) realización del tipo (sobre todo teniendo en cuenta que no se trata de bienes jurídico-penalmente protegidos), cuando no se cuestiona excepcionalmente la legítima defensa del Estado en forma de evitación de delitos, sino la pérdida (material) de un bien. El ataque es actual cuando se materializa esta pérdida, es decir —en esta medida análogamente a la regulación de la tentativa— [40c] cuando ésta es inminente (ejemplo: El agresor coge el arma para disparar inmediatamente) [41], o bien es posible interrumpirla [42], o acaba de tener lugar de un modo reversible (ejemplo: cuando se le interpela, el ladrón huye con el botín; el defensor impide que se lleve el botín matando de un tiro al ladrón) [43]. Así pues, el agredido no tiene por qué espe-

---

[40] RG, 19, pp. 298 ss.; con respecto a la delimitación entre meros deberes contractuales y deber de garante, *vid. Felber*, Rechtswidrigkeit, pp. 193 ss., 198; acerca de la problemática jurídico-política del límite entre los § 228 BGB y 32 StGB, *vid. Arzt*, Schaffstein-Festschrift, pp. 77 ss., 81 s.

[40a] En contra, atinadamente, *Roxin*, Tjong-Gedächtnisschrift, pp. 137 ss., 140 s.

[40b] *Vid.* BayObLG, JZ, 1985, p. 591: Actual es el ataque sólo cuando la voluntad de agredir se pone de manifiesto en una situación amenazadora.

[40c] En contra *Roxin*, Tjong-Gedächtnisschrift, pp. 137 ss., 139 s.: El criterio para determinar el comienzo de la tentativa sería distinto al criterio para determinar la actualidad. Lo cual es discutible: En ambos casos se trata, en los delitos de lesión, de la amenaza de organización ajena.

[41] BGH, NJW, 1973, p. 225; RG, 61, pp. 216 s., 217; 67, pp. 337 ss., 339 s.

[42] RG, HRR, 1940, núm. 1102.

[43] RG, 55, pp. 82 ss., 84; *vid.* no obstante, en relación con la desproporción de bienes en esta sentencia, *infra* 12/46 ss.; RG, 60, pp. 273 ss., 277; RG, HRR, 1939, núm. 715. La legítima defensa contra la toma de fotografías antijurídica es posible, pues, hasta poco *después* del revelado de la película; *de otra opinión*, *Haberstroh*, JA, 1983, pp. 314 ss., 316 (*vid.* también *supra* 12/nota 5).

rar a recibir el primer golpe, ni renunciar a arrebatar el botín al agresor; lo único que hace falta es que sus acciones supongan reacciones inmediatas a la acción de lesión del bien. Cuando continúa el alejamiento del botín en unidad de acción en sentido jurídico (32/5), todo el ataque sigue siendo actual hasta el último acto parcial. El instante de la última posibilidad de defensa no representa ningún criterio para la determinación de la actualidad, ya que lo drástico de la agresión no depende de él [44].

3. La defensa frente a ataques futuros —si se prescinde de la legítima de- 24
fensa preventiva (de la que se tratará en seguida)— no está justificada [45], como tampoco la defensa frente a ataques ya repelidos, pero que quizá se repitan después (¡no inmediatamente!) [46]. El límite es tan difuso como el del comienzo de la tentativa.

B. 1. Especiales dificultades residen en la delimitación entre la agresión 25
ejecutada, pero aún remediable, y la consecución por la fuerza de una reparación o resarcimiento (que no se puede justificar por legítima defensa, sino a lo sumo por el § 229 BGB). Así, p. ej., la detención ilegal, o la violencia, o el infligir dolor, es posible quebrantarlos en legítima defensa, pero no la desposesión permanente en el hurto o la privación permanente del patrimonio en la estafa. La problemática [47] se corresponde con la determinación del límite en la injerencia (*vid. infra* 29/8 y *supra* 6/83). En definitiva, se trata de si el bien afectado únicamente ofrece una posibilidad de desarrollo (propiedad, patrimonio), y entonces con este bien la oportunidad está perdida, o de si el bien consiste en el desarrollo (sobre todo libertad e integridad física), entonces la privación ilegítima de posibilidades de desarrollo constituye un ataque renovado. Ejemplo: La sustracción de unas gafas a un corto de vista, como hurto sólo es remediable justificadamente lo más tardar inmediatamente tras la ejecución de la acción, pero como coacciones es remediable justificadamente en tanto que a la víctima se le fuerza a realizar un comportamiento aprovechando la falta de la vista.

2. No está clara la determinación del final del ataque en los supuestos en 26
que el agresor ya no influye (o incluso no puede influir) el curso causal conducente a un daño ulterior. Ciertamente la defensa no está excluida sólo porque el agresor haya perdido su influencia sobre el suceso: Uno se puede defender contra el que está golpeando aun cuando éste ya no pueda detener el golpe, e incluso se puede poner la zancadilla al agresor aun cuando éste ya no sea capaz de evitar el obstáculo. No obstante, cuando la ejecución externa de la agresión

---

Desde luego, en caso de daños no reversibles mediante defensa (lesiones), inmediatamente después de la producción del daño ya no es *necesaria* defensa alguna.

[44] *Vid.*, no obstante, *infra*, en relación con la legítima defensa preventiva; acertadamente, *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 32, núm. marg. 14.

[45] RG, 64, pp. 101 ss., 103; BayObLG, JR, 1986, pp. 291 s., con comentario de *Bottke*, loc. cit., pp. 292 ss., y reseña de *Kratzsch*, StV, 1987, pp. 224 ss.; demasiado proclive a la legítima defensa, RG, 53, pp. 132 ss.

[46] RG, 43, pp. 342 ss.; 48, pp. 215 ss., 217; OLG Dresden, DRiZ, 1935, núm. 299.

[47] La alusión usual a los delitos permanentes (*Jescheck*, AT, § 32, II, 1 *d; Dreher-Tröndle*, § 32, núm. marg. 10; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 32, núm. marg. 15; *vid.* también *Kühl*, Beendigung, pp. 151 ss.; sobre el concepto, *vid. Hau*, Beendigung, pp. 70 ss.) —al margen de la falta de claridad de este concepto— no abarca el problema por completo.

está concluida, es dudoso el límite en los supuestos en que la consecuencia del ataque se podría impedir a costa del agresor. Así, p. ej., a aquel que ha destruido un órgano que se le iba a implantar a la víctima, no se le puede extraer en legítima defensa de terceros un órgano suyo para donarlo a la víctima, ni siquiera si la lesión de la víctima, p. ej., por la creciente debilidad o por dolores que aún duran, no ha concluido, es decir, si aún se trata de evitación de consecuencias y no de reparación. En términos abstractos: Se duda en qué medida, junto al comportamiento que constituye la agresión, el desarrollo de las consecuencias también pertenece al ataque. Lo cual será el caso únicamente cuando la configuración actual del ámbito de organización del atacante es aún condición del desarrollo de las consecuencias (*vid.* los ejemplos indicados).

27 3. El requisito de la actualidad determina una «laguna de defensa» en aquellos supuestos en que la agresión no ha comenzado aún cuando ya pasa la última oportunidad para defenderse. Dado que en esta situación falta lo drástico de un ataque actual, la defensa sólo está justificada de modo limitado, es decir, subsidiariamente con respecto al auxilio policial, o sólo en el marco de los principios de proporcionalidad aplicables en el estado de necesidad defensivo, y ello sólo cuando se concretan y revelan el género y alcance (mínimo) del ataque que se avecina. Ejemplo: Quien no puede disuadir de otro modo al mirón que continuamente le importuna, puede dispararle y lesionarlo, aun cuando la lesión no sea necesaria para repeler la molestia actual porque el autor —naturalmente con *animus revertendi*— [48] huye. Se discuten los pormenores de esta legítima defensa (también de terceros) preventiva o situación similar a la legítima defensa (también de terceros) (legítima defensa incompleta) [49].

---

[48] Lo pasa por alto completamente BGH, NJW, 1979, pp. 2053 s.; en definitiva como aquí *Hruschka*, NJW, 1980, pp. 21 ss., 22; *Hirsch*, JR, 1980, pp. 115 ss., 117; *Schroeder*, JuS, 1980, pp. 336 ss., 341; restrictivo (sólo en caso de comportamiento que aparece actualmente amenazante, más existencia del contexto de detención) *Roxin*, Jescheck-Festschrift, pp. 457 ss., 482.

[49] Fundamental, *Suppert*, Studien, pp. 356 ss., que pretende admitir la legítima defensa preventiva también en supuestos en los que la defensa posterior ciertamente habría sido posible, pero habría comportado intervenciones más graves. La jurisprudencia ha reconocido la legítima defensa preventiva en caso de grabación en cinta magnetofónica para defenderse de las posteriores coacciones, extorsión, etc.; BGHZ, 27, pp. 284 ss., 290; BG, 14, pp. 358 ss., 361; 19, pp. 326 ss., 332 s.; OLG Celle, NJW, 1965, pp. 1677 ss.; OLG Düsseldorf, NJW, 1966, p. 214; OLG Frankfurt, NJW, 1967, pp. 1047 ss.; al respecto, *Haug*, MDR, 1964, pp. 548 ss., 552; *el mismo*, NJW, 1965, pp. 2391 s.; *R. Schmitt*, JuS, 1967, pp. 19 ss.; *lo rechazan*, *Arzt*, MDR, 1965, pp. 344 ss.; *Baumann*, MDR, 1965, pp. 346 s.; *Baumann-Weber*, AT, § 21, II, 1 *a*; *Roxin*, Tjong-Festschrift, pp. 137 ss., 146 ss. (que incluye la «fase final de la preparación» en la actualidad del ataque, p. 142, y por lo demás, modificando la ponderación de intereses en el estado de necesidad agresivo obtiene resultados equivalentes a los de aquí; *el mismo*, Jescheck-Festschrift, pp. 457 ss., 478 ss.; *el mismo*, Oehler-Festschrift, pp. 181 ss., 190; *LK-Spendel*, 6, 32, núm. marg. 127 ss.; la justificación por estado de necesidad bastaría según *Jescheck*, AT, § 32, II, 1 *a*, *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 421; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 32, núm. marg. 17; *Hillenkampf*, Vorsatztat und Opferverhalten, pp. 112 ss., 274 ss.; *Haberstroh*, JR, 1983, pp. 314 ss., 317; *Günther*, Strafrechtswidrigkeit, pp. 324 ss. (reconociendo de todos modos una situación «semejante al estado de necesidad» amplia, en la que decaería el merecimiento de pena; *vid.* también *el mismo*, JR, 1985, pp. 268 ss., 271). Según *Amelung* (GA, 1982, pp. 381 ss., 398 ss.; *vid.* al respecto *Wagner*, Notwehrbegründungen, pp. 34 s., con nota 49), contra la extorsión mediante amenaza de revelar asuntos comprometedores, como defensa secreta, sólo estaría permitida la legítima defensa mediante «contraataque comunicativo» (contracoacciones) y mediante «registro del comportamiento del extorsionador» (grabación en cinta magnética). En otra defensa secreta, particularmente en la muerte del extor-

V. LA REPULSION DEL ATAQUE

A. 1. Está justificado sólo el rechazo mediante la intervención en bienes del atacante, pero no de terceros no partícipes [50]; tampoco están autorizadas las perturbaciones de la seguridad pública o del orden público —p. ej., infracciones de la ley de armas— para repeler [50a]. En cualquier caso, la intervención dolosa o imprudente en los bienes de terceros puede estar justificada por el estado de necesidad. Ejemplo: Como medio defensivo contra la agresión, el agredido utiliza una cosa ajena, que resulta dañada [51]. Tampoco existe excepción con respecto a los medios de ataque pertenecientes a terceros o a bienes públicos [52]. Ejemplo: La conducción en estado de embriaguez, que al mismo tiempo constituye legítima defensa de terceros (el conductor quiere acudir en auxilio del agredido) sólo se puede justificar de acuerdo con las reglas del estado de necesidad [53]. 28

2. Hasta ahora no se ha aclarado el problema, que aparece en dos grupos de supuestos, de si —en el marco de lo necesario— se puede intervenir en todos los bienes del agresor o sólo en aquellos que éste emplea para el ataque [54]. En un supuesto se trata de la selección de los medios de repeler empleados contra el atacante (¿se puede arrojar a quien se dispone a agredir antijurídicamente su valiosa porcelana de Meißen, sin tener en cuenta la proporcionalidad?); en otro, de la fuerza en las cosas del agresor para doblegar su voluntad (¿se

---

sionador, existiría el peligro que se conociese la realización del tipo, pero no el contexto justificante; a causa de esta puesta en peligro de la «confianza en el ordenamiento jurídico», no es adecuada esta defensa. Obviamente, es muy dudoso que sea generalizable el postulado de que una situación justificante tenga *ex post* que poderse dar a conocer públicamente. Los intentos de restricción tienen que recibir su admisibilidad de la circunstancia de que una amenaza de revelar lo verdadero no sea objetivamente una extorsión, sino abuso de la necesidad ajena (como modalidad de *Wucher*, usura) (*Jakobs*, Peters-Festschrift, pp. 69 ss.). *En relación con la extorsión regirán los siguientes principios*: 1) La posibilidad, que siempre se da —salvo en caso de *vis absoluta*—, de negarse a realizar el comportamiento que se trata de conseguir mediante las coacciones, priva de su necesidad a la defensa para evitar ese comportamiento (es decir, para evitar la disposición patrimonial perjudicial). 2) Si el mal con que se amenaza constituye a su vez un ataque antijurídico, y es actual, resulta admisible la legítima defensa, de acuerdo con las reglas generales. 3) Si falta la actualidad, se aplican las reglas de la situación semejante a la legítima defensa. 4) La presión psíquica, que siempre es ya actual, no permite la legítima defensa, al igual que tampoco el miedo ante un perjuicio *futuro* supone un ataque *actual*.

[50] Hoy indiscutido en lo esencial; en otro sentido aún *Frank*, § 53, nota II, 1.er párrafo, con ejemplos que se resuelven a través de la justificación, por estado de necesidad, de la intervención en los bienes de terceros. Si terceras personas no responsables resultan muertas o gravemente lesionadas por la defensa, sólo queda la posibilidad de exculpación, por el § 35 StGB, de quien se defiende; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 429; *de otra opinión*, *LK-Spendel*, § 32, núm. marg. 216, con referencias bibliográficas del anterior estado de la cuestión en la nota 449.

[50a] A la inversa, la intervención *en los bienes del atacante* no se torna no permitida porque quien se defiende lleve un arma sin autorización (BGH, NJW, 1986, p. 2716) o menoscabe antijurídicamente los bienes de personas no involucradas.

[51] RG, 23, pp. 116 s.; 58, pp. 27 ss., 29, con referencias; BGH, 5, pp. 245 ss., 248; BGHZ, NJW, 1978, pp. 2038 s., entre otras.

[52] Controvertido; como aquí, *Schönke-Schröder-Eser*, § 32, núm. marg. 32, con referencias; *de otra opinión*, *LK-Spendel*, § 32, núm. marg. 21.

[53] *Vid.* OLG Celle, NJW, 1969, p. 1775.

[54] Así *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 428.

puede causar estragos en la bilblioteca o en la bodega del agresor, o torturar a su perro, para forzar al agresor a deponer su actitud?). La decisión depende de si el agresor se sitúa en el injusto con todas las consecuencias (entonces justificación por legítima defensa) o sólo lo hace limitadamente (entonces justificación por estado de necesidad). Como los bienes interesan jurídicamente sólo en su asignación a su titular, y éste está situado en el injusto, deberá preferirse la solución indicada en primer lugar (dudoso).

29 B. La defensa puede presentarse como defensa de protección (lesión de los bienes del agresor como consecuencia accesoria; ejemplo: se cierra la puerta ante la acometida del agresor, pillándole a éste un dedo) o como defensa ofensiva (la lesión es intencionada; ejemplo: muerte del agresor al que no se puede detener de otro modo) [55]. Ambas formas de defensa pueden concurrir; ejemplo: Cuando el agresor se arroja sobre la víctima, ésta le presenta un cuchillo; legítima defensa de protección, en tanto que se trata de una defensa mediante la amenaza de herir; defensa ofensiva, en tanto que se pretende actuar repeliendo la lesión actual.

VI. LA NECESIDAD DE LA DEFENSA

30 A. 1. El defensor sólo está justificado cuando elige, de entre los medios apropiados para la defensa, el que comporta *la pérdida mínima para el agresor.* La defensa permitida no se corresponde fijamente con una agresión determinada, sino que depende de la fortaleza de autor y víctima, de las perspectivas de resultado y de los medios defensivos disponibles, en cuyo empleo la defensa necesaria puede ser distinta a igualdad de agresión por lo demás [56]. No importa la proporcionalidad de los bienes afectados, sino que, con arreglo al § 32 StGB, la defensa de bienes materiales, cuando la agresión no se puede repeler de otro modo, puede amparar hasta la muerte del agresor. Puede que una defensa desproporcionada no sea precisamente deseable, pero no por ello es equiparable ya a una intervención arbitraria [56a]. Acerca de la naturaleza relativa de la necesidad, *vid. supra* 11/19 *a*.

31 2. Nada se modifica en esta clara determinación de lo necesario cuando el *efecto del medio defensivo es inseguro.* Se trata entonces de decidir si se puede emplear un medio más drástico cuando el efecto del medio más suave es incierto y no es posible el empleo sucesivo de ambos medios sin riesgo para la

---

[55] *Vid.* RG, 16, pp. 69 ss., 71.

[56] Lo cual se denomina en ocasiones —induciendo a confusión— como proporcionalidad entre la intensidad de la agresión y la de la defensa; no obstante, si contra un leve ataque sólo hay a disposición medios defensivos enérgicos, cabe utilizarlos a pesar de la diferencia de intensidad.

[56a] De acuerdo con *Frister*, GA, 1988, pp. 291 ss., 313 s., en las intervenciones en bienes no disponibles del atacante, la legítima defensa sólo puede realizarse proporcionalmente [desde luego, la limitación sólo estará suficientemente determinada en relación con la vida por medio del artículo 2 del Convenio de Derechos Humanos (MRK) —al respecto 12/39 s.—, pero en ataques simplemente contra la integridad corporal fracasa la limitación por el artículo 103.2 GG y § 1 StGB]. Como fundamento se señala que el atacante no puede renunciar eficazmente a los bienes sustraídos a su disposición por el mero hecho de atacar. Pero también cabe tomar el § 32 StGB como prueba de que los bienes indisponibles, bajo las condiciones de la legítima defensa, resultan tratados como susceptibles de perderse en el juego.

eficacia de la defensa. A reserva de las limitaciones a la legítima defensa que más abajo se expondrán, el agredido se debe conformar con una defensa insegura cuando sigue teniendo a disposición, sin desventajas entretanto, la defensa segura [57]. Ejemplo: Contra un ataque con los puños, el defensor que dispone de un cuchillo sólo está autorizado a emplear el arma para amenazar (en caso de que haya expectativa de éxito y no sean de temer la lucha cuerpo a cuerpo y la pérdida de la posibilidad de defensa), pero contra una ataque con un arma de fuego quedará sólo la posibilidad de acuchillar inmediatamente [58].

3. Si un ataque puede aún repelerse al principio utilizando un medio más 32
leve, pero después sólo con otro drástico, no existe *ninguna obligación de comenzar antes* para tratar mejor al agresor. Ejemplo: Quien omite cerrar con llave la puerta ante el agresor, no pierde la autorización para defenderse después. Cuando la espera de todos modos sólo reporta mínimas ventajas al atacado y el ataque posterior conduce a la muerte o a graves lesiones del atacante, puede tener que juzgarse la renuncia a la defensa temprana de acuerdo con el § 323 *c* StGB (*vid.* asimismo *infra* 12/35).

B. El agredido tampoco está obligado a escoger, de entre los varios me- 33
dios disponibles, el más leve cuando este medio le supone, frente a otros, un *esfuerzo o costo mayor*. Esto es aplicable siempre que la evitación del esfuerzo por su parte sea un bien susceptible de legítima defensa y no resulte vulnerada la solidaridad mínima; pues de lo contrario se le exigiría al agredido en la configuración de la defensa aquello de lo que está exento en la autorización de defenderse, es decir, renunciar a bienes en favor del agresor. Para el ámbito de los daños patrimoniales ello significa que el defensor no tiene por qué sacrificar en la defensa un elemento patrimonial sólo por ahorrar al agresor pérdidas superiores. Ejemplo: Si el agresor azuza a su (!) perro contra el agredido, éste no tiene por qué ofrecer galletas (que tiene a su alcance) al perro para evitar el ataque, en tan escasa medida como no tendría que sacrificar las galletas si el perro hubiese sido azuzado contra las propias galletas. El límite viene dado por la solidaridad mínima (al respecto, con más detalle, *infra* 12/46 ss.); el agredido tampoco está liberado de la aportación que se exige a cualquiera para la preservación de bienes especialmente valiosos (vida, salud elemental, etc.). Ejemplo: Nadie puede matar inmediatamente al atacante mediante *un* disparo intencionado, porque la incapacidad para pelear se habría logrado mediante *varios* disparos (disponibles) a las piernas, pero el agredido quiere resolver la defensa al menor costo [59]. No obstante, los disparos a las piernas del atacante siguen siendo necesarios, aun cuando arrojar una vieja pieza de Faenza (disponible) del agredido habría repelido el ataque. En la determinación del costo

---

[57] RG, 68, pp. 182 s.; 69, p. 23; BGH, 24, pp. 356 ss., 358; 25, pp. 229 ss., 230 s.; BGH, GA, 1965, pp. 147 ss.; BGH, JR, 1980, pp. 210 s., 211; BGH, StV, 1982, pp. 467 s.; BGH, NStZ, 1983, pp. 117 y 500; con limitaciones relativas a los supuestos de provocación, también BGH, 26, pp. 256 ss., 257; limitando drásticamente en casos de provocación, BGH, 26, pp. 143 ss., 145 s. Pormenorizadamente, *Warda*, Jura, 1990, pp. 344 ss., 393 ss., 397 s. Acerca del Derecho austríaco, *Fuchs*, Notwehr, pp. 125 ss.

[58] *Vid.* BGH, 26, pp. 256 ss., 258; BGH, NStZ, 1987, pp. 1272 y 322 s.; BayObLG, JZ, 1988, pp. 725 s.; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 26, núm. marg. 32.

[59] Así se resuelven también los fallos RG, 65, pp. 180 ss., 183 s.; 72, pp. 383 s., 384: La imagen desagradable de una «persona con uniforme» involucrada en una riña, frente a la vida y la salud no tiene más que una importancia secundaria.

cuentan las preferencias subjetivas sólo si se las puede hacer ineludiblemente compartibles. Así, p. ej., tampoco puede disparar aquel que se puede defender golpeando, pero considera los golpes algo grosero o excesivamente fatigoso. El ámbito del esfuerzo que se suele emplear cotidianamente para diversos fines, sin diferenciación, se tratará por lo general como de la misma importancia. Con arreglo a estos principios, el defensor debe aceptar la *ayuda ajena* que esté presente, o a la que se podría recurrir sin un esfuerzo que sobrepasara el marco indicado, si así la defensa se vuelve más suave. Ejemplo: Varias personas pueden sujetar al atacante enfurecido; una sola persona tendría que lesionarlo peligrosamente con un arma [60]. De todos modos, no existe la obligación de preparar la defensa consiguiendo ayuda antes de que el ataque sea actual.

34 C. Para la defensa no son necesarias las *medidas inadecuadas*, y por tanto tampoco están justificadas (no obstante, su empleo puede estar disculpado por el § 33 StGB) [61]. Así pues, la víctima del ataque, demasiado débil como para defenderse, no está autorizada para infligir al agresor al menos los daños —inútiles para la defensa— que realiza, sino que debe soportar la agresión sin lucha [62] (naturalmente, la agresión despliega una eficacia atenuante de la culpabilidad, aunque el autor reaccione en un estado pasional esténico; *vid. infra* en torno al exceso en la legítima defensa, 20/29). La legítima defensa no es un castigo; no es que el agresor se haya convertido en indigno de una medida mínima en la defensa, sino que la legítima defensa sirve a la protección de bienes y más allá de ésta es inadmisible. Dado que el defensor por lo general calculará al menos alguna probabilidad de resultado, o la probabilidad de un retraso en la producción del resultado [62a], estos supuestos no tendrán apenas importancia si se parte de la determinación subjetiva y *ex ante*, aquí propuesta, de la necesidad.

35 D. También se lleva a cabo con arreglo a estos principios el enjuiciamiento de la conformidad a Derecho de los *dispositivos de protección automatizados*

---

[60] Como aquí, *Haas*, Notwehr, pp. 279 ss., con bibliografía; *Bitzilekis*, Tendenz, pp. 71 ss.; *Jescheck*, AT, § 32, II, 2 *c;* en lo esencial también *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 32, núm. marg. 41; de entre la jurisprudencia, como aquí, RG, 66, pp. 244 ss., 245; 71, p. 133 ss., 134; 72, pp. 57 ss., 58 (esta última sentencia, con fundamentación errónea); acerca de la distinción del *Reichsgericht* entre el auxilio presente y el que hay que procurarse, *vid. Kratzsch*, Grenzen der Strafbarkeit, pp. 13 ss.; *de otra opinión*, *Maurach-Zipf*, AT, I, § 26, núm. marg. 32, entre otros; AG Bensberg, NJW, 1966, pp. 733 ss., con comentario de *Himmelreich*, loc. cit., pp. 733 s. Aceptar la ayuda, frente a una opinión difundida, no supone ceder ante la agresión (¡la legítima defensa no es un deporte!); nadie puede reclamar la situación de legítima defensa para «resolverla» por sí solo.

[61] Ampliamente, *Warda*, Jura, 1990, p. 334 ss., 351 s. *Warda*, loc. cit., pp. 393 ss., 394, en un ataque de varios, indaga acertadamente la adecuación por separado para cada atacante incluso cuando todos juntos persiguen *un* único fin: Nadie tiene por qué tolerar un menoscabo antijurídico sólo porque éste vaya a ser sustituido antijurídicamente. Evidentemente, en caso de ataque con varios medios, *Warda* pretende decidir en otro sentido (pp. 395 s.); pero un curso causal iniciado antijurídicamente no hay por qué tolerarlo sólo porque ya se haya iniciado otro curso causal (sea por parte de quien sea). En tanto que la defensa frente a un curso causal retrase el resultado —aunque sea mínimamente— también *Warda* estima que está permitida la defensa (pp. 344 ss., 346).

[62] Distinguiendo según que la defensa sea o no apropiada en cuanto a su género, *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 32, núm. marg. 35; de acuerdo con ello, en caso de mero déficit de intensidad de la defensa, se produciría la justificación.

[62a] Retrasar la producción del resultado constituye defensa; al respecto ampliamente, *Warda*, Jura, 1990, pp. 344 ss., 346.

(o con empleo de animales) [63]. Como falta en el agredido la obligación de tener prevista la disponibilidad de medios de defensa lo menos dañosos posibles en caso de ataque [63a], en los dispositivos de protección no puede importar si en caso de ataque habría bastado también un dispositivo menos drástico; más bien, todos las instalaciones han de juzgarse como si el agredido hubiera renunciado a todas las posiblidades de defensa salvo a la utilización del dispositivo [64]: Así pues, el tenedor del dispositivo soporta el riesgo de responsabilidad si el dispositivo se activa por la acción de personas cognosciblemente inculpables o por una mera gamberrada (*vid. infra* 12/48), lesionando al agresor, o cuando no se respeta la solidaridad mínima en ataques mínimos. Ejemplo [65]: No son admisibles los disparos de un dispositivo automático contra el borracho que se propone «dormirla» en el jardín ajeno. Cabe considerar tales dispositivos como una vulneración de la seguridad pública y por tanto como inadmisibles [66], pero no por eso se convierte su empleo contra bienes de un antijurídico agresor (por falta de relación de antijuricidad) también en antijurídico.

E. Dado que el agredido no tiene por qué aceptar ni siquiera efectos par- 36
ciales de la agresión, *no está obligado a esquivar al ataque* [67]. Debe ser indiferente que el esquivar se pudiese interpretar como una «huida deshonrosa» o como un ceder inteligente, con tal que la libertad frente a la determinación ajena se cuente entre los bienes susceptibles de legítima defensa [68]. El límite de

---

[63] La necesidad de autorización administrativa de tales dispositivos es, a efectos del § 32 StGB, tan irrelevante como la necesidad de permiso de armas con respecto a la justificación del uso de esta arma en legítima defensa (al respecto *supra* 12/28); en ambos casos falta la relación de antijuricidad.

[63a] Lo pasa por alto *Kunz*, GA, 1984, pp. 539 ss., 549.

[64] Como aquí, *LK*[8]*-Jagusch*, § 53, nota 3, letra *f;* restrictivamente, *Kunz*, GA, 1984, pp. 539 ss., 550; *LK-Spendel*, § 32, núm. marg. 248 ss.; *vid.* también *Maurach-Zipf* AT, I, § 26, núm. marg. 49.

[65] *Vid.* también OLG Braunschweig, MDR, 1947, pp. 205 s.: no se permiten las vallas electrificadas letales para proteger la fruta.

[66] *Vid. H. Mayer*, AT, p. 205.

[67] Es claro RG, GA, 46 (1898/99), pp. 31 s.: La defensa está permitida, pero esquivar no es defensa, es decir, en la determinación de lo necesario no hay que tenerlo en cuenta; BGH, NJW, 1989, pp. 3027 s., con referencias jurisprudenciales; igualmente, *Kratzsch*, GA, 1971, pp. 65 ss., 75; en lo esencial también *Wagner*, Notwehrbegründung, pp. 56 ss.; *de otra opinión*, *Montenbruck*, Thesen, pp. 30 s.

[68] Cuando se exige la retirada ante ataques de enajenados (*Welzel*, Strafrecht, § 14, II, 2; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 435), la problemática se resuelve considerando, como en la posición que aquí se propugna, que los ataques de éstos no constituyen ya agresiones antijurídicas. Por lo demás, en lo esencial como aquí la doctrina dominante; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 32, núm. marg. 40; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 26, núm. marg. 37 ss., con bibliografía; igualmente también la reciente jurisprudencia; BGH, 24, pp. 356 ss., 358 (sobre esta sentencia, *vid. Roxin*, NJHW, 1972, pp. 1821 s.; *Schröder*, JuS, 1973, pp. 157 ss.; *Lenckner*, JZ, 1973, pp. 253 ss.); BGH, NJW, 1980, pp. 2263 s. (invocando equivocadamente un supuesto código de honor de las peleas; en contra, *Arzt*, JR, 1980, pp. 211 ss., 212); BGH, NStZ, 1981, p. 138, donde el esquivar sólo se menciona ya como consecuencia de ataques provocados. No obstante, en otro sentido, RG, 71, pp. 133 ss., 134; BGH, 5, pp. 245 ss., 248 s., y especialmente BGH, NJW, 1962, pp. 308 s., donde se exige que se evite de entrada el ámbito de actividad de atacantes alborotadores (rechazándolo, *Gutmann*, NJW, 1962, pp. 286 ss.; *Baumann*, MDR, 1962, pp. 349 s.; *Schröder*, JR, 1962, pp. 187 s.). En el supuesto de la sentencia, había estallado desde hacía tiempo una especie de guerra privada entre los participantes —de todos modos, con papeles de atacantes claramente distribuidos—; por eso la necesidad de la defensa había llegado a ser planeable; para tales casos habría que establecer *de lege ferenda* que ha de buscarse el auxilio policial incluso contra ataques aún no actuales.

lo admisible reside en el paso a la defensa desproporcionada y en la vulneración de la solidaridad mínima.

37 F. 1. Según una opinión extendida, la necesidad debe referirse a la acción de defensa y no al resultado de la defensa. A partir de esta relación con la acción, también habrá justificación cuando se infligen al atacante lesiones que el agredido no había previsto y que por tanto tampoco tuvo en cuenta en la determinación de la necesidad [69].

38 2. Sin embargo, el resultado, en sí acertado, se puede fundamentar mejor con las *reglas* generales *del error:*

a) Si la acción de defensa comporta una consecuencia lesiva de modo inevitable (ni dolosa ni imprudentemente), ya no se responde por falta de una acción referida a la consecuencia.

b) Si la acción de defensa comporta una consecuencia lesiva de modo evitable (dolosa o —lo que aquí es relevante— imprudentemente) (ejemplo [70]: Ya al levantar al arma de fuego para amenazar se escapa un disparo) hay que distinguir:

a') Si la lesión es necesaria para la defensa, también su realización es necesaria, tanto si se atiende a la acción como al resultado.

b') Si la consecuencia lesiva de la acción es superflua para la defensa, pero el defensor no tenía la posibilidad de otra acción, el empleo del medio más drástico está justificado por no haber estado disponible otro más leve.

c') Si la lesión es superflua para la defensa y el defensor tuvo, cognoscible mente, otra alternativa de comportamiento de consecuencias más leves, no está autorizado para ejecutar la acción con consecuencia más gravosa [71]. En orden a enjuiciar el error sobre la situación justificante que se da en este grupo de casos ha de tenerse en cuenta la urgencia en decidir que suele darse en la legítima defensa, así como el § 33 StGB.

VII. LIMITACIONES DEL DERECHO A LA LEGITIMA DEFENSA

A. ¿Limitaciones por el Convenio de derechos humanos?

39 1. Es objeto de polémica si el Convenio de derechos humanos (MRK) [72], sobre todo el artículo 2 MRK, aquí determinante, se aplica sólo a la actuación

[69] *Vid.* al respecto, *Himelreich*, Notwehr und unbewußte Fahrlässigkeit, *passim*; *el mismo*, GA, 1966, pp. 129 ss.; *Niese*, Finalität, p. 46; *Schaffstein*, Welzel-Festschrift, pp. 557 ss., 576; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, p. 37; R. *Schmitt*, JuS, 1963, pp. 64 ss.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, AT, 9/103; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 32, núm. marg. 38; *Jescheck*, AT, § 32, II, 2 *b*; *R. Hassemer*, JuS, 1980, pp. 412 ss.

[70] BGH, 25, pp. 229 ss., 230; 27, pp. 313 ss., *vid.* también RG, 56, pp. 285 s.

[71] BGH, 27, pp. 313 ss., 314.

[72] Ley de 17 de agosto de 1952, BGBl., II, p. 686. El Convenio de Derechos Humanos tiene el rango de ley ordinaria; BVerfG, 10, pp. 271 ss., 274; el Convenio obliga en Derecho internacional en las redacciones inglesa y francesa; como Derecho interno se promulgó también la versión alemana; su interpretación ha de llevarse a cabo, de acuerdo con la obligación de Derecho internacional, teniendo en cuenta los textos inglés y francés.

en ejercicio de la soberanía [73] o también a la actuación particular [74], armonizando mejor la primera solución con el resto del contenido regulativo del Convenio (en los arts. 2 a 9 MRK) y sobre todo con el contenido restante del artículo 2 MRK (pena de muerte, derecho a detener, lucha contra desórdenes y rebeliones).

2. Aunque la regulación de la legítima defensa del § 32 StGB es *lex* pos- 40
terior (desde 1 de enero de 1975) [75], de todos modos ha de aclararse de nuevo el concurso entre el Convenio y la legítima defensa, sobre todo en una interpretación referida más primordialmente al Derecho interno del Estado. El punto de partida lo forma el que, según el tenor literal del Convenio, es admisible la «defensa de una persona frente al empleo antijurídico de violencia» (art. 2.2, letra *a*, MRK), pero que no se habla ni de un ataque como comportamiento inculpable ni de su carácter actual; dicho de otro modo, el Convenio no regula la legítima defensa en su entendimiento moderno, sino una situación de necesidad mucho menos especificada (ni siquiera se establece una acción como presupuesto mínimo). Sin embargo, lo que está permitido en esta situación apenas especificada no debe caracterizar, en una situación estrictamente especificada, la medida máxima de lo permitido [76]. Además, el concepto de empleo de violencia es indeterminado (¿«empleo» como acción o como mero producir, violencia como aplicación de fuerza, contra personas y cosas, efecto de coerción corporal, efecto coercitivo sin más?) [77]. Igualmente indeterminado es el concepto de la defensa de una persona (¿como persona o como sistema biológico, en contraposición a cosas o a personas jurídicas, contra todos los ataques a los derechos de la personalidad, o también contra ataques a la propiedad?). En

---

[73] Lo cual se suele caracterizar como relación Estado-ciudadano, ¡pero a esta relación pertenece toda norma y por tanto también el § 32 StGB! En favor de la limitación al actuar soberano: *Strauß, Schafheutle et al.*, Niederschriften, t. II, pp. 131 ss.; *vid.* también loc. cit. apéndice, núm. 26, pp. 79 ss.; *Bockelmann*, Engisch-Festschrift, pp. 456 ss.; *Partsch*, en: *Bettermann-Neumann-Nipperdey*, t. I (1), pp. 235 ss., 333 ss., 336, con amplia exposición sobre el origen del texto literal; *Krüger*, NJW, 1970, pp. 1483 ss.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 32, núm. marg. 62; *Lenckner*, GA, 1968, pp. 1 ss., 5 s.; *Krey*, JZ, 1979, pp. 701 ss., 709; *Geilen*, Jura, 1981, pp. 210 ss., 370 ss., 377 s.; *Jescheck*, AT, § 32, y *LK-Spendel*, § 32, núm. marg. 259, con amplia bibliografía. Es controvertido si el Convenio diverge de las respectivas normas competenciales en el ámbito del actuar soberano; *vid. Schönke-Schröder-Lenckner*, § 32, núm. marg. 62. Cuestión distinta es si el Convenio impone a los Estados velar por que haya un Derecho interno adecuado entre particulares.

[74] *Dürig*, en: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, art. 1.2, núm. marg. 62, art. 2.2, núm. marg. 15; *SK-Samson*, § 32, núm. marg. 29; *Echterhölter*, JZ, 1956, pp. 142 ss., 143; *Frister*, GA, 1985, pp. 553 ss., 559; *Trechsel*, ZStW, 101, pp. 819 ss., 821; en definitiva también *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 440; en lo esencial (prohibición de muerte intencionada para repeler ataques a cosas) también *Wagner*, Notwehrbegründung, pp. 67 s.; asimismo *Montenbruck*, Thesen, p. 5.

[75] Así no se aclararía el alcance de la regulación del Convenio, *vid.* BT-Drucksache, V/4095, p. 14, columna izquierda *supra*.

[76] Sólo así resulta también la consonancia en alguna medida útil con el art. 2.2.*b* MRK, que admite el homicidio en caso de detención reglamentaria y en caso de huida de una detención reglamentaria, sin siquiera mencionar la gravedad del motivo de la detención. La intención (que en la práctica no se puede descartar casi nunca) de intervenir al menos *también* represivamente, rompe todas las ataduras establecidas en la letra *a*.

[77] También es poco clara la concreción del peligro; en todo caso, quien se defiende no tendrá que esperar al primer empleo de violencia; la problemática de los conatos de emplear violencia con medios inidóneos habrá que decidirlas, según la situación, como en la legítima defensa o como en el estado de necesidad.

esta situación —los textos en lengua extranjera no permiten aclarar, en particular, la cuestión de la cualificación del ataque— el Convenio sólo aporta una garantía de contornos difusos para una situación de conflicto singular, determinada ampliamente, entre varias posibles [77a], sobre todo entre las situaciones de conflicto determinables más estrictamente. Este marco no se ve agotado por el § 32 StGB ni por las normas reguladoras de la defensa de la soberanía [78].

B. Las normas especiales para el actuar de la autoridad [79]

41 1. Por lo general la legítima defensa es una defensa no preparada de un bien. La espontaneidad [80], así como la conexión al bien y no al orden público, separan la legítima defensa (también de terceros) del rechazo de un peligro por la autoridad, sobre todo de la evitación del delito por parte de la policía. La actuación metódica para evitar el delito (cometido de la policía) sigue sus propias reglas por diversas razones. Por una parte, se trata de la violencia pública en absoluto, y además de la calculabilidad de la actuación pública y de una determinación generalizadora de la eficacia; esto último significa: El error en un caso concreto puede aceptarse en virtud de un mejor saldo general de resultado. Si, p. ej., un disparo que puede determinar la muerte con una probabilidad rayana en la seguridad sólo es admisible [81] como actuación policial para repeler el peligro para la vida y de graves lesiones, de aquí no se deriva contradicción valorativa alguna con la regulación de la legítima defensa de los particulares, que también autoriza a matar, en el marco de lo necesario, incluso para la protección de bienes materiales; más bien, el Estado acepta, en la actuación policial, una pérdida que no se puede justificar en el caso singular, a fin de perfilar con más nitidez la proporcionalidad de la actuación estatal y la protección de la vida como cometido estatal. Como un ciudadano que se defiende actúa privadamente, no puede poner en peligro la consecución de los fines mencionados, y por eso en el caso concreto puede tener *más* autorización para intervenir que, *ceteris paribus*, un agente de policía [82]. A la inversa, la mayor contención de la policía hace tolerable que, en su actuar soberano, se apar-

---

[77a] La regulación del Convenio no es, pues, *lex specialis* con respecto al § 32 StGB; en otro sentido, *Frister*, GA, 1985, pp. 553 ss., 564. Tampoco es exhaustiva (en otro sentido de nuevo *Frister*, loc. cit., p. 563); el que una interpretación puramente subjetiva permita rematarla puede pasar a un segundo plano, ya que en todo caso ello no cabe mantenerla objetivamente: Ni siquiera están mencionadas las muertes en tiempo de guerra o en el marco del art. 20.4 GG!

[78] En definitiva igualmente *Schmidhäuser*, AT, 9/80

[79] En el estado de necesidad justificante existe un problema análogo, al respecto infra 12/149, con más bibliografía.

[80] En supuestos de patrullas defensivas ciudadanas, análogamente, las libertades de la legítima defensa (propia o de terceros) pueden percibirse como amenaza a la paz jurídica; *vid. Arzt*, Schaffstein-Festschrift, pp. 77 ss., 86 s.; *Schaffstein*, Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 97 ss., 102; *vid.* también *supra* con respecto al auxilio necesario del Estado, 12/9 ss.

[81] Por ejemplo con arreglo al art. 45, párrafo 2, inciso 3, Bay.PAG de 24 de agosto de 1978, GVBl., p. 561; igualmente con arreglo al § 41, párrafo 2, inciso 3, del Proyecto modelo de Ley policial unitaria de la Federación y de los *Länder*, reproducida en *Heise*, Musterentwurf (1978).

[82] Lo mismo cabe afirmar en relación con la sujeción de los medios (art. 40.4 Bay.PAG), con la exigencia de amenaza (art. 43 Bay.PAG; § 13 UZwG, de 10 de marzo de 1961, BGBl., I, p. 165), con la subsidiariedad del uso de armas de fuego (art. 45 Bay.PAG; § 12 UZwG), etc. Críticamente sobre la argumentación que aquí se emplea, *Frister*, GA, 1988, pp. 291 ss., 298, con nota 32.

te de la actualidad de la agresión y que se vincule la defensa al peligro más lejano temporalmente [83].

2. La mencionada canalización de la actuación policial se convertiría en 42
obsoleta, y se perdería el carácter formal de Estado de Derecho, si la policía pudiera invocar, no sólo la legitimación para el empleo de la fuerza en ejercicio de la autoridad, sino también al elemento de la necesidad de la legítima defensa (de terceros) como cláusula general [84], máxime cuando la legítima defensa (de terceros), como derecho cívico, cae fuera de las competencias y de las obligaciones de actuar, de modo que cada policía concreto tendría que decidir por sí solo sobre su intervención [85]. Así pues, no es adecuada la legítima defensa por parte de la policía [86. 87]. Naturalmente, el agente de policía sigue siendo ciudadano y tiene los derechos de un ciudadano; no obstante, en tanto que

---

[83] La contraposición entre la competencia policial y el § 32 StGB no es la que existe entre proporcionalidad y desproporción; también el § 32 permite únicamente una defensa proporcionada, pero que no ha de interpretarse como proporcionalidad de bienes, sino como ponderación entre Derecho e injusto (a este respecto, en términos semejantes, *Bockelmann-Volk*, AT, § 15, B, I, 4; *Schroeder*, Maurach-Festschrift, pp. 127 ss., 139). La competencia policial que llegase hasta la defensa que está justificada por el § 32 sería desproporcionada en tan escasa medida como, p. ej., la pena privativa de libertad es desproporcionada para la delincuencia económica.

[84] Así no obstante la doctrina dominante en Derecho penal; *Bockelmann*, Dreher-Festschrift, pp. 235 ss.; *Gössel*, JuS, 1979, pp. 162 ss., 165; *Klose*, ZStW, 89, pp. 61 ss., 79; *Lange*, JZ, 1976, pp. 564 ss., 547; *Rupprecht*, JZ, 1973, pp. 263 ss., 264 s.; *Schwabe*, Notrechtsvorbehalte, pp. 38 ss., 51 ss., 54 ss.; *el mismo*, NJW, 1974, pp. 670 ss., 672; *el mismo*, JZ, 1974, pp. 634 ss.; *el mismo*, NJW, 1977, pp. 1902 ss.; *Seebode*, Klug-Festchrift, pp. 359 ss., 371 ss.; *LK* [9]*-Baldus*, § 53, núm. marg. 19; *LK-Spendel*, § 32, núm. marg. 263 ss.; *Lackner*, § 32, nota 3 *b*; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 32, núm. marg. 42 *c*, con exposición detallada del estado de la discusión en núm. marg. 42, de *b* a *d*.

[85] Acertadamente *Drews-Wacke-Vogel-Martens*, Gefahrenabwehr, p. 548; *de otra opinión* no obstante, *Schwabe*, Notrechtsvorbehalte, p. 58.

[86] En este sentido, con distinta fundamentación y distinto alcance, *Blei*, JZ, 1955, pp. 625 ss.; *el mismo*, AT, § 40, II, 4; *Haas*, Notwehr, pp. 319 ss.; *Amelung*, NJW, 1977, pp. 833 ss., 840; *el mismo*, NJW, 1978, pp. 623 s.; *Sydow*, JuS, 1978, pp. 222 ss., 224 s.; *Lerche*, v. der Heydte-Festschrift, t. II, pp. 1033 ss., 1044 ss., 1048; *Kunz*, ZStW, 95, pp. 973 ss., 981 ss.; *SK-Samson*, § 32, núm. marg. 35; tendencialmente también *Drews-Wacke-Vogel-Martens*, Gefahrenabwehr, p. 547 s.; *vid.* asimismo BVerfG, 33, pp. 1 ss., 17. En favor de un derecho a la legítima defensa de terceros limitado por la proporcionalidad de los bienes afectados, *Seelmann*, ZStW, 89, pp. 36 ss., 50 ss.; en definitiva igualmente *Dreher-Tröndle*, núm. marg. 6, ante § 32; en favor de una limitación con arreglo a los baremos del estado de necesidad defensivo, *Schaffstein*, Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 97 ss., 112 s. En favor de restringir por medio de «deberes de protección... también frente a aquel de quien parte la amenaza», *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 442. Con respecto al Derecho suizo, *vid. Donatsch*, Beurteilung, pp. 82 s.

[87] El elemento de la adecuación (*Gebotensein*) en el § 32 no ha de entenderse como «ser recomendable» (*Befohlensein*), sino como «ser apropiado» (*Angebrachtsein*). Se trata de un concepto global —dudoso desde el punto de vista del Estado de Derecho— para restringir la legítima defensa; *vid.* BT-Drucksache, V/4095, p. 14; *Baumann-Weber*, AT, § 21, II, 1 *a*, *in fine*; *Krey*, JZ, 1979, pp. 701 ss., 713 s.; *vid.* además *Lenckner*, GA, 1968, pp. 1 ss., 2, 6; *Himmelreich*, GA, 1966, pp. 129 ss., con evidente subdivisión equivocada de este concepto; *de otra opinión*, *Kratzsch*, Grenzen, pp. 44 ss.; *el mismo*, GA, 1971, pp. 65 ss., 91 s., que, debido al art. 103.2 GG, impone con respecto al § 32 StGB la prohibición de interpretar, olvidando no obstante la distinción entre interpretación generadora de sistema —admisible— y de valoración libre —prohibida—. Contra *Kratzsch*, acertadamente, *Stree*, en: Einführung, p. 36; con respecto a la controversia sobre la validez del principio de legalidad para las causas de justificación, *vid. Krey*, Studien, pp. 233 ss., y *supra* 4/44.

como policía persigue repeler un ataque, no es adecuado su actuar, al igual que no lo es la defensa particular junto a la defensa policial [88]. Para la solución es indiferente si se trata de legítima defensa de terceros por parte de la policía en favor de particulares o si se ve atacado un agente estando de servicio [89].

43 3. *a)* La cláusula que se suele emplear en las legitimaciones a la policía [90] en el sentido de que queda intacta la legítima defensa —o el efecto jurídico-civil y penal de la legítima defensa— [91] se queda sin contenido, ya que la legítima defensa (de terceros) en la defensa por parte de la policía está jurídicamente excluida [92].

44 *b)* No es evidente que una actuación policial que sobrepase la legitimación policial, pero que se mantenga dentro del marco de la legítima defensa de terceros, sea algo más que una contravención de los deberes policiales [93], es decir, que sea lesión antijurídica del bien afectado por el rechazo de la agresión. La finalidad de la prevalencia de las normas especiales que regulan la actuación soberana no es ante todo la protección del agresor, sino la del Estado de Derecho, y en todo caso, a través de ella, también la del agresor. Naturalmente, a la inversa, es decir, en casos de arrogación de competencias soberanas por parte de particulares, p. ej., sobrepasando los estrictos límites del auxilio necesario del Estado o no respetando la prevalencia de la intervención estatal en la legítima defensa de terceros, no se castigará sólo por usurpación de funciones (§ 132 StGB), sino (también) por la lesión del bien afectado por la

---

[88] Al respecto *infra* 12/45; *vid.* asimismo *Drews-Wacke-Vogel-Martens*, Gefahrenabwehr, p. 548; *en otro sentido* sobre todo *Bockelmann*, Engisch-Festschrift, pp. 456 ss., 467; con buen criterio en contra a su vez *Lerche*, v. der Heydte-Festschrift, t. II, pp. 1033 ss., 1040.

[89] *Lerche*, v. der Heydte-Festschrift, t. II, pp. 1033 ss., 1041 s.; de todos modos, el derecho a la legítima defensa ante ataques contra el propio policía (en ocasiones también en caso de ataques contra sus allegados) existiría según *Blei*, JZ, 1955, pp. 625 ss., 627; *Amelung*, NJW, 1977, pp. 833 ss., 839 s.; *el mismo*, JuS, 1986, pp. 329 ss., 332 s.; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 26, núm. marg. 34; *Krey* y *Meyer*, ZRP, 1973, pp. 1 ss., 4; *LK-Hirsch*, §34, núm. marg. 18 s. (en favor de la defensa en *estado de necesidad*); *Schünemann*, GA, 1985, pp. 341 ss., 365 s.

[90] Referencias bibliográficas en *Drews-Wacke-Vogel-Martens*, Gefahrenabwehr, t. 1, 2.ª ed., 1975, p. 331.

[91] Por ejemplo, art. 39.3 Bay.PAG (nota 81); § 35.2 del Proyecto modelo (nota 81). La cláusula señala que los *Länder* respetarán su falta de competencia legislativa para regular la legítima defensa y que *no* asumirán la legítima defensa en tanto que Derecho de *Land* como competencia policial.

[92] Esta solución puede que haga necesaria una interpretación extensiva de algunas competencias policiales de intervención; al respecto *Lerche*, v. der Heydte-Festschrift, t. II, pp. 1033 ss., 1048. Acerca de los derechos a la autoprotección de las fuerzas armadas aliadas estacionadas en la República Federal Alemana, *vid.* la controversia entre *Lübbe-Wolff*, NJW, 1983, pp. 2222 ss., y *Batstone* y *Stiebritz*, NJW, 1984, pp. 70 ss.

[93] La cláusula podría, pues, entenderse en el sentido de que la concurrencia de legítima defensa no descarta la persecución con arreglo al Derecho disciplinario. Tal solución se corresponde con la situación en los §§ 218 ss. StGB; dada una mera infracción de los requisitos procedimentales, necesarios para la justificación, de asesoramiento o comprobación médica, no se castiga por interrupción del embarazo, sino por infracción del aseguramiento procedimental de los §§ 218 *b*, 219 StGB; análogamente, la cláusula para la legítima defensa la entiende como escisión de la antijuridicidad *Kratzsch*, NJW, 1974, pp. 1546 s.; *Klose*, ZStW, 89, pp. 61 ss., 79; *Schmidhäuser*, en: Aktuelle Probleme, pp. 53 ss., 60; *Seebode*, Klug-Fetschrift, pp. 359 ss, 371 ss.; en definitiva también *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, núm. marg. 334 (actuación administrativa con infracción de deberes de cargo, pero no punible); *vid.* también *Amelung*, Einwilligung, p. 118, nota 11; bibliografía detallada en *Haas*, Notwehr, p. 318, nota 13.

defensa; del mismo modo se decide —por falta de regulación específica— cuando faltan los demás presupuestos de la justificación, de carácter asegurador, p. ej., no respetando la limitación de la legítima defensa a la agresión actual. En tanto que falten preceptos penales específicos para la actuación ya no permitida por el Derecho policial, habrá que castigar también en estos casos por el delito que constituye la lesión del bien afectado por la defensa, aun cuando entonces la pena no se imponga primordialmente por la lesión del bien (en manos del agresor), sino por la infracción de la sujeción propia del Estado de Derecho [94]. El grado de injusto [95], disminuido por lo general, se tiene en cuenta en la determinación de la pena.

C. La limitación de la legítima defensa junto al actuar de la autoridad

45 Cuando la policía ha comenzado a repeler la agresión y también es capaz de llevarlo a cabo, da comienzo la fase del rechazo de la agresión estatalmente organizada. Una defensa privada pondría en tela de juicio la competencia estatal para la defensa organizada; así pues, decae la legítima defensa [96]. No se puede, por tanto, llegar a la situación en que un particular emprenda la defensa necesaria que un policía presente ya no está autorizado a prestar por el principio de proporcionalidad u otras limitaciones, sobre todo con relación al uso de armas de fuego.

Una acción de defensa que, estando presente la policía, se lleva a cabo por un particular constituye injusto por la difuminación de las competencias que determina, y sólo a través de este motivo también por la lesión de los bienes del agresor. El injusto se modifica, pues, paralelamente a como se modifica cuando la policía recurre a la legítima defensa.

D. La limitación por la garantía de la solidaridad mínima

46 1. El elemento de la necesidad no equivale en la legítima defensa a la proporcionalidad de los bienes; el agredido sólo ha de preocuparse de los bienes del agresor en la medida en que ya no debe lesionarlos por no ser necesario.

---

[94] Detalladamente, *Haas*, Notwehr, pp. 329 ss.

[95] *Kern*, ZStW, 64, pp. 255 ss., 264 s.; *Lenckner*, Notstand, pp. 32 ss., 36; *Haas*, Notwehr, p. 338; *Krümpelmann*, Bagatelldelikte, pp. 27 ss., 30 s.

[96] Controvertido; la solución del problema no se deducirá a menudo expresamente, sino que habrá que extraerla del contexto. Expresamente en favor de que la legítima defensa pase a un segundo plano (con distinto alcance; de acuerdo con la opinión que aquí se propugna, se trata de que la legítima defensa cese ante la asunción por la policía que se halla presente; la necesidad de ocuparse de la presencia de la policía se rige, por el contrario, por los principios de la necesariedad, *supra* 12/33), *Arzt*, Schaffstein-Festschrift, pp. 77 ss., 84; *Bockelmann*, Honig-Festschrift, pp. 19 ss., 30; *Haas*, Notwehr, pp. 289 ss., con bibliografía; *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, pp. 56 s., interpretando, cuestionablemente, la legítima defensa como violencia transferida o delegada; *Wagner*, Notwehrbegründung, pp. 61 s.; *Bitzilekis*, Tendenz, pp. 74 ss.; Eb. *Schmidt*, Lehrkommentar, I parte, p. 37, núm. marg. 6, p. 167, núm. marg. 286; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 32, núm. marg. 41; *LK-Spendel*, § 32, núm. marg. 234; *de otra opinión*, *Suppert*, Studien, pp. 283 s.; *Rudolphi*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 371 ss., 390 ss.; en lo esencial también *Fuchs*, Notwehr, p. 140.

Esta regulación, conforme a la cual en caso de aplicación ilimitada se puede matar en un caso extremo a varios miembros de una banda de asaltantes para defender bienes de escaso valor, contradice la idea básica del § 323 *c* StGB, según la cual en situaciones de necesidad, en interés público [97], también están obligadas a la solidaridad mutua las personas que por lo demás no se encuentran en ninguna relación especial. La superación de esta contradicción es una de las concreciones de la adecuación de la legítima defensa [98].

De todos modos, con arreglo al § 323 *c* StGB, sólo se castigará la negación de esta solidaridad en las desgracias o en situaciones de necesidad colectiva, mientras que en la legítima defensa se trata de la solidaridad para con un agresor que ha de responder como causante culpable de la situación de conflicto. No obstante, la idea básica del precepto es pertinente, dado que la decisión sobre si el agresor ha de responder por las consecuencias él solo, o si puede confiar en la solidaridad mínima, no depende sólo de si el agresor se sitúa por sí mismo en la situación de conflicto, sino también de en qué medida lo hace. Dado que el agresor es de todos modos enteramente responsable de la situación de conflicto, el deber de tener en cuenta sus intereses se puede conectar con requisitos más estrictos que en el § 323 *c* StGB, pero tal deber no acaba en caso de ataque antijurídico [99]. Con todo, es dudoso si el *alcance de la responsabilidad también se rige por el § 323 c StGB o por el respectivo delito de lesión*. Esto último será el caso en la defensa ofensiva (*Trutzwehr*) [100], pues en los demás supuestos, es decir, en la actuación que tiene lugar sólo en el propio ámbito de organización, se responde de acuerdo con las reglas generales por el § 323 *c* StGB (*vid. supra* 7/60, 65). Ejemplo: El agredido, para evitar un allanamiento de morada insignificante, cierra la puerta ante el agresor que se le abalanza, quien, al no darse cuenta o no poderse ya detener, se abre la cabeza contra ésta; § 323 *c* StGB mediante hacer activo (*vid. supra* 7/66).

2. *Pormenores* [101]

47 *a)* Ya no se puede fundamentar un deber de andarse con miramientos cuando el agresor asume dolosa y culpablemente el riesgo de las *consecuencias*

---

[97] En tanto que —como se señala a continuación— decae la legítima defensa, subsiste, como en el § 323 *c* StGB, un deber resarcitario, de carácter jurídico-público, del Fisco frente al agredido; *de otra opinión*, *Dilder*, Hübner-Festschrift, pp. 443 ss., 457. Acerca de las condiciones que son necesarias para hacer tolerable la renuncia a la legítima defensa (también asunción *fáctica* por parte de la policía), *vid. Arzt*, Schaffstein-Festschrift, pp. 77 ss., 84 ss.; *Schaffstein*, Schröder-Gedächnitsschrift, pp. 97 ss., 100.

[98] *Vid. supra* nota 87; con respecto a la historia de las restricciones, *vid. Eb. Schmidt*, Niederschriften, t. II, apéndice 21, pp. 51 ss.

[99] No cabe detallar más las valoraciones; en todo caso es erróneo todo lo que la proporcionalidad modifica, con respecto al § 323 *c* StGB, en contra del agredido.

[100] La consecuencia de la vulneración de la solidaridad mínima, en la defensa ofensiva, puede determinar responsabilidad por el correspondiente delito de lesión por comisión, porque tal defensa no sólo es una organización que se lleve a cabo *dentro* del propio ámbito de organización, sino una intervención en un ámbito ajeno (dudoso).

[101] Que se excluya la legítima defensa en caso de agresiones mínimas, de conformidad con las reglas *b* y *c*, pero no la excepción de la exclusión según la regla *a*, también lo acepta la doctrina dominante, naturalmente con fundamentación y alcance sumamente distintos (amplia bibliografía en *Kühl*, Jura, 1990, pp. 244 ss., 249 s.).

de la defensa en la medida necesaria en concreto, pues al igual que la catástrofe causada dolosamente no determina ningún deber de salvación en favor del autor doloso, el agredido no tiene por qué preocuparse de aquello de lo que el agresor no se ha preocupado conscientemente de modo completamente imputable. Por lo demás:

b) El derecho a la legítima defensa sólo se limita cuando el agredido está obligado a sacrificarse con arreglo a los principios de la omisión del deber de socorro. Así pues, sólo tiene que renunciar a bienes de valor insignificante o sustituibles.

---

1. Sobre todo se atiende a que falta el «interés en preservar el Derecho». Esta fórmula abarca la restricción de la legítima defensa admisible, según la doctrina extendida, contra agresores inculpables. Para los ataques mínimos, ha de añadirse que la preservación del Derecho no se pretenda a cualquier precio. Lo cual equivaldrá a la fórmula, que aquí se propone, de la solidaridad mínima. *Jescheck*, AT, § 32, III, 3 *b; Schönke-Schröder-Lenckner*, § 32, núm. marg. 50; *SK-Samson*, § 32, núm. marg. 22 ss.; *Krause*, Bruns-Festschrift, pp. 71 ss., 82; *Lenckner*, GA, 1968, pp. 1 ss., 4; *Roxin*, ZStW, 93, pp. 69 ss.; *Schumann*, JuS, 1979, pp. 559 ss., 565; *vid.* también *Dubs*, SchwZStr., 89 (1973), pp. 337 ss., 347; *Wagner*, Notwehrbegründung, pp. 83 ss.; de hecho también *Montenbruck*, pp. 27 ss., 74: no hay «suficiente puesta en peligro del ordenamiento de la paz jurídica».

2. En ocasiones se argumenta desde el principio de oportunidad de la persecución penal (o de la persecución de una contravención), lo que desde luego sólo sería correcto si la legítima defensa se asemejase a una pena, y tampoco se ajusta al hecho de que el bien atacado no tiene por qué estar protegido penalmente y además, cuando falta dicha protección, no tiene por qué ser de escasa importancia (p. ej., no: la esfera privada, la posibilidad de utilizar cosas valiosas); *Bockelmann*, Honig-Festschrift, pp. 19 ss., 30; *Otto*, Würtenberger-Festschrift, pp. 129 ss., 146 s.

3. En ocasiones se caracteriza como abuso de derecho el repeler ataques mínimos mediante graves lesiones de bienes del atacante, lo que es equivocado (crítica acertada en *Schmidhäuser*, AT, 9/109; *el mismo* Studienbuch, 6/73 ss.; *el mismo*, Honig-Festschrift, pp. 185 ss., 188), dado que quien se defiende, al salvarse, no sólo se encamina a dañar al agresor; *Gallas*, DRZ, 1949, pp. 423; *Schaffstein*, MDR, 1952, pp. 132 ss., 135; así también la jurisprudencia dominante; BGH, NJW, 1956, p. 920; BGH, StV, 1982, pp. 219 ss., 219 s., 220 (en definitiva con buen criterio); OLG Braunschweig, MDR, 1947, pp. 205 s.; OLG Hamm, NJW, 1977, pp. 590 ss.; BayObLG, NJW, 1954, pp. 1377 s.; BayObLGSt., 1964, pp. 111 ss.; LG München, NStZ, 1989, pp. 25 s. (con baremo demasiado riguroso; acertadamente crítico *Schroeder*, JZ, 1988, pp. 567 ss., 568; *Beulke*, Jura, 1988, pp. 641 ss., 644 s.; *Mitsch*, NStZ, 1989, pp. 27 s.; *el mismo*, JA, 1989, pp. 79 ss., 88; *Puppe*, JZ, 1989, pp. 728 ss.); *vid.* también RG, 23, pp. 116 s. *in fine*; sin diferenciar (contrario al Derecho natural), OLG Stuttgart, DRZ, 1949, pp. 42 s. Errónea la sentencia BayObLG, NJW, 1963, pp. 824 s. (abuso de derecho en caso de *amenaza* de muerte para defender una plaza de aparcamiento: Es rápido y fácil sustraerse a la amenaza, de modo que no despliega efecto desmesurado). BGH, 26, pp. 51 s., 52 acoge acertadamente a la solidaridad mínima en la adecuación (*Gebotensein*), pero no explicita los baremos de decisión. Más jurisprudencia en *Suppert*, Studien, p. 58; *vid.* también *Frister*, GA, 1988, pp. 291 ss., 310 ss.

4. Como «prohibición de exceso o de desmesura» se interpreta la restricción en *LK-Spendel*, § 32, núm. marg. 314. *Dilcher* (Hübner-Festschrift, pp. 443, 460 s.) pretende aplicar un «principio de proporcionalidad», conforme al cual la vida y la integridad corporal serían en todo caso iguales y primarían ambas sobre los valores materiales, los cuales, entre ellos, tendrían a su vez el mismo rango, sin consideración al valor económico. Así pues, para evitar un chichón se podría matar, pero para evitar la pérdida de todo un patrimonio conseguido con una vida de esfuerzo no cabría infligir ni un chichón (?). *Vid.* como crítica de la proporcionalidad así entendida, *infra* 13/25.

5. Similarmente al planteamiento que aquí se propugna, pero discrepando en el desarrollo, *Kratzsch*, Grenzen, pp. 173 ss.

6. *De otra opinión* (se trata siempre de la defensa de la vigencia práctica del ordenamiento jurídico), *Schmidhäuser*, Honig-Festschrift, pp. 185 ss., 190 s.; *el mismo*, AT, 9/104 *in fine; el mismo*, Studienbuch, 6/75; *vid.* también RG, 55, 82 ss., 85 s.

Por lo demás, sigue estando permitida la legítima defensa en todo el ámbito de aquellos daños de la defensa cuya producción (que amenaza realizarse) no constituye ninguna desgracia. Ejemplo: También los bienes insignificantes pueden defenderse golpeando al agresor. Así pues, *no* se trata de una proporcionalidad *absoluta* entre bienes [102].

c) Cuanto menos responsable sea el agresor por el caso conflictivo, antes le ampara la solidaridad mínima; los ataques por error preceden, pues, a los imprudentes o dolosos. Ejemplo: A quien, por información errónea, insiste en aparcar en un aparcamiento privado aduciendo que el lugar es público, no se le puede apartar del aparcamiento al costo de romperle una pierna, pero sí a quien se cuela allí confiando en la debilidad de la defensa del titular.

48 3. Por los mismos principios se rige también el llamado —desde *Oetker*— [103] rechazo de meras impertinencias o desórdenes (*Unfugabwehr*), es decir, el rechazo de aquellos ataques que se aproximan al comportamiento socialmente adecuado (perturbaciones del descanso nocturno, p. ej., cantando a pleno pulmón tras un festejo popular). Aquí sólo es adecuado el rechazo moderado, pero no el que ocasiona graves lesiones [104]. Ello es igualmente aplicable cuando la suma de las lesiones individuales es bastante importante (perturbación del descanso nocturno de todo un bloque de viviendas), pues la importancia sólo se concibe como perturbación de bienes generales y para éstos rigen las reglas de la legítima defensa del Estado (supra 12/9 ss.).

E. La limitación por provocación previa [105]

49 1. En varias de las regulaciones del Derecho penal se puede colegir que los bienes que su titular pone en juego se evalúan en menos que los bienes protegidos. El fundamento de esta «devaluación» reside en que el titular de un bien, titular que ciertamente no lo lesiona él mismo, y que tampoco consiente en su lesión, sí lo introduce imputablemente en una situación de conflicto en la que para solucionarlo debe soportar su parte de perjuicios necesarios para el bien, al igual que en su caso los demás intervinientes imputablemente en el conflicto deben soportar su parte.

Esta idea jurídica cabe deducirla incipientemente del § 33 StGB, de la exclusión de la exculpación por el daño causado, y más claramente del § 33 StGB, de la renuncia a la pena a pesar del exceso en la legítima defensa; especialmente clara se muestra en el § 213, 1.er grupo de casos, StGB, conforme al cual desciende drásticamente la medida de la pena para el actuar doloso cuando el au-

---

[102] En el mismo sentido, *Baumann-Weber*, AT, § 21, II, 1 *a, in fine*.

[103] Frank-Festgabe, t. I, pp. 359 ss., 361 s.

[104] *Vid.* al respecto *Jescheck*, AT, § 32, III, 3 *b* (por lo general no hay ataque antijurídico); *Schmidhäuser*, Honig-Fetschrift, pp. 185 ss., 197; *Wagner*, Notwehrbegründung, pp. 58 s.; *Bitzilekis*, Tendenz, pp. 125 ss. En favor de la preeminencia, por principio, de la defensa estatal para repeler desórdenes, *Arzt*, Schaffstein-Festchrift, pp. 77 ss., 82.

[105] No se trata aquí de autoría mediata a través de un instrumento que actúa justificadamente: Quien en concepto de autor determina una situación de estado de necesidad justificante, responde como autor mediato por las lesiones de bienes que son necesarias para la solución del conflicto; al respecto *infra* 21/81 ss.

tor «sin culpa propia, debido a malos tratos a él mismo o a uno de sus familiares, o debido a una ofensa, fue movido a ira por la persona muerta, y como consecuencia cometió el hecho en el acto». Aun cuando la responsabilidad del que agrede antijurídicamente no permite «aplastar» al provocador, sin embargo el provocador, de acuerdo con el § 213 StGB, debe soportar en parte los costes de la solución del conflicto.

Se trata de un fundamento de imputación derivado del contexto de fundamentación de la injerencia (*vid. infra* 29/29 ss.). El coste de la solución del conflicto tiene que soportarlo (en su caso, compartirlo) quien ha creado el peligro que se desencadena, de modo que no se puede asignar (enteramente) a ninguna otra persona; del mismo modo, la provocación limita también la legítima defensa de terceros prestada a favor del provocador [105a].

2. *Consecuencias* [106]

a) La transferencia de esta idea jurídica a la legítima defensa da por re- 50
sultado, de entrada, que el derecho a la legítima defensa nunca decae del todo

[105a] *Vid.* al respecto *infra Mitsch*, 1986, pp. 533 ss.

[106] En cuanto al planteamiento, como aquí *Marxen*, Grenzen, pp. 56 ss. (en contra *Bitzilekis*, Tendenz, pp. 164 ss.; *vid.* asimismo *Choi*, Notwehr, pp. 95 ss.); en términos semejantes *Montenbruck*, Thesen, pp. 41 ss. En general en contra de tener en cuenta la provocación, *Binding*, Normen, t. II (1), pp. 621 ss., 625; *v. Liszt-Schmidt*, Strafrecht, § 33, II, 1 *a*, con bibliografía sobre el estado de la cuestión por aquel entonces; *Bockelamnn*, Honig-Festschrift, pp. 19 ss.; *Bockelmann-Volk*, AT, § 15, B, I, 2 *f*; *LK-Spendel*, § 32, núm. marg. 281 ss. (en contra de *Spendel*, *vid. Schünemann*, GA, 1985, pp. 341 ss., 367 ss.); *Frister*, GA, 1988, pp. 291 ss., 310; *Hassemer*, Bockelmann-Festchrift, pp. 225 ss., 243 s., que considera —con buen criterio— a los intentos usuales de restringir en caso de provocación como «retroceso a un estado prepositivo de decidir y argumentar» (p. 227), pero que, al negar toda restricción, subestima las posibilidades de una dogmática que no hace sus argumentos a la medida de una sola institución jurídico-penal, sino que se orienta a formar una sistemática. En favor de tener en cuenta la provocación sólo en la determinación de la pena, *Hillenkampf*, Vorsatztat und Opferverhalten, pp. 125 ss.

De acuerdo con *Lenckner*, GA, 1961, pp. 299 ss.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 23, ante § 32; *Schröder*, JR, 1962, pp. 187 ss.; *Bertel*, ZStW, 84, pp. 1 ss., 14 ss., sería posible la imputación de las consecuencias del comportamiento defensivo mediante la imputación de la *provocación como acción típica*; con arreglo a tal solución, la legítima defensa sigue siendo —limitadamente (sobre todo esquivar debe preceder a repeler)— posible tras una provocación, lo que sin embargo dejaría intacta la responsabilidad por la provocación como *actio illicita in causa*. En esta construcción, para determinar el dolo o la imprudencia hay que atender a la situación en el momento de la provocación, pero no en el de la defensa (*vid.* no obstante también *Hruschka*, AT, pp. 381 ss.). Crítica pormenorizada de la *actio illicita in causa* en *Roxin*, ZStW, 75, pp. 541 ss., 545 ss.; *Constadinidis*, Actio illicita, pp. 46 ss., 131 ss.; *Neumann*, Zurechnung, pp. 149 ss.

Otra teoría pretende negarle al provocador la justificación (*Roxin*, ZStW, 75, pp. 541 ss., 556 ss., 583; *SK-Samson*, § 32, núm. marg. 25 ss.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 436) siempre que el comportamiento de provocación esté prohibido o ético-socialmente desaprobado (?) (limitándose al comportamiento prohibido con la intención de provocar un ataque, en la actualidad *Roxin*, ZStW, 93, pp. 68 ss., 90 s.; *Wagner*, Notwehrbegründung, pp. 69 ss., 72 ss.), con diferencias acerca de la situación en caso de provocaciones imprudentes, etc. Incluso en la provocación intencionada antijurídica, es decir en la incitación querida a otro mediante hacer antijurídico, sin embargo el provocador carece de dominio del hecho sobre el ataque antijurídico que recae sobre él (más exactamente: no es preeminentemente responsable), de modo que axiológicamente no cabe fundamentar un deber de soportar ante al agresor (*Jescheck*, AT, § 32, III, 3 *a*). Así pues, esta solución no reporta ventaja material alguna con respecto a la de la *actio illicita in causa*. Sobre todo,

en la provocación; pues dado que una agresión antijurídica en el sentido del § 32 StGB presupone la culpabilidad, el propio agresor es también responsable del conflicto, de modo que está vedada una solución sólo a costa del provocador. Ejemplo: En la situación del § 123, 1.er grupo de casos, StGB, la agresión del homicida no tiene por qué soportarse, en virtud del precepto, sin oponer resistencia.

51 *b)* La transferencia da por resultado además que las personas que no han vinculado imputablemente sus bienes con el conflicto no sólo pueden defenderse enteramente, sino que también pueden ser defendidas por el provocador. Ejemplo: Si en una situación encuadrable en el § 213 *c* StGB el ofendido ataca al ofensor y a su mujer —que no participa—, la defensa de la mujer sigue las reglas generales [107].

52 *c)* Además, resulta que la provocación ha de ser un comportamiento completamente imputable (culpable), pues de lo contrario la imputación al agresor sería más intensa que la imputación al provocador, de modo que seguiría siendo adecuada la legítima defensa con su reparto unilateral de costes. También se puede tener en cuenta una provocación cuando a su vez ha sido provocada: es, pues, posible la provocación recíproca, es decir, la responsabilidad recíproca por lo agresivo de la situación [108]. Ejemplo: Así como el ofensor sólo tiene

---

la idea de abuso de derecho no puede servir de base al resultado, ya que en la situación de defensa se da motivo para el ejercicio, y antes de la situación no se ejercita ningún derecho a legítima defensa (ejemplo: El uso de una alarma de incendios por parte del propio incendiario doloso no constituye abuso de señales de alarma; contra la aplicación de la idea de abuso de derecho, *Neumann*, Zurechnung, pp. 154 ss., con bibliografía. La limitación a tenor de la «ratio» del precepto (*Bitzilekis*, Tendenz, pp. 170 ss.) incurre en círculo vicioso, pues ¡se trata precisamente de averiguar la «ratio»! En ocasiones está poco claro hasta qué punto los autores pretenden excluir también la justificación por estado de necesidad; en todo caso, en favor de que quede la justificación *por estado de necesidad*, *Stratenwerth*, loc. cit.; *Hruschka*, Dreher-Festschrift, pp. 189 ss., 108; tal solución conduce en definitiva a las consecuencias también aquí propuestas. *Schöneborn*, NStZ, 1981, pp. 201 ss., 202 ss. determina la provocación en función del efecto en el provocado: La «exaltación emotiva comprensible y atendible» de éste (p. 203) limitaría el derecho a la legítima defensa.

Cuando en la provocación intencionada se niega la voluntad defensiva (*Kratsch*, Grenzen, p. 39), se confunden la (dudosa) probidad de la voluntad y el dato psíquico (concurrente indudablemente) de esa voluntad. Otro tanto cabe afirmar de la opinión de que el provocador consiente en la lesión de sus bienes (*Maurach-Zipf*, AT, I, § 26, núm. marg. 43); crítico, acertadamente, *Hillenkampf*, Vorsatztat und Opferverhalten, pp. 127 ss. De acuerdo con *Neumann*, Zurechnung, pp. 176 ss., 182, el provocador podrá haberse comportado al defenderse en el marco de lo necesario, pero ha de negársele, mediante una «regla dogmática de segundo orden» (al respecto *infra* 17/58), que invoque la situación justificante que él mismo ha creado pérfidamente. Tal solución sitúa al provocador demasiado bien y al mismo tiempo demasiado mal: Admite que se repela la agresión con arreglo a principios de legítima defensa, aunque el provocador haya definido agresivamente la situación, pero al propio tiempo le hace responder jurídico-penalmente por toda la defensa, aun cuando la defensa necesaria también pertenece al ámbito de responsabilidad del que ataca antijurídicamente.

[107] Con respecto a este problema, *vid. Bitzilekis*, Tendenz, pp. 190 ss.; *Mitsch*, GA, 1986, pp. 533 ss. La formulación tan difundida de que quien provoca no está llamado a defender el ordenamiento jurídico (especialmente *Otto*, Würtenberger-Festschrift, pp. 129 ss., 144 s., que de este *topos* deriva un abanico diferenciado de restricciones a la legítima defensa) pasa por alto la relatividad de las consecuencias de la provocación y ya no puede dar cuenta adecuadamente del *auxilio* necesario o legítima defensa de terceros.

[108] Así se resolverán los reparos de *Hassemer*, Bockelmann-Festschrift, pp. 225 ss., 232 ss. En virtud de la posibilidad de responsabilidad plural, la expresión «sin propia culpa» del § 213 StGB ha de leerse como «en (co-)responsabilidad de la víctima».

derecho limitado a la defensa si el ofendido reacciona dándole puñetazos, del mismo modo éste sólo tiene derecho limitado a la defensa cuando el ofensor, incurriendo en exceso, para repeler los golpes agarra un cuchillo.

d) a') Finalmente, la transferencia conduce a que, en los casos que que- **53**
dan de participación, culpable por ambas partes, en el conflicto, decae el carácter culpable como motivo específico de distribución de costes. Así pues, la defensa necesaria debe determinarse dentro de la legítima defensa teniendo en cuenta criterios del estado de necesidad, y, dado que sigue estando presente la agresión antijurídica del provocado, según el punto de vista del estado de necesidad defensivo (§ 228 BGB). De aquí se deduce que el agredido debe esquivar el ataque en la medida de lo posible y, en otro caso, mantenerse en el marco de la proporcionalidad de bienes propia del estado de necesidad defensivo (con más detalle, acerca de ello, *infra* 13/46). Estas son las conclusiones de la jurisprudencia reciente [109].

b') Se considera provocación sólo el comportamiento que fundamenta la **54**
corresponsabilidad por el ataque. Por una parte, tal es el caso en un ataque antijurídico del provocador, que a su vez desencadena un contraataque —excesivo como defensa necesaria—. Quien configura la relación con otra persona agresivamente de modo antijurídico no se puede decir que no participe si el otro asume esa configuración de la relación. Por otra parte, se trata de que el agredido posterior y el futuro agresor ceden conjuntamente a lo agresivo, p. ej., provocando el agredido al agresor al ataque, abierta o concluyentemente, o bien reaccionando éste agresivamente a una interpelación. Es posible la provocación imprudente [110] y en casos de temeridad no sólo en el ámbito teórico; ejemplo: El conductor desconsiderado coloca, con su modo de conducir, varias veces en situaciones de necesidad al posterior agresor. En casos de imprudencia simple, o en casos de agresiones antijurídicas situadas ya al borde de la imputación, la imputación al provocador pasará del todo a un segundo plano para dejar paso a la imputación del que ataca habiendo sido provocado. Ejemplo:

---

[109] En la jurisprudencia, de hecho se trata menos de legítima defensa en general que, específicamente, del homicidio del agresor en legítima defensa (por lo general a manos de un agredido premeditamente armado). La jurisprudencia, al principio, no tenía en cuenta la provocación (RG, 60, pp. 261 s.; 65, pp. 163 ss., 165), pero luego, comenzando con sentencias tardías del *Reichsgericht* (RG, 71, pp. 133 ss., 135; *vid.* no obstante, RG, 73, pp. 341 ss.), ha ido limitando crecientemente el derecho a la legítima defensa, reduciéndose los requisitos de la provocación hasta la causalidad evitable; BGH, NJW, 1962, pp. 308 s., 309 (al respecto, en contra, *Baumann*, MDR, 1962, pp. 349 s.; *Gutmann*, NJW, 1962, pp. 286 ss.; *Schröder*, JR, 1962, p. 187). En sentencias posteriores se le imponen al provocador eludir la agresión, así como superiores deberes de soportar, sin negarle no obstante por completo el derecho a la legítima defensa; BGH, 24, pp. 356 ss., 358 s. (con comentario de *Lenckner*, JZ, 1973, pp. 253 ss.; *Roxin*, NJW, 1972, pp. 1821 s.); 26, pp. 143 ss., que incluye un catálogo escalonado de la defensa permitida al provocador, pp. 145 s.: eludir —defensa de protección— defensa ofensiva, esta última, aun a costa de resultar lesionado levemente, sólo con medios suaves; BGH, NStZ, 1989, pp. 113 s., y pp. 296 s.; BGH, JR, 1989, pp. 160 s., con comentarios de *Hornann* y *Matt*, loc. cit., pp. 161 s.; *vid.* asimismo BGH, NJW, 1990, p. 2263 s., 2264; muy impreciso BGH, NJW, 1983, pp. 2267, con comentario en definitiva favorable de *Lenckner*, JR, 1984, pp. 340 ss. De acuerdo con BGH, 26, pp. 256 ss., al provocador le está permitido defenderse del ataque con un medio de grave efecto si el agresor no desiste ante la defensa de contención.

[110] Así también BGH, 24, pp. 356 ss.; 26, pp. 143 ss.; BGH, NStZ, 1988, pp. 450 s., con comentario de *Sauren*, loc. cit., p. 451.

Quien se equivoca, con imprudencia simple, de puerta en su habitación de hotel, tiene todo el derecho a la legítima defensa contra la reacción agresiva antijurídica de la persona a la que ha molestado.

55 *c')* No constituye provocación el comportamiento que no es ni agresión antijurídica ni una invitación a ésta; ello es asimismo aplicable cuando el comportamiento es socialmente raro, descortés (negativa a proporcionar una información que se facilitaría en un momento; negativa del cliente de un restaurante a admitir que más personas se sienten a su mesa) o inmoral (adulterio con una mujer cuyo marido ataca presa de la ira), y es totalmente independiente del aspecto subjetivo que dirige la ejecución del comportamiento, sobre todo de una «intención de provocar», que no se manifiesta con claridad en dicha ejecución [111]. Ejemplo: Quien entra en la casa donde vive, que ha sido ocupada por un camorrista, conserva todo el derecho a la legítima defensa, aun cuando esté deseando que se produzca la agresión [112].

56 *e)* De acuerdo con la regulación del § 213 StGB (y también del § 33 StGB) mediante la provocación sólo se ve afectado el derecho a repeler el ataque que tiene lugar en esa misma situación —definida agresivamente por el provocador [113].

F. La limitación por los deberes derivados de la responsabilidad institucional

57 1. Las relaciones de garantía en virtud de responsabilidad institucional no están protegidas jurídico-penalmente de forma amplia, sino sólo limitadamente a los modos de conducta descritos típicamente. Sin embargo, algunas de estas relaciones, sobre todo el matrimonio y la relación paterno-filial, no apuntan a esta protección limitada, sino a una salvaguarda amplia, aun cuando su lesión no se concrete puntualmente en Derecho penal. Ejemplo: La falta de cariño de los padres para con sus hijos se opone al deber institucional, pero no realiza ningún tipo delictivo. La denegación —activa o por omisión— del cuidado debido, aun cuando no realice ningún tipo delictivo, constituye una infracción de deber y por tanto —en la medida en que sea culpable— ha de tratarse análogamente a una provocación.

58 Además, en estas relaciones de garantía existe una obligación de sacrificarse más elevada —frente a la obligación de cualquiera—. Ciertamente, por el

---

[111] Desde luego, si en la ejecución del comportamiento se ponen de manifiesto las ganas de pelea, se trata de una incitación a la agresión y por tanto de una provocación.

[112] No de recibo BGH, NJW, 1962, pp. 308 s.; con poca claridad, pero en todo caso restrictivamente, BGH, 24, pp. 356 ss., 359, habla de un «comportamiento reprobable jurídicamente» (¿es decir, antijurídico?); BGH, 27, pp. 336 ss., 338 (con comentario favorable de *Kienapfel*, JR, 1979, p. 72) aporta una definición muy moderada de provocación: «comportamiento que, valorando sensatamente todas las circunstancias del caso concreto, hace aparecer el ataque subsiguiente como consecuencia adecuada y previsible de la infracción de deber (¡sic!) del agredido». Queda abierto si como infracción de deber sólo se alude a un deber jurídico. Como aquí, BGH, NJW, 1980, pp. 2263 s.; asimismo BGH, NStZ, 1989, pp. 474 s., con comentario favorable de *Beulke*, JR, 1990, pp. 380 ss.

[113] BGH, NStZ, 1981, p. 138.

trastorno de la institución que se pone de manifiesto en el ataque, la obligación de sacrificarse es más reducida que en las instituciones intactas [113a] (*vid. infra* 19/125); sin embargo, en la legítima defensa entre las distintas partes de tales relaciones no se trata de la solidaridad mínima mencionada más arriba, sino de una mayor responsabilidad. Por tanto, al repeler ataques, p. ej., de un cónyuge, la parte agredida debe procurar desviar el ataque en mayor medida, o aceptar menoscabos leves en sus bienes, antes de lesionar bienes existenciales del agresor [114]. La legítima defensa de terceros *por parte de* la persona especialmente obligada debería ser igualmente limitada. En eso es aquí la situación distinta a la de los supuestos de provocación. La diferencia se explica por el diferente fundamento de origen del deber especial: como consecuencia de la organización (en la provocación) o —aquí— institucionalmente.

2. También la canalización de la defensa frente a peligros, de la autoridad, especialmente de la policía, hacia las autorizaciones para intervenir otorgadas por normas especiales, conduce a una mayor obligación de soportar por competencia institucional (por el ordenamiento en su conjunto), pues al agente se le niega, incluso en agresiones contra él mismo, que pueda invocar la legítima defensa (discutido; *vid. supra* 12/42, con nota 89).

VIII. PARTICULARIDADES DE LA LEGITIMA DEFENSA DE TERCEROS (AUXILIO NECESARIO)

La formulación que se suele encontrar en relación con la legítima defensa 59
de terceros [115] en el sentido de que está excluida la justificación contra la vo-

[113a] Así pues, también se tiene en cuenta la infracción de deber del agresor, especialmente intenso en virtud de la vinculación institucional; sólo que esta intensidad no comporta que decaiga la institución; ello lo pasa por alto *Spendel*, JZ, 1984, pp. 507 ss., 509; acertadamente, *Loos*, JuS, 1985, pp. 859 ss., 863: Decae el deber intensificado de sacrificarse cuando ya no existe deber alguno de mantener la vida conyugal.

[114] Las proporciones no se han aclarado suficientemente en su concreción. En lo esencial como aquí, *Geilen*, JR, 1976, pp. 314 ss., 316, 318; *Deubner*, NJW, 1969, p. 1184; *Marxen*, Grenzen, pp. 38 ss.; *el mismo*, en: Vom Nutzen, etc., t. I, pp. 63 s.; *Roxin*, ZStW, 93, pp. 68 ss., 100 ss.; *Schroth*, NJW, 1984, pp. 2562 ss.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 442; bibliografía pormenorizada en *Kühl*, Jura, 1990, pp. 224 ss., 252 s. Las sentencias sobre el tema ocultan el problema normativo (¿qué hay que tolerar?) cognoscitivamente (¿cuán peligroso era el ataque?); BGH, NJW, 1969, p. 802; NJW, 1975, p. 62 s.; NJW, 1974, pp. 986, con comentario en lo esencial favorable de *Montenbruck*, JR, 1985, pp. 115 ss.; distingue *Loos*, JuS, 1985, pp. 859 ss. (muerte del cónyuge que ataca para conseguir la llave para escapar de la vivienda, que está cerrada, con los doscientos marcos que ha robado a su pareja; el BGH aprecia justificación por legítima defensa —como poco, muy dudoso—). Más sentencias en *Geilen*, loc. cit., p. 316, nota 14. Rechazo de toda restricción en *Engels*, GA, 1982, pp. 109 ss., 114, 124, 124 s.; *Spendel*, JZ, 1984, pp. 507 ss.; *Frister*, GA, 1988, pp. 291, 308; *LK-Spendel*, § 32, núm. marg. 310; *vid.* también *Kratzsch*, JuS, 1975, pp. 435 ss.; *Montenbruck*, Thesen, p. 44; *Bitzilekis*, Tendenz, pp. 120 ss.

[115] *Seelmann*, ZStW, 89, pp. 36 ss., intenta suavizar, mediante la proporcionalidad de los bienes, no la propia legítima defensa, pero sí el *auxilio* a la legítima defensa, sin no obstante caracterizar la posición especial de la víctima del ataque de modo que el prójimo solidario de la comunidad jurídica (*Rechtsgenosse*) (el indiferente no auxilia) no pudiera participar en ella; en contra de *Seelmann*, *vid. Roxin*, ZStW, 93, pp. 68 ss., 71, con nota 8; *Seier*, NJW, 1987, pp. 2476 ss., 2477 s.

luntad del agredido [116] es demasiado genérica. Más bien hay que diferenciar [116a]:

A. Cuando el agredido no considera correcto solucionar el conflicto a costa del agresor no está permitida la legítima defensa, si se trata de bienes disponibles. Ejemplo: El agredido no quiere la muerte (en defensa necesaria) del agresor en un ataque a simples valores patrimoniales. Si el agredido no sólo quiere soportar, sino que consiente en el ataque, en caso de bienes disponibles, el ataque pierde ya su antijuricidad.

60 B. Si el agresor considera inapropiada la defensa por motivos que no afectan a la distribución de costes, sigue estando justificada la legítima defensa de terceros, en caso de bienes disponibles. Ejemplo: El agredido quiere realizar la defensa de propia mano, pero se le anticipa el auxiliador. El rehén no quiere la legítima defensa de terceros contra el secuestrador, porque teme las consecuencias negativas que ello le pueda acarrear para él mismo.

61 C. En relación con bienes no disponibles (la vida, de acuerdo con el § 216 StGB) se aplican las reglas del auxilio necesario del Estado; aquí vincula también si el Estado prohíbe la acción de defensa.

62 D. La legítima defensa de terceros siempre es admisible cuando el agredido tiene la voluntad real de dejarse ayudar, bien sea esa voluntad efectiva conocida, cognoscible o incognoscible. Ejemplo: Quien repele al agresor en la creencia errónea de que la víctima quería soportar, no advierte la situación justificante dada (al respecto, *supra* 11/18 ss.). Además, es admisible la legítima defensa de terceros cuando el agredido no puede adoptar una decisión o no se puede averiguar su voluntad, pero teniendo en cuenta las preferencias del agredido cabe presumir que no se decidiría por soportar el ataque. A falta de especiales indicios, se tiene por voluntad lo razonable jurídicamente, o sea, el mantenimiento de la posibilidad de defensa. Si posteriormente se averigua que la voluntad real, incognoscible, era distinta, o que los fundamentos de la presunción eran incorrectos de modo incognoscible, ello no obsta para la justificación. Ejemplo: Quien salva, en defensa necesaria, a la víctima ya inconsciente de una tentativa de homicidio, matando antes de la consumación al agresor, actúa justificadamente, aun cuando después se averigüe que la víctima había reconocido en el agresor a su hijo, y que prefería soportar su propia muerte a que muriera su hijo.

62a E. Por lo demás, acerca de la legítima defensa de terceros en caso de provocación previa, *vid. supra* 12/49 y 51.

---

[116] BGH, 5, pp. 245 ss., 248; BGH, StV, 1987, p. 59; *Lackner*, § 32, nota 2 *h*; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 32, núm. marg. 25; *Jescheck*, AT, § 32, IV; *de otra opinión*, no obstante (con distintas fundamentaciones), *Schmidhäuser*, AT, 9/107; *el mismo*, Studienbuch, 6/80; *Schroeder*, Maurach-Festschrift, pp. 127 ss., 141 s.; *Wagner*, Notwehrbegründung, p. 36; *vid.* asimismo *Klose*, ZSW, 89, pp. 61 ss., 96 s.

[116a] En lo esencial como aquí, *Seier*, NJW, 1987, pp. 2476 ss., 2478 ss.

IX. EFECTOS DE LA LEGITIMA DEFENSA

A. Sólo está justificada la defensa mediante intervención en los bienes del agresor; acerca de ello, *supra* 12/28. 63

B. Si, en caso de exceso, es posible distinguir jurídicamente lo ya no necesario de lo aún necesario, lo aún necesario sigue estando justificado. Ejemplo: Unos daños justificados por legítima defensa no se convierten en antijurídicos porque el defensor destruya de modo innecesario otra cosa más mediante la misma acción. En los delitos cualificados por el resultado u otros delitos compuestos, cuando está justificada una parte, sólo sigue habiendo punibilidad si el resto forma un delito por sí mismo. Ejemplo: El defensor le sustrae al agresor muerto sus objetos de valor —como ya había planeado mientras repelía su ataque—; hurto antijurídico, no robo. Si no se puede distinguir, en la determinación de la pena hay que tener en cuenta la disminución del injusto [117]. 64

[117] *Vid. Kern*, ZStW, 64, pp. 255 ss.

APARTADO 13

El estado de necesidad justificante

BIBLIOGRAFIA: *C. Belling*, Ist die Rechtfertigungsthese zu § 218 a StGB haltbar?, 1987; *P. Bockelmann*, Hegels Notstandslehre, 1935; *J. Cerezo Mir*, Grundlage und Rechtsnatur des Notstands im spanischen Strafgesetzbuch, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 689 ss.; *A. Graf zu Dohna*, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestände strafbarer Handlungen, 1905; *E. Gimbernat Ordeig*, Der Notstand: Ein Rechtswidrigkeitsproblem, Welzel-Festschrift, pp. 485 ss.; *J. Goldschmidt*, Der Notstand, ein Schuldproblem, Österreichische Zeitschrift für Strafrecht, 1913, pp. 129 ss.; *W. Gropp*, § 218 a StGB als Rechtfertigungsgrund: Grundfragen zum rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruch, GA, 1988, pp. 1 ss.; *A. Hatzung*, Dogmengeschichtliche Grundlagen und Entstehung des zivilrechtlichen Notstands, 1984; *H. Henkel*, Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht, 1932; *H. J. Hirsch*, Strafrecht und rechtsfreier Raum, Bockelmann-Festschrift, pp. 89 ss.; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *Arthur Kaufmann*, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung. Dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs, Maurach-Festschrift, pp. 327 ss.; *E. Kern*, Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW, 64, pp. 255 ss.; *D. Kienapfel*, Der rechtfertigende Notstand, *OJZ*, 1975, pp. 421 ss.; *M. Köhler*, Personensorge und Abtreibungsverbot, GA, 1988, pp. 435 ss.; *W. Küper*, Der «verschuldete» rechtfertigende Notstand, 1983; *el mismo*, Grundsatzfragen der «Differenzierung» zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS, 1987, pp. 81 ss.; *Th. Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, 1965; *R. Maurach*, Kritik der Notstandslehre, 1935; *A. Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), 1990; *P. Noll*, Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht, ZStW, 68, pp. 181 ss.; *F. Oetker*, Notwehr und Notstand, VDAT, t. II, pp. 255 ss.; *H. Otto*, Die Anerkennung des Interessenvorrangs als Prinzip der Rechtfertigung, RGSt, 61, 242, Jura, 1985, pp. 298 ss.; *el mismo*, Comentario a BayObLG, JR, 1990, pp. 338 ss., loc. cit., pp. 342 ss.; *C. Roxin*, Die notstandsähnliche Lage - ein Strafunrechtsausschließungsgrund?, Oehler-Festschrift, pp. 181 ss.; *H.-J. Rudolphi*, Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. der § 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar? ZStW, 78, pp. 67 ss.; *Eb. Schmidt*, Das Reichsgericht und der «übergesetzliche Notstand», ZStW, 49, pp. 350 ss.; *H. Schröder*, Die Notstandsregelung des Entwurfs, 1959, II, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 290 ss.; *K. Siegert*, Notstand und Putativnotstand, 1931; *H. Tröndle*, Soziale Indikation Rechtfertigungsgrund?, Jura, 1987, pp. 66 ss.; *M. Wachinger*, Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts, Frank-Festgabe, t. I, pp. 469 ss.; *H. v. Weber*, Das Notstandsproblem und seine Lösungen in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925, 1925.

I. PANORAMICA DE LAS CLASES DE ESTADO DE NECESIDAD

A. 1. La solución del conflicto en el que el peligro para un interés legí- 1
timo sólo se puede combatir a costa del legítimo interés de alguien no participante como agresor en la puesta en peligro (§ 32 StGB) desde siempre ha sido objeto de polémica. Una solución individualista parte de que el afectado no puede endosar un peligro a otro; la acción en estado de necesidad, por tanto, es siempre antijurídica, aun cuando la traslación del peligro en el caso concreto pueda ser perdonable (disculpable) cuando los bienes afectados por el peligro tengan importancia existencial [1]. Una solución que más bien atiende a la solidaridad recíproca de los destinatarios del Derecho pretende un balance de intereses y otorga el derecho a la lesión de intereses si la acción en estado de necesidad mejora el balance global [2]. La consecuencia jurídica de esta solución del estado de necesidad, la justificación, se acepta también, por unificar, en los supuestos en que, *per saldo,* se destruya más que se conserva, pero se salvaguarde, con todo, un interés legítimo [3]. Toma su nombre del choque de intereses: *teoría del conflicto de intereses* [4].

2. La unilateralidad de estas llamadas *teorías unitarias* [5], que sólo atien- 2
den a la exculpación o a la justificación, condujo a la elaboración de la hoy casi indiscutida teoría de la *diferenciación* [6], según la cual el estado de necesidad, dependiendo del saldo de intereses, tiene efecto justificante o exculpante [7]. De

---

[1] Respecto a la historia *vid. H. Mayer*, AT, pp. 176 ss.; *Hatzung*, Grundlagen, pp. 38 ss.; *Küper*, JuS, 1987, pp. 81 ss.; *Meißner*, Interessenabwägungsformel, pp. 72 ss., en cada caso con amplia bibliografía.

[2] Así, con arreglo a un entendimiento antes difundido, *Kant*, Die Metaphysik der Sitten (1.ª parte, 2.ª ed., Königsberg, 1798), Teoría del Derecho, Introducción a la Teoría del Derecho, § E *in fine*, y asimismo Apéndice a la Introducción a la Teoría del Derecho, ante I y en II, de todos modos sólo para el caso de lesión de la vida para proteger la vida; que la interpretación de que *Kant* presenta el estado de necesidad como causa de exculpación es incorrecta lo pone de manifiesto *Bockelmann* (Hegels Notstandslehre, pp. 4 ss.). En favor de la exculpación, no obstante, Lehrbuch, § 91; *M. E. Mayer*, AT, pp. 304 ss., también para el § 904 BGB e incluso para las situaciones semejantes a legítima defensa del § 228 BGB.

[3] *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin, 1821, § 127, que no obstante trata sólo los supuestos de salvación en peligro de muerte mediante lesión de la propiedad ajena; al respecto y sobre los *hegelianos*, ampliamente *Bockelmann*, Hegels Notstandslehre, pp. 21 ss., 454; *vid.* no obstante también la interpretación de *Hegel* en *Meißner*, Interessenabwägungsformel, pp. 87 ss.

[4] *V. Hippel*, Strafrecht, t. II, pp. 221 ss.; recientemente de nuevo *Gimbernat Ordeig*, Welzel-Festschrift, pp. 485 ss., 492 ss.; acerca de la evolución, detalladamente *Henkel*, Notstand, pp. 7 ss.; *v. Weber*, Notstandsproblem, pp. 1 ss.

[5] La denominación de *teoría del conflicto* es inapropiada; el nombre sugiere que entran en conflicto los intereses respectivos; pero por lo general (en el estado de necesidad agresivo) ¡precisamente la acción en estado de necesidad es la que introduce en el conflicto el interés antes no involucrado, y que cede!

[6] Amplia bibliografía en *Maurach*, Notstandslehre, pp. 1 ss.; *vid.* asimismo la crítica en *v. Liszt-Schmidt*, Srafrecht, § 34, I, 3 *a*.

[7] Esencialmente elaborado por *Goldschmidt*, Österreichische Zeitschrift für Strafrecht, 1913, pp. 129 ss., 161 s., 173 s. [el título del artículo de *Goldschmidt*, «El estado de necesidad, problema de la culpabilidad» ha de leerse como: El estado de necesidad regulado en los §§ 52, 54 StGB, redacción antigua (= § 35 StGB, versión actual) como problema de la culpabilidad; junto a éste, sigue siendo posible el estado de necesidad justificante]; en función de los distintos fundamentos de

todos modos, como resultado de la versión de la teoría unitaria que atiende a la justificación ha quedado que también el estado de necesidad en la forma de causa de exclusión de la culpabilidad, por la salvaguarda de intereses legítimos, disminuye el injusto en algún grado, si bien no completamente [8]. Además se ha convertido en obsoleto un resultado antes esencial de la teoría de la diferenciación, a saber, el posibilitar la legítima defensa contra el estado de necesidad exculpante, porque de acuerdo con la reciente interpretación de la legítima defensa el ataque antijurídico debe ser un comportamiento enteramente imputable, o sea, culpable (*supra* 12/16 ss.), decayendo la legítima defensa contra los hechos realizados en estado de necesidad exculpante.

3 3. Desde *Kant* no deja de intentarse el sustraerse a las consecuencias de decidirse por la justificación o la exculpación aceptando un actuar simplemente no prohibido en tanto que actuar en un ámbito libre o exento de Derecho [9]. Esta llamada *teoría de la exención* se propone en ocasiones no como regla general del estado de necesidad, pero sí como regla para algunos grupos de casos, sobre todo para los casos de solución de conflictos en las comunidades de peligro: Si varios intereses legítimos, sin recurrir al estado de necesidad, van a perderse todos, pero mediante la destrucción inmediata de algunos de ellos se pueden conservar algunos del total, según esta teoría la acción en estado de necesidad no estará prohibida, pero tampoco justificada; sobre todo a la parte postergada le quedará el derecho a la legítima defensa [10] o existirá por ambas partes un comportamiento no prohibido [11]. Pero lo no prohibido (o situado en el ámbito exento de Derecho) sí que está jurídicamente regulado, al renunciarse al juicio de antijuricidad, en la medida en que se interrumpe la imputación; lo específico de lo no prohibido o jurídicamente exento reside únicamente en la circunstancia de que las consecuencias de la interrupción de la imputación para la legítima defensa, la participación, etc., no se desarrollan sistemáticamente, sino libremente, de modo más o menos abierto.

4 B. La ponderación de intereses viene a parar —al igual que con mayor razón la ponderación de bienes— a la idea de que el fin justifica los medios, si no se encauzan los medios limitándolos a los medios adecuados para el ordenamiento determinante. Ejemplo: Que la interrupción del embarazo conforme al § 218 *a* 1 StGB —supuesto específico del estado de necesidad justificante— sólo es posible por parte de un médico [12] se deduce de la inadecuación de la

---

justificación y exculpación distingue ya claramente *Oetker*, VDAT, t. II, pp. 255 ss., 322 s. En relación con el Derecho penal español, *Cerezo Mir*, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 689 ss., con bibliografía del estado de la discusión en España.

[8] Ampliamente, *Lenckner*, Notstnd, pp. 32 ss.; *Armin Kaufmann*, Dogmatik, pp. 156 s.; *Kern*, ZStW, 64, pp. 255 ss., 264 ss., 288 s.; *Rudolphi*, ZStW, 79, pp. 67 ss., 80 ss.; *Noll*, ZStW, 68, pp. 181 ss., 185.

[9] *Kant*, en nota 2; *Binding*, Handubch, t. I, pp. 763 ss., 766.

[10] Según *Binding*, loc. cit., p. 766, no obstante, decaería el derecho al *auxilio* en la legítima defensa.

[11] *V. Weber*, Notstandsproblem, pp. 25 ss., 41; *Henkel*, Notstand, pp. 90 ss.; *Siegert*, Notstand, p. 33; ampliamente al respecto *Lenckner*, Notstand, pp. 15 ss.; recientemente de nuevo *Arthur Kaufmann*, Maurach-Festschrift, pp. 327 ss., para supuestos de interrupción del embarazo indicada; en contra, con buen criterio, *Hirsch*, Bockelmann-Festschrift, pp. 89 ss.; *LK-Hirsch*, núm. marg. 16 ss., ante § 32.

[12] Así ya RG, 61, pp. 243 ss., 256 s.

actividad no médica en este ámbito, y en el caso concreto no tiene nada que ver con la ponderación de intereses si quien no es médico dispone excepcionalmente de las capacidades correspondientes. Ello es aún más claro en todas aquellas acciones en que la competencia para emprenderlas incumbe sólo a órganos del Estado; no se puede sustituir al juez, al policía, etc., en el estado de necesidad justificante general, a menos que concurra una autorización específica (*vid. infra* 13/42). Por ello, a causa de la necesidad de emplear, no un medio ajustado a los intereses, sino un medio adecuado y proporcionado, se ha desarrollado para el estado de necesidad una *teoría del fin*, al principio yuxtapuesta a la teoría del conflicto y después complementándola, según la cual una acción es conforme a Derecho cuando constituye «el medio adecuado (justo)» para «el fin reconocido como legítimo (justo)» [13]. Esta teoría del fin sigue siendo indispensable para limitar las teorías que sólo atienden a la ponderación [14].

C. 1. El Derecho anterior contenía en los §§ 52 y 54 StGB (redacción antigua) sólo una regulación positivizada del estado de necesidad exculpante en su entendimiento actual. Junto a ella, concurrían sobre todo las regulaciones del Derecho civil, es decir, el § 904 BGB (el llamado *estado de necesidad agresivo*, o sea, el bien lesionado no participaba en el conflicto y se ve atacado por la acción en estado de necesidad) y el § 228 StGB (el llamado *estado de necesidad defensivo*, es decir, el conflicto procede del bien que se sacrifica, contra el que se procede en defensa). Como causa de justificación de creación jurisprudencial se reconocía sin discusión en la práctica jurídica y en la doctrina —siguiendo la teoría de la diferenciación— desde la sentencia del RG [15] —tomo 61, pp. 243 ss. (1927)— el llamado estado de necesidad justificante supralegal [16]. 5

2. También el Derecho actual sigue la teoría de la diferenciación, como se aprecia claramente teniendo en cuenta el Derecho escrito. El § 35 StGB regula el estado de necesidad disculpante. Se discute si junto a él ha de reconocerse un estado de necesidad exculpante supralegal (*infra* 20/39 ss.). El § 34 StGB positiviza —tras el precedente del § 16 OWiG (§ 14 OWiG, redacción anterior)— el estado de necesidad justificante, en el inciso 1.º con arreglo a la teoría del conflicto, pero corrigiéndolo en el inciso 2.º mediante una cláusula de adecuación con arreglo a la teoría del fin. Por su tenor literal, el precepto constituye una regulación general del estado de necesidad agresivo, y concurre con 6

[13] *v. Liszt-Schmidt*, Strafrecht, § 32, B, II, 2 *a*; ampliamente *Eb. Schmidt*, ZStW, 49, pp. 350 ss., 370 ss., 374 s.; *Dohna*, Rechtswidrigkeit, p. 48; *el mismo*, Aufbau, p. 35; *Henkel*, Notstand, p. 88; ampliamente sobre estas teorías, *Lenckner*, Notstand, pp. 60 ss.

[14] Naturalmente, cabe resolver las aportaciones objetivas de la teoría del fin, es decir la determinación de la adecuación, bajo el nombre de ponderación de intereses (así *Lenckner*, Notstand, pp. 146 ss.; *Schröder*, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 290 ss., 293; *LK-Hirsch*, § 34, núm. marg. 78 ss.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 34, núm. marg. 46), pero es poco clara esta mezcla de la cuestión de la especial prevalencia de un interés con la de su protección informal (es decir, no vinculada, que ha de llevarse a cabo en el estado de necesidad justificante); como aquí, y con más bibliografía, *Jesheck*, AT, § 33, IV, 3 *d*, nota 43.

[15] Muy elogioso acerca de esta sentencia desde la perspectiva actual, *Otto*, Jura, 1985, pp. 298 ss. Acerca de las primeras sentencias del *Reichsgericht*, *vid. Wachinger*, Frank-Festgabe, t. I, pp. 469 ss.

[16] Supralegal aún actualmente en Austria; al respecto ampliamente *Kienapfel*, ÖJZ, 1975, pp. 421 ss.

el § 904 StGB, menos general, pero por lo demás completamente paralelo [17]. Sigue faltando una regulación amplia del estado de necesidad defensivo que vaya más allá del § 228 BGB, teniendo que desarrollarse mediante interpretación sistemática (*infra* 13/46 ss.). Además, la regulación del conflicto de deberes (*infra* 125/6 ss.) en el § 34 sólo es fragmentaria.

7 3. Se aplican con carácter preferente numerosas regulaciones especiales: §§ 700 ss. HBG (avería gruesa); § 106 de la Ley de la Marinería [18] (competencias especiales del capitán de buque en caso de necesidad); § 23 Ley Federal de Caza (BJAgG) [19], en conexión con los preceptos especiales de los *Länder* (muerte a tiros de perros vagabundos); pero sobre todo el § 218 StGB [19a] (indicación de la interrupción del embarazo). También el § 127 StPO se puede entender como regulación específica de un auxilio al estado de necesidad del Estado.

8 4. En suma, la actual situación legal no puede satisfacer, y ello no tanto por el énfasis del estado de necesidad agresivo en la regulación legal, sino más bien por la posibilidad que se deja abierta en principio de trasladar también a un ámbito de organización que en sí no participa, los conflictos que no conducen al afectado originario a una situación de necesidad existencial, ni siquiera a una situación de necesidad especialmente grave, y por tanto no al ámbito de la solidaridad general [19b]. En cualquier caso, habrá que aplicar el § 904, inciso 2.°, BGB a todos los supuestos de estado de necesidad agresivo.

---

[17] El § 904 BGB, según su tenor literal, no contiene cláusula de adecuación del tipo de la del § 34.2 StGB, lo que no obstante no impide su ampliación mediante interpretación.

[18] De 26 de julio de 1957, BGBl., II, p. 713.

[19] De 29 de noviembre de 1952, BGBl., I, p. 780.

[19a] Se discute la eficacia justificante de las indicaciones mencionadas en el § 218 *a*, párrafo 2, StGB: El bien que se preserva no podría compensar la intervención (*Tröndle*, Jura, 1987, pp. 66 ss.; *Beling*, Rechtfertigungsthese, pp. 44 ss., 9 ss., en ambos con bibliografía; BayObLG, NJW, 1990, pp. 2328 ss., 2330 ss., exculpación; con comentario de *Otto*, JR, 1990, pp. 332 ss., causa objetiva de exclusión de la punibilidad que mantiene la antijuricidad, pero excluye el auxilio en la legítima defensa; contra tales valoraciones, *Gropp*, GA, 1988, pp. 1 ss.). Esta determinación de la importancia del bien se realiza desde una Constitución concebida como fija, contra la valoración practicada en la sociedad, e ignora el influjo de lo practicado sobre la Constitución. No es válido *a priori* que toda vida humana, nacida o no nacida, tenga el mismo valor ante el Derecho, es decir, que la personalidad tenga que derivarse, en su clase y dimensión, de la naturaleza; además, estaría también excluida la indicación médica (así —con algunas excepciones poco consecuentes— *Beling*, Rechtfertigungfsthese, pp. 110 ss., 129). Cuestión distinta es la de si el legislador, en el § 218 *a*, párrafo 2, StGB no se habrá orientado hacia valoraciones más bien particulares; al respecto (negándolo) básico *Köhler*, GA, 1988, pp. 435 ss.

[19b] *Meißner*, Interessenabwägungsformel, pp. 158 ss., no sitúa el motivo de la justificación por estado de necesidad en la solidaridad, sino en la utilidad. Desde esta perspectiva, la ponderación de intereses tendría que verse restringida por límites de utilidad, no de solidaridad: También los bienes existenciales, sobre todo la vida, tendrían que poder pasar a segundo plano en la situación de estado de necesidad agresivo (en contra, *infra* 13/21 ss.). *Meißner* evita tal resultado estableciendo límites *externos* a la utilidad (Menschenwürde, pp. 209 ss.); pero esta descripción de reglas contrapuestas no proporciona *concepto* alguno para el estado de necesidad.

II. EL ESTADO DE NECESIDAD AGRESIVO DEL § 34 StGB

BIBLIOGRAFIA: *V. Albrecht,* Die rechtliche Zulässigkeit postmortaler Transplantatentnahmen, 1986; *K. Amelung*, Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates?, NJW, 1977, pp. 833 ss.; *el mismo,* Nochmals: § 34 StGB als öffentlichrechtliche Eingriffsnorm?, NJW, 1978, pp. 623 s.; *el mismo*, *H. Schall*, Zum Einsatz von Polizeispitzeln: Hausfriedensbruch und Notstandsrechtfertigung, Wohnungsgrundrecht und Durchsuchungsbefugnis, OLG München, DVBl., 1973, 221, JuS, 1975, pp. 565 ss.; *K. Bernsmann*, Zum Handeln von Hoheitsträgern aus der Sicht des «entschuldigenden Notstands» (§ 35 StGB), Blau-Festschrift, pp. 23 ss.; *el mismo*, «Entschuldigung» durch Notstand, 1989; *P. Bockelmann,* Strafrecht des Arztes, 1968; *el mismo*, Comentario a BGH, 12, pp. 300 ss., JZ, 1959, pp. 495 ss.; *el mismo*, Notrechtsbefugnisse der Polizei, Dreher-Festschrift, pp. 235 ss.; *E.-W. Böckenförde*, Der verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln der Staatsgewalt in außergewöhnlichen Lagen, 1986; *W. Bottke*, Das Recht auf Suicid und Suicidverhütung, GA, 1982, pp. 346 ss.; *el mismo*, Anfertigung und Verwertung heimlicher Stimmaufzeichnungen auf Tonträger außerhalb des Fermeldeverkehrs, Jura, 1987, pp. 356 ss.; *A.-E. Brauneck*, Der strafrechtliche Schuldbegriff, GA, 1959, pp. 261 ss.; *J. Cerezo Mir*, Grundlage und Rechtsnatur des Notstands im spanischen Strafgesetzbuch, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 689 ss.; *H. Demuth*, Der normative Gefahrbegriff, 1980; *F. Dencker*, Der verschuldete rechtfertigende Notstand, JuS, 1979, pp. 779 ss.; *W. Gallas*, Pflichtenkollision als Schulausschließungsgrund, Mezger-Festschrift, pp. 311 ss.; *el mismo*, Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW, 80, pp. 1 ss.; *G. Geilen*, Neue juristisch-medizinische Grenzprobleme, JZ, 1986, pp. 145 ss.; *el mismo*, Das Leben des Menschen in den Grenzen des Rechts, FamRZ, 1968, pp. 121 ss.; *el mismo*, Probleme der Organtransplantation, JZ, 1971, pp. 41 ss.; *el mismo*, Comentario a OLG Frankfurt, JZ, 1975, pp. 379 ss., loc. cit., pp. 380 ss.; *K. H. Gössel*, Über die Rechtsmäßigkeit befugnisloser strafprozessualer rechtsgutsbeeinträchtigender Maßnahmen, JuS, 1979, pp. 162 ss.; *G. Grebing*, Die Grenzen des rechtfertigenden Notstands im Strafrecht, GA, 1979, pp. 81 ss.; *H. L. Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *el mismo*, Mordunrechtsmindernde Rechtfertigungselemente, JR, 1985, pp. 268 ss.; *H. Henkel*, Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht, 1932; *H. J. Hirsch*, Comentario a BGH, JR, 1980, pp. 114 s., loc. cit., pp. 125 ss.; *E. Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973; *J. Hruschka*, Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, Dreher-Festschrift, pp. 189 ss.; *el mismo*, Comentario a BayObLG, JR, 1979, pp. 124 s., loc. cit., 125 ss.; *el mismo*, Rettungspflichten in Notstandssituationen, JuS, 1979, pp. 385 ss.; *el mismo*, Comentario a OLG Karlsruhe, JZ, 1984, pp. 240 s., loc. cit., pp. 241 ss.; *G. Jakobs*, Reseña bibliográfica, ZStW, 91, pp. 637 ss.; *D. Kienapfel*, Der rechtfertigende Notstand, ÖJZ, 1975, pp. 421 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, JR, 1977, pp. 26 s., loc. cit., pp. 27 s.; *Th. Klefisch*, Die nat.-soz. Euthanasie im Blickfeld der Rechtsprechung und Rechtslehre, MDR, 1950, pp. 258 ss.; *P. Kirchhof*, Polizeiliche Eingriffsbefugnisse und private Nothilfe, NJW, 1978, pp. 969 ss.; *V. Krey*, Der Fall Peter Lorenz - Probleme des rechtfertigenden Notstandes bei der Auslösung von Geiseln, ZRP, 1975, pp. 97 ss.; *H. H. Kühne*, Die sog. «Celler Aktion» und das deutsche Strafrecht, JuS, 1987, pp. 188 ss.; *W. Küper,* Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung, JuS, 1971, pp. 474 ss.; *el mismo*, Zum rechtfertigenden Notstand bei Kollision von Vermögenswerten, JZ, 1976, pp. 515 ss.; *el mismo*, Grund- und Grenzenfragen der rechtfertigenden Notstandes, JZ, 1980, pp. 755 ss.; *el mismo*, Die sog. «Gefahrtragungspflichten» im Gefüge des rechtfertigenden Notstandes, JZ, 1980, pp. 755 ss.; *el mismo*, Tötungsverbot und Lebensnotstand, JuS, 1981, pp. 785 ss.; *el mismo*, Das «Wesentliche» am «wesentlich überwiegenden Interesse», GA, 1983, pp. 289 ss.; *el*

mismo, Darf sich der Staat erpressen lassen?, 1986; *K.-L. Kunz*, Das stafrechtliche Bagatellprinzip, 1984; *O. Lampe*, Defensiver und agressiver übergesetzlicher Notstand, NJW, 1968, pp. 88 ss.; *R. Lange*, Terrorismus kein Notstandsfall? Zur Anwendung des § 34 StGB im öffentlichen Recht, NJW, 1978, pp. 784 ss.; *D. de Lazzer* y *D. Rohlf*, Der «Lauschangriff». Ist nachrichtendienstliches Abhören der Wohnung zulässig?, JZ, 1977, pp. 207 ss.; *Th. Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, 1965; *el mismo*, Das Merkmal der «Nicht-anders-Abwendbarkeit» der Gefahr in den §§ 34, 35 StGB, Lackner-Festschrift, pp. 95 ss.; *P. Lerche*, Der gezielt tödlich wirkende Schuß nach künftigem einheitlichen Polizeirecht. Zum Verhältnis hoheitlicher Eingriffbefugnisse zu den allgemeinen Notrechten, v. der Heydte-Festschrift, t. II, pp. 1033 ss.; *G. Mangakis*, Die Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts, ZStW, 84, pp. 447 ss.; *A. Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), 1900; *U. Neumann*, Der strafrechtliche Nötigungsnotstand, Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund?, JA, 1988, pp 329 ss.; *H. Otto*, Comentario a OLG München, NJW, 1972, pp. 2275, NJW, 1973 p. 669; *el mismo*, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 3.ª ed., 1978; *G. Radbruch*, Der Geist des englischen Rechtys, 5.ª ed., 1965; *K. Rebmann*, Der Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeibeamter im Bereich der Strafverfolgung, NJW, 1985, pp. 1 ss.; *J. Rödig*, Zur Problematik des Verbrechensaufbaus, Lange-Festschrift, pp. 39 ss.; *C. Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª ed., 1973; *el mismo*, Zur Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der Entfernung von Leichenteilen (§ 168 StGB), insbesondere zum rechtfertigenden strafrechtlichen Notstand (§ 34 StGB) OLG Frankfurt, NJW, 1975, 271, JuS, 1976 pp 505 ss.; *el mismo*, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, Jeschek-Festschrift, pp. 457 ss.; *el mismo*, Die notstandsähnliche Lage - ein Strafunrechtsausschließungsgrund? Oehler-Festschrift, pp. 181 ss.; *H.-J. Rudolphi*, Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 371 ss.; *M. Ruppelt*, Maßnahmen ohne Rechtsgrundlage. Eine Untersuchung zur Anwendung des § 34 StGB im Öffentlichen Recht, 1983; *E. Samson*, Legislatorische Erwägungen zur Rechtfertigung der Explantation von Leichenteilen, NJW, 1974, pp. 2030 ss.; *F. Schaffstein*, Der Maßstab für das Gefahrteil beim rechtfertigenden Notstand, Bruns-Festschrift, pp. 89 ss.; *el mismo*, Die strafrechtlichen Notrechte des Staatees, Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 97 ss.; *H. Schall*, Die Relevanz der Arbeitsplätze im strafrechtlichen Unweltschtuz, en: Recht und Wirtschaft (Osnabrücker Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, t. 1), 1989, pp. 1 ss.; *W. Schatzschneider*, Die nachrichtendienstliche Generalklausel, ZRP, 1988, pp. 20 ss.; *H. L. Schreiber*, Vorüberlegungen für ein künftiges Transplantationsgesetz, Klug-Festschrift, pp. 341 ss.; *F.-C. Schroeder*, Notstandslage bei Dauergefahr, BGH, NJW, 1979, 2053, JuS, 1980, pp. 336 ss.; *J. Schwabe*, Zur Geltung von Rechtfertigungsgründen des StGB für Hoheitshandeln, NJW, 1977, pp., 1902 ss.; *el mismo*, Die Notrechtsvorbehalte des Polizeirechts, 1979; *G. Stratenwerth*, Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW, 68, pp. 41 ss.; *F. Sydow*, § 34 StGB — kein neues Ermächtigungsgesetz!, JuS, 1978, pp. 222 ss.; *H. Welzel*, Comentario a OGH, MDR, 1949, pp. 370 ss., loc. cit., pp. 373 ss.; *el mismo*, Zum Notstandsproblem, ZStW, 63, pp. 47 ss.; *J. Wolter*, Konkrete Erfolgsgefahr und konkreter Gefahrerfolg im Strafrecht - OLG Frankfurt, NJW, 1975, 840, JuS, 1978, pp. 748 ss.

A. Los bienes susceptibles de preservación mediante estado de necesidad; el auxilio al estado de necesidad del Estado

9 Susceptible de estado de necesidad es todo bien que lo es de legítima defensa (*supra* 12/3 ss.), es decir, todo bien jurídicamente reconocido y configu-

rado con carácter absoluto. El catálogo del § 34, inciso 1.º, StGB —contrariamente al del § 35 StGB— no es cerrado. Según el tenor literal del § 34, inciso 1.º, StGB, se puede tratar de un peligro que amenaza al mismo que lo repele o a otro; de este modo el auxilio al estado de necesidad es una causa de justificación, al igual que el propio estado de necesidad [20]. La regulación es adecuada, dado que no justifica ya la situación de apuro —sólo existente en el amenazado—, sino sólo el balance de comportamiento positivo perseguido por una vía apropiada.

2. *a)* Así pues, el auxilio al estado de necesidad también se puede prestar en favor de los bienes en manos del Estado, y sobre todo tiene importancia, junto al auxilio al estado de necesidad del Estado, en los supuestos en que falta una agresión completamente imputable. También la jurisprudencia ha reconocido la posibilidad del auxilio al estado de necesidad del Estado (*vid.* las sentencias *supra* 12/nota 11). No se puede conceder que junto al artículo 20.4 GG no haya lugar para el auxilio al estado de necesidad del Estado. El artículo 20.4 GG regula el derecho de resistencia incluso contra los propios representantes del Estado (contra la alta traición desde arriba), sobre todo contra los representantes del poder ejecutivo, pero limitado a una situación de emergencia para la existencia del Estado. El que una regulación en tal sentido descarte el estado de necesidad subsidiario con respecto al poder ejecutivo del Estado se opone a las reglas concursales generales. Ejemplo: El conductor del Ministro de Asuntos Exteriores puede sobrepasar la velocidad máxima permitida cuando ello es evidentemente posible y conveniente sin peligro concreto, a fin de llevarlo puntualmente al aeropuerto para recibir a una visita oficial; el artículo 20.4 GG no excluye casos como éste. 10

b) Las limitaciones aplicables al auxilio necesario al Estado para la protección de las competencias estatales (*supra* 12/9 ss.) rigen correlativamente para el auxilio al estado de necesidad del Estado [21]; pormenores: 11

a') El interés del Estado en que no se produzcan puestas en peligro abstracto es tan insignificante que el impedir tales puestas en peligro por parte de un particular, a causa de la difuminación de competencias a que da lugar, *per saldo* no salvaguarda ningún interés esencialmente preponderante.

b') Decae la posibilidad de auxilio al estado de necesidad del Estado cuando el bien en peligro sólo es posible salvaguardarlo en un procedimiento estatalmente garantizado, sobre todo sólo mediante la Administración de Justicia.

c') Prevalece la posibilidad de la protección organizada estatalmente; la negativa del auxilio por parte de los órganos del Estado con capacidad de acción vincula al particular, salvo en las situaciones del derecho de resistencia con arreglo al artículo 20.4 GG; este derecho de resistencia queda como derecho adicional.

---

[20] El error de quien se defiende sobre si el titular del bien es él mismo u otro, no se refiere, pues, a ningún elemento del tipo de justificación y por tanto es irrelevante.

[21] En el mismo sentido, *Maurach-Zipf*, AT, I, § 27, núm. marg. 42.

B. El peligro actual

12 El bien susceptible de estado de necesidad debe estar amenazado por un peligro actual para que la intervención en estado de necesidad esté justificada.

1. *a) Peligro* es un estado en el que se puede pronosticar que la lesión del bien no es improbable de acuerdo con el curso causal que es de esperar. El peligro sólo es relevante para un estado de necesidad si sobrepasa el riesgo vital general. Frente a una formulación ampliamente difundida [22] no es necesaria una probabilidad preponderante (o alta) de desenlace fatal [23], sino que más bien hay que tener en cuenta, al ponderar los riesgos, en su caso, un grado pequeño de peligro.

13 *b)* El pronóstico ha de realizarse, como ya se fundamentó más arriba (11/12), objetivamente *ex ante*, queriendo decir objetivamente que no importan las capacidades del respectivo observador, sino las de un observador entendido [24]. Observador entendido es el experto competente para la situación de conflicto del género que está en cuestión en sí (es decir, faltando la necesidad de decisión inmediata), o sea, para los peligros de fuego, el bombero profesional; para los peligros en una obra, el experto en cálculo de resistencia de materiales; para enfermedades, el médico, etc. El que en el supuesto concreto una persona que incluso si hubiera habido tiempo disponible, no viene en cuestión como experto conseguible planeadamente, podría adoptar casualmente un juicio que correspondiese enteramente a la realidad, puede ampliar el concepto de peligro, mas no reducirlo, comparándolo con no aplicar el conocimiento especial en la situación [25]. Ejemplo: El ataque al corazón simulado, que engaña también al médico atento, es un peligro, incluso si la mujer del paciente, de estar presente, «diagnosticaría» la simulación; sólo cuando la mujer amplía la

---

[22] *LK-Hirsch*, § 34, núm. marg. 32 (evidente); BGH, 8, pp. 28 ss., 31 (la producción más probable que la no producción, con respecto a la conducción temeraria del § 315 *c* StGB, se corresponde con el § 315 *a* StGB, redacción antigua); en el mismo sentido, BGH, 13, pp. 66 ss., 70; *vid.* asimismo BGH, 18, pp. 271 ss.; 19, pp. 264 ss., 267 s.; 19, pp. 371 ss., 373; 22, pp. 341 ss.; OLG Frankfurt, NJW, 1975, p. 840; todas las sentencias, relativas a delitos de peligro; exposición de la jurisprudencia reciente al respecto en *Wolter*, JuS, 1978 ss.

[23] Así acertadamente RG, 30, pp. 179 ss., 180; BGH, VRS, 45 pp. 38 ss.; *Schaffstein*, Bruns-Festschrift, pp. 89 ss., 104 s.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 34, núm. marg. 15; *Schönke-Schröder-Cramer*, núm. marg. 5, ante § 306.

[24] En otro sentido, *Schaffstein*, Bruns-Festschrift, pp. 89 ss., 100 ss., que atiende a las capacidades de los integrados en el ámbito de relación al que pertenece el afectado. De este modo se vuelve a centrar la atención más en el salvador (¿quién actúa?), apartándola de las expectativas normativas de la víctima de la intervención (¿misión de quién son qué acciones en general?). Desde luego, en caso de constreñimiento no hay ninguna expectativa de que el salvador ocasional *vaya a ser* un experto; pero ello no quiere decir sino que se está preparado a explicar un engaño, que es de prever, como error del profano, no que se esté dispuesto a considerar correcto lo erróneo.

[25] En otro sentido las definiciones, por lo demás concordantes con la solución aquí propugnada, de *Blei*, AT, § 44, III, 3, y *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 34, núm. marg. 14, que atienden a «todos los conocimientos actuales» o al «conjunto del saber experimental humano». No obstante, la acumulación de este conocimiento no es organizable ni siquiera en ausencia de apremio temporal, sino a lo sumo posible casualmente; por eso tal conocimiento no puede ser tampoco objeto de expectativa generalizable.

base de juicio del médico comunicándole su conocimiento especial, decae el juicio de peligro.

La determinación tiene lugar *ex ante*; importa el grado de conocimiento del observador experto, en el instante de la acción, en su caso complementado con el conocimiento superior de quien adopta el juicio [26]. La separación entre una llamada base ontológica (¿cuál es la situación?) y una base nomológica (¿cuáles son las leyes del desarrollo de una situación así?) no es necesaria ni siquiera posible (la predisposición a un determinado desarrollo siempre cabe definirla como cualidad de la situación) [27]. Siempre que, sin aumento del peligro, el juicio quepa precisarlo mediante ampliación de la base cognoscitiva, debe hacerse así. Al peligro determinado *ex ante* se le añade *complementariamente* aquella situación que se deduce como curso causal dañoso sólo en la consideración *ex post* (*vid. supra* 11/10). Ejemplo: Quien detiene *eficazmente* un curso causal dañoso, no evitable de otra manera, de un modo correcto con arreglo a los principios del § 34 StGB, obra en una situación justificante objetivamente dada, aun cuando no fuera comprobable el peligro *ex ante* por la rareza del curso causal.

c) El origen del peligro puede ser una calamidad natural o un comporta- 14
miento humano incorrecto, incluso un delito. Esto último se discute, en relación con el supuesto del obrar en estado coactivo, es decir, en relación con el instrumento de un autor mediato (*infra* 21/84), argumentando que quien —aunque sea coaccionado— se sitúa del lado del injusto obra sin la aprobación del ordenamiento jurídico [28]. Incluso limitándonos a los casos en los que el autor mediato es enteramente imputable, y limitándonos al comportamiento coaccionado [29] y además limitándonos a los casos en que el autor mediato tiene el acon-

[26] La formulación, que a veces se encuentra, de que el pronóstico *ex ante* es un pronóstico posterior, dado que lo lleva a cabo el juez posteriormente, retrotrayéndose a la situación *ex ante*, es equívoca e innecesaria, pues importa —al igual que en la causalidad— la conexión mental y no el propio dato psíquico de la comprobación posterior. Igualmente equívoca e innecesaria es la frecuente indicación de que el pronóstico se basa en una consideración generalizadora *ex post*, como si los principios de experiencia aplicables sólo pudieran desarrollarse en general *ex post* (*Maurach-Zipf*, AT, I, § 27, núm. marg. 15), ya que el principio de experiencia no tiene que desarrollarse «post» la situación de peligro a juzgar, sino que puede conocerse desde hace tiempo.

[27] Esta determinación es en conjunto poco exacta; la atención dogmática se ha dirigido hasta ahora menos al peligro del § 34 StGB (pormenorizadamente acerca de este peligro, *Schaffstein*, Bruns-Festschrift, pp. 89 ss.; *Blei*, AT, § 44 III; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 34, núm. marg. 12 ss.) que a la previsibilidad objetiva en la imprudencia (al respecto *supra* 9/8 ss.) y al peligro en los delitos de peligro concreto (acerca de ello, ampliamente, *Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte, pp. 46 ss.; *Demuth*, Gefahrbegriff, pp. 49 ss.; *vid.* asimismo *supra* 6/79). Hasta ahora no está muy asegurada la igualdad de orientación de los conceptos de peligro en Derecho penal, que en ocasiones se afirma, incluso abarcando el peligro en las decisiones basadas en pronóstico en el Derecho sancionatorio (p. ej., en *Maurach-Zipf*, AT, I, § 27, núm. marg. 15).

[28] *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 34, núm. marg. 41 *b*; *Lenckner*, Notsand, p. 117; *Lange*, NJW, 1978, pp. 784 ss., 785; distinguiendo, *Roxin*, Oehler-Festschrift, pp. 181 ss., 188; *Neumann*, JA, 1988, pp. 329 ss., 334 s.; *LK-Hirsch*, § 34, núm. marg. 69; en favor de la «exclusión del injusto penal», *Günther*, Strafrechtswidrigkeit, pp. 335 ss. (al respecto *supra* 11/nota 10 *a*); en definitiva como aquí, con bibliografía, *Küper*, Staat, pp. 56 ss.; *Bernsmann*, «Entschuldigung», pp. 147 s.

[29] Así *Schönke-Schröder-Lenckner*, loc. cit.; en otro sentido, *Lange*, loc. cit., que pretende abarcar también el esquivar el comportamiento al que se quiere coaccionar (se le entrega dinero falso al atracador).

tecer en sus manos [30], no se justifica la exclusión del estado de necesidad [31], pues al instrumento no le es imputable el hecho del autor mediato y por tanto tiene derecho a la solidaridad como cualquiera que no tiene que responder por peligros propios. Ello es así también en el auxilio al estado de necesidad: Si la víctima de la intervención puede estar obligada (por el § 323 *c* StGB o incluso en calidad de garante) a ofrecer el bien objeto de la intervención en aras de salvar al instrumento de la amenaza procedente del autor mediato, entonces el instrumento puede tomar el bien por sí. Naturalmente, la posibilidad del instrumento de liberarse del autor mediato amparado en la legítima defensa o —en el autor mediato que no obra culpablemente— mediante el estado de necesidad defensivo, excluye la justificación de solucionar el conflicto mediante la intervención en los bienes de terceros no partícipes, porque entonces existe otra posibilidad de evitación distinta. También fundamenta un peligro la simulación consciente de una tendencia al daño que se produce de modo que ni siquiera un experto podría descubrirla [31a]. Ejemplo: Alguien enciende una bomba de humo en un almacén para inducir a un equipo de salvamento a que derribe la puerta del edificio que supuestamente está ardiendo, como efectivamente así sucede; los salvadores obran para evitar un peligro no sólo putativo. Finalmente, el que interviene puede ser incluso el causante de la situación de peligro; *vid.* acerca de ello *infra* 13/27 y en torno a la autoría mediata 21/84.

15 2. La actualidad del peligro en el estado de necesidad tiene una importancia menor que la actualidad del ataque en la legítima defensa: Aquí se trata de distinguir la protección ante un apuro en el estado de necesidad de la protección planificada como cometido de la policía. Se debe excluir la prevención con potencial de salvación y se debe forzar la limitación a lo actualmente necesario [32]. Así pues, la actualidad en el estado de necesidad alcanza hasta el límite que en la legítima defensa se designa como situación equiparable a la legítima defensa (*supra* 12/27), es decir, hasta la necesidad de intervenir actualmente en bienes ajenos, si no se quiere que la producción del daño se convierta en inevitable [33].

---

[30] Esta problemática la pasan por alto los autores en loc. cit.; ejemplo: Lo permitido para extinguir un fuego tras un incendio doloso no puede ser distinto que lo permitido tras un incendio fortuito.

[31] Totalmente insatisfactoria es la supuesta excepción de esta supuesta exclusión del estado de necesidad para el Estado en *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 34, núm. marg. 41 *b* (en contra *Küper*, Staat, pp. 51 s.); el «Estado, como guardián del Derecho», si no se quiere salir del Estado de Derecho, no consta en todo caso sólo del Ejecutivo sin previo acto de legislación del Parlamento. Naturalmente, con tal acto desaparece el problema. Acerca de la solución que aquí se propugna, enteramente contraria, es decir, la de limitar el § 34 StGB en los órganos del Estado, *vid. infra* 13/42.

[31a] *De otra opinión*, *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 34, núm. marg. 13.

[32] Es misión de la policía tener dispuesto lo necesario en el futuro, y para ello rigen determinados procedimientos; *vid. infra* 13/42; acerca de la inadmisibilidad de aprovisionar bancos de órganos a través de estado de necesidad, *vid. Jakobs*, ZStW, 91, pp. 637 ss., 642 ss., 648; *Albrecht*, Zulässigkeit, p. 88, con bibliografía.

[33] RG, 61, pp. 242 ss., 255; BGH, 14, pp. 1 ss., 3; *LK*[9]*-Hirsach*, núm. marg. 57, ante § 51.

C. La necesidad

1. Sólo está justificada la intervención necesaria —determinada objetiva- 16
mente *ex ante* (*supra* 11/12)—, o, con los términos de la ley, el peligro no ha de ser «evitable de otro modo» (§ 34, inciso 1, StGB). La determinación de la necesidad tiene lugar análogamente a la propia de la legítima defensa:

a) La intervención debe se adecuada para poner fin a la situación de pe- 17
ligro. Lo que no surte efecto sobre la situación de necesidad, es inadecuado; así, p. ej., es inadecuada para la salvación del paciente la conducción bajo el efecto del alcohol de un médico que, debido a su embriaguez, ya no está en condiciones para desempeñar su función médica [34]. Es inadecuado un medio útil en su género, pero demasiado débil en su cantidad; el peligro no es evitable así; ejemplo [35]: Un extintor manual es inadecuado para apagar un gran incendio. Tampoco es adecuado lo que sólo sirve para modificar la vía conducente al daño [35a]; ejemplo: Si la quiebra amenaza dañar la reputación de un negocio, es inadecuado disimular la situación de quiebra mediante un desfalco para evitar la pérdida de reputación [36].

b) La intervención debe ser, además, el medio más leve para eliminar el 18
daño. La levedad se determina por la importancia de los intereses en juego; ejemplo en relación con el § 218 *a,* 1, núm. 2, StGB: Una interrupción del embarazo para eliminar el peligro de suicidio no está justificada si el peligro se puede eliminar de otro modo mediante una ayuda fácil de prestar [37]. Si el salvador puede recurrir a bienes del ámbito jurídico del que se verá favorecido por la acción en estado de necesidad, ello prevalece sobre la intervención en bienes de terceros en tanto que los bienes del favorecido no preponderen esencialmente, es decir, siempre que no lleguen a convertirse a su vez en susceptibles de protección en estado de necesidad [37a]; ejemplo: Cualquiera debe luchar contra el incendio de su casa empleando su propia agua antes de recurrir al agua de otro, pero nadie tiene por qué extinguir el fuego con el champán propio para evitar a otro la pérdida de un poco de agua. Acerca del carácter relativo de la necesidad, *vid. supra* 11/59 *a* y ss.

Los bienes del salvador —no favorecido por el hecho— no tienen por qué emplearse antes que los bienes de terceros. Siempre que haya disponibles varios bienes de la misma importancia —ejemplo: varios vehículos para llevar a un enfermo—, el salvador puede elegir [38]. Prevalece la intervención en los bienes del responsable del peligro, si es culpable (¡legítima defensa!) en general, y si no en el marco del estado de necesidad defensivo (es decir, siempre que

---

[34] OLG Koblenz MDR, 1972, p. 885; cuando hay pocas perspectivas de tratamiento idóneo, el problema se desplaza a la ponderación de riesgos.

[35] Según *Lackner*, Notstand, pp. 79 s.

[35a] *Lenckner*, Lackner-Festschrift, pp. 95 ss., 98.

[36] BGH, NJW, 1976, p. 680, con comentario de *Kienapfel*, JR, 1977, pp. 27 s., y comentario de *Küper*, JZ, 1976, pp. 515 ss.

[37] BGH, 3, pp. 8 ss.

[37a] *Lenckner*, Lackner-Festschrift, pp. 95 ss., 105, 107.

[38] *Vid. Küper*, JZ, 1976, pp. 515 ss., 516; *de otra opinión*, *Lenckner*, Lackner-Festschrift. pp. 95 ss., 107 s.

la intervención no sea ya desproporcionada en relación con las demás posibilidades de evitación) [38a]. Ejemplo: Quien sufre una mordedura de un perro, para curarse la herida ha de dirigirse ante todo al propietario del perro; sólo cuando éste no tiene nada con qué vendarla puede intervenir en la farmacia más cercana.

El auxilio de otras personas, que atenúa la intervención salvadora, bien sea auxilio policial o particular, no sólo ha de aceptarse si éstas están presentes, sino también si se pueden buscar; de lo contrario, no se puede considerar necesaria una intervención no atenuada. Naturalmente, si el costo de buscar el auxilio asciende hasta una medida ya no proporcionada (aquí en el sentido de igual) a la atenuación que se espera, o el riesgo de daño aumenta de modo desproporcionado, se puede intervenir sin auxilio ajeno y de modo no atenuado: Un intento de salvación que al menos tiene el mismo costo que lo que va a reportar no hace falta ni que se intente. Ejemplo: En caso de necesidad, la conducción en estado de embriaguez (§ 316 StGB) de un médico es conforme a Derecho si el pedir un taxi no es posible más que bloqueando durante mucho tiempo una línea telefónica de urgencias, o si el tiempo que transcurre hasta que llegue el taxi disminuye las posibilidades de curación del paciente.

19 2. La necesidad de una intervención en estado de necesidad falta cuando lo que se necesita es ofrecido voluntariamente por parte de tercero [38b]. Pero la necesidad no falta ya porque se pudiera pedir el consentimiento a la víctima de la intervención [39]. El problema no debe vincularse al consentimiento, ya que la víctima de la intervención sólo tiene que *soportar* (es decir, asumir, no estar además de acuerdo). Naturalmente, puede haber supuestos en que sólo se pueda intervenir mediando consentimiento cuando la intervención en estado de necesidad es un medio no adecuado, como p. ej., en el tratamiento médico.

D. La ponderación de intereses contrapuestos

20 1. Es típico especialmente del estado de necesidad agresivo un balance de intereses en que el interés protegido prepondera esencialmente sobre el menoscabado. Para averiguar la importancia de los intereses ha de comprobarse en principio la *importancia de los bienes en juego*. Los marcos penales de la Parte Especial sólo proporcionan un punto de apoyo necesitado de retoques, ya que se rigen no sólo por la importancia de los bienes, sino también por su necesidad de protección y por otros aspectos político-criminales [40]. Así, el redu-

---

[38a] *Lenckner*, Lackner-Festschrift, pp. 95 ss., 104.

[38b] *Lenckner*, Lackner-Festschrift, pp. 95 ss., 105.

[39] *Geilen*, JZ, 1971, pp. 41 ss., 47; *Roxin*, JuS, 1976, pp. 505 ss., 508; *Samson*, NJW, 1974, pp. 2030 ss., 2031; *Schreiber*, Klug-Festschrift, pp. 341 ss., 348 ss.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 34, núm. marg. 20; *de otra opinión*, LG Bonn, JZ, 1971, pp. 36 ss.; *Lrener-Tröndle*, § 168, núm. marg. 4, con bibliografía. La opinión contraria probablemente olvide que en los casos en que, tras haberse negado el consentimiento, concurra una situación de estado de necesidad, el bien no se puede preservar mediante una norma que tenga por contenido que deba haberse comenzado por esforzarse en conseguir el consentimiento. El esfuerzo por obtener el consentimiento sirve en estos casos a asegurar competencias para una diposición sobre el bien que de todos modos va a tener lugar, pero no a preservar la existencia del bien.

[40] *LK-Hirsch*, § 34, núm. marg. 56; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 454; en otro sentido, RG, 61, pp. 243 ss., 255.

cido marco penal del allanamiento de morada (§ 123 StGB) o de las injurias (§ 185 StGB) no se corresponde con la importancia de los bienes inviolabilidad de la morada y honor. Es más, no todos los bienes susceptibles de salvaguarda en estado de necesidad están protegidos jurídico-penalmente. Sólo queda la directriz de que, con arreglo a todo el ordenamiento jurídico, son absolutamente primordiales los elementos que constituyen la persona, así como las condiciones básicas del Estado de Derecho; en los bienes secundarios se puede diferenciar a su vez entre bienes sustituibles e insustituibles. Lo cual no proporciona una serie ordenada numéricamente, pero la propia ley se atiene únicamente a una graduación muy elemental, como se pone de manifiesto en el requisito de la preponderancia *esencial*.

2. *a)* Además, el tolerar una intervención en bienes no se puede requerir mediante una exigencia general de solidaridad, cuando el *sacrificio* de tales bienes *ni siquiera en las comunidades estrechas* (relación paterno-filial, matrimonio) se *exige* jurídicamente conforme a las reglas de tales comunidades, aun cuando el sacrificio se corresponda con la idea de la comunidad. La pérdida de la vida [40a], incluso la pérdida del breve instante que ya quede, la de elementos no secundarios de la integridad corporal, la pérdida de libertad no sólo incidental o la pérdida del honor ya irreparable, no se pueden justificar por lo general a través del estado de necesidad agresivo. La propia existencia es requisito de toda prestación *solidaria* a otros. Ejemplo [41]: Un tren que ya no puede frenar es desviado por un guardaagujas, para evitar una colisión con un tren repleto de pasajeros, hacia una vía secundaria, donde desgraciadamente resultan atropellados algunos trabajadores ferroviarios; desviación antijurídica. Una excepción viene representada por los ámbitos vitales que sólo son organizables si se imponen obligaciones de soportar no sólo leves peligros para la vida (el ejército en tiempo de guerra) o pérdidas de libertad significativas (pena privativa de libertad). La organización se realiza en tales ámbitos mediante la actuación estatal; por eso, el estado de necesidad decae para el organizador (imponer una pena privativa de libertad o la realización del servicio militar mediante estado de necesidad agresivo es siempre un medio adecuado); el deber especial sólo conserva importancia para la exclusión de la justificación y de la exculpación cuando el especialmente obligado se quiere sustraer a la organización invocando la pérdida que le afecta (deserción, huida del recluso). También en el mantenimiento del Estado por medio de la resistencia (art. 20.4 GG) puede estar justificada una muerte de persona no partícipe —referido a no partícipes, el art. 20.4 GG se corresponde con el estado de necesidad agresivo— que se produce como consecuencia secundaria (*vid. infra* 15/4), al igual que en la actuación de la policía para el mantenimiento del orden en su conjunto [41a]. El topos, al que a menudo se recurre, de que la vida es siempre un valor supremo [42] no es acertado, como ponen de manifiesto estas excepciones, ya que además imposibilitaría toda ponderación de riesgos, e incluso el riesgo permitido. 21

[40a] BGH, NsTZ, 1989, pp. 176 ss.

[41] Según *Welzel*, ZStW, 63, pp. 47 ss., 51.

[41a] *LK-Hirsch*, núm. marg. 152, ante § 32; *de otra opinión*, *Bernsmann*, Blau-Festschrift, pp. 23 ss., 28.

[42] *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 34, núm. marg. 23, etc.

22 *b) a')* Al margen del ámbito de las excepciones, rige lo siguiente: No se admite en el estado de necesidad agresivo la llamada *perforación* (muerte de un bebé en el parto para mantener la vida de la madre, p. ej., en caso de hidrocéfalos) [43], y sólo es posible justificarla si la situación de conflicto se define como propia del ámbito de incumbencia del niño, es decir, como desencadenante de un estado de necesidad defensivo [44].

23 *b')* Nada se modifica en la indisponibilidad de los bienes mencionados, en una *comunidad de peligro* configurada de tal modo que sin una intervención en los bienes existenciales de un participante, todos están perdidos [45]. Para la víctima, esta situación significa que de todos modos para sus bienes está próximo el fin; el que ello le ocurra sólo o con otros, y en este último caso por motivos diversos o por un solo motivo (entonces comunidad de peligro) es irrelevante en tanto que no se le pueda imputar la situacion de conflicto: En todo caso falta la obligación de soportar. Aun cuando sacrificando la vida de una sola persona se pueda mantener la vida de otras varias, y sin dicha incidencia sobre la vida están perdidos todos en breve plazo, no es posible fundamentar ningún derecho de quitar a una persona los mínimos de la existencia. La solución de un conflicto a costa de una persona a la que no se le puede atribuir la causa del

[43] Dudoso; el límite entre feto y persona tiene menos que ver con diferencias en el valor del respectivo objeto de ataque que con diferencias en la necesidad de protección; por eso, el niño que, en el parto, por no haber llegado éste aún a término, permanece unido a la madre, cabe concebirlo también como feto protegido igualmente que una persona, pero aún no como pleno miembro de la comunidad jurídica; en tal sentido *Jescheck*, AT, § 33, IV, 3 *c; Roxin*, Jescheck-Festschrift, pp. 457 ss., 475 ss.

[44] Así *LK-Hirsch*, § 34, núm. marg. 72; *Schönke-Schröder-Eser*, núm. marg. 34, ante § 218; muy controvertido; la solución ya no se ajusta a los conflictos que no se pueden retrotraer a la especial constitución del niño. En contra se ha objetado que un niño que se encuentra en el momento del parto, por falta de «toda capacidad de acción», no puede tener ámbito de responsabilidad alguno (*Roxin*, Jesheck-Festschrift, pp. 457 ss., 4577 s.). Ello supone un naturalismo que conduce a valoraciones *socapadas*; pues cuando *Roxin* parte de que el niño pone en peligro a la madre (p. 476), no está formulando un dato exento de valoración, sino una *responsabilidad*: ¿por qué no, a la inversa, es la madre quien pone en peligro al niño, p. ej., cuando la desgracia no se basa en un desarrollo defectuoso del niño, sino en una constitución poco «favorable al parto» de la madre? La respuesta de *Roxin* es: porque la madre otorga «la vida al niño»; es decir, el niño no tiene derecho alguno a la vida en un parto, p. ej., en condiciones normales, sino que las dificultades en el parto siempre van a costa suya; el niño soporta, pues, los costes de resolver conflictos en el parto; esto *es* responsabilidad. Dicho en general: *Quien asigna peligros, formula responsabilidades*. Naturalmente, en la solución que aquí se propugna, puede que la responsabilidad del niño se trace demasiado *estrictamente*; *vid.* al respecto la nota precedente. En favor de la exculpación supralegal (el § 35 StGB no se ajusta generalmente al médico por falta de relación de proximidad), *Dreher-Tröndle*, § 34, núm. marg. 21; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 15, ante §218; con todo, esta última solución es poco adecuada para la actuación de los médicos (acertadamente, *Roxin*, Jescheck-Festschrift, pp. 457 ss., 478): ¿Será admisible el estado de necesidad defensivo (según una doctrina extendida, incluso la legítima defensa) contra el médico?

[45] *Vid.* ya *supra* 13/3 acerca de la teoría de la exención; controvertido, como aquí, *Lenckner*, Notstand, pp. 27 ss.; *el mismo*, GA, 1985, pp. 295 ss., 309 s.; *Küper*, Grund- und Grenzfragen, pp. 48 ss., 57 ss., 121 s.; *Schmidhäuser*, AT, 11/16; Maurach-Zipf, AT, I, § 27, núm. marg. 23 ss.; *SK-Samson*, § 34, núm. marg. 20; en definitiva (no es medio adecuado) también *Meißner*, Interessenabwägungsformel, pp. 192 ss., 212 ss.; *de otra opinión*, *Otto*, Pflichtenkollision, pp. 107 ss., *Stratenwerth*, AT, 2, núm. marg. 451 (dudando *el mismo*, AT, 3, núm. marg. 457); *Günther*, Strafrechtswidrigkeit, pp. 333 ss., 345 ss. (distinguiendo según los grupos de casos; el injusto podría descender por debajo del límite de la punibilidad).

conflicto y a la que no incumbe ningún deber especial, encuentra su límite absoluto en el reconocimiento de esta persona como legitimada por su parte también a una existencia física y psíquica.

Así pues, fue antijurídico el comportamiento de los médicos que, en la campaña nazi de exterminio de los enfermos mentales, entregaron algunos enfermos a la muerte para así conseguir que les mantuvieran en el puesto y que no se les sustituyera por otros médicos que habrían entregado a todos los pacientes [46]. También obra antijurídicamente el médico que desconecta el único aparato (p. ej., un pulmón y corazón artificial) disponible a un paciente con mal pronóstico, con consecuencia mortal cognoscible, para conectarlo a un paciente recién ingresado, de pronóstico más favorable [47].

Del mismo modo han de resolverse los supuestos académicos en los que dos alpinistas, tras haber sufrido una caída, cuelgan en una pared rocosa de una cuerda de seguridad y el salvador sólo puede cortar la cuerda y salvar a uno de ellos de una muerte inmediata, mientras que el otro se precipitará a la muerte; o varios náufragos del buque «Mignonette», que matan y se comen al grumete, de todos modos enfermo mortal, para conseguir tener fuerzas mientras esperan la salvación, que al final se produce [48], o el barquero que, para salvar a una parte de sus pasajeros de perecer ahogados en el barco que hace agua, arroja a otros por la borda [49] (lo que se puede extender al conductor de globo que arroja al mar a una parte de los pasajeros para permitir a los demás llegar a tierra firme), o en un barco que hace agua se cierran las compuertas de comu-

---

[46] BGH, NJW, 1953, pp. 513 s.; OGH, 1, pp. 321 ss., 331 ss.; 2, pp. 117 ss., 122 ss.; *Welzel*, MDR, 1949, pp. 373 ss., 375; *el mismo*, ZStW, 63, pp. 47 ss.; *Gallas*, Mezger-Festschrift, pp. 311 ss., 326 s.: *Küper*, Grund- und Grenzfragen, pp. 52 ss., con bibliografía; *el mismo*, Jus, 1981, pp. 785 ss., 793; *de otra opinión* (en favor de la justificación), *Brauneck*, GA, 1959, pp. 261 ss., 271; *Otto*, Pflichtenkollision, p. 109; *Rödig*, Lange-Festchrift, pp. 39 ss., 58 s., con nota 44; *Mangakis*, ZStW, 84, pp. 447 ss., 476 s., con bibliografía sobre el estado de la discusión, p. 477, nota 70.

[47] Supuesto de *Welzel*, Strafrecht, § 23, III, 1; al respecto, *Geilen*, JZ, 1968, pp. 145 ss., 151; *el mismo*, FamRZ, 1968, pp. 121 ss., 126; *Bockelmann*, Strafrecht des Arztes, p. 126, nota 50. La decisión es independiente de que se juzgue la interrupción del tratamiento como comisión o como omisión (al respecto, *supra* 7/64); en todo caso, la confianza asumida prevalece sobre la aún por asumir. Además, seguir la posibilidad de acción en cada caso con más perspectivas en una valoración concreta no comporta con seguridad una utilidad superior por el criterio del saldo: Cuando se interrumpe el tratamiento varias veces por una actividad en cada caso con mayores perspectivas, puede que las oportunidades descuidadas, sumadas, prevalezcan sobre la oportunidad a la que se ha dado la preferencia.

[48] *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 34, núm. marg. 24, con bibliografía; acerca del origen del supuesto, *vid. Küper*, JuS, 1981, pp. 785 ss., 786, nota 14. El alpinista que, en el supuesto canónico igualmente conocido, se cae y amenaza con arrastrar en su caída a su compañero, si no se corta inmediatamente la cuerda *(vid.*, p. ej., *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 20), puede: 1) atacar antijurídica y culpablemente si se cae por un error culpable que sobrepasa el riesgo permitido; 2) atacar en el sentido del estado de necesidad defensivo si el motivo de la caída reside en su ámbito de peligros; 3) provocar sólo un peligro en el sentido del estado de necesidad agresivo (entonces no hay justificación del acortamiento del momento de vida que le queda); 4 y 5) encontrarse a su vez en estado de necesidad defensivo o de legítima defensa si por el motivo de la caída (culpable o no) ha de responder su compañero.

[49] *Vid. Radbruch*, Geist des englischen Rechts, pp. 69 ss.; *Bernsmann*, «Entschuldigung», p. 45.

[50] Supuesto de *Klefisch*, MDR, 1950, pp. 258 ss., 261.

nicación con una parte del barco en la que aún se encuentran marineros, que mueren antes de lo que habrían muerto de haberse llenado de agua todo el barco [51]: en todos los casos se trata de intervenciones antijurídicas en situaciones de necesidad.

En los casos mencionados no se le puede hacer entender a la víctima por qué debe entregarse a su papel de víctima: Bien es cierto que pierde poco, pero pierde. La decisión será distinta cuando aquel que debe soportar los costes no se define *ex post* como víctima, sino *ex ante* como posible beneficiado. Tal es el caso cuando la posición de la víctima se presenta como resultado de una fuerza *objetiva*. Todos los afectados potenciales aprobarían la instalación de un mecanismo automático que en casos de necesidad produjera una solución del conflicto en la que *ex ante* todos los participantes no pueden sino resultar beneficiados (porque el número de las víctimas se reduce en todo caso, o todos tienen la oportunidad de estar entre los que se salvan), y que ejecute la solución del conflicto sin posibilidad de impedimento (de lo contrario se podría simplemente echar a suertes quién será la víctima y ejecutar el resultado) [51a]: A través de su aprobación, todos los partipantes ganan, al cambiar la perdición *segura* de otro modo en el caso de conflicto por la sólo *posible* (*vid.* asimismo acerca del riesgo permitido *supra* 7/38).

24 *c')* Finalmente, la solución no varía cuando el que interviene está *obligado* a la salvación del beneficiado: La relación interna entre el que interviene y el beneficiado no puede comportar deber alguno de soportar para la víctima de la intervención que se encuentra al margen [52].

25 3.*a)* En el ámbito restante, *los bienes materiales no tienen por qué ceder ante los bienes personales* [53]. La protección de la persona, garantizada constitucionalmente, se refleja sobre los bienes materiales: La mayor parte de los bienes materiales se deben al trabajo y todos ofrecen posibilidades de desarrollo de la personalidad. Establecer absolutamente el carácter secundario de los bienes materiales implicaría el desprecio del trabajo y de la posibilidad de desarrollar la personalidad, y por tanto se volvería contra la propia persona. Así, con arreglo al § 34 StGB están permitidas coacciones incidentales o menoscabos de la libertad para la salvación de bienes materiales de importancia. Con vistas a la ponderación no es, pues, relevante tanto una ordenación fenotípica, como la medida en que el bien afectado por la intervención en estado de necesidad *representa posibilidades de desarrollo de la personalidad o —en bienes estatales— el carácter de Estado de Derecho formal o materialmente*. Naturalmente,

---

[51] Supuesto de *H. Mayer*, AT, §27, III, 1, que aprecia aquí un especial deber de soportar; muy dudoso.

[51a] Ningún gestor de bienes jurídicos que velara por la maximización de los bienes [illegible] echarlo a suertes (no puede sino ganar), pero sí a la ejecución contra él mismo, porque con ella no puede sino perder; acerca del procedimento aleatorio, *vid. Bernsmann*, «Entschuldigung», pp. 336 ss.

[52] *De otra opinión*, en favor de la salvación de parientes cercanos, *Otto*, Pflichtenkollision, pp. 99 ss.; *vid.* no obstante también loc. cit., apéndice, p. 118; en contra, especialmente, *Küper*, Grundund Grenzfragen, pp. 83 ss., con bibliografía detallada.

[53] Así, no obstante, *Dürig*, en: *Maunz-Dürig-Herzog*, art. 1.1, núm. marg. 33; *Lenckner*, Notstand, pp. 157 ss.; críticamente, *vid. Krey*, ZRP, 1975, pp. 97 ss., 98 s.; ecléctico, *LK-Hirsch*, § 34, núm. marg. 64.

no importa sólo la utilidad práctica de los bienes (es decir, no es que dos horas de libertad equivalgan a dos horas de salario medio, etc.), pues los bienes no se aprecian en la vida social como lo que son, sino como lo que valen; su *contenido simbólico* se incluye en la apreciación [54]. Así, la propia libertad es superior, *ceteris paribus,* que el resultado del empleo de libertad en el trabajo (p. ej., un bien material o una prestación de servicio), o el dinero destinado a la alimentación diaria —aun cuando las necesidades básicas estén aseguradas de todos modos— vale más que la misma suma como capital de inversión, etc.

Sólo con el simbolismo de posibilidades de desarrollo que contienen la libertad o la integridad corporal se puede explicar que, en el ejemplo académico de la obtención por la fuerza de sangre para una transfusión, que se necesita con urgencia, debe decaer el estado de necesidad [55]; la pérdida que tiene lugar en la víctima de la intervención no se debe distinguir de la que comporta la intevención en la situación de necesidad con arreglo al § 323 *c* StGB; pero en la intervención en situación de necesidad (o en el deber procesal de testificar, entre otros) se exige una prestación humana, mientras que en el caso de transfusión a la fuerza, por el contrario, se exige una parte del cuerpo de una persona; esto último (¡la persona como provisión de medicamentos!) simboliza más intensamente la utilización de la persona como si fuera una cosa [56].

La justificación por estado de necesidad también decae cuando una importante diferencia de valor entre bienes materiales pasa a un segundo plano ante un contenido simbólico igual en ambos. Por ejemplo, en medio de un chaparrón una señora ricamente vestida no puede, para que no se le estropee su vestido, quitarle el paraguas a otra señora que viste ropas menos valiosas [57], aun cuando sí podría quitárselo, p. ej., para defenderse de un perro rabioso; en este último caso, el objeto representa un arma; en el primero, sin embargo, sirve sólo a la organización de la vida personal, y su importancia, según los principios jurídicamente relevantes de este ordenamiento, no depende del precio de los medios.

---

[54] La ponderación de bienes es desde luego posible sólo si cabe encontrar un común denominador para los bienes; es dudoso si ello resulta posible en absolutamente todos los supuestos de conflicto; *vid. Stratenwerth*, AT, núm. marg. 454, 464.

[55] *Gallas*, Mezger-Festschrift, pp. 311 ss., 325 s.; *Lenckner*, Notstand, p. 165; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 34, núm. marg. 41 *e*, con bibliografía; también E 1962, Begründung, p. 160; distinguiendo, *Baumann-Weber*, AT, § 22, II, 1 *b; LK-Hirsch*, § 34, núm. marg. 68; *Roxin*, Kriminalpolitik, pp. 27 s.; *Kunz*, Bagatellprinzip, p. 243. Para el Derecho español, *Cerezo Mir*, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 689 ss., 700 ss.

[56] La decisión es dudosa, a la vista de la valoración legal en los §§ 81 *a*, 81 *c* StPO; *vid. Hirsch, Roxin*, ambos loc. cit. La doctrina dominante obtiene el resultado recurriendo directamente a la intrusión en la autonomía de otra persona, siempre presente en una intervención, en estado de necesidad, en bienes individuales; *LK-Hirsch*, loc. cit.; *Lenckner*, Notstand, pp. 111 s.; en ello es correcto que esta intrusión debe penetrar en la importancia relativa de los bienes, pero no es correcto que tenga una trascendencia determinable *per se*: Así como un delito contra la propiedad o contra el patrimonio, a través del efecto coactivo inherente a la pérdida del bien, constituye un ataque a la persona y sin embargo como tal ataque a la persona, *ceteris paribus*, no presenta la gravedad de una coacción, así también en la justificación hay que atender a la respectiva proximidad a la vulneración de la autonomía. Una sistemática que tiene en cuenta la autodeterminación la desarrolla *Stratenwerth*, ZStW, 68, pp. 41 ss., 50 ss.

[57] *Bockelmann*, AT, 3, § 15, B, II, 5 *c; LK-Hirsch*, núm. marg. 82, ante § 34.

26 *b)* Un bien alejado de la personalidad puede superar su déficit ante un bien cercano a la personalidad en función del alcance del daño que le amenaza [58]; así, la gran pérdida del patrimonio invertido, que amenaza producirse, puede justificar la intervención no sólo en el patrimonio cercano a la personalidad, sino incluso en la libertad y la integridad corporal; ejemplo: El corte de la circulación que se ordena para poder extinguir el fuego en unos grandes almacenes está justificado también como menoscabo de la libertad [59]. Si no dan diferencias en la medida de la lesión que amenaza producirse, pueden ser idénticos el bien en peligro y el bien sobre el que se interviene. Ejemplo: Se amputa una extremidad para evitar la gangrena en todo el cuerpo. Si el bien sobre el que se interviene ya no tiene posibilidad de subsistir, disminuye la importancia del interés sobre él, siempre que se trate de un bien cuantificable. Ejemplo: Si los bomberos destruyen un edificio que ya no se puede salvar, para posibilitar la extinción del fuego en otro edificio, están justificados (*vid.* asimismo *infra* en torno al conflicto de intereses disculpante 20/41 s.).

27 4. Para la ponderación de los bienes en juego en la medida de la lesión que amenaza producirse entra como elemento de la ponderación de intereses la *responsabilidad por la situación peligrosa* para el bien en peligro [59a]. Si esta responsabilidad reside en la víctima de la intervención, ello conduce al estado de necesidad defensivo (acerca de ello, 13/46 ss.); si la responsabilidad no reside en el titular del bien puesto en peligro ni en la víctima de la intervención, el responsable está obligado a sacrificarse primero; en otro caso rigen las reglas generales. Si la responsabilidad reside en el titular del bien en peligro, ello reduce el valor del bien según la medida de la responsabilidad: La puesta en peligro dolosa de un bien disponible excluye completamente la solidaridad; en otro caso, al ponderar ha de tenerse en cuenta una evaluación objetivada reducida del bien puesto en peligro [60], sobre todo un trato descuidado del bien. Ejemplo: Si tras un accidente provocado por imprudencia grave existe el mismo peligro para varias personas, en caso de posibilidad de auxilio limitada, la vida del que provocó el accidente cede ante la del afectado a quien no se le puede imputar el accidente [61]. Según la doctrina general, la «culpa» por la situación de necesidad no influiría en el estado de necesidad [62], lo cual es correc-

---

[58] *Henkel*, Notstand, p. 103; *LK-Hirsch*, núm. marg. 60 s., ante § 34; *Lenckner*, Notstand, p. 100; *SK-Samson*, § 34, núm. marg. 13, doctrina dominante.

[59] Para una ponderación entre bienes personales y estatales, *vid.* BGH, NJW, 1979, pp. 2621 s.: Liberar a una persona de la opresión prima sobre una mera infracción de disposiciones sobre pasaportes, pero no justifica el establecimiento de un taller de falsificación, que trabaje incontroladamente y por tanto no calculable en cuanto a la magnitud de los perjuicios.

[59a] Ampliamente *Küper*, Notstand, pp. 24 ss., 108 ss., 151 ss., 163.

[60] *Lenckner*, Notstand, pp. 98 ss.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 34, núm. marg. 33; *SK-Samson*, § 34, núm. marg. 14, aludiendo acertadamente al § 218 *a* StGB; ampliamente, *Hruschka*, AT, pp. 68 ss., 125 s., y *passim*.

[61] *Blei*, AT, § 44, IV, 2; de otra opinión, *Baumann-Weber*, AT, § 22, II, 1 *b*.

[62] BGH, VRS, 36, pp. 23 ss., 24; BayObLG, NJW, 1978, pp. 2064 s., con comentario en esto favorable de *Hruschka*, JR, 1979, pp. 125 ss., y *Dencker*, JuS, 1979, pp. 779 ss.; *Hruschka*, JZ, 1984, pp. 241 ss., 243; *Roxin*, Jescheck-Festschrift, pp. 457 ss., 467; *Lenckner*, Notstand, pp. 103 ss.; *Meißner*, Interssenabwägungsformel, pp. 252 ss. (pero: posible la *actio illicita in causa*); *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 34, núm. marg. 42, con bibliografía; *vid.* asimismo *Kienapfel*, ÖJZ, 1975, pp. 421 ss., 427; en lo esencial como aquí, *Küper*, JZ, 1976, pp. 515 ss., 518; *el mismo*, Notstand, pp. 24 ss., 161 ss.; asimismo *LK-Hirsch*, § 34, núm. marg. 70; también en el mismo sentido que aquí BGH, NJW, 1976, p. 680; NStZ, 1989, pp. 431 s., 432; sobre la anterior situación

to en la medida en que un bien no enteramente disponible nunca se «pierde en el juego» del todo, y un bien disponible no siempre; pero del sistema de las causas de justificación se deduce que cuanto más imputable sea la situación de conflicto, tanta menos solidaridad se puede reclamar. Así pues, el titular del bien puesto en peligro que ha provocado dicho peligro sólo puede conservar un derecho reducido al ejercicio del estado de necesidad. Naturalmente, el conflicto no es ya imputable sólo porque haya sido causado cognosciblemente; más bien —como en toda imputación de resultado— tienen que haberse dado todos los requisitos de la imputación objetiva. Ejemplo: Una mujer que por motivos psicológicos y somáticos no está previsiblemente en condiciones de soportar un embarazo, no tiene, a pesar de la previsibilidad de un conflicto, deber alguno incrementado de soportar si se queda embarazada de modo evitable [63]. Acerca de la responsabilidad por provocación del estado de necesidad, *vid. infra* en torno a la autoría mediata en el dolo 21/84 y en la imprudencia 21/113.

5. *a)* El interés jurídicamente reconocido sobre el bien puede verse re- 28
ducido o contrapesado por el *deber de asumir el peligro* [64]. Dicho deber puede consistir en un deber especial de una profesión (ejército, policía, bomberos), o parte de una posición de garante ante un bien. Ejemplos: El peligro para la vida de un soldado no justifica su deserción mediante el estado de necesidad (§ 16 WStG); un guía de alta montaña no puede abandonar al grupo en una tormenta invocando el peligro que él corre. El deber especial puede ser también consecuencia de una privación voluntaria del bien; por eso decae la justificación por estado de necesidad en los hechos contra la prisión, preventiva o no, ordenada reglamentariamente en un proceso (acerca de la solución paralela a través de la cláusula de la adecuación, *vid. infra* 13/36). La obligación de soportar debida a responsabilidad por el peligro conduce al estado de necesidad defensivo.

b) El mismo efecto que la obligación de soportar tiene la voluntad de so- 29
portar; en la medida en que el bien sea disponible, al igual que en la legítima defensa, la renuncia a la salvación excluye la justificación de la salvación emprendida a pesar de ello. Ejemplo: Si la embarazada está dispuesta a soportar incluso graves daños somáticos, no está justificada la interrupción del embrazo, § 218 a, 1, núm. 1 StGB. Si el bien no es (enteramente) disponible (p. ej., la vida), la salvación emprendida en contra de la renuncia (p. ej., al tratamiento médico de una enfermedad) puede constituir un medio inadecuado y por tanto ser antijurídico (tratamiento forzado de una enfermedad; acerca de la determinación de la voluntad, *vid. supra* en torno a la legítima defensa de terceros, 12/59 ss.). En todo caso, el resto no disponible sí es susceptible de preservación en estado de necesidad. Si este resto es el orden público en general, decae el estado de necesidad (auxilio al estado de necesidad del Estado). Así

---

jurídica, intensamente controvertida, *vid.* pormenorizamente *Henkel*, Notstand, pp. 135 ss., con bibliografía.

[63] Así ya RG, 61, pp. 243 ss., 255.

[64] *Küper*, JZ, 1980, pp. 755 ss. (con acertadas consideraciones sobre la inclusión de deberes especiales en la ponderación de intereses); *Lenckner*, Notstand, p. 101; *Bernsmann*, Blau-Festschrift, pp. 23 ss., 37 s.; *Baumann-Weber*, AT, § 22, II, 1 *b*; Blei, AT, § 44, IV, 2; *LK-Hirsch*, núm. marg. 70, ante § 34; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 34, núm. marg. 34; *SK-Samson*, § 34, núm. marg. 17; detalladamente *Hruschka*, loc. cit., 13/nota 60.

pues, por lo general, no se podrá justificar mediante estado de necesidad el impedir un intento de suicidio [65].

29a *c)* La voluntad de soportar puede también cerrar el paso a un hecho en estado de necesidad en la medida en que el cuidado forzoso se convierte en coacción al «favorecido» por tal hecho. Ejemplo: La interrupción del embarazo realizada contra la voluntad de la embarazada no sólo es inadmisible porque la embarazada pueda renunciar a sus bienes mediante consentimiento (entonces, como consecuencia del consentimiento, el bien «bien del feto» ya no entra en conflicto con el bien «libertad de la madre para asumir el riesgo»), sino también porque una interrupción contra la voluntad de la embarazada constituye coacción (el bien «bien del feto» va acompañado del bien «libertad de la madre frente a la coacción»).

30 6. Por último, la ley menciona el *grado del peligro que amenaza producirse* como baremo para la concreción del balance de intereses. Así pues, el comportamiento que supone un peligro abstracto está justificado, *ceteris paribus,* para evitar un peligro concreto [66]. También pueden llegar a estar justificados los peligros concretos cercanos al riesgo permitido si sirven para evitar peligros mayores para bienes de la misma importancia [67].

Si hay diferencia de riesgos, también puede estar justificado un comportamiento mediante el que en *un* bien se sustituye un gran peligro de la misma medida. Ejemplo [68]: En un incendio de un edificio, el padre arroja a su hijo a los brazos de personas dispuestas a recogerlo; justificación de la muerte si fracasa el salvamento, y, si no, justificación de la tentativa de homicidio.

31 7. Siempre aparece como interés afectado el *interés general en que no se produzcan perturbaciones del orden* en el bien en que se interviene. Así pues, no se puede justificar en absoluto por estado de necesidad el liberar de pequeñas situaciones de necesidad cotidianas: La perturbación del orden descarta un balance positivo si se suprime la situación de necesidad insignificante mediante una intervención. Ejemplo: El estudiante que, al ir a coger el autobús, se da cuenta de que va a perderlo y por tanto no podrá asistir a clase, no puede atropellar o empujar a los transeúntes para poder cogerlo. Naturalmente, la perturbación del orden no impide liberar de una situación de necesidad grave, pues si no nunca habría estado de necesidad [68a].

---

[65] *De otra opinión*, *Bottke*, GA, 1982, pp. 346 ss., 356 ss., con bibliografía. *Vid.* ya *supra* acerca del auxilio necesario del Estado 12/9.

[66] En este sentido una amplia jurisprudencia de los tribunales regionales superiores *(Oberlandesgerichte)* en asuntos de tráfico rodado; OLG Hamm, VRS, 20, pp. 232 ss.; OLG Hamm, NJW, 1958, p. 271; OLG Hamm, VRS, 36, pp. 27 ss.; OLG Düsseldorf, VRS, 30, pp. 445 s.; OLG Schleswig, VRS, 30, pp. 462 ss.; BayObLG, JR, 1965, pp. 65 s.; OLG Düsseldorf, NJW, 1970, pp. 674 s.; *vid.* asimismo OLG Hamm, VRS, 41, pp. 141 ss. Naturalmente, al conducir bajo la influencia del alcohol, lo cual es peligroso sólo en abstracto, § 316 StGB, no cabe excluir la producción de peligros concretos; pero los peligros concretos sólo al producirse son suficientemente actuales, esto es, drásticos, como para poder entrar en la ponderación de intereses. También la trascendencia de los bienes en peligro se incluye en la ponderación (OLG Düsseldorf, NJW, 1990, pp. 2264 s.). Ejemplo: No están permitidos —salvo en casos excepcionalísimos— los graves excesos de velocidad para poder llegar a ver aún vivo a un agonizante; BGH, VRS, 59, pp. 438 s.

[67] Controvertido; como aquí, *LK-Hirsch*, § 34, núm. marg. 60; *de otra opinión*, *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 34, núm. marg. 28; OLG Karlsruhe, VRS, 46, pp. 275 s.

[68] BGH en *Dallinger*, MDR, 1971, pp. 361 s.

[68a] *Küper*, Staat, pp. 120 s.

8. Si mediante una acción en estado de necesidad se salvaguardan varios intereses, o se interviene en varios intereses, ha de *sumarse* la importancia de los distintos intereses concurrentes, aun cuando éstos sean desiguales. Ello hace falta fundamentarlo en relación con los intereses del lado de la intervención: Si ahí varios intereses sólo *juntos* llegan a ser tan importantes que la intervención se convierte en inadmisible, parece darse pie a la argumentación (desde luego incorrecta) de que el fin de la norma que protege *uno* de los intereses no es prohibir la intervención en estado de necesidad sólo porque se le añada *otro* interés [69]. Ejemplo [70]: Si está permitida la puesta en peligro abstracto de la pureza de las aguas para hacer prevalecer un interés en el mantenimiento de la propiedad, interés en sí preponderante, entonces tendría que convertirse en prohibida en el supuesto de que junto a la pureza de las aguas concurriera otro interés —en su caso tampoco suficientemente importante en sí—, p. ej., ¿la propiedad ajena? Y sin embargo, en tales casos, el interés que se salvaguarda por medio de la intervención (la propiedad del que interviene) se contrapone a cada interés concreto en que se interviene (o la pureza de las aguas o la propiedad ajena), sólo de modo disminuido por la importancia del interés que además se sacrifica (o la propiedad ajena o la pureza de las aguas), y como interés así disminuido no constituye fundamento suficiente de una intervención [71]. Naturalmente, esta solución sólo es aplicable a la justificación con arreglo al principio de solidaridad (*supra* 11/3). En los supuestos del principio de responsabilidad o de ocasionamiento están organizados incorrectamente los bienes en el lado de la intervención; quien en su contra emprende lo necesario, no obra antijurídicamente *contra el titular de estos bienes* porque menoscabe además bienes en manos de terceros (aun cuando *esta* intervención puede que esté justificada por estado de necesidad agresivo o bien ser antijurídica). 32

9. *a)* El balance de intereses debe, para la justificación, ser *notablemente* positivo. Este carácter notable no es necesario, digamos, porque una ganancia sólo pequeña no pudiera compensar la perturbación del orden siempre vinculada al obrar en estado de necesidad: Tal perturbación del orden se incluye ya en la ponderación de los intereses en juego. Más bien se trata de que la solidaridad no se exige en cuanto merece la pena por el criterio del saldo, sino sólo cuando el saldo indica drásticamente la necesidad, al igual que el § 323 *c* StGB no impone un deber de socorro siempre que éste sea útil, sino sólo cuando existe un supuesto de calamidad [71a]. La situación es distinta cuando a la víctima de la intervención, por una relación de garantía consistente en tutelar, es 33

[69] En este sentido, no obstante, la crítica de *Dencker*, JuS, 1979, pp. 779 ss.; *vid.* asimismo *KKOWiG-Rengier*, § 16, núm. marg. 56.

[70] BayObLG, NJW, 1978, pp. 2046 s.

[71] *Dencker*, JuS, 1979, pp. 779 ss., objeta a esta solución que ciertamente un autor que, para salvar un objeto valioso, lesiona el interés —en el ejemplo— en la protección de las aguas y en, cosas ajenas igualmente valiosas, actúa antijurídicamente en relación con la protección de las aguas, pero no así aquel otro autor que sea titular de las cosas a sacrificar en la intervención en estado de necesidad. Obviamente, esta extraña diferencia de soluciones no se da: El propietario que al salvar el objeto valioso ha de destruir ineludiblemente cosas propias ¡salvaguarda sólo un interés disminuido por la pérdida ineludible!

[71a] *De otra opinión*, *Roxin*, Oehler-Festschrift, pp. 181 ss., 184. Puede tratarse la fundamentación de la exigencia de solidaridad ya como aspecto de la ponderación de interes; en ese caso, el carácter esencial sólo tiene un función aclaratoria; en este sentido, *Küper*, GA, 1983, pp. 289 ss., 296 ss.

garante del bien jurídico, es decir, cuando no está obligada meramente a una solidaridad general; en ese caso decae la necesidad de exigir una preponderancia esencial para autorizar la intervención, a causa de la obligación especial de realizar una prestación (*vid.* asimismo *infra*, en torno al conflicto de deberes, 15/12 ss.).

34 *b)* Si en las acciones del estado de necesidad el titular del bien jurídico puesto en peligro es el mismo que el del bien en que se interviene, para la redisposición del peligro debe concurrir el consentimiento (presunto) de este titular. Sin embargo, con tal consentimiento (presunto), como en este caso no se trata de la solidaridad de un titular de un bien con respecto a otro, cabe justificar también notables diferencias de intereses. Ejemplo: Supuesto el consentimiento (presunto), se pueden salvaguardar 1.000 marcos sacrificando 999. Del mismo modo, en el balance de intereses pueden incluirse las preferencias subjetivas.

35 *c)* La ponderación de un interés quedará con frecuencia dudosa, y esto en parte paralelamente a la incertidumbre en la determinación del bien jurídico (*supra* 13/20). Dado que sólo se puede exigir la solidaridad general en ámbitos axiológicamente claros, el que interviene soporta el riesgo de la incertidumbre *axiológica* [72].

E. La cláusula del medio adecuado

36 1. Para la justificación no basta un balance positivo de intereses si la solución del conflicto (la eliminación del riesgo) está canalizada por un determinado procedimiento, o incluso está excluida. Entonces cualquier otra solución del conflicto constituye un medio inadecuado (§ 34, inciso 2, StGB). La cláusula del medio adecuado garantiza el Estado de Derecho en sentido formal frente a la libre optimización de la utilidad mediante la ponderación de intereses. En la concurrencia del procedimiento determinado con el estado de necesidad justificante se trata del supuesto más importante de concurrencia de regulaciones de justificación. La opinión tan extendida de que la cláusula del medio adecuado es en sí superflua se basa en una infravaloración de las autorizaciones de intervención contenidas en el § 34, inciso 1, StGB [73]. Las canalizaciones tienen tres contenidos distintos: En primer lugar, se trata de que varios procedimientos regulados, cuando no son viables, no pueden ser sustituidos por otro procedimiento de Derecho público ni particular (ejemplo: procedimiento judi-

---

[72] *En otro sentido* —el riesgo lo soporta la víctima de la intervención—, *Stratenwerth*, AT, 2, núm. marg. 457 (dubitativo, *el mismo*, AT, 2, núm. marg. 464), pero cuando la víctima de la intervención se defiende, en un caso dudoso, contra esa intervención, con arreglo a esta solución tendría que darse una resistencia antijurídica, aun cuando un deber de tolerar la intervención no se puede fundamentar plausiblemente ante cualquiera. En definitiva como aquí, *Küper*, GA, 1983, pp. 289 ss., 297; *Roxin*, OehlerFestchrift, pp. 181 ss., 184; *KKOWiG-Rengier*, § 16, núm. marg. 41 ss.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 34, núm. marg. 45.

[73] En favor de la significación independiente de la cláusula —con todo, de contenido interpretado de maneras absolutamente distintas—, E Begründung, pp. 159 s.; *Gallas*, ZStW, 80, pp. 1 ss., 26; *Bockelmann-Volk*, AT, § 15, B, II, 7 *d*; *Dreher-Tröndle*, § 34, núm. marg. 12; *Jescheck*, AT, § 33, IV, 3 *d*; *SK-Samson*, § 34, núm. marg. 22; *de otra opinión*, con amplia bibliografía, *LK-Hirsch*, § 34, núm. marg. 78 ss.

cial). En segundo lugar, algunos procedimientos cabe sustituirlos de acuerdo con una cláusula general de Derecho público, pero nunca por un procedimiento particular (ejemplo: Si una autoridad a la que se ha recurrido para evitar peligros especiales es incapaz de actuar, ello puede constituir un estado de necesidad policial general, sin que tenga que concurrir un peligro conforme al § 34 StGB). En tercer lugar, otros procedimientos pueden sustituirse mediante la actuación particular en estado de necesidad. Aquí se trata de la aplicación de derechos privados de actuar en situación de necesidad en el ámbito en que concurre simultáneamente un peligro para la seguridad pública. En relación con las intervenciones conforme al Derecho público sólo rigen *siempre* las autorizaciones de Derecho público mediante cláusula general o especial (acerca del paso al comportamiento privado, *vid. infra* 13/44). Las canalizaciones no es posible describirlas aquí exhaustivamente, dado que en un Estado de Derecho existen vinculaciones tan numerosas y variadas como diversos son los conflictos.

2. Principalmente, merecen mencionarse: 37

a) Las consecuencias de la falta de dinero o de los demás valores utilizables como dinero, en un particular, las regulan la BSHG (Ley federal de asistencia social) y la KO (Ordenanza concursal), los preceptos que tutelan el derecho de prenda en la ZPO, etc. Así pues, el estado de necesidad sólo se tiene en cuenta cuando a la observancia de este procedimiento se oponen obstáculos exteriores. Ejemplo: Habiendo sufrido su hijo un acceso de una enfermedad, y no siendo posible obtener otro auxilio, el padre hurta el medicamento necesario para que sobreviva; justificación; pero: El padre, por escasez de dinero, hurta el medicamento que el auxilio social no proporciona; no hay justificación [74].

b) La distribución de los medios públicos se rige por los presupuestos y sus 38
disposiciones complementarias. El estado de necesidad no puede pasar por alto la resolución competente; a lo sumo, esta distribución puede sustituirse en la gestión de negocios sin mandato. Así, p. ej., ni los medios públicos ni los privados pueden emplearse, sustrayéndolos a su fin, para proporcionar alimentos a los niños que mueren de hambre en los países en vías de desarrollo. Otro ejemplo: Si para emprender una jira de conciertos no bastan las subvenciones públicas, no se pueden emplear, en estado de necesidad, los fondos públicos sujetos a otros fines a fin de facilitar la jira, aun cuando el interés en esta gira sea primordial [75]. Al igual que en relación con los fondos afectos a un fin, también es esto aplicable para otras cosas afectas. Ejemplo: En período de guerra, la gasolina destinada a fines militares no se puede emplear para suministrar a la población civil, que se encuentra en una situación de apuro, siempre que se pueda solicitar una decisión de los órganos competentes [76].

---

[74] Así pues, es absurda la postura de la defensa en BGH, NJW, 1976, pp. 680 s. (con comentario de *Küper*, JZ, 1976, pp. 515 ss.; *Kienapfel*, JR, 1977, pp. 27 s.), en el sentido de que procurarse dinero mediante administración desleal puede estar justificado, ya que así se podría remediar el daño al prestigio que una quiebra comportaría.

[75] *De otra opinión*, BGH, 12, pp. 300 ss., 304 ss., con comentario crítico de *Bockelmann*, JZ, 1959, pp. 495 ss.

[76] *En otro sentido*, RG, 77, pp. 113 ss., 115 s.

39 *c)* Es muy difícil la determinación diferenciada de cuándo, por una parte, el titular de un derecho debe aceptar las consecuencias de una falta de pruebas de su derecho o de la existencia de pruebas falsas en contra su derecho y, cuándo, por otra parte, la pérdida del derecho que amenaza producirse constituye un peligro susceptible de estado de necesidad.

40 *a')* El estado de necesidad (o incluso la legítima defensa) contra la presentación *en* juicio de una prueba falsa desharía la ordenación del proceso. Por ejemplo, un testimonio falso o la presentación de documentos falsos sólo se pueden combatir a través de los medios previstos procesalmente, pero no libremente; en su caso, han de aceptarse los resultados falseados de la prueba. Del mismo modo ocurre con la falta de prueba *en* el procedimiento judicial; en la medida en que no sea pertinente ningún procedimiento para conseguir pruebas (p. ej., a tenor de la ZPO, solicitud de interrogatorio de la otra parte, §§ 445 ss. ZPO, o solicitud de presentación de documentos de acuerdo con los §§ 442 s. ZPO), no se puede remediar la falta mediante pruebas falsificadas o destrucción de medios de prueba de la parte contraria.

Del mismo modo que el procedimiento judicial han de tratarse todos los demás procedimientos regulados formalmente, sobre todo la instrucción de sumario de acuerdo con la StPO. Así, p. ej., no es admisible el allanamiento de morada para descubrir la actividad criminal relativa al tráfico de drogas, tanto para particulares como para órganos de la persecución penal (en ambos casos como «auxiliadores del estado de necesidad»); las reglas sobre registros, §§ 102 ss. StPO, son excluyentes y prevalecen [77].

41 *b')* La vinculación sólo rige hasta donde llegue el procedimiento. En relación con los peligros que amenazan a una pieza probatoria desde fuera del proceso se aplican las reglas generales. Así, cabe salvaguardar en estado de necesidad el depósito judicial cuya importancia reside únicamente en su significación para un proceso, si un incendio lo pone en peligro. Esta autorización está limitada a peligros independientes del proceso.

Sin embargo, el peligro de una situación de necesidad probatoria que se espera para después en el proceso se puede remediar por estado de necesidad antes del proceso, o paralelamente a él, mediante la consecución o aseguramiento de un medio probatorio, *cuando, con independencia del peligro actual, existe un derecho a la entrega del medio probatorio* frente la parte contraria. En este marco, la autorización del estado de necesidad corresponde a la autorización del autoauxilio con arreglo a los §§ 229 ss. BGB [78] (cuyas limitaciones, sobre todo el deber de resarcir según el § 231 BGB, se han de aplicar analógicamente). Ejemplo: Si, tras un accidente, la obligación de pagar una pensión depende de la cuestión de si la víctima del accidente iba bebida, está justificada la consecución de una muestra de sangre contraviniendo al § 168 StGB si el obligado a prestarla tiene un derecho a la entrega de material probatorio contra el legitimado para recibirla [79], y, en caso contrario, no [80]. En la medida en que

[77] *De otra opinión*, OLG München, NJW, 1972, pp. 2275 s.; en contra, *Otto*, NJW, 1973, pp. 668 ss.; *Amelung-Schall*, JuS, 1975, pp. 565 ss., 571.

[78] *Vid.* al respecto BGH, 17, pp. 329 ss.; *Geilen* JZ, 1975, pp. 380 ss., 384.

[79] Así en definitiva OLG Frankfurt, NJW, 1977, p. 859.

[80] *De otra opinión*, OLG Frankfurt, NJW, 19755, pp. 271 s., con comentario desfavorable de *Geilen*, JZ, 1975, pp. 380 ss., y reseña en definitiva favorable, pero distinguiendo, de *Roxin*, JuS,

las reglas procesales contengan una regulación especial para procurarse cautelarmente pruebas o para su aseguramiento, y éstas aún se pueden observar, prevalecen éstas. Ejemplo: Quien averigua que su oponente en el proceso se dispone a destruir un documento, tiene que hacer valer sus derechos al documento conforme a los § 985 BGB, §§ 422 s. ZPO, primero mediante una resolución cautelar (§§ 935 ss. ZPO); sólo si ello es efectivamente imposible (por razones de tiempo) se aplican las reglas del estado de necesidad (o de la legítima defensa).

d) No se puede soslayar, mediante el estado de necesidad, la reserva de 42
ley o la sujeción de las autorizaciones para intervenir a una determinada posición en la organización estatal (ej.: de la Administración de Justicia como actividad exclusivamente atribuida a los jueces, art. 92 GG, pasando por las demás reservas para los jueces, hasta la reserva para los funcionarios auxiliares del ministerio fiscal), o la sujeción de los particulares a una intervención por parte del Estado (tutor, administrador de la quiebra). También está excluido, en el ámbito de la administración interventora estatal, sustituir las autorizaciones para actuar legalmente limitadas —aun cuando formuladas también, p. ej., a veces en el Derecho policial, como cláusulas generales— por la justificación libre mediante estado de necesidad (paralelamente a la exclusión de la legítima *defensa* para la policía) [81]. Lo mismo se aplica al ámbito de las competencias de organización estatales; tampoco éstas es posible sustituirlas por el estado de

---

1976, pp. 505 ss. *Roxin* argumenta *a majore* a partir de los §§ 81 *a*, 81 *c*, 94 ss. StGB. Pero tales preceptos, sobre todo el § 81 *a* StGB, preservan también un interés general (singularmente que los hechos en el tráfico rodado de autores alcoholizados permanezcan dilucidables). Según la configuración del caso, sólo este interés general hace proporcionada la intervención con arreglo al § 81 *a* StGB. No obstante, el interés general no cabe incluirlo en el § 34 StGB para la *autorización* del estado de necesidad (para *impedir* la justificación por estado de necesidad, está situado en la cláusula de adecuación), ya que no está en peligro actual; *al legislador* le queda tiempo para la preservación del interés general.

[81] En lo esencial como aquí, *Lerche*, v. der Heydte-Festschrift, t. II, pp. 103 ss., *Grebing*, GA, 1979, pp. 81 ss.; *Amelung*, NJW, 1977, pp. 833 ss., 835 ss.; *el mismo*, NJW, 1978, pp. 623 s.; *de Lazzer* y *Rohlf*, JZ, 1977, pp. 207 ss., 211 s.; *Sydow*, JuS, 1978, pp. 222 ss., 225; *Böckenförde*, NJW, 1978, pp. 1881 ss., 1883; *Kirchhof*, NJW, 1978, pp. 969 ss., 971 ss.; *Ruppelt*, Maßnahmen, pp. 114 ss., 173; *Schatzschneider*, ZRP, 1988, pp. 20 ss. (para los servicios de información); *Jescheck*, AT, § 33, IV, 3 *d*; *LK-Hirsch*, § 34, núm. marg. 6 ss. (con fundamentación amplia; *Hirsch* admite evidentemente la *autoprotección* del funcionario, con arreglo al § 34 StGB); *SK-Samson*, § 34, núm. marg. 22; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 450 (que traza el ámbito de la autorización para intervenir, legalmente limitada, más restringidamente de como aquí se hace); para los policías secretos de investigación, en cuanto al principio también *Rebmann*, NJW, 1985, pp. 1 ss., 3; *de otra opinión*, BGH, 27, pp. 2650 ss. («corte de contactos»), infravalorando expresamente los meros «preceptos procesales», loc. cit., p. 263 (en contra, con buen criterio, *Böckenförde*, NJW, 1978, pp. 1881 ss., 1884, nota 28; por lo demás, en el caso de corte de contactos es incorrecto atender exclusivamente a preceptos procesales; se trata también de la coacción a omitir contactos); *Schwabe*, Notrechtsvorbehalte, pp. 59 ss., con bibliografía de *sus* anteriores publicaciones, loc. cit., *passim*; *Lange*, JZ, 1976, pp. 546 ss.; *Gössel*, JuS, 1979, pp. 162 ss.; *Schaffstein*, Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 97 ss., 114 ss.; *Bockelmann*, Dreher-Festschrift, pp. 235 ss.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, §34, núm. marg. 7, exponiendo detalladamente el estado de la controversia. *Vid.* también la bibliografía *supra* 12/notas 84 ss. Cuando se concede el derecho a actuar en estado de necesidad —a diferencia de en legítima defensa— por estar limitado por la proporcionalidad (*Schaffstein*, loc. cit., etc.), se está pasando por alto que la proporcionalidad por sí sola no puede permitir determinar perfiles de Estado de Derecho, ya que su ámbito de aplicación no deja de ser ilimitado y la sujeción difusa.

necesidad (nadie puede, sin competencia legalmente atribuida, nombrar a un funcionario, ni cesarlo, etc., por estado de necesidad).

Ejemplos: De acuerdo con los principios mencionados, no será admisible la liberación de reclusos a cambio de la vida de un rehén —la StPO y el StGB cierran el paso a consideraciones de oportunidad generales [82]—, lo que también se pone de manifiesto en que, de lo contrario, a *cualquiera* que fuese capaz de realizarlo, le correspondería el mismo derecho. La disolución del orden del Estado de Derecho a través de tales decisiones contradictorias sería evidente. La relación entre defensor e inculpado se rige por las leyes procesales (§§ 148 s. StPO, §§ 31 ss. EGGVG). No son posibles limitaciones ni autorizaciones para actuar en estado de necesidad [83]; pero tampoco se pueden espiar los contactos entre defensor e inculpado para evitar peligros [84]. También es inadmisible, para evitar graves peligros, entrometerse sin competencia legal —§ 100 *a* StPO— en la esfera privada de un cuidadano, por sospechoso que sea, como p ej., instalando dispositivos de escucha («agresión mediante escucha», § 201.2 StGB) [85]. A una persona que por defectos psíquicos se pone a sí misma y a otros en peligro, sólo se la puede internar sin intervención de su tutor si no es posible contactar con el tutor o cuidador debido a obstáculos fácticos [86]. Si el representante legal de una persona niega el consentimiento necesario para una urgente operación, realizarla en estado de necesidad sólo estará justificado si ya no se puede solicitar, por falta de tiempo, una decisión judicial [87]. Las medidas de previsión frente a futuros estados de necesidad sólo son posibles con arreglo al procedimiento legalmente previsto; así pues, los bancos de órganos para trasplante no se pueden formar por estado de necesidad si falta una regulación del procedimiento (*vid. supra* 13/nota 32). El interés individual y social en los puestos de trabajo creados (o por crear) se tiene en cuenta en el Derecho *administrativo* del medio ambiente; así pues, es inadecuado tenerlo en cuenta en el Derecho *penal* del medio ambiente a través del § 34 [87a].

43 3. *a)* La sujeción a un procedimiento sólo se aplica a los ámbitos regulados, incluyéndose lógicamente también aquellos casos para los que —expre-

---

[82] Caso Lorenz: en favor de la justificación, *Krey*, ZRP, 1975, pp. 97 ss.; *Grebing*, GA, 1979, pp. 81 ss., 105, nota 137; *Küper*, Staat, pp. 91 ss., quien argumenta que el Estado, al no salvar, interviene indirectamente en la vida del rehén, confundiendo el poder de actuar (que se da) con la imputabilidad (que falta); *vid.* también BVerfG, 46, pp. 160 ss. Sin barruntar las consecuencias de la sujeción al Estado de Derecho, *Hochhut*, Juristen, 2. Akt.

[83] Caso Schleyer; *de otra opinión*, BGH, 27, pp. 260 ss., 262 ss.; *vid.* asimismo BVerfG, 46, pp. 1 ss., 11 ss.

[84] Caso de las escuchas de Stammheim; *vid. Grebing*, GA, 1979, pp. 81 ss., 102, nota 123, con bibliografía.

[85] Caso Traube; *de Lazzer* y *Rohlf*, JZ, 1977, pp. 207 ss., ... asimismo *Grebing*, GA, 1979, pp. 81 ss., 102; *de otra opinión*, *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 34, núm. marg. 7 y otros. Que el artículo 12.3 GG, en caso de peligro común y peligro para la vida autorice a llevar a cabo la irrupción en el esfera íntima como consecuencia *principal*, es cuando menos dudoso; en todo caso, tal evitación del peligro no es misión de la protección constitucional (en otro sentido, *Borgs*, en: *Borgs-Ebert*, Geheimdienste, A, § 3, núm. marg. 170).

[86] *De otra opinión*, BGH, 13, pp. 197 ss., 200 ss.

[87] *Jescheck*, AT, § 34, IV, 3, nota 51, con bibliografía; *vid.* asimismo OLG Hamm, NJW, 1968, pp. 212 ss.

[87a] Controvertido; como aquí, *Schönke-Schröder-Lenckner* § 34, núm. marg. 35; *SK-Samson*, § 34, núm. marg. 3 *b*; ampliamente, *Schall*, en: Recht, pp. 1 ss., 6 ss., 17.

samente o por interpretación sistemática— está descartada toda intervención [87b]. Más allá de este ámbito rigen las reglas generales, es decir, para la actuación pública rigen las cláusulas generales de Derecho público, para los particulares los derechos derivados del estado de necesidad, especialmente el estado de necesidad justificante. Ejemplo: Las limitaciones de Derecho procesal penal para la protección de la morada (§§ 102 ss. StPO) no sólo excluyen las cláusulas generales, sino también las medidas de persecución penal «privatizadas», pero no rigen cuando se trata de evitar peligros que no amenazan a la persecución penal (incendio, suicidio, etc.). El § 100 *a* StPO regula exhaustivamente la grabación de las palabras no pronunciadas en público como medida de persecución penal sin consentimiento del afectado [87c]. Por las reglas generales se rige cómo se puede obligar al cumplimiento de deberes de auxilio (deberes de garante, deberes derivados de los §§ 138, 323 *c* StGB), fuera de los ámbitos especialmente regulados (como p. ej., el apremio sobre personas obligadas a testificar en el proceso).

b) No es posible eludir la sujeción a un determinado procedimiento sobre todo cuando se interviene en bienes ajenos, no para hacer valer una competencia de intervención, sino sólo con ocasión [87d] de un comportamiento en ejercicio de una competencia especial. Así, por ejemplo, el agente judicial, huyendo de un deudor agresivo, puede penetrar en una vivienda ajena si no ve otra posibilidad [88], y la policía puede prohibir el contacto del abogado defensor con el inculpado en prisión provisional, en caso de peligro de contagio, si le estuviera permitido prohibir el contacto también en lugares de estancia sin connotaciones procesal-penales. 44

4. La evitación privada de un peligro es inadecuada en la medida en que una autoridad competente para la evitación, y capaz de realizarla, la ha emprendido, aun cuando a la autoridad sólo le estén atribuidas autorizaciones limitadas [88a]. 44a

5. *Consecuencias de la ausencia de adecuación*: Un comportamiento no adecuado es antijurídico, aun cuando satisfaga los demás requisitos del § 34 StGB (acerca de la disminución del injusto y de la traslación del género de injusto, *vid. supra*, en torno a la legítima defensa, 12/44). 45

[87b] En el marco de las pesquisas secretas se puede destruir, dañar o en general sacrificar aquella propiedad pública que está predeterminada a tales fines. La intervención en la propiedad que está dedicada a otros fines requiere una causa de justificación, decayendo el § 34 StGB. En el supuesto de la «Acción Celler» (al respecto *Kühne*, JuS, 1987, pp. 188 ss.) se daría además una simulación de delito en los términos del § 145 *d*, párrafo 1 StGB, no justificable a través del § 34 StGB.

[87c] BGH, 34, pp. 39 ss., 43 ss.; al respecto *Bottke*, Jura, 1987, pp. 356 ss., 363 ss.

[87d] No hay quer atender a si el conflicto es «desacostumbrado» (no obstante, en ese sentido *Rebmann*, NJW, 1985, pp. 1 ss., 5), sino a si radica fuera del ámbito regulado.

[88] *Vid.* al respecto *Amelung*, NJW, 1977, pp. 833 ss.; 839.; *Schwabe*, NJW, 1977, pp. 1902 ss., 1903, y *Schaffstein*, Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 97 ss., 114 s.

[88a] *De otra opinión*, *Rudolphi*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 371 ss., 390 ss.

III. PARTICULARIDADES DEL ESTADO DE NECESIDAD DEFENSIVO

BIBLIOGRAFIA: *Vid.* la relativa a II.

46 A. El § 34 StGB (en parte también el § 904 BGB) determina el saldo de intereses en el sentido de que, para la justificación, el interés salvaguardado debe preponderar esencialmente (desproporcionadamente) sobre el menoscabado. Este estricto requisito es aplicable sólo cuando se interviene en bienes de una persona que no es responsable del conflicto. Pero si la persona en cuyos bienes se interviene para la salvación ante el peligro es responsable de este peligro, se produce la siguiente inversión [88b] de la proporcionalidad:

El responsable del peligro debe —supuesta su capacidad— eliminarlo. Sólo puede exigir la exención con respecto a este deber, es decir, el sacrificio solidario del otro de acuerdo con los principios del § 34 StGB, cuando su interés en la exención prepondera esencialmente sobre el interés amenazado por el peligro, es decir, cuando para cumplir el deber debe invertir más de lo que puede salvar. En consecuencia, la persona amenazada por el peligro (o el auxiliador) aún puede intervenir en los bienes del responsable en el marco de lo necesario, destruyendo más de lo que salva, mientras que se mantengan hasta cierto punto las proporciones [89]. El § 228 BGB regula sólo un sector de este ámbito, a saber, la intervención en una cosa desde la que amenaza el peligro. Pero ni la mención de las intervenciones sólo en cosas ni la de las intervenciones en el bien peligroso constituyen una regulación exhaustiva. Así, la defensa en el estado de necesidad defensivo puede llegar incluso hasta dar muerte a una persona si no se pueden evitar de otro modo daños graves, por la amenaza a los cuales ha de responder quien resultó muerto [90]. De este modo se resuelve el

---

[88b] Para *Lenckner*, GA, 1985, pp. 295 ss., 311 (ya *el mismo*, Notstand, pp. 136 s.), ello no es ninguna «inversión», sino hacer valer el interés preponderante: Toda justificación, incluida la legítima defensa, se basaría en el interés preponderante. Sin embargo, así se torna completamente difusa la fórmula del interés preponderante, pues se confunden los distintos planos de abstracción en los que se sitúa a los intereses involucrados. Bien es verdad que al final siempre se trata del plano sumamente abstracto de los intereses de ordenación generales, pero algunas ponderaciones de intereses tienen lugar ya en planos más concretos. Ejemplo: Si se entiende el interés esencialmente preponderante del § 34 StGB incluyendo intereses de ordenación generales (así para los estados de necesidad justificantes también *Roxin*, Jescheck-Festschrift, pp. 457 ss., 464 ss., con más bibliografía en nota 23), ello tiene lugar en un plano de abstracción más elevado que el «no estar en desproporción» del § 228 StGB o la falta de toda regla de proporcionalidad en el § 32 StGB; en este entendimiento, ello sólo significa que la justificación presupone un «motivo bien fundado» para haber realizado el tipo (*vid. supra* 11/1 ss.). Una cláusula general de tales características no permite ya deducciones exactas. *Vid.*, acerca de la inversión de la proporcionalidad, también *Meißner*, Interessenabwägungsformel, pp. 250 ss.

[89] *O. Lampe*, NJW, 1968, pp. 88 ss.; *Hirsch*, JR, 1980, pp. 115 ss., 117; *Hruschka*, Dreher-Festschrift, pp. 189 ss., 203; *el mismo*, JuS, 1979, pp. 385 ss., 391 s.; *el mismo*, AT, pp. 78 ss.; *Lenckner*, Notstand, pp. 102 s.

[90] *Schmidhäuser*, AT, 9/73 y 9/83; *el mismo*, Studienbuch 6/41; *SK-Samson*, § 34, núm. marg. 16; *vid.* asimismo *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 34, núm. marg. 30; *LK-Hirsch*, § 34, núm. marg. 73 ss. Según *Günther*, JR, 1985, pp. 268 ss., 273, *el mismo*, Strafrechtswidrigkeit, pp. 326 ss., 337 ss., sería inadmisible cualquier homicidio en estado de necesidad defensivo (a pesar de ello, decaería la punibilidad por disminución del injusto), porque todo «deber de solidaridad termina allí donde está en juego el sacrificio de la propia vida en favor de otros intereses in-

problema de las agresiones antijurídicas de las personas que actúan inculpablemente, contra las que no cabe legítima defensa, según la teoría que aquí se propone.

B. Estado de necesidad defensivo únicamente concurre cuando la víctima 47
de la intervención es responsable del peligro, es decir, tiene el deber de eliminar el peligro ella misma o si no lo tiene es porque le falta la capacidad. La mayor importancia práctica corresponderá a los deberes derivados de la injerencia, incluidos los deberes de la vida de relación (*vid. supra* 7/41 *a*). Por este principio de responsabilidad, que constituye el reverso del poder de organización al menos *de facto*, queda dudosa la resolución de los casos de la llamada perforación (al respecto, *supra* 13/22). La conexión meramente externa con una esfera de dominio, sin responsabilidad, no fundamenta estado de necesidad defensivo alguno. Ejemplo: Si unos adultos penetran en una finca urbana ajena totalmente en calma, y desde allí lanzan cohetes peligrosos, no hay situación de estado de necesidad defensivo contra el propietario, aun cuando éste fuera capaz de impedir la actuación de esas personas.

Si es el propio amenazado por el peligro quien es responsable de que le afecte tal peligro, o un tercero ha dirigido el peligro al amenazado, para la intervención en la cosa que supone un peligro rigen las reglas del estado de necesidad agresivo (*supra* 13/27), dado que falta la responsabilidad predominante del titular de la cosa [90a]. Ejemplo: Si alguien provoca a un perro ajeno hasta que éste termina por atacar, la defensa hiriendo al perro sólo está permitida cuando el interés protegido *prepondera esencialmente* sobre el interés lesionado (§ 34, inciso 1, StGB).

C. Al igual que en la legítima defensa, en el estado de necesidad defen- 48
sivo sólo está permitida la defensa en tanto que la configuración del ámbito de organización del responsable sea condición de las consecuencias que aún se habrían de soportar. Así pues, no está permitido curar una enfermedad que fue causada por un comportamiento antijurídico de otro, quitándole por la fuerza a ese otro el órgano necesario para la curación.

D. Tampoco en el estado de necesidad defensivo decide sobre la justifi- 49
cación únicamente el resultado de la ponderación de intereses, sino que además el medio empleado debe ser uno adecuado. Ejemplo: A un enajenado, que tiende repetidamente a realizar agresiones, no se le puede internar por un largo período sin la intervención de su tutor [91].

---

dividuales.» Pero en el estado de necesidad *defensivo* no se trata de solidaridad, sino de responsabilidad por la causa del conflicto (*supra* 11/3).

[90a] El § 228 BGB, en caso de «culpa» del interviniente por la intervención, establece un deber resarcitorio, pareciendo que reconoce el derecho a intervenir con tal que no se destruya desproporcionadamente mucho más de lo que se mantiene. Pero resulta absurda una regulación jurídico-*patrimonial* que establezca que cabe defender los propios intereses, teniendo que pagar a cambio más de lo que tales intereses valen. Consiguientemente, el precepto hay que interpretarlo en el sentido de que la defensa sigue siendo permitida *en el marco del § 904 BGB y con el deber de indemnizar que allí se impone.*

[91] *Vid.* no obstante BGH, 13, pp. 197 ss., 200 ss.

APARTADO 14

El consentimiento justificante

BIBLIOGRAFIA: *V. Albrecht,* Die rechtliche Zulässigkeit postmortaler Transplantatentnahmen, 1986; *G. Arzt,* Willensmängel bei der Einwilligung, 1970; *el mismo,* Die Delikte gegen das Leben, ZStW, 83, pp. 1 ss.; *el mismo,* Recht auf den eigenen Tod?, JR, 1986, pp. 309 ss.; *J. Baumann,* Nichthinderung einer Selbsttötung, JZ, 1987, pp. 131 s.; *U. Berz,* Die Bedeutung der Sittenwidrigkeit für die rechtfertigende Einwilligung, GA, 1969, pp. 145 ss.; *W. Bickelhaupt,* Einwilligung in die Trunkenheitsfahrt, NJW, 1967, pp. 713 s.; *P. Bockelmann,* Strafrecht des Arztes, 1968; *O. Brändel,* Über das Recht, den Zeitpunkt des eigenen Todes selbst zu bestimmen, ZRP, 1986, pp. 85 ss., *D. Dölling,* Fahrlässige Tötung und Selbstgefährdung des Opfers, GA, 1984, pp. 71 ss.; *K. Engisch,* Die Strafwürdigkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung, H. Mayer-Festschrift, pp. 399 ss.; *A. Eser,* Freiheit zum Sterben — kein Recht auf Tötung, JZ, 1986, pp. 786 ss.; *el mismo, H. G. Koch,* Aktuelle Rechtsprobleme der Sterilisation, MedR, 1984, pp. 6 ss.; *F. Geerds,* Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA, 1954, pp. 262 ss.; *el mismo,* Einwilligung und Einverstandnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf, ZStW, 72, pp. 42 ss., *G. Geilen,* Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, 1963, *K. Geppert,* Rechtfertigende «Einwilligung» des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr?, ZStW, 83, pp. 947 ss.; *H.-L. Günther,* Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *W. Hassemer,* Rücksichten auf das Verbrechensopfer, Klug-Festschrift, pp. 217 ss.; *G. Heine.* Sterbehilfe als rechtliches Problem, JR, 1986, pp. 314 ss.; *R. D. Herzberg,* Der strafrechtliche Schutz des Selbstmordgefährdeten, JZ, 1986, pp. 1021 ss.; *F. Herzog, C. Nestler-Tremel,* AIDS und Strafrecht - Schreckensverbreitung oder Normstabilisierung, StV, 1987, pp. 360 ss.; *H.-D. Hiersche,* Recht auf den eigenen Tod?, Strafrecht im Spannungsverhältnis zwischen Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung, Verhandlungen, 56. DJT, 1986, pp. 7 ss.; *Th. Hillenkamp,* Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; *G. Hirsch,* Der sterbende Mensch, ZRP, 1986, pp. 239 ss.; *H. L. Hirsch,* Hauptprobleme einer Reform der Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit, ZStW, 83, pp. 140 ss.; *el mismo,* Einwilligung und Selbstbestimmung, Welzel-Festschrift, pp. 77 ss., *N. Hoerster,* Rechtliche Überlegungen zur Freigabe der Sterbehilfe, NJW, 1986, pp. 1786 ss.; *el mismo,* Warum keine aktive Sterbehilfe?, ZRP, 1988, pp. 1 ss.; *R. Honig,* Die Einwilligung des Verletzten, parte I, 1919; *E. Horn,* Der medizinisch nicht indizierte, aber vom Patienten verlangte ärztliche Eingriff strafbar?, BGH, NJW, 1978, 1206, JuS, 1979, pp. 29 ss.; *J. Hruschka,* Comentario a BGH, JR, 1978, pp. 518 s., loc. cit., pp. 519 ss.; *A. D. Jordan,* Zur strafrechtlichen Zulässigkeit placebokontrollierter Therapiestudien, 1988; *Arthur Kaufmann,* Euthanasie, Selbsttötung, Tötung auf Verlangen, MedR, 1983, pp. 121 ss.; *D. Kientzy,* Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers, 1970; *Th. Lenckner,* Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz «nullum crimen sine lege», JuS, 1968, pp. 249 ss., 304 ss.; *el mismo,* Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, ZStW, 72, pp. 446 ss.; *J. Link,* Doping und staatliches Recht, NJW, 1987, pp. 2545 ss.; *P. Noll,* Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besondern die Einwilligung des Verletzten, 1955; *el mismo,* Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip

der Rechtfertigung, ZStW, 77, pp. 1 ss.; *H. Otto*, Recht auf den eigenen Tod? Strafrecht im Spannungsverhältnis zwischen Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung, Gutachten D 56. DJT, 1986; *C. Roxin*, Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS, 1964, pp. 373 ss.; *el mismo*, Über die Einwilligung im Strafrecht, 1987; *J. Sagel*, Die Sterbehilfediskussion in den Niederlanden, ZRP, 1986, pp. 319; *F. Schaffstein*, Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Welzel-Festschrift, pp. 557 ss.; *E. Schmidhäuser*, Der Unrechtstatbestand, Engisch-Festschrift, pp. 133 ss.; *el mismo*, Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht, Welzel-Festschrift, pp. 801 ss.; *Eb. Schmidt*, Schlägermensur und Strafrecht, JZ, 1954, pp. 369 ss.; *E. Schmidt-Elsaeßer*, Medizinische Forschungen an Kindern und Geisteskranken, 1987; *R. Schmitt*, Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst? Zugleich ein Beitrag zur Reform des Opiumgesetzes, Maurach-Festschrift, pp. 113 ss.; *el mismo*, § 226 a ist überflüssig, Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 263 ss.; *el mismo*, Der Anwendungsbereich von § 1 Strafgesetzbuch (Art. 103, Absatz 2, Grundgesetz), Jescheck-Festschrift, pp. 223 ss.; *H. Schöch*, Menschenwürdiges Sterben und Strafrecht, ZRP, 1986, pp. 236 ss., *H.-L. Schreiber*, Das Recht auf den eigenen Tod zur gesetzlichen Neuregelung der Sterbehilfe, NStZ, 1986, pp. 337 ss.; *H. Tröndle*, Recht auf den eigenen Tod? Strafrecht im Spannungsverhältnis zwischen Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung, Verhandlungen 56. DJT, 1986, pp. 29 ss.; *Th. Weigend*, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, ZStW, 98, pp. 44 ss.; *H. Wilms* y *Y. Jager*, Menschenwürde und Tötung auf Verlangen, ZRP, 1988, pp. 41 ss.; *H. Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970; *el mismo*, Die Bedeutung und Behandlung der Einwilligung im Strafrecht, ÖJZ, 1977, pp. 379 ss. *Vid.* además la bibliografía relativa a 7/VIII.

I. FUNDAMENTO DE LA IMPUNIDAD

A. 1. Junto al efecto excluyente del tipo de la voluntad del afectado en el acuerdo y en el consentimiento excluyente del tipo (*supra* 7/70 ss.), existe el efecto excluyente de la antijuricidad en el consentimiento justificante, del que se tratará ahora. Mientras que el consentimiento excluyente del tipo se explica con facilidad por el hecho de que el conflicto social depende de una relación, de determinado género, entre el bien y su titular, dependiendo la realización del tipo de la configuración de dicha relación, el consentimiento justificante [1] sólo cabe fundamentarlo de modo más complejo. 1

Desde el punto de vista de la naturaleza jurídico-pública del Derecho penal, necesita aclaración que un injusto típico penalmente dependa de la voluntad del lesionado. Otro tanto ocurre desde el punto de vista de los bienes bajo incumbencia jurídica privada: se convierte en problema la limitación de la eficacia excluyente del injusto que tiene el consentimiento. Entre los extremos mencionados oscilan los esquemas de solución históricos [1a], cuyos representantes no han conseguido hasta ahora ponerse de acuerdo.

[1] Un concepto de consentimiento que sólo tiene virtualidad «excluyente del injusto penal» lo desarrolla *Günther*, Strafrechtswidrigkeit, pp. 337 ss.; *vid. supra* 11/nota 10 *a*.

[1a] Sobre la historia, *vid. Honig*, Einwilligung, pp. 1 ss.; acerca de la época más reciente. *Kientzy*, Einwilligung, pp. 5 ss.

2 2. *a)* A tenor de la doctrina común, quien consiente «renuncia a la protección penal» [2]. Por consiguiente, el abandono voluntario de un bien disponible en la creencia errónea de su carácter indisponible no constituiría consentimiento por falta de conocimiento de la consecuencia de renuncia, tanto si se atiende a la voluntad de renunciar a la protección *penal* como —más atenuadamente y más acertadamente— a la voluntad de simple renuncia al juicio de *antijuricidad* penal. Este atender a la voluntad de la consecuencia jurídica muestra una clara predisposición civilística. Más trascendente es que dentro de esta doctrina no cabe plantear el motivo de la posibilidad de tal renuncia [3].

La teoría de los intereses se esfuerza por encontrar el fundamento de esta renuncia buscando el fundamento de la justificación en la renuncia a intereses en tanto que relaciones con bienes (o con estados, derechos, deberes, etc.) [4]. A este fundamento está cercana la remisión del consentimiento al trato con el «dominio autónomo» sobre bienes [5]. Los esquemas de solución pueden, atendiendo a una relación con un bien en lugar de hacerlo al bien mismo, explicar las diferentes consecuencias de la misma lesión de un bien tanto sin consentimiento como con él, dado que en uno y otro caso la relación es distinta. Naturalmente, no aportan nada más que una *forma* de explicación, dado que queda abierta la cuestión de hasta qué medida son legítimos los intereses de quién.

3 *b)* El límite, indeterminado con arreglo a la teoría de los intereses, se podría trazar, según la teoría de la ponderación, confrontando la importancia social del ejercicio de las posibilidades de disposición, por una parte, y del interés general en la conservación de los bienes, por otra [6]. De todos modos, no puede tratarse, en lo que concierne al interés general, de un interés en la conservación de un bien, pues este interés tendría que incluirse en la ponderación no sólo en caso de lesión a otro con su consentimiento, sino incluso en caso de lesión propia. La lesión a uno mismo, sin embargo, es siempre atípica. Así pues, en la ponderación la alternativa no es entre libertad de disposición y existencia de los bienes.

4 B. 1. Más bien se trata de la cuestión de cuándo la autodeterminación de quien consiente le proporciona al extraño, que efectúa la lesión, un motivo razonable para actuar. Si falta esto, cuando se lesionan bienes ajenos, con independencia del consentimiento, se frustra la expectativa de que los bienes ajenos son intangibles. Si la lesión con consentimiento del titular del bien jurídico no alcanza a menoscabar su autonomía, sí se perturba sin embargo la vinculación general de autorización para intervenir y razón —aún por concretar—. De manera diferente que en la lesión a uno mismo, en la que sólo indirectamente

---

[2] BGH, 17, pp. 359 s., 360; *LK-Hirsch*, núm. marg. 104, ante § 32; *Dreher-Tröndle*, núm. marg. 3, ante § 32; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 33, ante § 32; *Geerds*, GA, 1954, pp. 262 ss., 263; *el mismo*, ZStW, 72, pp. 42 ss., 43; *Welzel*, Strafrecht, § 14, VII, 2 *a*; *Lackner*, nota 5, ante § 32; *Lenckner*, ZStW, 72, pp. 446 ss., 453.

[3] Críticamente, con buen criterio, *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 502, ... AT § 34, II, 2.

[4] *Honig*, Einwilligung, pp. 116 ss.; *v. Hippel*, Strafrecht, t. II, § 19, II, 2; *v. Liszt-Schmidt*, Strafrecht, § 35, nota IV, con amplia bibliografía.

[5] *Schmidhäuseer*, AT, 8/124; *el mismo*, Engisch-Festschrift, pp. 433 ss., 452.

[6] *Jescheck*, AT, § 34, II, 3; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, pp. 74 ss.; *el mismo*, ZStW, 77, pp. 1 ss., 14 s.; *Geppert*, ZStW, 83, pp. 947 ss., 952 s.

(en conexión con la lesión a uno mismo) puede surgir una relación social por sus consecuencias, la lesión a otro es siempre, genuinamente, relación social; por eso, puede perturbar las expectativas generales referidas al contenido de tales relaciones si el lesionado en concreto se aparta del estándar *general* y consiente. De todos modos, en estos casos el injusto queda disminuido: Ya no se trata de la lesión de un bien de un titular singular, sino sólo de la puesta en peligro de la existencia *general* de determinados bienes mediante la inobservancia de los principios de acción esperados en general. *La alternativa en la ponderación es, pues, motivo para actuar determinado individualmente o en general.* Con este baremo se puede seguir la teoría de la ponderación. Ejemplo: En caso de cesión de la vida, o bien sólo de ambas piernas, de una persona para un experimento, la muerte o las lesiones no se ven justificadas por el consentimiento, sin consideración a las oportunidades que abra el experimento; la expectativa de que tales lesiones gravísimas son inadmisibles se asegura tan enérgicamente que ni siquiera se la puede poner en tela de juicio debatiendo sus límites. Si es el propio investigador el que se autolesiona falta, por el contrario, el injusto, a pesar de la identidad de los bienes (discutido, *vid. infra* 21/57 y nota 8).

2. *a)* Para encuadrar en el consentimiento justificante quedan, pues, los 5
supuestos en que la sola voluntad del autorizado a disponer no proporciona ya un motivo jurídicamente suficiente para intervenir en sus bienes, sino que debe añadírsele además un empleo racional de tales bienes. En relación con la vida, del § 216 StGB se deduce que ni siquiera justifica [7] un consentimiento cualificado, es decir, el ruego del sujeto de que se le dé muerte (o sea, la voluntad —la persecución intencional— de la acción de matar y del resultado de muerte); ello ha de interpretarse en el sentido de que ninguna pérdida *cierta* de la vida se considera razonable por el consentimiento (por sí solo). La punición, a pesar del ruego (y a pesar de la impunidad del suicidio) sirve para garantizar en general la prohibición de matar [8].

b) Por tanto, como supuestos del consentimiento justificante se toman en 6
consideración: intervenciones lesivas en la integridad corporal no sólo de ca-

[7] El solo tenor literal no significa nada, sin embargo, acerca de la situación en caso de petición *más otros motivos*.

[8] El fundamento de la pena, e incluso la legitimidad del § 216 StG, son controvertidos; en parte en términos semejantes a los de aquí, pero mezclados con otros fundamentos *Engisch*, H. Mayer-Festschrift, pp. 775 ss., 779; sólo en cuanto al resultado como aquí *Arzt*, ZStW, 83, p. 1 ss., 36 s. (sospecha de abuso); *el mismo*, JR, 1986, pp. 309 ss.; *Schmidhäuser*, Welzel-Festschrift, pp. 801 ss., 917 (obligación social; así pues, incluso el suicidio sería antijurídico); *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 375 s. (responsabilidad social para con el que hace la petición); en favor de la impunidad del homicidio a petición, *Schmitt*, Maurach-Festschrift, pp. 113 ss., 118; *Arthur Kaufmann*, MedR, 1983, pp. 121 ss., 124 s.; *Hoerster*, NJW, 1986 pp. 1786 ss.; *el mismo*, ZRP, 1988, pp. 1 ss. (en contra, *Wilms* y *Jäger*, ZRP, 1988, pp. 41 ss.); *vid.* asimismo *Weigend*, ZStW, 98, pp. 44 ss., 66 ss. Acerca de la eutanasia o auxilio a morir en el AE, *vid. Schreiber*, NStZ, 1986, pp. 236 ss., 343 ss.; *Eser*, JZ, 1986, pp. 786 ss.; *Schöch*, ZRP, 1986, pp. 236 ss.; muy críticamente, *Herzberg*, JZ, 1986, p. 1021 ss. (al respecto *Baumann*, JZ, 1987, pp. 131 s.); en términos semejantes a la eutanasia en el AE, *Otto*, Gutachten, D, 56. DJT, *passim*; *Hiersche* y *Tröndle*, Verhandlungen, 56. DJT, p. M 7 ss., M 29 ss.; *vid.* además *Brändel*, ZRP, 1985, pp. 85 ss.; *G. Hirsch*, ZRP, 1986, p. 239 ss. Acerca del Derecho suizo, *Heine*, JR, 1986, pp. 314 ss.; sobre el holandés, *Sagel*, ZRP, 1986, pp. 318 ss.

rácter incidental, sobre todo en las operaciones médicas con fines curativos [9], con vistas a otras alteraciones de funciones corporales (esterilización, castración) [10], con fines estéticos (en la medida en que éstos no sean ya fines curativos) o con vistas a realizar trasplantes [10a], así como consentimientos en lesiones en actividades deportivas, entre las que se encuentran por lo general lesiones no sólo incidentales (boxeo), y consentimientos en graves lesiones al honor o limitaciones duraderas de la libertad, entre otras. Siempre que se trate del consentimiento en un riesgo, son aplicables las consideraciones acerca del consentimiento excluyente del tipo hechas *supra* 7/28.

---

[9] Es objeto de controversia si la intervención del tratamiento curativo médico constituye lesiones. Desde RG, 25, pp. 375 ss., la jurisprudencia, en las sentencias civiles y penales (BGH, 11, pp. 111 ss.; 12, pp. 379 ss.; 16, pp. 309 ss.; BGHZ, 29, pp. 34 ss.; 29, pp. 176 ss.), trata a la intervención en actividad curativa como lesiones, sin consideración a si está indicada y a si se realiza conforme a la *lex artis*. Bien es cierto que el bien salud en sí —análogamente a la determinación del patrimonio— se puede determinar por saldo, entonces, en todo caso, la intervención con éxito representa según el criterio del saldo una mejora de la salud, y no un daño. No obstante, esta compensación no es dogmáticamente obligatoria, sino que también —análogamente a la propiedad— es posible la determinación individual de las respectivas funciones somáticas. Consiguientemente, la decisión sólo cabe adoptarla a la vista de las implicaciones de la respectiva forma de determinación. Hasta ahora no se ha verificado que la determinación individual sea aquí inferior; por el contrario, sólo ésta puede garantizar el derecho del paciente a que no se practiquen intervenciones que no desea, hasta tanto se cree una figura que tipifique el tratamiento curativo arbitrario (*vid.* al respecto *Schönke-Schröder-Eser*, § 332, núm. marg. 31). Si de todos modos estaba perdida la integridad corporal «consumida» en la intervención curativa (así ya el supuesto de RG, 25, pp. 375 ss.), el injusto de lesión se torna injusto de peligro abstracto (*vid. supra* 7/92 ss.). Si la integridad corporal «consumida» queda compensada en otro lugar, ello habrá de tenerse en cuenta en la determinación de la pena. Debido a no estar previsto un tipo de tratamiento curativo arbitrario, la determinación individual es superior a la solución que —sin tener en cuenta el resultado curativo— excluye del tipo de los §§ 223 ss. StGB todo tratamiento curativo emprendido con arreglo a la *lex artis*; esta última solución, además, pasa por alto el derecho del paciente a adoptar preferencias subjetivas. De acuerdo con la teoría del dolo que aquí se propugna, no resulta posible negar el dolo de lesiones en un tratamiento curativo emprendido confome a la *lex artis*, pero desafortunado (en este sentido, sin embargo, *Welzel*, Strafrecht, § 39 I, 3 *a* alfa; *LK-Hirsch*, núm. marg. 5, ante § 223); *vid.* al respecto *supra* 8/24. Si se aparta uno de la consideración del saldo, tampoco surge contradicción del hecho de que en el caso concreto la omisión de tratamiento curativo pueda constituir lesiones; en esos casos no se trata de la integridad «que se consume», sino de la que se mantiene. En cuanto a los pormenores, *vid. LK-Hirsch*, núm. marg. 1 ss., 3 ss., ante § 223, con bibliografía.

[10] La situación jurídica en la *castración* viene regulada por la Ley sobre Castración de 15 de agosto de 1969, BGBl., I, p. 1143, en lo que se refiere a la ablación de los testículos (§ 1 Ges.), pero no a la influencia sobre el instinto sexual, no perseguida (p. ej., como consecuencia secundaria de una operación por lo demás indicada) o —laguna insatisfactoria— a la influencia permanente sobre el instinto, sin actuar sobre las glándulas seminales (sobre todo la operación estereotáctica). En relación con estas dos formas de intervención, quedan las reglas generales del consentimiento justificante. La *esterilización*, según la jurisprudencia del BGH, no constituye lesiones típicas (BGH, 20, pp. 81 ss.); esta opinión se funda en la suposición errónea de que un ámbito regulado por una *lex specialis* (así anteriormente la esterilización) no se somete a la *lex generalis* (§§ 223 ss. StGB) tras la supresión (que entre tanto se ha producido) del precepto especial. La doctrina aplica a la esterilización las reglas generales del consentimiento justificante; *vid. Eser* y *Koch*, MedR, 1984, pp. 6 ss. Los pormenores son propios de la interpretación de los §§ 223 ss. StGB; *vid. Maurach-Schroeder-Maiwald*, BT, I, § 8, núm. marg. 39 ss.; *LK-Hirsch*, § 226 *a*, núm. marg. 38 ss.; *Schönke-Schröder-Eser*, § 223, núm. marg. 55 ss., 59 ss., todos con bibliografía.

[10a] En la extracción de órganos de una persona muerta rige su voluntad real (o presunta) cuando estaba en vida; *vid. Albrecht*, Zulässigkeit, pp. 32 ss., con bibliografía.

II. PORMENORES

A. Al igual que en el consentimiento excluyente del tipo, quien consiente 7
debe estar enteramente *legitimado para disponer* del bien y obrar con capacidad de entendimiento y de discreción [10b]. Las reglas especiales sobre límites de edad generalizadores están prácticamente descartadas en el consentimiento justificante. En relación con intervenciones cuyo enjuiciamiento requiere una especial pericia, sobre todo en operaciones quirúrgicas no meramente incidentales, el profano sólo alcanza la capacidad de entendimiento y de discreción si un experto le aclara la situación. Si para éste, p. ej., para el médico que ha de actuar, existe un deber de determinar la decisión sobre el consentimiento (es decir, si no existe el consentimiento global del paciente, dado un deber de tratarlo), del deber de tratar se deriva un *deber aclaratorio* en relación con todos los hechos relevantes. Este deber aclaratorio puede a su vez entrar en conflicto con el deber de tratar al paciente del modo menos dañoso posible, como ocurre cuando el paciente no podrá asimilar el resultado de la aclaración sin menoscabo de sus posibilidades de curarse, particularmente en caso de aclaración sobre un diagnóstico desfavorable o de alto riesgo de la intervención.

La ponderación de estos deberes en conflicto no se puede realizar sin tener en cuenta las consecuencias derivadas de dar la preferencia a uno u otro deber. Desde luego, si se renunciase a un deber aclaratorio en general en todos los supuestos donde cabe sospechar, en caso de aclaración, consecuencias negativas o más bien negativas, se derrumbaría la confianza en la veracidad. La renuncia debe, por tanto, quedar limitada a situaciones excepcionales, que han de determinarse no sólo en general según la clase del diagnóstico y de los riesgos, sino también en concreto, con arreglo a la situación del paciente singular (renuncia presunta a la verdad) [11]. Si no existe deber de tratar, decae también el deber aclaratorio; de todos modos la aclaración sigue siendo condición previa *real* del consentimento eficaz en el tratamiento médico (sin deber).

B. En relación con la *objetivación* del consentimiento, así como con la 8
coerción y el *error*, se aplican las consideraciones expuestas sobre el consentimiento excluyente del tipo (*supra* 7/115, 116 ss.). En particular, aquí la coerción y el error —no referido al bien jurídico— no hacen ineficaz el consentimiento [11a], sino que comportan la responsabilidad, como autor mediato, del

---

[10b] En relación con personas sin capacidad negocial, o con capacidad limitada, *vid. Schmidt-Elsaeer*, Forschung, pp. 194 ss., con bibliografía.

[11] Sumamente controvertido; la postura que aquí se esboza es análoga en definitiva a la de la jurisprudencia (BGH, 11, pp. 111 ss., 115; BGHZ, 29, pp. 46 ss., 57 s.; 29, pp. 176 ss., 185; BGHZ, NJW, 1972, pp. 335 ss.; pormenorizadas referencias jurisprudenciales en *LK-Hirsch*, § 226 *a*, núm. marg. 19 ss.). La postura mayoritaria en la doctrina, menos estricta, es consecuencia de haber extraído del tipo de lesiones la intervención del tratamiento curativo médico. En ese caso, el consentimiento ya no es «elemento de la justificación» de una intervención corporal, sino sólo «límite de la justificación» del propio tratamiento (*Geilen*, Einwilligung und ärztliche Aufklärgungspflicht, pp. 134, 195). Para los detalles, *vid. Bockelmann*, Strafrecht des Arztes, pp. 50 ss.; *LK-Hirsch*, loc. cit.; *Schönke-Schröder-Eser*, § 223, núm. marg. 40 ss.; acerca de la terapia de *placebo* (la aclaración al paciente echa a perder la posibilidad de intervención con sentido), *Jordan*, Zulässigkeit, pp. 69 ss.

[11a] En el § 216 StGB, con todo, en general el ruego, en sí serio, de muerte sobre base fáctica errónea, se interpreta como no serio, es decir, como ineficaz, y ello sin tener en cuenta la respon-

que es responsable por el defecto. Ejemplo: La esposa, aconsejada por un médico, dona un riñón para su esposo enfermo; más tarde se implanta el órgano, como desde el principio era el propósito, a otro paciente; lesiones por parte del médico en autoría mediata, con independencia de que la extracción del órgano la haya realizado él mismo o un tercero: Dado que la relación cualificada (también jurídicamente) con determinadas personas allegadas como motivo de la acción es más importante que la solidaridad general, la modificación de los bienes que soporta la víctima de la intervención ha sido «motivada» sólo en la situación simulada; el que crea la situación tiene que responder, por tanto, como autor mediato, por la pérdida del bien que de otro modo no habría estado motivada.

9 C. 1. De manera diferente al consentimiento excluyente del tipo, en el que el arbitrio de quien consiente constituye siempre un motivo suficiente (reconocido jurídicamente) para actuar interviniendo en sus bienes, en el consentimiento justificante la intervención (¡no el consentimiento!) tiene que estar motivada también *con arreglo a un juicio general*. La ley lo formula sólo en parte en relación con las lesiones en el § 226 *a* StGB, indicando que la intervención sigue siendo antijurídica «cuando el hecho, no obstante el consentimiento, es contrario a las buenas costumbres» [12]. La reciente interpretación del precepto, tendente a restringirlo en el sentido de exceptuar las lesiones insignificantes (según el sistema que aquí se propone las intervenciones insignificantes se incluyen en el consentimiento excluyente del tipo) y de determinar la contrariedad a las buenas costumbres en función de la importancia de la intervención teniendo en cuenta el fin de la intervención [13], entiende correctamente la contrariedad a las buenas costumbres como desaprobación jurídica del motivo de la acción. Se trata de que el hecho ha de ser valorado como relación con el bien aún razonable, en el sentido de defendible jurídicamente [14]. Los baremos se pueden extraer de la ponderación de intereses en el estado de necesidad, en-

---

sabilidad por el error; las exclusión del privilegio no cabe compaginarla con la solución de la participación en un suicidio sobre base fáctica errónea (si no hay responsabilidad por el error, sólo se responde por el § 323 *c* StGB).

[12] La generalizabilidad de esta regulación es controvertida, lo que obedecerá en definitiva a la distinción, que falta en general, entre consentimiento excluyente del tipo y consentimiento justificante. En favor de la aplicación general *Baumann-Weber*, AT, § 21, 1, 4 c; *M. Mayer* AT, § 24 II, 1 *b*; *Welzel*, Strafrecht, § 14, VII, 2 *c*; en lo esencial como aquí, también *Schmidhäuser*, AT, 8/131; en favor de la limitación a las lesiones, la doctrina dominante; *Berz*, GA, 1969, pp. 145 ss., 150; *Geppert*, ZStW, 83, pp. 947 ss., 956 s.; *Roxin*, Einwilligung p. 34; *SK-Samson*, núm. marg. 45, ante § 32; *Jescheck*, AT, § 34, III, 1, con más bibliografía; también *Schmitt*, Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 263 ss.; *el mismo*, Jescheck-Festschrift, pp. 223 ss., 227 ss., que en conclusión aboga por la desaparición del precepto, sin abordar, evidentemente, el problema de la lesión grave sin motivo sensato (p. ej., la pelea acordada como lucha a puñetazos antijurídica).

[13] *Arzt*, Willensmängel, pp. 39 s.; *Hirsch*, ZStW, 83, pp. 140 ss.; 166 s.; *LK-Hirsch*, § 226 *a*, núm. marg. 9; se equivoca *SK-Horn*, § 226 *a*, núm. marg. 9, que entiende que el § 226 *a* StGB sólo es conforme a la Constitución cuando la antijuricidad se limita a aquellos casos en los que las lesiones se cometen en conexión con un delito. Pero no es que el Derecho desapruebe ocasiones de acción para un hecho típico sólo cuando existe antijuricidad que surge de otra parte, y con mayor razón tampoco sólo cuando se da la antijuricidad típica por otra parte, sino que, a la inversa, la antijuricidad del hecho típico sólo puede quedar suprimida a través de un fin razonable.

[14] Con esta interpretación probablemente se solucionen los reparos desde el punto de vista constitucional (*vid. Roxin*, JuS, 1964, pp. 373 ss., 379; *Lenckner*, JuS, 1968, pp. 249 ss., 301 ss., 307 s.; *Schmitt*, Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 263 ss., 265, con más bibliografía).

tendiendo que el bien lesionado por la intervención no debe estar sin relación con el fin que se persigue mediante la intervención.

Ejemplos: La esterilización consentida no dejaría de ser razonable, teniendo en cuenta las posibilidades ya puestas en práctica para evitar embarazos no deseados (uso de medicamentos durante largos años); el problema reside en la capacidad de entendimiento y de discernir en relación con la irreversibilidad, sobre todo en pacientes jóvenes. El consentimiento en una lucha con los puños, sin limitación mediante regla alguna, no elimina la antijuricidad de los golpes [15]. En un duelo con los puños, bajo las condiciones de admitir lesiones considerables, pero de excluir la muerte, es posible consentir con eficacia justificante [16]. Es antijurídico suministrar opiáceos a un toxicómano si falta una razón médica [17]. El consentimiento de un deportista en que se le dope (incluso por parte de un médico) no justifica daños considerables para la salud [17a]. La extracción de todos los dientes debido a una relación con la salud supuesta por quien consiente, pero sin motivo médico objetivo, será antijurídica sin siquiera tener en cuenta posibilidades reales de remedio; el que la extracción se podría efectuar por razones de estética representa sólo un motivo hipotético [18]. En caso de acciones sexuales sin consecuencias gravosas a largo plazo, por el consentimiento decae ya el tipo [19]. La afirmación falsa, enérgica y mantenida durante algún tiempo, de que otro es un genocida nazi constituye, si no se persigue un interés jurídicamente reconocido, incluso con consentimiento, unas calumnias antijurídicas (la doctrina dominante discrepa). Quien encierra a otro, sin posibilidad de remediarlo en cualquier momento, durante semanas, para la justificación necesita, además del consentimiento, que la intervención tenga un interés jurídicamente reconocido.

2. Si para la intervención no falta un motivo jurídicamente relevante, pero sí para el consentimiento, ello no impide la justificación, dado que importa sólo la valoración *de la intervención*. Ejemplo: El consentimiento en una operación médicamente indicada —que se podría aplazar sin peligro— justifica también, aun cuando el paciente lo haya prestado con la única intención de no tener que comparecer como inculpado en un proceso penal ya incoado. 10

3. Siempre que el consentimiento no proporcione al que interviene ningún motivo jurídicamente suficiente, a pesar de haber antijuricidad, el injusto se ve disminuido, dado que, merced al consentimiento, no se lesiona la relación del titular con el bien, es decir el «aspecto personal». Esta disminución del injusto se ha de tener en cuenta en la determinación de la pena [20]. 11

---

[15] BGH, 4, pp. 89 ss., 92, donde además ni siquiera se respetó el marco restante de consentimiento.

[16] BGH, 4, pp. 24 ss., 32, con equiparación evidentemente errónea entre inmoralidad y merecimiento de pena; en contra, *Eb. Schmidt*, JZ, 1954, pp. 369 ss.

[17] RG, 77, pp. 18 ss., 20 s., donde sin embargo se descuida la delimitación entre el actuar en concepto de autor y en concepto de partícipe en una autolesión.

[17a] *Link*, NJW, 1987, pp. 2545 ss., 2550.

[18] BGH, NJW, 1978, pp. 1206, con reseña desfavorable de *Horn*, JuS, 1979, pp. 29 ss., y comentario desfavorable de *Hruschka*, JR, 1978, pp. 519 ss.

[19] *De otra opinión* (realización antijurídica del tipo), RG, 74, p. 91 ss., 94; RG, NJW, 1929, pp. 1015 ss., 1017; RG, JW, 1938, pp. 30 s.

[20] *Hillenkampf*, Vorsatztat und Opferverhalten, pp. 240 ss.

12 D. 1. En el consentimiento justificante *final*, el querer se refiere al resultado. Igualmente es posible un consentimiento justificante *no final*, de manera que se quiere sólo la acción lesiva —cognosciblemente con consecuencias— o bien sólo un contacto social que comporta la acción lesiva como comportamiento no querido; este consentimiento presenta importancia práctica sobre todo en la forma del consentimiento en el riesgo: Quien sube al automóvil conducido por una persona bebida no consiente en el propio riesgo de un comportamiento defectuoso, pero sí en la relación social no definible sin el riesgo de un comportamiento defectuoso (*vid. supra* 11/20 ss.). Incluso el consentimiento en un riesgo de muerte justifica en los supuestos en que existe —como es necesario en todo consentimiento justificante— un motivo razonable para ejecutar el hecho a pesar del riesgo [21]. Lo razonable ha de determinarse con arreglo a los principios de la ponderación de intereses en el estado de necesidad, de modo que el riesgo no debe ser desproporcionado en relación con la utilidad que se persiga; la definición subjetiva de la utilidad del autor se puede sustraer a la objetividad en casos de desenvolvimiento personalísimo de la vida propia (relaciones sexuales con una persona que puede transmitir una infección que supone peligro para la vida). Aquí no se trata —como ya en el consentimiento, excluyente del tipo, en un riesgo— de un problema específico de las acciones lesivas imprudentes [22], sino de la magnitud del riesgo y del fin del comportamiento, cuanto más que, a igualdad de magnitud del riesgo, la imprudencia ciertamente es la forma de dirección del comportamiento más leve, pero no necesariamente el comportamiento delictivo más leve (p. ej., no en la ceguera ante los hechos, *vid. supra* 8/5). Ejemplo: Si un médico, por falta de otras posibilidades, a sabiendas del riesgo, se hace llevar en coche por una persona moderamente embriagada a fin de atender una urgencia, sufriendo graves lesiones en un accidente, el hecho del conductor está igualmente justificado tanto si hubo imprudencia, como si —habiendo pronosticado el peligro claramente— hubo dolo.

En relación con la asunción de un riesgo se aplican, por lo demás, las consideraciones hechas en torno al consentimiento excluyente del tipo. Sobre todo, en caso de mera cognoscibilidad del riesgo —de nuevo, supuesto un motivo razonable— es posible la actuación justificante a riesgo propio, así p. ej., en el caso del médico de urgencias, que, a falta de otras posibilidades, le pide a una persona moderamente bebida que le lleve en coche sin reparar en las consecuencias. En la medida en que el riesgo asumido se aproxima al riesgo permi-

[21] Muy discutido; en lo esencial como aquí, BGH, 17, pp. 112 ss., 115 (de hecho, con todo, afectando a la cooperación en la propia puesta en peligro); también BGH, 4, pp. 89 ss., 93 s.; *Dölling*, GA, 1984, pp. 90 ss.; *Herzog* y *Nestler-Tremel*, StV, 1987, pp. 360 ss., 366 ss., *LK-Hirsch*, núm. marg. 95, ante § 32; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 104, ante § 32; en favor de la justificación del riesgo de muerte, sin consideración al motivo razonable, *SK-Samson*, § 16, apéndice, núm. marg. 33; *LK-Schaffstein*, Welzel-Festschrift, pp. 557 ss., 571 s.; *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 181; en contra de la justificación en caso de consentimiento en el riesgo de muerte, BGH, VRS, 17, pp. 227 ss., 279; BayObLG, NJW, 1957, pp. 1245 s.; OLG Karlsruhe, NJW, 1967, pp. 2321 ss.; *Jescheck*, AT, § 56, II, 3; *Bickelhaupt*, NJW, 1967, pp. 713 s.; *Geppert*, ZStW, 83, pp. 947 ss., 953 ss.; *Zipf*, Einwilligung p. 73; *el mismo*, ÖJZ, 1977, pp. 379 ss., 383; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 17, núm. marg. 48.

[22] *De otra opinión*, *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1116; *Dölling*, GA, 1984, pp. 71 ss., 90, y la doctrina dominante.

tido como riesgo vital normal, que es posible desencadenarlo sin un motivo especial, se excluye ya el tipo, aun cuando el bien puesto en peligro, en caso de lesión segura no se podría haber puesto en juego sin motivo razonable, habiendo estado entonces sólo justificado.

2. En la medida en que el consentimiento justificante, a falta de un fin razonable, es ineficaz, puede seguir siendo eficaz un consentimiento excluyente del tipo, incluido en él. Ejemplo [23]: Aunque el riesgo de muerte en un combate de boxeo sin reglas no está justificado, no obstante, los golpes sin secuelas propinados en el combate no constituyen lesiones típicas. 13

E. Acerca de la *revocación* se aplican las consideraciones hechas sobre el acuerdo (*supra* 7/110). 14

[23] *Vid.* BGH, 4, pp. 89 ss., 93.

APARTADO 15

Ambitos próximos a la legítima defensa, al estado de necesidad y al consentimiento

BIBLIOGRAFIA: *Th. Blank*, Die strafrechtliche Bedeutung des Art. 20IV GG (Widerstandsrecht), 1982; *Chr. Böckenförde*, Die Kodifizierung des Widerstandsrechts im Grundgesetz, JZ, 1970, pp. 168 ss.; *Chr. Gusy*, Über die strafrechtliche Bedeutung des politischen Widerstandes, en: *G. Bemmann, et al.* ed.), Der strafrechtliche Schutz des Staates, 1987, pp. 45 ss.; *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 11.ª ed., 1978; *J. Isensee*, Das legalisierte Widerstandsrecht. Eine staatsrechtliche Analyse des Art. 20 Abs. 4 Grundgesetz, 1969; *Arthur Kaufmann* (ed.), Widerstandsrecht, 1972; *H. Schneider*, Widerstand im Rechtsstaat, 1969; *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, t. II, 1980.

I. EL DERECHO DE RESISTENCIA CON ARREGLO AL ARTICULO 20.4 GG

1 A. El derecho de resistencia [1], como reacción contra una agresión culpable al ordenamiento fundamental mencionado en el artículo 20, párrafos 1 a 3 GG, constituye un supuesto especial del auxilio necesario del Estado; en la medida en que afecte a terceros, se trata de un supuesto especial —que amplía la autorización— del auxilio en el estado de necesidad agresivo del Estado (todo ello está sujeto a discusión). Lo específico del derecho de resistencia reside en que está limitado a los alemanes (con residencia en la República Federal Alemana) [2] y al ordenamiento fundamental alemán, así como, sobre todo, en su independencia con respecto a la voluntad de los órganos del Estado: El derecho existe incluso contra la voluntad de éstos, como ante todo ocurre en el «golpe de Estado desde arriba». Este derecho también le corresponde —en contraste con lo que ocurre en el derecho a la legítima defensa o al estado de necesidad— a los titulares de autorizaciones de emplear la coerción jurídico-públicas, sobre todo a la policía y al ejército federal. En relación con los no ale-

[1] Sobre el origen del artículo 20.4 GG, *vid. Böckenförde*, JZ, 1970, p. 168 ss.; acerca de la ubicación histórica y la significación desde la filosofía del Estado, *vid.* los artículos en: *Arthur Kaufmann* (ed.), Widerstandsrecht; *Stern*, Staatsrecht, t. II, pp. 1488 ss.; la jurisprudencia había reconocido el derecho de resistencia tiempo antes de su acogida en el Derecho positivo (1968); RG, 56, pp. 259 ss., 267 s.; 63, pp. 215 ss., 223 ss.; 64, pp. 101 ss.; BGH, NJW, 1966, pp. 310 ss., 313; BVerfG, 5, pp. 86 ss., 376 s.; acerca de esta esfera de problemas, *vid.* además *Hesse*, Grundzüge, § 23, VI; *H. Schneider*, Widerstand im Rechsstaat, pp. 8 ss.; básico, *Isensee*, Das legalisierte Widerstandsrecht *(passim)*; más bibliografía en *LK-Hirsch*, núm. marg. 83, ante § 32; *Stern*, Staatsrecht, II, pp. 1487 s., y en *Backmann*, en: *Arthur Kaufmann* (ed.), loc. cit., pp. 561 ss.

[2] Es decir, antes no los habitantes de la RDA; *Herzog*, en: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, art. 20.4, núm. marg. 51 ss.; *Stern*, Staatsrecht, t. II, p. 1515.

manes y en favor de los Estados extranjeros, quedan los derechos generales de auxilio.

B. *Pormenores*:

1. El derecho de resistencia sólo puede dirigirse contra los intentos de suprimir el orden fundamental establecido en el artículo 20, párrafos 1 a 3 GG [3]; los intentos de intención más moderada cabe repelerlos ejercitando los derechos de auxilio generales [4]. El intento comienza con la tentativa (§ 11.1 núm. 6, StGB); para ello, no importa la proximidad de los delitos a la realización del tipo, de acuerdo con los §§ 81 ss. StGB, sino la proximidad, semejante a la tentativa, al menoscabo material del ordenamiento fundamental. La tentativa debe ser —como en la legítima defensa— peligrosa, es decir, que debe hacer temer el resultado. Si no cabe esperar al comienzo de la tentativa sin perder toda posibilidad de resistencia eficaz, análogamente a la situación equiparable a la legítima defensa, se podrá aceptar la resistencia con derecho a intervenir proporcionadamente [4a] (muy dudoso, sobre todo por las consecuencias del error). El que el intento lo efectúen ciudadanos revolucionarios (alta traición desde abajo) u órganos del Estado (alta traición desde arriba) resulta indiferente. No constituye condición previa de la justificación que sea ostensible y manifiesta la hostilidad a la Constitución del intento [5]; la opinión contraria devalúa el derecho de resistencia contra el golpe de Estado desde arriba, que casi nunca será evidente. 2

2. El derecho de resistencia es subsidiario con respecto a otras posibilidades de evitación [6], sobre todo frente a las competencias, conferidas por leyes especiales, de la policía con capacidad y *con voluntad de actuar*. 3

3. El contenido del derecho se describe —con poca precisión— como resistencia. La resistencia es posible llevarla a cabo pasivamente (negativa a prestar auxilio; en esta medida sólo hace falta la justificación en caso de un deber de actuar existente) o activamente (evitar con los medios necesarios, llegando hasta matar) [7]. Entre varios medios apropiados, sólo está permitido el más leve. Al igual que en la legítima defensa de terceros y en el auxilio en estado de necesidad, las medidas ineficaces se descartan de la justificación por innecesarias. También están justificadas las intervenciones que se producen, como consecuencias secundarias inevitables, en bienes de terceros no participantes [8], incluso la muerte; interpretándolo más restrictivamente, el artículo 20.4 GG per- 4

---

[3] Acerca de los límites del ordenamiento fundamental, *vid. Herzog*, en: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, art. 20.4, núm. marg. 13 ss.

[4] *LK-Hirsch*, núm. marg. 83, ante § 32. Un supuesto en que está ausente el derecho de resistencia en OLGZ Köln, NJW, 1970, pp. 1322 ss., 1324.

[4a] *De otra opinión*, *Blank*, Bedeutung, pp. 70 ss.; *LK-Hirsch*, núm. marg. 87, ante § 32.

[5] *De otra opinión*, *Stern*, Staatsrecht, t. II, p. 1521; *Herzog*, en: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, art. 20.4, núm. marg. 27; *LK-Hirsch*, núm. marg. 88, ante § 32; *Jescheck*, AT, § 35, IV, 4; acerca de la anterior situación jurídica (derecho de resistencia supralegal) *vid.* asimismo BVerfG, 5, pp. 86 ss., 376 s.

[6] En este sentido, ya BVerfG, 5, pp. 86 ss., 37.

[7] *Stern*, Staatsrecht, t. II, p. 1523, con bibliografía.

[8] Menos restringido aún *Stern*, Staatsrecht, t. II, p. 1518; *Herzog*, en: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, art. 20.4, núm. marg. 60; *de otra opinión* (sólo cabría menoscabar valores patrimoniales y la integridad corporal, reversible, de terceros), *Blank*, pp. 122 ss.

dería toda importancia práctica (incluso en el atentado contra Hitler el 20 de julio de 1944 no se pudo descartar la muerte de ordenanzas no partícipes). En esta medida, en la guerra civil justa (!) se aplican las reglas del Derecho bélico internacional. La muerte (o las lesiones graves irreparables) de personas no partícipes es en realidad el único objeto de regulación *propio* del artículo 20.4 GG; por lo demás, el precepto sólo reproduce las autorizaciones de los §§ 32, 34 StGB.

5 4. El tratamiento del error sobre el derecho de resistencia sigue las reglas generales; así pues, en caso de suposición errónea de que el derecho tiene límites más amplios, concurre un error de prohibición; la suposición errónea de la situación justificante sigue las reglas de la teoría de la culpabilidad dependiente (*supra* 11/42 ss.). Ya no cabe afirmar que esta solución deje lagunas de punibilidad, y que por tanto ha de preferirse la teoría estricta de la culpabilidad [9], debido a la falta de supuestos adecuados al caso durante años, cuanto más que ya faltaban en relación con la anterior situación jurídica casos de derecho de resistencia supralegal. Tampoco cabe argumentar, como suele hacerse, a partir de los supuestos de posible abuso por parte de quienes ejercen la «resistencia». Más bien, puede que en el caso particular un órgano del Estado suscite imputablemente la apariencia de un ataque al ordenamiento fundamental (sobre todo en tiempos de cansancio constitucional generalizado, en que los ciudadanos simpatizan con quienes quebrantan la Constitución); sería inapropiado hacerles soportar un especial riesgo de error a quienes intentan resisitir.

II. ¿DERECHO A LA DESOBEDIENCIA CIVIL?

BIBLIOGRAFIA: *R. Dreier*, Widerstandsrecht im Rechtsstaat. Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam, Scupin-Festschrift, pp. 573 ss.; *el mismo*, Widerstand und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, en: *P. Glotz* (ed.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 1983, pp. 4 ss.; *el mismo*, Rechtsgehorsam und Widerstandsrecht, Wassermann-Festschrift, pp. 299 ss.; *G. Frankenberg*, Ziviler Ungehorsam und rechtsstaatliche Demokratie, JZ, 1984, pp. 266 ss.; *W. Hassemer*, Ziviler Ungehorsam ein Rechtfertigungsgrund?, Wassermann-Festschrift, pp. 32 ss.; *J. Isensee*, Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des modernen Staates, Eichenberger-Festschrift, pp. 23 ss.; *U. Karpen*, «Ziviler Ungehorsam» im demokratischen Rechtsstaat, JZ, 1984, pp. 249 ss.; *H. H. Klein*, Legitimität gegen Legalität, Carstens-Festschrift, pp. 645 ss.; *Th. Laker*, Ziviler Ungehorsam, 1986; *Th. Lenckner*, Strafrecht und ziviler Ungehorsam, OLG Stuttgart, NStZ, 1987, pp. 121, JuS, 1988, pp. 349 ss.; *C. Prittwitz*, Sitzblockaden - ziviler Ungehorsam und strafbare Nötigung, JA, 1987, pp. 17 ss.; *C. Schmitt*, Die Diktatur, 3.ª ed., 1964; *H. Schüler-Springorum*, Strafrechtliche Aspekte zivilen Ungehorsams, en: *P. Glotz* (ed.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 1983, pp. 70 ss., *Chr. Starck*, Frieden als Staatsziel, Carstens-Festschrift, pp. 867 ss.

---

[9] Así, no obstante, *Welzel*, Strafrecht, § 14, II, 7; *LK-Hirsch*, núm. marg. 91, ante § 32; *vid.* asimismo *Herzog*, en: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, art. 20.4, núm. marg. 44: Desde la perspectiva jurídico-constitucional, estaría descartado el tener en cuenta el carácter inevitable del error de prohibición en el art. 20.4 GG (?); asimismo extraño *Gusy*, en: Schutz, pp. 45 ss., 51 ss., 53 (el error no estaría regulado).

A. Al igual que en la aplicación de la pena, también en cualquier otra lucha por la vigencia de las reglas se puede sacrificar un bien para testimoniar la seriedad de una afirmación, como p. ej., un bien del contrario como señal de su irrelevancia («sentada» coactiva ante la entrada de un cuartel; allanamiento de morada en una ocupación: *go in*) o incluso un bien propio como muestra de la convicción subjetiva (asunción de una pena por la participación en una manifestación coactiva), o un bien de un tercero, para hacerle evidente la urgencia de una demanda (corte de la circulación rodada para llamar la atención sobre una —supuesta— irregularidad). Si el sacrificio del bien consiste en una lesión de un bien jurídico-penalmente típica (o una infracción administrativa), que se ejecuta como protesta contra determinado comportamiento estatal, reconociendo sin embargo la legitimidad de este Estado y del Derecho que se vulnera, este modo de proceder se denomina desobediencia civil [9a], cuando la infracción del Derecho no pasa de ser moderada y sólo afecta, en todo caso principalmente, a bienes con una componente pública (la posibilidad de transitar la circulación por vías públicas, edificios públicos, etc.) [9b]. 5a

B. Si la desobediencia civil estuviera justificada, decaería el sacrificio demostrativo de un bien propio; la desobediencia civil se convertiría en un sacrificio *exclusivamente* a costa de otros. También se encuentran en seguida propuestas de justificación aplicando las reglas del estado de necesidad justificante [9c] (pero se trata de un comportamiento que por definición vulnera reglas procedimentales, es decir, que es inadecuado) o mediante consideraciones jurídico-constitucionales [9d], lo que no resulta convincente por los siguientes motivos: A lo sumo, podría justificar la importancia sobresaliente de la demanda que se propugna, es decir, la ideología política. Pero si la opinión contraria es igualmente constitucional (pues de otro modo se trataría del auxilio necesario del Estado o del auxilio en el estado de necesidad del Estado), la importancia de una opinión política no se puede determinar en un proceso penal (ni en ningún otro procedimiento judicial), y ello porque en una democracia toda determinación de la importancia de una controversia entre las opiniones políticas legales, fuera de las elecciones y votaciones, no puede ser vinculante [9e, 9f]. Por el mis- 5b

[9a] Exposición amplia, con biblografía, en *Laker*, Ungehorsam, pp. 121 ss., 160 ss.; ahí también exposición de la historia, pp. 15 ss.

[9b] El elemento de protesta, a menudo mencionado, de la *no violencia*, no se daría en comportamientos coactivos, y el del *carácter pacífico* no se daría nunca en caso de infracción jurídica típica.

[9c] *Schüler-Springorum*, en: Gehorsam, pp. 76 ss.; para «escasos supuestos excepcionales» también *Laker*, Ungehorsam, pp. 216 ss., con amplia bibiliografía.

[9d] *Dreier*, en: Ungehorsam, pp. 54 ss., 60 ss.; *el mismo*, Scupin-Fetschrift, pp. 299 ss.; *Dreier*, requiere una protesta contra un injusto manifiesto; ampliamente, con bibliografía, *Laker*, Ungehorsam, pp. 377 ss.; como aquí, *Isensee*, Eichenberger-Festschrift, pp. 23 ss.; *Karpen*, JZ, 1984, pp. 249 ss., 256 ss.; *Klein*, Carstens-Festschrift, pp. 645 ss., 649 ss.; *Starck*, Carstens-Festschrift, pp. 867 ss., 885 ss.

[9e] En supuestos extremos, incluso cuando todos los ciudadanos acordaran quebrantar el procedimiento hasta entonces vigente. Acerca del problema, relativo al Estado de Derecho, de la relación entre el poder constituyente y la Consitución, *Klein*, Carstens-Fetschrift, pp. 645 ss. 657 s. La opinión de que «el pueblo, como titular del poder constituyente..., no (podría) vincularse» (*C. Schmitt*, Diktatur, p. 140) pasa por alto la posibilidad de *auto*contradicción. De todos modos, la autocontradicción decae cuando se intenta concebir como algo constante, no el pueblo y la Constitución, sino la realización del ordenamiento vigente *(zeitgemäß)*; tal postura es posible en tanto que filosófica, pero evidentemente está descartada en tanto que jurídica.

[9f] En definitiva, doctrina dominante; *Hassemer*, Wassermann-Festschrift, pp. 325 ss., 336 ss.;

mo motivo, el fin (remoto) político no obsta para la reprochabilidad (con arreglo al § 240.2 StGB) de la resistencia civil coactiva [9§].

III. EL CONFLICTO DE DEBERES

BIBLIOGRAFIA: *W. Gallas*, Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, Mezger-Festschrift, pp. 311 ss.; *H.-L. Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *H. J. Hirsch*, Strafrecht und rechtsfreier Raum, Bockelmann-Festschrift, pp. 89 ss.; *J. Hruschka*, Rettungspflichten in Notstandssituationen, JuS, 1979, pp. 38 ss.; *el mismo*, Pflichtenkollision und Pflichtenkonkurrenzen, Larenz-Festschrift, pp. 257 ss.; *el mismo*, Comentario a OLG Karlsruhe, JZ, 1984, pp. 240 s., *op. cit.*, pp. 241 ss.; *J. C. Joerden*, Die «Verdoppelung» - ein zentrales Strukturproblem des Strafrechts, GA, 1984, pp. 249 ss.; *el mismo*, Dyadische Fallsysteme im Strafrecht, 1986; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *Arthur Kaufmann*, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, Maurach-Festschrift, pp. 327 ss.; *W. Küper*, Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung, JuS, 1971, pp. 474 ss.; *el mismo*, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1978; *el mismo*, Tötungsverbot und Lebensnotstand, JuS, 1981, pp. 785 ss.; *el mismo*, Grundsatzfragen der «Differenzierung» zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS, 1987, pp. 81 ss.; *Th. Lenckner*, Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, GA, 1985, pp. 295 ss.; *G. Mangakis*, Die Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts, ZStW, 84, pp. 447 ss.; *H. Otto*, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 3.ª ed., 1978; *C. Roxin*, Die notstandsähnliche Lage - ein Strafunrechtsausschließungsgrund?, Oehler-Festschrift, pp. 181 ss.; *H. v. Weber*, Die Pflichtenkollision im Strafrecht, Kiesselbach-Festschrift, pp. 233 ss.

6 A. 1. Si en una persona coinciden dos deberes de actuar (mandatos) de los que sólo es posible cumplir uno *u* otro [10], no surgen dificultades especiales cuando el interés garantizado mediante el cumplimiento de un deber prepondera esencialmente sobre el otro interés. De acuerdo con la doctrina dominante, y con mayor razón a igualdad de rango, falta, sin embargo, una alternativa de conducta conforme a Derecho si para la justificacion —al igual que ocurre en el estado de necesidad agresivo— se quiere que sea irrenunciable el requisito de la preponderancia esencial. Ejemplos: Se ingresa a dos personas igualmente lesionadas con peligro para la vida en un hospital que sólo cuenta con

---

Prittwitz, JA, 1987, p. 17 ss., 21 ss.; *Lenckner*, JuS, 1988, pp. 349 ss.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 34, núm. marg. 41 *a*; indeciso, *Frankenberg*, JZ, 1984, pp. 266 ss.

[9§] BGH, 35, pp. 270 ss., 280 ss.; *vid.* asimismo BVerfG, 73, pp. 206 ss., 257 ss.

[10] Aun cuando el autor no pueda cumplir cumulativamente todos los deberes, no se trata de un problema del tipo (del concepto de acción o de omisión), sino de justificación o de exculpación. Y es que el tipo atiende sólo al bien singular, y ello lo puede preservar el autor en cada caso —descuidando los otros bienes—. El saldo de todos lo bienes, que el autor (¡como en el propio estado de necesidad!) no puede maximizar hasta contener la suma de todos los bienes, sólo viene en consideración ya en el plano de la justificación. El problema cabe construirlo también cuando son distintos los obligados; ejemplo: Dos médicos sólo en común pueden realizar determinada operación, y cada uno de ambos médicos es, para con cada paciente, garante (por asunción) del tratamiento que resulta inaplazable.

medios para tratar a una de ellas; en un incendio, los padres sólo pueden sacar del edificio a uno de sus hijos.

En estos casos necesariamente ha de defraudarse a uno de los que necesitan ayuda, dado que el potencial de salvación no basta para la de todos los intereses. De todos modos, la víctima a la que se desatiende tiene motivo para sentirse defraudada, ya que se la descuida sin existir un interés superior. Esta defraudación no puede referirse más que a la opción realizada por el que actúa, pero no a que no se le haya salvado además, dado que falta la capacidad de acción para salvar a todos. Sin embargo, con vistas a la opción entre dos deberes del mismo rango no existen maximas *jurídicamente* vinculantes [11]. La defraudación de la víctima afecta a expectativas no garantizadas jurídicamente. Así pues, la opción es libre para el sujeto actuante y no actúa antijurídicamente [12].

2. Si los deberes concurrentes son del mismo género, pero no del mismo 7
rango (p. ej., un deber de garante para la protección de la vida frente a otro de proteger cosas), es prevalente el deber de mayor rango, por mínima que sea la diferencia [13]. Los deberes de salvaguardar la vida tienen la misma entidad —de modo diferente a como ocurre con los deberes de salvaguardar bienes cuantificables (p. ej., cosas)— sin tener en cuenta la duración de la vida que se salva. Si existen posibilidades mayores o menores de tener éxito en el intento salvador (p. ej., no quedarse ya detenido de camino para socorrer al bien en peligro), ha de optarse por la posibilidad más favorable (dudoso en relación con las medidas de mantener la vida; no obstante, *vid.* asimismo 12/33). Si concurren deberes de distinto género, prevalece el deber de garante; ejemplo: En un accidente, el padre debe salvar de un peligro mortal ante todo a su hijo (§§ 13, 212 StGB) antes que a terceros (§ 323 *c* StGB). Naturalmente, habrá que decidir de modo distinto cuando prepondera esencialmente el interés que no está asegurado mediante un deber de garante. Ejemplo: El garante del bienestar de un animal esta justificado si no cumple su deber porque —obligado por el § 323 *c* StGB— ha de cuidar del bienestar de una persona: ya que al deber superior le corresponde el injusto superior, e inversamente; a esta situación en el injusto le corresponde a su vez el interes en el cumplimiento del deber, jurídicamente mejor garantizado [14].

---

[11] En esta medida, y sólo en ésta, es correcta la tesis de que se trata de un «ambito exento de Derecho»; *Arthur Kaufmann*, Maurach-Festschrift, pp. 327 ss., 336 ss.; *vid.* asimismo *Blei*, AT, § 63, II. Exenta de Derecho sólo es la vía para llegar a la solución, pero no la valoración del resultado de la solución; *vid.*, sobre lo superfluo del concepto de ámbito exento de Derecho, *Hirsch*, Bockelmann-Festschrift, pp. 89 ss.; *LK-Hirsch*, núm. marg. 16 ss., ante § 32; *vid.* también *supra* 13/3.

[12] Doctrina dominante; *Mangakis*, ZStW, 84, pp. 447 ss.; *Küper*, Grund- und Grenzfragen, pp. 19 ss., 18 s., con bibliografía amplia; *el mismo*, JuS, 1987, pp. 81 ss., 88 ss.; *Roxin*, Oehler-Festschrift, pp. 181 ss., 186; *Otto*, Pflichtenkollision, pp. 18 ss., con numersas distinciones relativas a la importancia de los deberes; además, *Joerden*, GA, 1984, pp. 249 ss., 256 s.; *el mismo*, Fallsysteme, pp. 82 ss. *En otro sentido* (sólo exculpación), *Jescheck*, AT, § 33, V, 1 *b* y 2; *Dreher-Tröndle*, núm. marg. 11, ante § 32; *Gallas*, Mezger-Festschrift, pp. 311 ss.; *v. Weber*, Kiesselbach-Festschrift, pp. 233 ss. En favor de la impunidad, por decaer el merecimiento de pena, debida a disminución del injusto, *Günther*, Strafrechtswidrigkeit, pp. 332 ss. *Vid.* asimismo *supra* los autores mencionados en relación con el ámbito exento de Derecho.

[13] *Jescheck*, AT, § 33, V, 1; *SK-Samson*, § 34, núm. marg. 28.

[14] *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 470; *Armin Kaufmann*, Dogmatik, p. 137; *LK-Hirsch*, núm. marg. 80, ante § 32.

7a 3. Si el autor no cumple ninguno de sus deberes, responde sólo por no haber cumplido aquel que habría debido cumplir [14a]; si hubiera podido elegir, responderá por el injusto inferior, dado que éste habría podido *al menos* ser evitado de haber actuado conforme a Derecho.

8 B. 1. Cuando concurren un deber de actuar (mandato) y un deber de omitir (prohibición), prevalece el deber de omitir; y es que el titular del interés favorecido por el deber de actuar no puede exigir que se tolere la accion de intervención en su favor hasta que decaiga el deber de omitir (la prohibición) según los principios generales. Dicho de otro modo, sólo cuando la víctima de la intervención está obligada a soportar según los principios generales, se llega a concretar el mandato en deber. Ejemplo: Un garante que, en una situación de peligro, sólo puede salvaguardar la vida de la persona a la que debe proteger mediante la muerte de un tercero no partícipe, si lo omite, se comporta simplemente de modo conforme a Derecho [15]. En el conflicto, que se resuelve del mismo modo, entre una acción dirigida a la propia conservacion y un deber de omitir, la situación se corresponde con el caso arquetípico del estado de necesidad.

9 2. No obstante, este resultado se ajusta sólo a una determinación no naturalística del ámbito de las normas de prohibición. Si la causalidad del resultado fuera ya indicio suficiente de falta de consideración para con los bienes de otras personas, no estaría justificado emplear el potencial de salvación propio o de libre disposición en beneficio de uno mismo o de los sujetos a la protección de uno si el potencial está limitado en cuanto a su cantidad y sin este empleo sería accesible a otras personas para salvarse. En estos supuestos, sin embargo, la prohibición de empleo no tiene nada que ver con el deber de no intervenir en un ámbito de organización ajeno, pues al titular del ámbito de organización ajeno no se le privaría de ninguna oportunidad jurídicamente garantizada, dado que a él también le estaría igualmente vedado aprovechar el potencial de salvación. Así pues, en los supuestos mencionados se trata a lo

---

[14a] *De otra opinión* (responsabilidad por infracción de *todos* los deberes no cumplidos), *LK-Hirsch*, núm. marg. 81, ante § 32.

[15] *Vid.* los supuestos mencionados ya *supra* 13/23. Doctrina dominante; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 27, núm. marg. 53; *Küper*, JuS, 1971, pp. 474 ss.; *el mismo*, Grund- und Grenzfragen, pp. 29 ss., 34, 119; *el mismo*, JuS, 1981, pp. 785 ss., 790 ss.; *Lenckner*, Notstand, p. 5, y *passim*. Distinguiendo, *Otto*, Pflichtenkollision, pp. 76 ss.; *el mismo*, AT, § 8, VI, 4 *c; de otra opinión* (todos los modos de comportamiento serían antijurídicos), *Jescheck*, AT, § 33, V, 1 *b*. La solución que aquí se desarrolla no siempre es plenamente plausible; y no lo es cuando el curso causal dañoso está todavía dentro del ámbito de organización del autor, y de circunstancias casuales de cómo está configurada la organización depende si la dirección que en concreto va a tomar el curso causal se determina por acción o por omisión. Ejemplo: Si un conductor se aproxima con su vehículo hacia un relajado grupo de peatones, pudiendo aún determinar a grandes rasgos la dirección de su vehículo, pero ya no frenarlo, resulta difícil de fundamentar el favorecimiento de aquellos peatones que casualmente, de omitir, se verán beneficiados, con respecto a aquellos que, de omitir, se verán afectados (*vid.* asimismo *supra* el «caso del guardaagujas», 13/21). No sólo la primacía del deber de omitir, sino también la aplicación de las reglas que rigen en el conflicto de deberes de omitir, es decir, la libertad del autor para decidir, será tolerable en esta situación. Con todo, en favor de la solución de la doctrina dominante habla que ésta permite excluir manipulaciones, es decir, garantiza que el reparto de riesgos que existe en la configuración de la organización que se da sin intervenciones modificadoras del titular de la organización, no se modificará sin un motivo bien fundado.

sumo del deber de proporcionar a otro, también jurídicamente, determinadas oportunidades —existentes fácticamente—. Si falta el deber de garante para la transmisión de las oportunidades, sólo habrá responsabilidad por el § 323 *c* StGB (*vid.* en torno a ello, *supra* 7/56 ss., 67). Ejemplo: Quien tras un accidente con varias víctimas llama a la única ambulancia disponible y la utiliza, impide así la salvación de otros accidentados, pero por falta de deber especial, sólo obrará antijurídicamente, según los principios del § 323 *c* StGB, cuando debe renunciarse a la propia utilización (p. ej., en caso de una mera fractura de una pierna) en consideración a una situación catastrófica para los otros (p. ej., peligro de muerte) [16].

C. Si el deber de omitir entra en conflicto con el interés en la propia conservación, se trata del supuesto normal del estado de necesidad agresivo; sólo cabe intervenir si el interés en la propia conservación prepondera esencialmente y si hay proporcionalidad (§ 34 StGB). 10

D. 1. El conflicto entre el deber de actuar para conservar bienes de terceros y la posibilidad única de conservación propia entraña dificultades. El derecho a ser egoísta es tan importante, pues, como el deber de ser altruista, pero sólo *ceteris paribus,* es decir, en caso de competencia de igual rango del garante y del titular del bien protegido por la posición de garante [17]. Se trata sólo de los supuestos en que la propia conservación se realiza renunciando a proteger a otro, pero por lo demás sin intervención en sus bienes. Ejemplo: La persona obligada a alimentar a otro se come los últimos alimentos para evitar morir ella misma de hambre. 11

2. A fin de determinar la relación entre la importancia de la propia conservación y la del deber de auxilio, hay que distinguir según el género y el contenido de la posición de garante (*vid.* asimismo *supra* 7/49 ss., *infra* 29/14). 12

a) a') En la posición de garante *en virtud de la responsabilidad por organización* (*infra* 29/29 ss.) el garante responde de la anulación del riesgo. Es asunto suyo cómo conseguirlo; la medida de su esfuerzo puede llegar en caso de necesidad hasta el sacrificio, y las capacidades especiales han de activarse por completo, aunque lógicamente dentro de los siguientes límites:

El garante puede hacer valer su interés en que el costo para él sea moderado y en no emplear capacidades especiales, y así estar justificado con arreglo a los principios de ponderación que sean aplicables al supuesto respectivo. Los principios son, en caso de deberes de aseguramiento y de salvación del agresor en el curso de una situación justificante, los de la legítima defensa (todo lo necesario ha de sacrificarse hasta el límite de la solidaridad mínima), y en otro

---

[16] Así en definitiva *Otto*, Pflichtenkollision, pp. 77 ss., 87, que no obstante amplía acentuadamente los supuestos de falta de intervención en el ámbito vital ajeno (en *Otto*, supuestos de falta de «arrogación de oportunidades»). Bajo la denominación de aprovechamiento, permitido y «socialmente adecuado», de posibilidades de salvación, de hecho en buena medida como aquí *Küper*, Grund- und Grenzfragen, pp. 68, 80 ss.

[17] La problemática se saca muy poco a relucir; *vid.* no obstante *Otto*, Pflichtenkollision, pp. 77 ss., 89 ss., y *passim*; *Küper*, Grund- und Grenzfragen, pp. 107 ss.; en lo esencial como en el texto que sigue, distinguiendo en función de las posiciones de garante (obviamente, en ocasiones trazando de modo distinto los ámbitos de responsabilidad), *Hruschka*, JuS, 1979, pp. 385 ss.; *el mismo*, AT, pp. 68 ss.

caso los del estado de necesidad defensivo (el deber de sacrificarse alcanza hasta que el interés prepondera desproporcionadamente). Si la persona protegida en los deberes de aseguramiento es también por su parte responsable del peligro (el borracho va tambaleándose por la calle), el garante es libre ya en caso de interés de la misma importancia. Ejemplo: Nadie tiene por qué dirigir el coche contra un árbol para no atropellar a un perro que va merodeando por la carretera.

13 *b')* Ello es también aplicable a los deberes cuyo cumplimiento es incompatible con el mantenimiento de los propios bienes existenciales, como ya se deriva de consideraciones sistemáticas: La diferencia entre acción y omisión depende, en el ámbito de la responsabilidad organizativa, de datos contingentes de la organización, y el Derecho prevé a menudo prohibiciones a pesar de riesgos existenciales, o sea, deberes de *soportar* la aniquilación de bienes existenciales, siempre que falte una causa de justificación para rechazar un conflicto existencial. Ejemplo: Si un avión amenaza precipitarse a tierra y el piloto podría salvarse él solo aterrizando en una pista deportiva, pero mataría así a algunos deportistas, la acción está prohibida, y si la lleva a cabo todo lo más estará disculpada con arreglo al § 35 StGB; pero si el avión amenaza precipitarse contra la pista deportiva, donde se encuentran personas, y el piloto sólo puede evitarlo a costa de renunciar a la posibilidad de su propia salvación, la sistemática indica que hay un *mandato* de actuar, existiendo a lo sumo una disculpa en virtud del § 35 StGB.

14 *c')* En caso de deber de garante por asunción (*infra* 29/46 ss.) se garantiza una prestación de la misma cualidad que la que, sin asunción, se le habría proporcionado al bien por parte de terceros. Cómo consiga el autor este equivalente cualitativo, de nuevo es cosa suya, dentro de los límites mencionados. En los supuestos en que la protección existente antes de la asunción únicamente se podría prestar con eficacia en el marco de un costo proporcionado, el que asume puede limitarse también a ella.

15 *b)* En los deberes *en virtud de responsabilidad institucional* (*infra* 29/57 ss.) ha de prestarse por lo general un estándar normal, pero no un sacrificio ni un empleo de capacidades especiales. Otra cosa no se podría mantener mucho tiempo en la realización, en parte profesional, de acciones, y por eso también se espera en general del titular del rol en cuestión algo distinto. Ejemplos: Ningún médico internista tiene por qué esforzarse continuamente hasta la extenuación psíquica y física (*vid.* asimismo *infra* en torno a la relación paterno-filial 29/60); un policía, que por casualidad tiene conocimientos sobre soldadura de metales, no tiene que, bajo la pena de las detenciones ilegales, sacar con el soldador a la víctima del accidente atrapada en los hierros del vehículo. Naturalmente, las capacidades especiales hay que emplearlas cuando ya se han empleado en ocasiones análogas y por tanto han modificado una *lex artis* existente; así, p. ej., las técnicas operatorias médicas no se pueden emplear sólo selectivamente sin un interés preponderante. Sólo en supuestos aislados es propio de la institución que en el caso de necesidad el obligado emplee en favor del protegido las capacidades especiales. Sin limitaciones únicamente será el caso en la relación paterno-filial, y aun ahí sólo en las capacidades, personales, que se pueden activar sin sacrificio de bienes existenciales. Ejemplos: La madre con formación médica, en caso de necesidad, debe auxiliar a su hijo en calidad de

experta, aun cuando antes no haya asumido en la familia el papel de médica; sin embargo, los padres no tienen por qué donar a sus hijos un órgano necesario para su curación, e incluso los padres adinerados únicamente le deben a su hijo la asistencia médica adquirible hasta el estándar normal. Lógicamente, los deberes de sacrificar bienes existenciales afectan al garante en virtud de responsabilidad institucional cuando el fin de la institución, globalmente considerada, no es posible conseguirlo de otro modo, lo cual es aplicable sobre todo para los soldados en tiempo de guerra.

En algunos casos de relación de garantía en virtud de responsabilidad institucional el obligado debe —de acuerdo con su deber de soportar— llevar a cabo la salvación, no sólo en caso de un saldo de utilidad considerable, sino incluso pequeña, dado que no está obligado sólo a la solidaridad general y, por consiguiente, puede faltar el indicio drástico de una notable diferencia de intereses (*supra* 13/33).

E. No puede darse un conflicto de varios deberes de omitir [17a]: La evita- 15a
bilidad *de una* causación del resultado (*supra* 6/20 ss.) siempre es compatible, en el ámbito del injusto, con la evitabilidad *de otra*. Y es que la falta *de un* impulso de acción no prejuzga nada sobre la existencia de *otro*, siempre que (en el ámbito del injusto) el juego de impulsos se considere disponible a voluntad. Los conflictos de impulsos que se dan en la práctica (ejemplo: Si una persona a la que se le injuria no puede emprenderla a golpes, tiene que —por su forma de ser— romper a gritar; ambas cosas están prohibidas) representan problemas de culpabilidad.

IV. LA ACTUACION EN INTERES DEL LESIONADO Y CON SU CONSENTIMIENTO PRESUNTO

BIBLIOGRAFIA: *H. Arndt*, Die mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund, 1929; *H. W. Eberbach*, Die Sterilisation geistig Behinderter - forensische Kasuistik mit Kommentaren, en: *H. D. Hiersche et al.* (ed.), Die Sterilisation geistig Behinderter, 1988, pp. 83 ss.; *H. Eichler*, Handeln im Interesse des Verletzten als Rechtfertigungsgrund, 1931; *A. Eser* y *H.-G. Koch*, Aktuelle Rechtsprobleme der Sterilisation, MedR, 1984, pp. 6 ss.; *A. Eser*, Zur Rechtslage der Sterilisation geistig Behinderter im Ausland, en: *H. D. Hiersche et al.* (ed.), Die Sterilisation geistig Behinderter, 1988, pp. 104 ss.; *P. Finger*, Zulässigkeit einer Sterilisation geistig Behinderter aus eugenischer oder sozialer Indikation, MedR, 1988, pp. 231 ss.; *E. Fuchs*, Comentario a BGH, 35, pp. 246 ss., StV, 1988, pp. 524 ss.; *K. Geppert, D. Giesen* y *H. Weitzel*, Comentarios a BGH, 35, pp. 246 ss., JZ 1988, pp. 1022 ss.; *R. v. Hippel*, Die Bedeutung der Geschäftsführung ohne Auftrag im Strafrecht, RG-Festgabe, t. V, pp. I ss.; *G. E. Hirsch*, Rechtliche Aspekte der Sterilisation geistig Behinderter, en: *H. D. Hiersche et al.* (ed.), Die Sterilisation geistig Behinderter, 1988, pp. 92 ss.; *el mismo, H. D. Hiersche*, Sterilisation geistig Behinderter, MedR, 1987, pp. 135 ss.; *A. Hoyer*, Comentario a BGH, 35, pp. 246 ss., StV, 1989, pp. 245 s.; *E. Horn*, Strafbarkeit der Zwangssterilisation, ZRP, 1983, pp. 265 s.; *E. Mezger*,

[17a] *De otra opinión*, Larenz-Festschrift, pp. 257 ss., 261, y *passim*, con un ejemplo en el que no está claro si se trata de acción (continuar circulando con el vehículo a pesar de la luz roja del semáforo, existiendo a la vez la prohibición de detenerse); *el mismo*, JZ, 1984, pp. 241 ss., 242; *Lenckner*, GA, 1985, pp. 295 ss., 305.

Die subjektiven Unrechtselemente, GS, 89, pp. 207 ss.; *H. Müller-Dietz*, Mutmaßliche Einwilligung und Operationserweiterung BGH, NJW, 1988, 2310, JuS, 1989, pp. 280 ss.; *P. Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955; *H. Reis*, Sterilisation bei mangelnder Einwilligungsfähigkeit, ZRP, 1988, pp. 318 ss.; *B. Rheineck*, Zueignungsdelikte und Eigentümerinteresse, 1979; *C. Roxin*, Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten, H. Mayer-Festschrift, pp. 467 ss.; *el mismo*, Über die mutmaßliche Einwilligung, Welzel-Festschrift, pp. 447 ss.; *D. Sternberg-Lieben*, Strafbarkeit des Arztes bei Verstoß gegen ein Patienten-Testament, NJW, 1985, pp. 2734; *K. Tiedemann*, Die mutmaßliche Einwilligung, insbesondere bei Unterschlagung amtlicher Gelder, OLG Köln, NJW, 1968, 2348, JuS, 1970, pp. 108 ss.; *L. Traeger*, Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschließungsgründe im zukünftigen Strafgesetz, GS, 94, pp. 112 ss.; *K. Ulsenheimer*, Kompetenzprobleme bei der Entscheidung über die Behandlung oder Nichtbehandlung schwerstgeschädigter Neugeborener, en: *H. D. Hiersche et al.* (ed.), Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht bei schwerstgeschädigten Neugeborenen, 1986, pp. 111 ss.; *H. Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970; *el mismo*, Die Bedeutung und Behandlung der Einwilligung im Strafrecht, ÖJZ, 1977, pp. 379 ss.; *E. Zitelmann*, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP, 99, pp. 1 ss.

16 A. La causa de justificación de la salvaguarda de intereses del lesionado es una variante tanto del consentimiento como del estado de necesidad justificante: Si se interviene en los bienes de aquel a quien amenaza el peligro y no se trata de una exigencia de solidaridad, sino de una modificación de bienes dentro de los de su titular, no hace falta un resultado de salvación esencialmente preponderante, bastando para la justificación cualquier resultado cuando el receptor del auxilio está conforme con la prestación real o sólo presuntamente [18].

[18] Las tomas de posición con respecto a esta causa de justificación son sumamente controvertidas. Al comienzo, se encuentra la poco afortunada interpretación de la gestión de negocios sin mandato, §§ 677 ss. BGB, como causa de justificación (*Zitelmann*, AcP 99, pp. 1 ss., 102 ss.; *v. Hippel*, RG-Festgabe, t. V, pp. 1 ss.): La gestión de negocios sin mandato, por sí misma, otorga derecho a intervenir en tan escasa medida como el mandato de gestión de negocios; el poder intervenir y el poder exigir la reintegración de lo empleado son dos cosas completamente distintas. *Mezger* desarrolló una versión orientada hacia la voluntad presunta y aclaró la problemática especial de esta causa de justificación (GS, 89, pp. 207 ss., 287 ss.; *el mismo*, Strafrecht, pp. 218 ss.; a caballo entre esta postura y la interpretación como gestión de negocios sin mandato, *Traeger*, GS, 94, pp. 112 ss., 155 ss.). En los últimos tiempos se asume predominantemente este punto de partida en la voluntad presunta, en ocasiones precisando que se trata de una voluntad presumible objetivamente, que se delimita con respecto a la voluntad presumida subjetivamente, sobre todo con sus correspondientes consecuencias en el terreno del error (*Roxin*, Welzel-Festschrift, pp. 447 ss., 451, 454 ss.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 58, ante § 32; al respecto *LK-Hirsch*, núm. marg. 140, ante § 32). Un amplio sector doctrinal atiende también a la salvaguarda de intereses (determinada objetivamente) como fundamento de la justificación (*Frank*, nota III, ante § 51, penúltimo apartado), correspondiendo al consentimiento presunto una función exclusivamente restrictiva (*Arndt*, Mutmaßliche Einwilligung, pp. 67 ss.; *Eichler*, Handeln im Interesse, pp. 51, 53; *H. Mayer*, AT, § 24, III; *Schmidhäuser*, AT, 9/49; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, pp. 137 s.; *Welzel*, Strafrecht, § 14, V). De acuerdo con la postura que aquí se propugna, tanto la voluntad presunta como la salvaguarda de intereses constituyen presupuestos positivos de la justificación (en el mismo sentido, *Baumann-Weber*, AT, § 21, II, 5 *b*). La doctrina actualmente dominante parte de la voluntad presunta y distingue los supuestos de voluntad presunta altruista de los de voluntad presunta en beneficio propio (*Jescheck*, AT, §34. VII, 1; *Maurach-Zipf*, AT, I, §28, núm. marg. 6 ss.; *Zipf*, ÖJZ, 1977, pp. 379 ss., 385 s.; *SK-Samson*, núm. marg. 48, ante § 32; *LK-Hirsch*, núm. marg. 133, ante § 32; acerca de las trascendentales consecuencias de esta distinción para la presunción de la respectiva voluntad, *vid.* sobre todo *Roxin*, Welzel-Festschrift,

La voluntad al menos cognoscible, existente o real, que es posible obtener, prevalece sobre la presunta [19]. Ejemplo: La grabación en cinta magnetofónica de una conversación telefónica no pública no se puede justificar mediante consentimiento presunto, dado que siempre se puede procurar el consentimiento real, o al menos comunicar que se está grabando. La justificación es, pues, subsidiaria. El hecho de que la verdadera voluntad se pudo haber averiguado *antes* del instante de la intervención, no impide la justificación por consentimiento presunto cuando aquella ya no es averiguable en el instante de la intervención. Ejemplo: Al propietario de la casa le podría haber preguntado el vecino, antes de que aquél se fuera de viaje al extranjero, si tras una tormenta que ha dañado el tejado se puede entrar en la casa a asegurar el tejado; si no se lo ha preguntado, en la posterior situación de peligro se aplican las reglas del consentimiento presunto. Naturalmente, quien está obligado a procurarse a tiempo el consentimiento se convierte a sí mismo, si no lo hace, en instrumento justificado, y responde conforme a las reglas de la autoría mediata si destruye en consentimiento presunto lo que, hecha la indagación oportuna, se habría conservado. Ejemplo [19a]: Con consentimiento presunto, pero contra la voluntad real, un médico amplía el alcance de la intervención, a partir de lo que halla en una operación; como lo hallado era de esperar, habría debido hablar sobre ello con el paciente antes de la operación; el paciente no habría consentido; si se conocieron todas las circunstancias, lesiones dolosas; si no, imprudentes.

En tanto que se trate de pequeñas diferencias entre intereses importantes cada uno por separado, sólo viene en consideración en la práctica la intervención médica con fines curativos mediante intervención en el cuerpo de un paciente capaz de adoptar decisiones; el médico puede —supuesto el consentimiento presunto— intervenir ya cuando puede esperar un saldo positivo, sin consideración a su trascendencia. No está permitido, naturalmente, corregir la voluntad real del paciente invocando una voluntad verdadera o mejor, ni dejar de tener en cuenta circunstancias que hablan en contra de la voluntad presunta en el tratamiento (serio intento de suicidio de una persona responsable; «testamento vital del paciente» en contrario [19b]; gravísimos daños en un recién nacido [19c]). Sin embargo, también es significativa esta causa de justificación en el ámbito de intereses de escasa importancia, cuya salvaguardia ya por ello no acarrea nada relevante, dado que ellos mismos no son relevantes. Ejemplo: Alguien dispara, en un coto ajeno, a un venado herido para entregarlo al titular del coto; alguien abre lo que desde fuera se ve claramente que es el recibo de teléfonos de un amigo ausente, para pagarlo y evitar así que le corten la línea (en relación con el § 202 StGB).

---

pp. 447 ss., 464 ss., 470 ss.). Para la crítica de la voluntad presunta altruista *vid.* el texto que sigue. El intento de resolver la variante altruista de la causa de justificación a través de la adecuación social (*Zipf*, Einwilligung, pp. 52 ss., 55) conduce a la indefinición.

[19] BGH, 16, pp. 309 ss., 312.

[19a] BGH, 35, pp. 246 ss. (con comentario desfavorable de *Geppert*, entre otros, JZ, 1988, pp. 1022 ss.; *Hoyer*, StV, 1989, pp. 245 s., y reseña igualmente desfavorable de *Müller-Dietz*, JuS, 1989, pp. 280 ss.; *vid.* asimismo *Fuchs*, StV, 1988, p. 524); la sentencia olvida que la intervención inmediata no era necesaria.

[19b] Al respecto *Sternberg-Lieben*, NJW, 1984, pp. 2734 ss., 2737 s.

[19c] Al respecto *Ulsenheimer*, en: Grenzen, pp. 111 ss., 114 ss.

17 B. 1. El motivo de la justificación es la preservación de un interés (objetivamente determinado) conforme a la voluntad presunta del titular. Al igual que en la gestión de negocios sin mandato (§§ 677 ss. BGB), han de coincidir el interés (como garantía de un resultado positivo) y la voluntad presunta (como protección frente al exceso de celo ajeno). Dicho interés se puede aceptar incluso, como supuesto límite, cuando la intervención sigue siendo útil al que interviene o a terceros, pero el emprenderla corresponde a una incumbencia informal (no jurídica), cuyo cumplimiento se quiere presuntamente. Ejemplos: El amigo que ha llegado sin avisar espera al dueño de la casa ausente en el garaje no cerrado con llave, para protegerse de la lluvia (en relación con el § 123 StGB). En una mujer que por su debilidad mental es incapaz de educar responsablemente a un hijo, o de decidir responsablemente sobre el alto riesgo de que el niño padezca una grave enfermedad hereditaria, impedir el embarazo es un interés *de la propia mujer*: El interés tiene un componente normativo que no resulta afectado por el desinterés fáctico de la mujer que no decide responsablemente. En relación con el interés en la salud, esto es indiscutido; ¿por qué tendría que ser distinto en relación con el interés en la inalterabilidad de obligaciones familiares? La esterilización en consentimento presunto es, pues, posible [19d]. En relación con varones con debilidad mental, la decisión no tiene por qué ser distinta. Desde el 1 de enero de 1991 rigen los nuevos §§ 1631 *c*, 1905 BGB [19e].

18 2. Sin embargo, no puede justificar la actuación exclusivamente en interés preponderante del que interviene o de terceros, aun cuando sea querida presuntamente; la autorización para la disminución, no compensada, de intereses ajenos, limitada sólo por la voluntad presunta del titular de dichos intereses, sería demasiado arriesgada como para ser tolerable como regulación general: Es más, en caso de personas conocidas por su generosidad, el que los potenciales destinatarios «se sirvieran a sí mismos» sería inabarcable jurídico-penalmente ; todos estarían forzados a pensar dos veces cualquier concesión suya para poder excluir secuelas en consentimiento presunto [20]. Siempre que en los supuestos de voluntad presunta en beneficio ajeno no concurra consentimiento —en su caso prestado en general o de modo concluyente—, aunque se trate de supuestos de injusto trivial, se realiza injusto. Ejemplos [21]: Recoger fruta caí-

[19d] *Hirsch* y *Hiersche*, MedR, 1987, pp. 135 ss.; *Hirsch*, en: Sterilisation, pp. 93 ss.; *vid.* asimismo allí *Eberbach*, pp. 83 ss. (enumeración de la jurisprudencia) y *Eser*, pp. 1094 ss. (situación jurídica foránea); muy controvertido; *de otra opinión* sobre todo *Horn*, ZRP, 1983, pp. 265 s.; *Reis*, ZRP, 1988, pp. 318 ss.; de la intervención del tribunal tutelar se requiere en tan escasa medida como en las demás operaciones.; *vid.* OLG Hamm, NJW, 1983, pp. 2095; también la aprobación de la persona a cuyo cargo está la guarda se sujeta a las reglas que rigen para las demás operaciones, es decir, éste ha de gestionar la voluntad presunta del favorecido. Para una perspectiva global, *vid. Eser* y *Koch*, MedR, 1984, pp. 6 ss., 9 s.; últimamente hacia la toma de posición del Colegio Federal de Médicos *(Bundesärztekammer)*, con bibliografía, *Finger*, MedR, 1988, pp. 231 ss.

[19e] Redacción de la Ley de Asistencia de 12 de septiembre de 1990, BGBl., I, p. 2002; la regulación parece equiparar personalidad e intangibilidad corporal.

[20] El que el motivo para actuar que consiste solamente en una falta en un tercero, no proporciona un motivo para soportar una intervención, lo pone de manifiesto el § 34 StGB; se elude este precepto cuando se aprecia la justificación en caso de voluntad presunta altruista.

[21] Sumamente controvertido es el castigo de niños ajenos en caso de travesuras graves. Con independencia de la polémica en torno al alcance del consentimiento presunto, en todo caso aquí

da de árboles ajenos que de todos modos se iba a echar a perder (si no cabe suponer el abandono o *derelectio*), coger una tirita de un botiquín casero ajeno, cambiar dinero en una caja ajena [22].

Si el consentimiento presunto no puede justificar por sí solo, a la inversa tampoco puede hacerlo la salvaguarda de intereses. El «cuidado a la fuerza» es antijurídico. Ello es aplicable incluso cuando la salvaguarda de intereses sirve a asuntos públicos de importancia o al cumplimiento de obligaciones de prestar alimentos. Ejemplo: Un banco, frente a la orden de una persona que se halla de viaje por el extranjero, en su ausencia, extingue sus deudas de alimentos entregando títulos-valores sujetos a su administración; apropiación indebida antijurídica, § 246 StGB [23], aun cuando para el banco en caso de pago con el *propio* patrimonio habría surgido una pretensión de resarcimiento de gastos con arreglo al § 679 BGB. El que saber que uno mismo padece una enfermedad contagiosa suponga una salvaguarda de intereses razonable, no justifica las lesiones, en la toma de una muestra de sangre con fines diagnósticos, a aquel que no quiere saber nada [23a] (*vid.* asimismo en relación con el consentimento *supra* 7/121).

---

es errónea la estimación de que decide la sola voluntad presunta del titular de la guarda; en ese sentido, no obstante, *Roxin*, Welzel-Festschrift, pp. 447 ss., 466; y es que en lo que se refiere al bienestar del niño, falta la competencia para disponer en el titular de la guarda en orden a adoptar una decisión que lesione ese bienestar; no se trata precisamente de la vulneración de la «discrecionalidad en la educación» en una persona «legitimada», sino de lesiones al niño. Por lo que se refiere tanto a estas lesiones como a la intervención, en ejercicio de la competencia educativa, sólo se salvaguarda un interés positivo cuando el castigo correctivo pueden ejercerlo terceros sin infligir daños principalmente, lo cual habrá que negarlo por lo general (en definitiva en los mismos términos, *Jescheck*, AT, § 34, VII 4 *b;* RG, 61, pp. 191 ss., 193; 76, pp. 3 ss., 6; OLG Saarbrücken, NJW, 1963, pp. 2379 ss., 2381). No obstante si cupiese excepcionalmente afirmarlo —el vecino, muy allegado, le propina al niño de diez años, que le acaba de romper el cristal de la ventana, una bofetada moderada; el padre suele reaccionar con más contundencia—, hay que atender siempre, también, a la voluntad del titular de la guarda. La invocación, antes tan extendida, al § 679 BGB (así aún *Welzel*, Strafrecht, § 14, V) está superada, dado que la necesidad de castigo físico ya no pasa por ser algo que se presuponga correcto.

[22] Muy polémico; *vid.* para las cajas públicas OLG Köln, NJW, 1968, pp. 2348 s.; con comentario desfavorable de *Tiedemann*, JuS, 1970, pp. 108 ss.; *en otro sentido* (exclusión del tipo de los delitos de apoderamiento), OLG Celle, NJW, 1974, p. 1833, conectando con *Roxin*, Welzel-Festschrift, pp. 447 ss., 462, y *el mismo*, H. Mayer-Festschrift, pp. 467 ss.; *vid.* al respecto *Rheineck*, Zueignungsdelikte und Eigentümerinteresse (con amplia bibliografía); *Günther*, Strafrechtswidrigkeit, pp. 351 s.

[23] *LK-Hirsch*, núm. marg. 137, ante § 32; *Jescheck*, AT, § 34, VII, 2; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 397; *de otra opinión Welzel*, Strafrecht, § 14, V.

[23a] *Vid.* lo alegado por la Fiscalía en KG, NJW, 1987, pp. 1495 ss.

APARTADO 16

El ejercicio de cargo y otras causas de justificación propias de especiales ámbitos de regulación

BIBLIOGRAFIA: *K. Amelung*, Die Rechtfertigung und Entschuldigung von Polizeibeamten im deutschen Recht, JuS, 1986, pp. 329 ss.; *H. Arndt*, Grundriß des Wehrstrafrechts, 2.ª ed., 1966; *G. Arzt*, Zum privaten Festnahmerecht, Kleinknecht-Festschrift, pp. 1 ss.; *J. Benfer*, Zum Begriff «Rechtmäßigkeit der Amtshandlung» in § 113 StGB, NStZ, 1985, pp. 255 s.; *Chr. Bickel*, Comentario a LG Hanau, NStZ, 1988, pp. 179 ss., loc. cit., pp. 181 s.; *U. Borchert*, Die vorläufige Festnahme nach § 127 StPO, JA, 1982, pp. 338 ss.; *J. Brauer*, Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen, aber nicht genehmigten Verhaltens, 1988; *R. Breuer*, Empfehlen sich Änderungen im strafrechtlichen Umweltschutz, insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht?, NJW, 1988, pp. 2077 ss.; *H.-J. Bruns*, Zur strafrechtlichen Diskussion über das Züchtigungsrecht des Lehrers, JZ, 1957 pp. 410 ss.; *H. Dahs* y *K. A. Pape*, Die behördliche Duldung als Rechtfertigungsgrund im Gewässerstrafrecht (§ 324 StGB), NStZ, 1988, pp. 393 ss.; *D. Dölling*, Umweltstrafrecht und Verwaltungsrecht, JZ, 1985, pp. 461 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, JR, 1990, pp. 167 ss., loc. cit., pp. 170 ss.; *K. P. Dolde*, Zur Verwaltungsakzessorität von § 327, StGB, NJW, 1988, pp. 2329 ss.; *A. Donatsch*, Die strafrechdiche Beurteilung von Rechtsverletzungen bei der hoheitlichen Anwendung unmittelbaren Zwangs, 1981; *E. Dreher*, Das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz, JZ, 1953, pp. 421 ss.; *A. Eser*, Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund. Zugleich ein Versuch über Rechtsgüterschutz und evolutives Recht, 1969; *M. Fincke*, Darf sich eine Privatperson bei der Festnahme nach § 127 StPO irren?, GA, 1971, pp. 41 ss.; *el mismo*, Das Risiko des privaten Festnehmers, OLG Hamm, NJW, 1972, 1826, JuS, 1973, pp. 87 ss.; *Chr. Geisler*, Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltrecht, NJW, 1982, pp. 11 ss.; *K. Geppert*, Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB), Jura, 1985, pp. 25 ss., *H. Günther*, Nochmals: Der Begriff der Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungshandlung i. S. d. § 113, Abs. 3, StGB, NJW, 1973, pp. 309 ss.; *H.-L. Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *R. Haas*, Notwehr und Nothilfe, 1978; *G. Heine*, Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, NJW, 1990, pp. 2425 ss.; *el mismo, V. Meinberg*, Empfehlen sich Änderungen im strafrechtlichen Umweltschutz, insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht?, Gutachten 57. DJT, pp. D 1 ss.; *U. Hellmann*, Comentario a OLG Schleswig, NStZ, 1987, pp. 75, loc. cit., pp. 455 ss.; *G. Hermes* y *J. Wieland*, Die staatliche Duldung rechtswidrigen Verhaltens, 1988; *H. J. Hirsch*, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW, 74, pp. 78 ss.; *el mismo*, reseña bibliográfica, ZStW, 90, pp. 965 ss.; *E. Horn*, Strafbares Fehlverhalten von Genehmigungs- und Aufsichtsbehörden, NJW, 1981, pp. 1 ss.; *el mismo*, Umweltschutz-Strafrecht: eine AfterDisziplin?, UPR, 1983, pp. 362 ss.; *el mismo*, Bindung des Strafrechts an Entscheidungen der Atombehörde?, NJW, 1988, pp. 2335 ss.; *H. Hüwels*, Fehlerhafter Gesetzesvollzug und strafrechtliche Zurechnung, 1986; *P. Immel*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht, 1987; *H. Jung*, Das Züchtigungsrecht des Lehrers, 1977; *D. Kienapfel*, Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz im Strafrecht, 1961; *Chr. Kühl*, Probleme der Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts, ins-

besondere im Umweltstrafrecht, Lackner-Festschrift, pp. 819 ss.; *W. Küper*, Grundsatzfragen der «Differenzierung» zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS, 1987, pp. 81 ss.; *Th. Lenckner*, Die Wahrnehmung berechtigter Interessen, ein übergesetzlicher Rechtfertigungsgrund?, Noll-Gedächtnisschrift, pp. 243 ss.; *el mismo*, Behördliche Genehmigungen und der Gedanke des Rechtsmißbrauchs im Strafrecht, Pfeiffer-Festschrift, pp. 27 ss.; *D. Meurer*, Umweltschutz durch Umweltstrafrecht, NJW, 1988, pp. 2065 ss.; *W. Meyer*, Der Begriff der Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungshandlung, i. S. des § 113 Abs., 3 StGB, NJW, 1972, pp. 1845 ss.; *el mismo* Nochmals: Der Begriff der Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungshandlung, i. S. des § 113, Abs. 3 StGB, NJW, 1973, pp. 1074 s.; *D. Oehler*, Handeln auf Befehl, JuS, 1963, pp. 301 ss.; *F. Ossenbühl*, Empfehlen sich Änderungen im strafrechtlichen Umweltschutz, insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht?, Verhandlungen 57. DJT, pp. L 36 ss.; *H. Ostendorf*, Die strafrechtliche Rechtmäßigkeitrechtswidrigen hoheitlichen Handelns, JZ, 1981, pp. 165 ss.; *el mismo*, Comentario a KG, JR, 1980, pp. 513, JR, 1981, pp. 292 s.; *H.-J. Papier*, Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht, NJW, 1988, pp. 1113 ss.; *Redelberger*, Das Züchtigungsrecht des Lehrers, NJW, 1952, pp. 1158 ss.; *H. Reichert-Hammer*, Comentario a BGH, JZ, 1988, pp. 617, loc. cit., pp. 617 ss.; *R. Rengier*, Die öffendich-rechtliche Genehmigung im Strafrecht, ZStW, 101, pp. 874 ss.; K. Rolinski, Comentario a BGH, StV, 1988, pp. 62 s., loc. cit., pp. 63 ss.; *C. Roxin*, Der strafrechtliche Rechtswidrigkeitsbegriff beim Handeln von Amtsträgern - eine überholte Konstruktion, Pfeiffer-Festschrift, pp. 43 ss.; *H.-J. Rudolphi*, Probleme der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Amtsträgern für Gewässerverunreinigungen, Dünnebier-Festschrift, pp. 561 ss.; *el mismo*, Primat des Strafrechts im Umweltschutz?, NStZ, 1984, pp. 193 ss., 248 ss.; *H. Rüping* y *U. Hüsch*, Abschied vom Züchtigungsrecht des Lehrers, GA, 1979, pp. 1 ss., *E. Samson*, Konflikte zwischen öffentlichem und strafrechtlichem Umweltschutz, JZ, 1988, pp. 800 ss.; *F. Schaffstein*, Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW, 72, pp. 369 ss.; *H. Schall*, Comentario a BGH, NJW, 1976, pp. 1949 s., NJW, 1977, pp. 113 s.; *el mismo*, Umweltschutz durch Strafrecht; Anspruch und Wirklichkeit, NJW, 1990, pp. 1263 ss.; *E. Schlüchter*, Kein Recht zur Beweisvernichtung nach einem potentiellen Selbstbedienungsladendiebstahl, JR, 1987, pp. 309 ss.; *Eb. Schmidt*, Bemerkungen zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Frage des Züchtigungsrechtes des Lehrers, JZ, 1959, pp. 518 ss.; *F. E. Schnapp*, Amtsrecht und Beamtenrecht, 1977; *J. Schölz* y *E. Lingens*, Wehrstrafgesetz, 3.ª ed., 1988; *B. Schünemann*, Rundum betrachtet, JA, 1972, pp. 633 ss., 703 ss., 775 ss.; *el mismo*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Reform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA, 1985, pp. 341 ss.; *el mismo*, Die Strafbarkeit von Amtsträgern im Gewässerstrafrecht, wistra, 1986, pp. 435 ss.; *W. B. Schünemann*, Selbsthilfe im Rechtssystem, 1985; *J. Schwabe*, Fürmöglichhalten und irrige Annahme von Tatbestandsmerkmalen bei Eingriffsgesetzen, Martens-Gedächtnisschrift, pp. 419 ss.; *H.-G. Schwenck*, Wehrstrafrecht im System des Wehrrechts und der gerichtlichen Praxis, 1973; *el mismo*, Die kriegerische Handlung und die Grenzen ihrer strafrechtlichen Rechtfertigung, Lange-Festschrift, pp. 97 ss.; *G. Stratenwerth*, Verantwortung und Gehorsam. Zur strafrechtlichen Wertung hoheitlich gebotenen Handelns, 1958; *G.-St. Thiele*, Zum Rechtmäßigkeitsbegriff bei § 113, Abs. 3, StGB, JR, 1975, pp. 353 ss.; *el mismo*, Comentario a BayObLG, JR, 1981, p. 29, loc. cit., pp. 30 s.; *O. Triffterer*, Ein rechtfertigender (Erlaubnistatbestands-) Irrtum - Irrtumsmöglichkeiten beim polizeilichen Einsatz und deren dogmatische Einordnung, Mallmann-Festschrift, pp. 373 ss.; *Th. Vormbaum*, Comentario a BayObLG, JR, 1979, pp. 475 ss., loc. cit., pp. 477 ss.; *H. Wagner*, Amtsverbrechen, 1979; *el mismo*, Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung, OLG Karlsruhe, NJW, 1974, pp. 2142, JuS, 1975, pp. 224 ss.; *J. Wasmuth* y *M. Koch*, Rechtfertigende Wirkung der behördlichen Duldung im Umweltstrafrecht, NJW, 1990, pp. 2434 ss.;

H. v. Weber Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl, MDR, 1948, pp. 34 ss.; *U. Weber*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Bürgermeistern und leitenden Verwaltungsbeamten im Umweltrecht, 1988; *W. Winkelbauer*, Zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, 1985; *el mismo*, Die strafrechtliche Verantwortung von Amtsträgern im Umweltstrafrecht, NJW, 1986, pp. 149 ss.; *el mismo*, Die behördliche Genehmigung im Strafrecht, NStZ, 1988, pp. 201 ss.; *Th. Würtenberger*, Zur strafrechtlichen Bedeutung des Züchtigungsrechtes des Lehrers, DRZ, 1948, pp. 291 ss.; *Chr. Wüterich*, Die Bedeutung von Verwaltungsakten für die Strafbarkeit wegen Umweltvergehen (§ 324 ss. StGB), NStZ, 1987, pp. 106 ss.

I. EL EJERCICIO DE CARGO *(DIE AMTSRECHTE)*

1 A. Otras muchas causas de justificación están vinculadas a especiales ámbitos jurídicos, lo cual es especialmente cierto en relación con el ejercicio de cargo.

En numerosas leyes se conceden autorizaciones para la actuación oficial, permitiéndose expresamente la intervención con determinados fines (así en las leyes sobre la aplicación de la coacción directa) o bien se prescribe un fin de la actuación que no se puede alcanzar sin intervención (p. ej., toma de una muestra de sangre, imposible sin lesionar, § 81 *a*, párrafo 1, StGB, las huellas digitales, imposibles sin coacción, § 81 *b* SPO).

2 B. 1. Las dificultades surgen cuando, si bien el actuante supone *ex ante* los presupuestos de la intervención, sin embargo después resulta que la intervención no era necesaria. De acuerdo con una opinión extendida, para la justificación deben concurrir realmente los presupuestos: la competencia objetiva y espacial, las formalidades esenciales para la protección del afectado (p. ej., la comunicación de la orden de detención de acuerdo con el § 114 *a* StPO) y la proporcionalidad [1]. En otro caso, el funcionario tendrá que decidir según su poder discrecional conforme a deber sobre la concurrencia de los presupuestos fácticos de su intervención, resultando absolutamente confusa la delimitación del ámbito de arbitrio supuesto con respecto a la competencia objetiva, al carácter esencial, actual, de la formalidad (a menudo a la urgencia le corresponde una formalidad menor) y a la proporcionalidad. Esta concepción se modifica incluso, a veces, indicando que también el error sobre la admisibilidad jurídica de una intervención debe equipararse al error sobre hechos [2], o atendiéndose a la firmeza en Derecho administrativo del acto oficial, es decir, negando

---

[1] *LK-Hirsch*, núm. marg. 146 ss., ante § 32; *Jescheck*, AT, § 35, I, 2 y 3; también *SK-Horn*, § 113, núm. marg. 11; BGH, 4, pp. 161 ss., 164 s.; 21, pp. 335 ss., 363; 24, pp. 125 ss., 130; BayObLG, JR, 1981, p. 29, con comentario desfavorable de *Thiele*, loc. cit., pp. 30 s.; críticamente, *Schönke-Schröder-Eser*, § 113, núm. marg. 22 ss. Según *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 86, ante § 32, la conformidad a Derecho, de acuerdo con reglas generales, se derivaría de la observancia del cuidado objetivo (en términos semejantes para el Derecho suizo, *Donatsch*, Beurteilung, pp. 182 ss.). Obviamente, ello no otorga derecho de intervención alguno, sino que deja a la víctima el derecho a defenderse en estado de necesidad defensivo (al respecto, *Lenckner*, loc. cit., núm. marg. 10 *a* y 11, ante § 32).

[2] *Stratenwerth*, Verantwortung, p. 190; *LK-v. Bubnoff*, § 113, núm. marg. 34, con más bibliografía; en otro sentido, sin embargo, la jurisprudencia; RG, 30, pp. 348 ss.; BGH, 24, pp. 125 ss., 130.

la conformidad a Derecho únicamente en caso de nulidad [3]. Estas teorías de un (así llamado) concepto de antijuricidad penal para la actuación administrativa encuentra cada vez más rechazo en la doctrina reciente; según esto, habría que atenerse a la ejecutabilidad de la resolución administrativa [4].

2. Se trata de la distribución del riesgo de error. Para ello rigen las reglas siguientes: 3

a) Siempre que la propia ley emplee elementos de contenido prospectivo en la fijación de los presupuestos de la intervención, o se atenga a una situación de sospecha (peligro, sospecha, sospecha fundada, etc.), lo decisivo es el juicio *ex ante* en el instante de la acción de intervención, debiendo adoptarse este juicio objetivamente, es decir, disponiéndose del modo óptimo (*vid. supra* 11/12). La ley exonera, en esa medida, al que interviene del riesgo de qué se averigüe con posterioridad [5].

b) Siempre que se trate de la ejecución de resoluciones independientes, sobre todo de las impugnables o anulables de por sí, el que ejecuta, si la decisión no es nula, está sujeto a la firmeza —provisional o definitiva— de la decisión (el llamado efecto de eficacia directa); si observa los requisitos especiales de la ejecución, su obrar es, pues, conforme a Derecho [6]. La ejecución de una sentencia ejecutable (§§ 708 ss. ZPO) por parte del agente judicial, o la ejecución de una orden judicial de detención (§§ 114 StPO) por parte de la policía, si se llevan a cabo reglamentariamente, son conformes a Derecho, aun cuando las decisiones resulten después ser susceptibles de modificación (anulables); el riesgo de la firmeza de la decisión no debe empecer la marcha de la ejecución. 4

c) En relación con los demás presupuestos de la intervención —en sintonía con las consideraciones realizadas en 16/3 y 4— hay que atender a que la intervención *debe* tener firmeza en el instante en que se emprende. Así pues, no importa si la medida es nula o sólo impugnable, ni si cumple en todos los aspectos todos los presupuestos de la intervención; lo determinante es si, en caso de haber estado por decidir en el momento de emprenderla, habría sido anulada —entonces es antijurídica— o sólo completada, o a pesar del defecto se la habría mantenido (en caso de vulneración de preceptos vinculantes) —entonces es conforme a Derecho—. El resultado coincidirá en gran parte con la solución que atiende a la ejecutabilidad. 5

Sobre todo, hace falta que concurran verdaderamente (objetivamente *ex post*) los requisitos de intervención que sirven a la protección del afectado, con independencia de que se les pueda considerar como formalidades o no. Ejem-

---

[3] KG, JR, 1980, pp. 513 s., con comentartio de *Ostendorf*, JR, 1981, pp. 292 s.; *Wagner*, JuS, 1975, pp. 224 ss.; *el mismo*, Amtsverbrechen, pp. 324 ss.; *Meyer*, NJW, 1972, pp. 1845 ss., 1846; *el mismo*, NJW, 1973, pp. 1074 s.; *vid.* asimismo *Welzel*, Niederschriften, t. XIII, pp. 54 s., 60 s.

[4] *Schünemann*, JA, 1972, pp. 703 ss., 719, 775; *el mismo*, GA, 1985, pp. 341 ss., 366; *Thiele*, JR, 1975, pp. 353 ss.; *Ostendorf*, JZ, 1981, pp. 165 ss., 171 ss.; *Benfer*, NStZ, 1985, pp. 255 ss.; *Roxin*, Pfeiffer-Festschrift, pp. 45 ss.; *LK-Spendel*, § 32, núm. marg. 68.

[5] *Triffterer*, Mallmann-Festschrift, pp. 373 ss., 388 ss.; *Amelung*, JuS, 1986, pp. 329 ss., 330 ss.; en otro sentido, para el concepto de peligro, *Schwabe*, Martens-Gedächtnisschrift, pp. 419 ss., 430 s.

[6] *Schönke-Schröder-Eser*, § 113, núm. marg. 32; *Günther*, NJW, 1973, pp. 309 ss., 311.

plos: El empleo de violencia para que se soporte la extracción de una muestra de sangre por parte de quien es médico no se puede justificar por el § 81 *a* StPO, ni siquiera si el policía que coerce toma al que extrae la muestra *optima fide* por un médico y cualquier otro en su lugar se habría equivocado igualmente [7]. La ejecución de un título contra una persona, contra la que el título no se dirigía, es antijurídica, sin tener en cuenta la evitabilidad de la confusión [8]. No se puede realizar un procedimiento admonitorio a tenor de la OWiG contra la voluntad del afectado (§ 56, párrafo 2, inciso 1 OWiG) [8a].

6 *d)* Siempre que al funcionario que interviene le esté atribuido cierto ámbito de libertad para enjuiciar en relación con elementos concretos de los requisitos de la intervención (p. ej., en la apreciación del valor de una cosa empeñada por parte del agente judicial) o —raramente, en el Derecho vigente— de discrecionalidad (p. ej., en la elección entre varias cosas embargables por parte del agente judicial), importa el juicio en el instante de la intervención. El que se conceda con frecuencia al que interviene genéricamente «discrecionalidad» [9] no se compadece con el mandato de legalidad de la Administración y tampoco se puede justificar por el interés en el poder decisorio de la Administración, aun cuando la jurisprudencia no deje de atenerse a ello [10]; pues en una Administración sujeta a la ley, más allá de los requisitos de intervención vinculantes, falta tanto la autorización para intervenir como el interés en el poder decisorio.

7 *e)* La suposición, basada en el error jurídico de que se dan los requisitos de la intervención, siempre perjudica al que se equivoca, por falta de requisitos de la intervención efectivamente concurrentes. El hecho de que en supuestos de leyes poco claras o de modificación posterior de la interpretación reiterada de la ley (p. ej., de las cosas no embargables a tenor del § 811 ZPO) no se pueda fijar la situación jurídica en el instante de la intervención, no grava sólo al actuar de la autoridad que interviene, sino a cualquier comportamiento en ámbitos jurídicos próximos.

8 *f)* Siempre que el que interviene en ejercicio de cargo suponga, equivocándose culpablemente, los requisitos de la intervención, es admisible legítima defensa contra él, y si lo hace inculpablemente, estado de necesidad defensivo [10a] (*vid. supra* 11/13).

9 C. 1. Los derechos a intervenir en ejercicio de cargo son numerosos; así, en la StPO se encuentran autorizaciones de emplear la fuerza con la finalidad de aseguramiento de la prueba y del proceso, pudiéndose intervenir en bienes personales de distinto género, como la libertad (§§ 51, 81 ss., 112 ss., 134 [11], 164, 236 StPO) o el derecho a la morada y a la propiedad (§§ 94 ss. StPO), el

---

[7] *De otra opinión*, BGH, 24, pp. 125 ss., 130 s. y en un supuesto semejante, OLG Schleswig, NStZ, 1985, pp. 774 ss. (*vid.* al respecto *infra* 21/nota 151).

[8] *De otra opinión*, RG, 61, pp. 297 ss., 299.

[8a] OLG Düsseldorf, NStZ, 1984, pp. 316 s.

[9] En contra, con buen criterio, *Schönke-Schröder-Eser*, § 113, núm. marg. 22, 27.

[10] Ya RG, 35, pp. 211 ss., 214 s.; 72, pp. 305 ss., 311 ss.; BGH, 4, pp. 161 ss., 164 s.; en parte literalmente asimismo BGH, 21, pp. 335 ss., 365 s.

[10a] Acerca de los derechos en estado de necesidad, *vid. Roxin*, Pfeiffer-Festschrift, pp. 43 ss., 50 s.; *Amelung*, JuS, 1986, pp. 329 ss., 335 s.

[11] Al respecto BGH, 1981, pp. 22 s.

secreto de las comunicaciones (§§ 100 a ss. StPO), etc. También se encuentran autorizaciones de intervenir cuando se regula un procedimiento con participacion no sólo voluntaria (procedimiento concursal) o un proceso ejecutivo a tenor de los §§ 449 ss. StPO, o la ejecución de títulos jurídico-civiles, no estando en este último supuesto la fuerza dirigida sólo contra la propiedad (§§ 808 ss., 883 ss. ZPO), sino que puede llegar hasta la privación de libertad, p. ej., en la detención para obligar a realizar acciones no sustituibles conforme al § 888 ZPO, o para obligar a prestar un juramento con arreglo a los §§ 901 ss. ZPO. Son capitales las normas de autorización del Derecho policial de los *Länder*, la Ley sobre protección de las fronteras de la federación, las leyes sobre el empleo de la violencia directa de la federación y de los *Länder*, etc.; ejemplos con arreglo al proyecto modelo de ley policial unitaria: comprobación de la identidad, § 10; averiguación de la identidad, § 11; registros, §§ 17 ss.; además, los preceptos especiales sobre el empleo de violencia, §§ 29 ss., sobre todo de la violencia directa, incluido el uso de armas de fuego, §§ 35 ss. [12].

2. La justificación por *normas de Derecho internacional* viene en consideración especialmente en las acciones bélicas [13]. 10

II. LA ACTUACION BAJO MANDATO (EL MANDATO OFICIAL Y LA ORDEN MILITAR)

A. 1. Para resolver el conflicto [14] entre el deber de obediencia de los subordinados y la antijuricidad de una orden militar (§ 2, núm. 2, WStG) o de una orden oficial (§ 55, inciso 2, BBG), hay dos principios de solución: Por una parte, cabe limitar la vinculatoriedad de la orden exigiendo el requisito de su conformidad a Derecho; entonces ya no existe ninguna orden antijurídica que sea vinculante, y la creencia errónea del subordinado en la vinculatoriedad puede a lo sumo disculpar. En caso de exculpación completa, el superior es autor mediato tras el instrumento que obra inculpablemente. Contra la ejecución de la orden es posible la legítima defensa o —si hay inculpabilidad— estado de necesidad defensivo. Por otra parte, se puede imponer incondicionadamente la obediencia; entonces sólo una orden nula según los principios generales no será vinculante; por lo demás, también la orden antijurídica fundamenta un deber de obediencia y sitúa al subordinado en un conflicto entre este deber de obediencia y el deber general de evitar lo injusto; este conflicto se puede resolver caso por caso o genéricamente. Si se considera que prima el deber de obedecer, el subordinado está justificado; el superior es autor mediato tras un ins- 11

[12] Acerca de los § 11 ss. UZwG (uso de armas de fuego), en especial sobre el principio de proporcionalidad, BGH, JR, 1990, pp. 167 ss., con comentario de *Dölling*, loc. cit. pp. 170 ss. Más ejemplos en *Jescheck*, AT, § 35, I, 1; en torno al derecho al uso de armas, especialmente *LK-Hirsch*, núm. marg. 151 ss., ante § 32; sobre la relación de las competencias policiales con la legítima defensa y el estado de necesidad, *vid. supra* 12/41 ss.; 13/42.

[13] *Vid. Maurach-Schroeder-Maiwald*, § 3, núm. marg. 11 ss.; *Schwenk*, Lange-Festschrift, pp. 97 ss.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 91, ante § 32; *vid.* asimismo BGH, 15, pp. 215 ss., 104 ss.

[14] Según *Schnapp*, Amtsrecht, pp. 182 ss., 183, 185, no podría llegarse a un conflicto, ya que los preceptos internos de la Administración y el «Derecho externo» serían dos ámbitos jurídicos inconmensurables; sumamente dudoso.

trumento que actúa justificadamente [15], de modo semejante al autor de una estafa procesal, que hace ejecutar el título obtenido por medio del agente judicial.

12 2. Falta una decisión legal entre ambas posibilidades. La vinculatoriedad de la orden se regula para los soldados en el § 11 SoldatenG y en el § 22 WStG, y para los funcionarios en los §§ 55 s. BBG (Ley Federal de Funcionarios), §§ 37 s. BRRG (Ley marco de Derecho Funcionarial) y las leyes correspondientes de los *Länder*. Conforme a ellas, no es vinculante una orden oficial que vulnere la dignidad humana o cuya ejecución lesione una ley penal, con independencia de que el subordinado se haya dado o no cuenta de ello [16], de todos modos, para los soldados (§ 11, párrafo 2, inciso 2, SoldatenG; § 5.1 WStG) y funcionarios ejecutores (§ 7, párrafo 2, inciso 2, UZwG —Ley sobre la coerción directa en el ejercicio del poder público por parte de los funcionarios ejecutores de la Federación—, y similarmente las leyes de los *Länder*) existen regulaciones específicas del error de prohibición en el sentido de que sólo actúan culpablemente en caso de conocimiento de la vulneración de una ley penal o cuando tal circunstancia sea evidente (es decir, si falta el conocimiento, cuando se muestra indiferencia o ceguera ante el Derecho penal) (*infra* 19/51 ss.). En caso de evitabilidad no cualificada del error sobre la contradicción con el Derecho penal, el conflicto se resuelve mediante la imputación al superior.

13 3. Tales preceptos no permiten deducir si la regulación se basa en una no vinculatoriedad general de las órdenes antijurídicas o en una ponderación generalizadora entre órdenes en sí vinculantes y el injusto que cabe esperar. Por ello, tampoco está claro el motivo por el que los preceptos mencionados eximen *en general* de responsabilidad a los soldados o a los funcionarios ejecutores (pero no a los demás funcionarios) [17] en caso de órdenes cuya ejecución realiza una *contravención* [18]. La exención de responsabilidad se interpreta a veces como disculpa [19] y a veces como justificación mediante la ponderación genérica del conflicto de deberes [20].

---

[15] Básico *Stratenwerth*, Verantwortung, p. 10; las objeciones en el sentido de que el superior, en esta solución, podría ejecutar de conformidad a Derecho lo que por sí mismo no podría hacer legítimamente, o de que, en la organización burocrática del Estado, el acto del Estado, incorrecto en su origen, se tornaría conforme a Derecho (*Maurach-Zipf*, AT, I, § 29, núm. marg. 8), pasan por alto que el subordinado es un instrumento.

[16] Así ya, en relación al § 47 MStGB: BGH, 2, pp. 234 ss., 235 s.; 5, pp. 239 ss., 243; 15, pp. 215 ss.; 22, pp. 224 ss.

[17] Para funcionarios no ejecutivos viene en consideración la exención a lo sumo tras un procedimiento de remonstración, § 38.2 BRRG, § 56.2 BBG.

[18] También viene en consideración la realización de un injusto por lo demás no cualificable como vulneración de la dignidad humana o de las normas penales, p. ej., de una acción no permitida: Hay que decidir si este comportamiento es un comportamiento antijurídico contra el que es admisible legítima defensa o —de acuerdo con la solución que aquí se propugna, para las agresiones antijurídicas inculpables— estado de necesidad defensivo.

[19] *Arndt*, Wehrstrafrecht, p. 115; *Schölz-Lingens*, § 2, núm. marg. 32; *Baumann-Weber*, AT, § 21, II, 8 *a*; *Dreher-Tröndle*, núm. marg. 16, ante § 32; *LK-Spendel*, § 32, núm. marg. 100 s.; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 29, núm. marg. 7; *Küper*, JuS, 1987, pp. 81 ss., 91 s.; *Amelung*, JuS, 1986, pp. 329 ss., 337; *Oehler*, JuS, 1963, pp. 301 ss., 306; *v. Weber*, MDR, 1948, pp. 34 ss., 37, 39.

[20] *Schwenk*, Wehrstrafrecht, p. 92; *Jescheck*, AT, § 35, II, 3; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 88, ante § 32; *Schmidhäuser*, AT, 9/57; *LK-Hirsch*, núm. marg. 165, ante § 32; *Stratenwerth*, Verantwortung, pp. 168, 181 ss., con más bibliografía, incluso de la doctrina antigua, pp. 4 ss.

4. Deberá preferirse esta última solución [21]: El ejecutor por lo general no 14
podrá darse cuenta de cuándo la comisión de una contravención está justificada (p. ej., por estado de necesidad) y cuándo no; es más, por falta de formación suficiente, incluso después de que se le aclare, pocas veces podrá decidir por sí. Sólo si se le descarga del riesgo de esta antijuricidad, es decir, si puede partir de la vinculatoriedad de la orden y de la importancia preponderante de la obediencia, se puede hacer tolerable la exigencia de integración en una jerarquía. Los «costes» de las organizaciones jerárquicas debe, pues, soportarlos aquel que se sirve de la jerarquía (el superior como autor mediato), no aquel de quien ésta se sirve (el subordinado está justificado) [22]. Para la calificación del comportamiento como contravención o como infracción penal no se atiende a la producción del resultado. Ejemplo: Una orden de ejecutar simples lesiones a un tercero sigue siendo no vinculante, aun cuando la ejecución fracase (a pesar de la impunidad de la tentativa del § 223 StGB). La solución tiene trascendencia práctica en relación con los delitos imprudentes. Ejemplo: No es vinculante la orden de utilizar, realizando una contravención, un automóvil si esa utilización implica una acción de lesiones o incluso de muerte, aun cuando no se produzca el resultado [23].

B. Por lo demás, se aplican los requisitos que han de imponerse a una or- 15
den vinculante, de acuerdo con las consideraciones sobre el ejercicio de cargo. También aquí ha de rechazarse un «privilegio de discrecionalidad» general. Naturalmente, siempre que exista una discrecionalidad o un ámbito de libre decisión, y el subordinado se dé cuenta de que el superior parte de una base fáctica incompleta, debe formular una objeción, incluso en el ámbito militar, siempre que el tiempo disponible lo permita; si la objeción no prospera, surge un conflicto de deberes que habrá de resolverse de acuerdo con los principios generales [24]. Ejemplo: Al soldado al que se ha ordenado manejar una máquina que no puede controlar, le está permitido no ejecutar la orden, incluso tras haber formulado sin éxito una objeción, si habría puesto en peligro la vida o la inte-

---

[21] Obviamente no satisface que el límite discurra entre el injusto penal y cualquier otro injusto (en esta medida acertadamente crítico *LK-Spendel*, § 32, núm. marg. 88) porque la punibilidad depende no sólo de la magnitud del injusto, sino también de las necesidad de reaccionar ante determinado injusto imponiendo pena. Además, el paso de la infracción administrativa a la infracción penal es en ocasiones (p. ej., con respecto a las conductas en la circulación rodada) difícil de determinar. Por eso, *de lege ferenda* habría que esforzarse por distinguir entre la lesión, no justificable, de bienes individuales susceptibles de legítima defensa, o de otros bienes irrenunciables, por una parte, y la lesión, justificable, de bienes estatales renunciables, por otra.

[22] En la medida en que la solución que atiende a la exculpación parte de una orden en definitiva antijurídica y en definitiva vinculante, no resuelve el conflicto de deberes. En todo caso, en esta solución el subordinado queda gravado con el riesgo de defensa (estado de necesidad defensivo, y según la doctrina aún dominante, a pesar de la inculpabilidad del subordinado, incluso legítima defensa). De acuerdo con *Jescheck*, AT, § 5, II, 3, y *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 11 s., 21, 89, ante § 32, incluso en la solución de la confomidad a Derecho seguiría siendo posible el estado de necesidad agresivo contra el subordinado.

[23] *Vid.* BGH, 19, pp. 231 ss.; ampliamente *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 90, ante § 32.

[24] Controvertido; en favor de la justificación general, desde la idea opuesta, BGH, 19, pp. 231 ss.; en favor de que se mantiene la antijuricidad, *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 88, ante § 32, con bibliografía.

gridad corporal de alguna persona; pero si sólo se teme la producción de daños materiales insignificantes, debe obedecer.

III. EL EJERCICIO DE POTESTAD DELEGADA (EL OBRAR *PRO MAGISTRATU*)

16 A. 1. *a)* El derecho de detener concedido a particulares con arreglo al § 127, párrafo 1, inciso 1, StPO existe —de modo diferente que el de los funcionarios con arreglo al párrafo 2— no ya por la mera sospecha de un delito, sino sólo cuando el sujeto a detener ha realizado un delito (objetivamente *ex post*): El riesgo de error no lo debe soportar el sujeto a detener, porque éste no puede confiar en que un particular sin formación juzgue siempre la situación bajo una amplia ponderación de todas las circunstancias, sobre todo teniendo en cuenta que el particular no está sujeto a responsabilidad disciplinaria. A favor de esta atribución del riesgo habla también el hecho de que al particular —en contraste con el agente de policía (§ 163 StPO)— no le afecta deber alguno de perseguir el delito. Además, al particular no se le debe dar estímulo para que actúe a semejanza de la policía [25]. De todos modos, basta la sospecha de un delito suscitada imputablemente por el sujeto a detener [25a] (*vid. supra* 11/9).

17 *b)* Pormenores: Se trata de asegurar una reacción, penal o formalmente garantizadora, debida al hecho punible; por ello no está justificada la detención provisional para prevenir futuros hechos punibles; pero sí está justificada —por la reacción con arreglo al § 126 *a* StPO y el procedimiento objetivo conforme a los §§ 413 ss. StPO— la detención provisional de sujetos que actúan inculpablemente, incluidos los niños (§ 19 StGB), dado que se trata de aplicar medidas educativas formales (§§ 55 ss. JWG) [26]. El hecho debe estar conminado con pena; en supuestos de contravención, la comprobación de identidad sólo es admisible con arreglo al § 46 OWiG, en conexión con los §§ 163 *b* y 173 *c* StPO) [27]. No se incluye como hecho motivante la tentativa impune.

18 El delito es flagrante siempre que se esté ejecutando o acabe de ejecutarse hace tan poco que la impresión de la infracción jurídica no sea más débil que

---

[25] Controvertido; en definitiva como aquí *Maurach-Zipf*, AT, I, § 29, núm. marg. 13; *Jescheck*, AT, § 35, IV, 2, en ambos casos con bibliografía; *de otra opinión*, BGHZ, NJW, 1981, pp. 745 s.; Bay ObLG, JR, 1987, pp. 334 ss.; *KK-Boujong*, § 127, núm. marg. 9; *LR-Wendisch* §127 StPO, núm. marg. 11; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 31, A, I, 2 *c*; *Arzt*, Kleinknecht-Festschrift, pp. 1 ss., 6; *Fincke*, GA, 1971, pp. 41 ss., 45 s.; *el mismo*, JuS, 1973, pp. 87 ss.; *Borchert*, JA, 1982, pp. 338 ss., 342; lo deja sin resolver OLG Zweibrücken, NJW, 1981, p. 2016. *Vid.* asimismo *supra* 11/7.

[25a] En contra, *Arzt*, Kleinknecht-Festschrift, pp. 1 ss., 5, con nota 16. De acuerdo con *Schlüchter*, JR, 1987, pp. 309 ss., 322, la *legítima* sospecha de vulneración del contrato daría lugar, a tenor del § 229 BGB, a un derecho de control que se podría hacer valer, sobre todo en caso de sospecha de hurto en grandes almacenes. En esta solución se trata, de hecho, de «reparar» en el Derecho civil una interpretación inadecuada (es decir, que excluiría la sospecha suscitada imputablemente) del § 127 StPO.

[26] Controvertido; *de otra opinión LR-Wendisch*, § 127 StPO, núm. marg. 8, con bibliografía.

[27] De trascendencia práctica es la distinción entre el § 316 StGB y el § 24 *a* StVG; *vid.* OLG Zweibrücken, NJW, 1981, p. 2016.

en la ejecución. El concepto tiene contornos tan difusos como el de la actualidad en la legítima defensa. En la persecución que comienza al tiempo de un delito flagrante, la detención ya no depende del carácter flagrante del delito. La participación accesoria es también flagrante si surte efectos en la ejecución flagrante del hecho principal. Ejemplo: El cómplice que ha proporcionado al autor el arma para el homicidio hace meses vuelve al estadio del hecho flagrante mediante la acción ejecutiva del autor.

Está permitida la detención provisional, es decir, limitada al menos median- 19
te la aplicación analógica del § 128 StPO [28], por parte de aquel que ha encontrado al autor *in flagranti*, o por parte de un perseguidor o de quien lo auxilie para evitar la huida que cabe esperar (en esa medida, tipo de sospecha, determinado subjetivamente *ex ante*, *vid. supra* 11/120), o para la verificación de la identidad. Sólo está justificado el propio acto de detención (la detención y la coacción, incluida la lesión simple ocasionada al asir enérgicamente), pero no el derribar a golpes para dejar al autor en un estado de incapacidad para escapar, ni tampoco disparar al fugitivo, etc.: La ley quiere mantener controlable la medida de ejercicio de la violencia delegada [29]. Si aquel a quien se detiene conforme a Derecho se lesiona en su intento de escapar, el que lo detuvo no es responsable por ello [29a] (*vid. supra* 7/59). Están permitidas medidas de menor entidad que la detención, como p. ej., la amenaza de disparar o arrebatar la llave del vehículo a un conductor embriagado [30] o sustraer pruebas [31] o llevarse el documento de identidad —que se puede obtener sin registrar— o causar daños al vehículo dispuesto pará huir [31a].

2. En tanto que derecho delegado, el derecho de detener está limitado 20
por la proporcionalidad, aplicándose de todos modos los principios de ponderación del estado de necesidad defensivo, dado que la agresividad parte del sujeto a detener [32]. El derecho a detener concedido a particulares es subisidiario en la medida en que puede suspenderse por parte de la policía mediante decisiones (no nulas) sobre el modo de la persecución [32a].

B. 1. El *autoauxilio* [32b], §§ 229 ss. BGB, es un procedimiento para el 21
aseguramiento —no el cumplimiento— de pretensiones [33]. Le corresponde al titular de la pretensión y, dado que hay que atenerse a la situación *objetiva* del

---

[28] Si los motivos para la detención decaen antes, p. ej., mediante la comprobación de los datos personales, ha de ponerse fin a la detención.

[29] *En otro sentido*, *KK-Boujong*, § 127, núm. marg. 28; *LR-Wendisch*, § 127 StPO, núm. marg. 29, que propugna permitir la violencia para simplemente posibilitar la detención según la medida de la proporcionalidad.

[29a] En definitiva igualmente OLG Stuttgart, NJW, 1984, pp. 1694 s.

[30] OLG Saarbrücken, NJW, 1959, p. 1191; OLG Koblenz, NJW, 1963, pp. 1991 s.

[31] RG, 8, pp. 289 ss., 290 s.; RGZ, 64, pp. 385 ss., 387.

[31a] *De otra opinión* (no cabría quebrantar la voluntad mediante intervenciones sobre otros bienes jurídicos), *Arzt*, Kleinknecht-Festschrift, pp. 1 ss., 11.

[32] *Vid.* RG, 69, pp. 308 ss., 311 s.

[32a] *Arzt*, Kleinknecht-Festchrift, pp. 1 ss., 9.

[32b] Pormenorizadamente *W. B. Schünemann*, Selbsthilfe, abiertamente confundiendo autoauxilio y legítima defensa, pp. 38 ss., 67 ss., y *passim*

[33] Sobre los derechos o pretensiones protegidas, *vid. Staudinger-Dilcher*, § 229, núm. marg. 5 ss.

titular de la pretensión, también a aquel que obra en su lugar [34]. El derecho existe sólo si, por una parte, no se puede recabar auxilio de la autoridad» (auxilio de la policía, o un arresto con arreglo a los §§ 916 ss. ZPO, o un auto provisional con arreglo a los §§ 935 ss. ZPO), es decir, si ya no se puede recabar por la urgencia, o se deniega antijurídicamente, y, por otra parte, si «sin la intervención inmediata existe el peligro (en esta medida, tipo de sospecha; para la determinación de la sospecha *vid. supra* 11/10) de que se frustre o se dificulte la realización de la pretensión». Si el legitimado para exigirlo deja pasar el tiempo para solicitar el auxilio de la autoridad, no pierde el derecho a auxiliarse a sí mismo [35]. El autoauxilio es admisible también para evitar la destrucción de pruebas (por lo general, se dará aquí incluso la legítima defensa), pero no para obtener coercitivamente prestaciones que no se pueden obtener procesalmente, por falta de pruebas [36]. Ejemplo: El acreedor que no puede probar su crédito no puede recurrir al auxilio a sí mismo porque no puede conseguir procesalmente la realización de la pretensión.

22 Están permitidas las siguientes acciones de intervención [37]: (a) la sustracción [38] y (b) la destrucción o deterioro de cosas, así como (c) la detención de deudores sospechosos de emprender la huida (en esta medida, también tipo de sospecha) y (d) el quebrantamiento de la resistencia frente a acciones que han de tolerarse. Ejemplos: (a) El propietario de una bicicleta, tras el hurto, encuentra al ladrón, al que desconocía, con su bicicleta, y se la quita, por falta de otras posibilidades de asegurar su pretensión, quebrantando (d) la defensa del ladrón. (c) Un hostelero detiene al desconocido, que se iba sin pagar, en tanto llega la policía. (a) Un hostelero se encuentra en la calle entre el gentío al desconocido que se marchó sin pagar y le quita, quebrantando su defensa (d), dinero para la garantía provisional (§ 230.2 BGB) [39]. (b) La víctima de un accidente de tráfico le raja los neumáticos a la otra persona involucrada en el accidente que antijurídicamente pretendía alejarse del lugar del accidente.

23 2. Las limitaciones de la ejecución forzosa (sobre todo con arreglo al § 811 ZPO) limitan también el derecho a auxiliarse a sí mismo. Acerca de la proporcionalidad, se aplica lo dicho en relación con el derecho a detener (*supra* 16/20).

24 3. El autoauxilio sirve al aseguramiento de la pretensión, no a su realización; sobre ello, *vid.* el § 230 BGB. Acerca de las consecuencias jurídico-civiles del error sobre los requisitos del autoauxilio, *vid.* el § 231 BGB; acerca del error sobre la antijuricidad de la apropiación o del enriquecimiento en los delitos contra la propiedad y contra el patrimonio, *vid. supra* 11/41.

---

[34] Discutido; como aquí; *LK-Hirsch*, núm. marg. 158, ante § 32; *en otro sentido* la doctrina ampliamente dominante, que llega en ocasiones al mismo resultado admitiendo el autoauxilio en la gestión de negocios sin mandato.

[35] *Vid. supra* con respecto a la situación paralela en la legítima defensa 12/33, 45.

[36] BGH, 17, pp. 329 ss., 330 s.; *Staudinger-Dilcher*, § 229, núm. marg. 12.

[37] Al igual que el derecho a detener (*supra* 16/20), también el autoauxilio, como ejercicio de competencia oficial delegada, está limitado por la proporcionalidad, y ello según los principios de ponderación del § 228 BGB; *W. B. Schünemann*, p. 94 (que extiende erróneamente la limitación a la legítima defensa).

[38] Sobre la controversia relativa a si también cabe sustraer las cosas de propiedad de terceros para asegurar pretensiones, *vid. Staudinger-Dilcher*, § 229, núm. marg. 17; *BGB-RGRK-Johannsen*, § 229, núm. marg. 4.

[39] *Vid.* BGH, 17, pp. 88 ss., 89 s.

C. La *recuperación de la posesión* contra la actuación arbitraria prohibida, con arreglo al § 859, párrafos 2 y 3, BGB, representa un supuesto especial del autoauxilio. A veces es más amplia, dado que es admisible sin tener en cuenta la posibilidad del auxilio de la autoridad, y a veces más estricta, dado que sólo está autorizada frente a un autor sorprendido *in flagranti* [39a] o perseguido. Si no hay hecho flagrante, la justificación se rige por el § 229 BGB. La *defensa de la posesión* del § 859, párrafo 1, BGB representa una causa de justificación para la defensa de la posesión como signo externo de la seguridad (jurídica). Dependiendo del género de la agresión —culpable o no— se trata de un causa de justificación semejante bien a la legítima defensa, bien al estado de necesidad [40]. El auxilio de terceros sólo está justificado en el supuesto del § 860 BGB. Los límites del retorno posesorio se corresponden con los del autoauxilio; los de la defensa posesoria se corresponden, dependiendo de la situación, con los de la legítima defensa o del estado de necesidad defensivo. 25

D. Los derechos de cargo delegados por ley comprenden además: el poder de a bordo conferido al capitán de buque (§ 106 SeemansG) [41] y al comandante de aeronave [42]. Acerca de los derechos de la autoridad costera en situaciones de necesidad en el mar, *vid.* § 9.2 StrandungsO [43]. 26

E. Siempre que *en el caso concreto una delegación* de concretas acciones ejecutivas a auxiliares privados ha tenido lugar admisiblemente desde el punto de vista del Derecho administrativo, estos auxiliares actúan justificadamente (*vid.* § 114.2 StGB). Ejemplo: Una empresa privada de grúas se lleva, cumpliendo un mandato de la policía, vehículos indebidamente aparcados; comportamiento conforme a Derecho, al que no cabe oponer defensa. 27

IV. EL PERMISO DE LA AUTORIDAD (INCLUIDO EL PERMISO EXCLUYENTE DEL TIPO)

A. Como consentimiento para que se traten bienes que están a disposición de la autoridad, el permiso representa un caso especial del consentimiento general y sigue sus reglas. Ejemplo: La autoridad permite la infracción de un monopolio administrado por ella, protegido penalmente [44]. El permiso se corresponde por lo general con el consentimiento excluyente del tipo. Cabría debatir sobre la eficacia del consentimiento sólo en caso de motivo razonable, es decir, justificante, en relación con los §§ 98 ss. StGB [45]. 28

B. 1. Sin embargo, surgen particularidades cuando se trata de controlar riesgos por parte de la Administración. Aquí ha de distinguirse de nuevo entre 29

[39a] Al respecto (justificando generosamente), OLG Schleswig, NStZ, 1987, p. 75, con comentario crítico de *Hellmann*, loc. cit., pp. 455 ss.

[40] *En otro sentido* la doctrina dominante, según la cual hay que definir objetivamente la perturbación de la posesión; *vid. Haas*, Notwehr, pp. 344 ss., con bibiliografía pormenorizada.

[41] De 26 de julio de 1957, BGBl., II, p. 713.

[42] Ley sobre el Acuerdo de Tokio sobre acciones punibles y de otro género a bordo de aeronaves, de 14 de feberero de 1969, BGBl., II, p. 121, artículos 5 a 10.

[43] De 17 de mayo de 1874, BGBl., p. 73.

[44] *Vid. Welzel*, Niederschriften, t. II, pp. 31 ss., 33; *Jescheck*, AT, § 33, VI, 3.

[45] *Dreher-Tröndle*, núm. marg. 5, ante § 32, y § 98, núm. marg. 7.

permiso excluyente del tipo y permiso justificante (*Genehmigung*). Según la opinión dominante, concurrirá un permiso excluyente del tipo cuando se trate de una prohibición preventiva con reserva de autorización; el requisito del permiso servirá entonces para controlar un comportamiento socialmente adecuado. Habrá, en cambio, permiso justificante en las prohibiciones con reserva de exención; un comportamiento en sí no deseado se permite excepcionalmente en consideración a intereses más importantes [46]. Esta diferenciación es útil en sus rasgos esenciales, pero no es enteramente exacta por el siguiente motivo: por lo que se refiere al comportamiento socialmente adecuado, éste sólo puede ser socialmente adecuado si se da el consentimiento, porque sólo el control hace evidente que no hay por qué contar con fallos. Ejemplo: Quien toma parte en el tráfico por vías públicas con un vehículo no autorizado construido por él mismo, ya no se comporta de modo socialmente adecuado (aunque la actividad autorizada fuera socialmente normal) aun cuando se trate de una máquina perfecta. Además: En un comportamiento en sí no deseado, ya una *ley* puede establecer taxativamente bajo qué condiciones y requisitos se tolera excepcionalmente este comportamiento; entonces, un permiso de la autoridad tiene por única misión controlar la observancia de los presupuestos materiales de la justificación, pero no procura la justificación por sí misma. Naturalmente, el peligro de que la situación justificante sea errónea puede ser tan alto que sin control queden siempre dudas; entonces el permiso vuelve a pertenecer a los presupuestos materiales de la justificación.

Los casos del comportamiento sólo socialmente adecuado si hay control y del comportamiento sólo justificable materialmente si existe control, constituyen supuestos característicos de las sociedades organizadas con riesgo; en los ámbitos de riesgo, sin control formal no hay ya falta de peligro. En definitiva, pues, tienen eficacia justificante aquellos permisos en los que la autoridad tiene que realizar la ponderación de ventajas e inconvenientes de un modo no enteramente determinado en la ley, o en los que la ponderación realizada al margen de la autoridad se considera insuficiente por otros motivos.

29a 2. *a)* También el permiso defectuoso, pero no nulo, tiene eficacia excluyente del tipo o justificante [47], incluso si el beneficiado es responsable del carácter defectuoso (p. ej., por engaño o amenaza; la situación es la misma que en el consentimiento de particulares, *supra* 7/117 ss. y 14/8). Lógicamente, el responsable del defecto es autor mediato tras aquel que utiliza el permiso (o lo

[46] *Lenckner*, Pfeiffer-Festschrift, pp. 27 ss.; *Winkelbauer*, NStZ, 1988, pp. 201 ss., con bibliografía; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 61 ss., ante § 32; *LK-Hirsch*, núm. marg. 160, ante § 32; *Jescheck*, AT, § 33, VI, 2 y 3; en lo esencial también *Rengier*, ZStW, 101, pp. 874 ss., 878 ss.; *KKOWiG-Rengier*, núm. marg. 15, ante §§ 15, 16 y otros; *de otra opinión* («condición objetiva de punibilidad»), *Horn*, SK, 1985, pp. 302 ss., 366; distinguiendo, *Dölling*, JZ, 1985, pp. 461 ss., con bibliografía.

[47] La llamada accesoriedad de la Administración en Derecho penal; al respecto, *Winkelbauer*, Verwaltungsakzessorietät, *passim*; *Kühl*, Lackner-Festschrift, pp. 815 ss.; *Rudolphi*, NStZ, 1984, pp. 193 ss. y 248 ss.; *Heine*, NJW, 1990, pp. 2425 ss., 2430 ss.; *el mismo* y *Meinberg*, Gutachten, 57. DJT, pp. B 45 ss. y bastante bibliografía; *Meurer*, NJW, 1988, pp. 2065 ss., 2068 s.; *Breuer*, NJW, 1988, pp. 2072 ss.; *Dolde*, NJW, 1988, pp. 2329 ss.; *Horn*, NJW, 1988, pp. 2335 ss.; *Ossenbühl*, Verhandlungen, 57. DJT, pp. L 36 ss., L 41 ss.; *Rengier*, ZStW, 101, pp. 874 ss., 884 ss., 896 ss.; especialmente con respecto a la oposición a actos administrativos antijurídicos, *Wüterich*, NStZ, 1987, pp. 106 ss.

concede) como instrumento que actúa típica o justificadamente, resultando posible —al igual que en el consentimiento de particulares— que el autor mediato y el instrumento sean la misma persona. Son posibles las siguientes configuraciones de casos:

b) a') El funcionario competente concede *sua sponte* un permiso defectuoso, excluyente del tipo o justificante, tratándose de un defecto por infracción normativa, en que la norma tiene por finalidad proteger el bien también protegido en el tipo penal respectivo —si no, falta el fin de protección de la norma que condiciona el carácter defectuoso— [48]. Si el permiso no es nulo, todas las personas que actúan de acuerdo con el funcionario se comportan atípica o justificadamente, de modo que el funcionario es autor mediato [49]. En relación con *su* comportamiento de autor, si este comportamiento ha de ser conforme a Derecho, necesita ser competente; esta competencia se deriva, ya que el permiso es defectuoso, no de la ley ni de cualesquiera otros preceptos rectores del proceder del funcionario. Así pues, obra «sin competencia» o «infringiendo deberes de Derecho administrativo» o «sin autorización» (§§ 324 ss. StGB).

b') Si el favorecido por el permiso ha inducido al funcionario, él obra, no obstante, atípica o justificadamente en tanto que destinatario del permiso, pero como partícipe en la concesión del permiso defectuoso (es decir, en el comportamiento de autoría del funcionario) ha actuado antijurídicamente [50].

c') El receptor del permiso o un tercero impulsan al funcionario, mediante engaño o amenaza (en relación con su medida, *vid. infra* 21/84, 96), a conceder un permiso defectuoso. La utilización del permiso tiene lugar atípica o

---

[48] Demasiado estrictamente, *Papier*, NJW, 1988, pp. 1113 ss., 1114, que sólo en caso de infracción de normas sustantivas pretende apreciar relación de fin de protección.

[49] *Horn*, NJW, 1981, pp. 1 ss., 3; *Rudolphi*, Dünnebier-Festschrift, pp. 561 ss., 566; *Hüwels*, Gesetzesvollzug, pp. 19 ss.; *de otra opinión*, *Geisler*, NJW, 1982, pp. 11 ss., 12 s.; *Schünemann*, wistra, 1986, pp. 235 ss., 240 s.; *Immel*, Verantwortlichekeit, pp. 144 ss.; *Weber*, Verantwortlichkeit, pp. 42 s. y otras. Hay que oponerse a la opinión tan extendida de que el funcionario no puede realizar elementos de delitos especiales en sentido amplio (!) (*Winkelbauer*, NStZ, 1986, pp. 149 s., 150; *Horn*, loc. cit., p. 2; *Geisler*, loc. cit., p. 12; *Immel*, loc. cit., pp. 89 ss.; *Schall*, NJW, 1990, pp. 1263 ss., y otras): Si el funcionario es autor mediato, también puede ser «gestor» de una instalación, etc.

[50] En este supuestos y en los que se mencionan en c'), un amplio sector doctrinal intenta la solución de negar la eficacia jurídico-penal a la autorización en virtud de abuso; así, ampliamente, *Lenckner*, Pfeiffer-Festschrift, pp. 27 ss., que en p. 31 considera descartada esta vía en la autorización excluyente del tipo por el art. 103.2 GG, y § 1 StGB; en definitiva igualmente *Dölling*, JZ, 1985, p. 464; *Winkelbauer*, Verwaltungsakzessorietät, pp. 67 s.; en ello también *Weber*, Verantwortlichkeit, pp. 37 s.; asimismo LG Hanau, NJW, 1988 pp. 571 ss., 576 (juicio de Alkem. con comentario de *Bickel*, NStZ, 1988, pp. 181 s.) aplica la idea del abuso; en contra, acertadamente crítico, *Dolde*, NJW, 1988, pp. 2329 ss., 2331 ss.; *Horn*, NJW, 1988, pp. 2325 ss., 2336 ss.; contra la idea del abuso también *Hüwels*, Gesetzesvollzug, pp. 41 ss., y pormenorizadamente *Rengier*, ZStW, 101, pp. 874 ss., 885 ss. (consentimiento excluyente del tipo), 888 ss. (consentimiento justificante). La construcción del abuso ha de rechazarse: No el *uso* de una autorización eficaz (!) según las reglas jurídicas, sino la *producción* de una autorización defectuosa, supone inobservancia del Derecho; *vid.* el texto. *Lenckner*, loc. cit., p. 41, considera que la anulación de la autorización defectuosa es condición objetiva de punibilidad, en consecuente continuación de la accesoriedad de la Administración. Con arreglo a *Winkelbauer*, loc. cit., pp. 68 ss., sólo justifica la autorización conforme a Derecho, pero la autorización defectuosa haría entrar en juego al principio de accesoriedad; en términos semejantes, *Weber*, Verantwortlichkeit, p. 44.

justificadamente. Pero la obtención del permiso fue, dado que todo lo que tuvo lugar después es ejecutado por instrumentos (bajo error, o coaccionados, o cubiertos por el permiso), en concepto de autor, y sin estar cubierto por un permiso o una ley o de cualquier otro modo, es decir, también típico y antijurídico.

c) El que para un comportamiento quepa obtener permiso es menos que contar con el propio permiso, y no basta para la exclusión del tipo o para la justificación [50a]. Un título ejecutable, no condicionado, se equipara al permiso, dado que aquí la autoridad no ha de realizar ya control ni ponderación [50b]. Si la autoridad no concede, infringiendo su deber, un permiso, el comportamiento sin permiso, según su urgencia, puede estar justificado, p. ej., mediante estado de necesidad.

d) El que la Administración tolere un comportamiento no permitido sólo convierte a este comportamiento en permitido si la tolerancia implica un permiso concluyente (y adecuado a las formalidades) [50c]. Si no, tolerar un comportamiento que la Administración no tiene que soportar representará por lo general una omisión de la Administración.

e) Un permiso condicionado a caución sólo es eficaz si se cumple dicha caución [50d].

f) Dado un permiso nulo, son posibles (a) convergencia accesoria del concedente y del receptor, (b) autoría mediata del concedente si sólo él conoce la nulidad, y, finalmente (c) responsabilidad a título de autoría, conforme a las reglas del delito de infracción de deber, cuando el concedente es garante institucional [50e].

[50a] *De otra opinión*, con respecto a la susceptibilidad de autorización y al tolerar en los delitos contra el medio ambiente, *Samson*, JZ, 1988, pp. 800 ss., 804, cuando las autoridades están informadas, ya que en tales casos no se ven afectados ni el «medio ambiente» ni el interés de la Administración en la información. Pero la competencia exclusiva de la Administración para decidir sobre los perjuicios al medio ambiente sí se ve afectada, y también esta competencia está protegida (al igual que está protegida la autonomía de la persona, en el § 223 StGB, p. ej., frente al tratamiento curativo arbitrario), a menos que existan reglas especiales (como en los §§ 218 *b*, 219, 219 *a* StGB, también en el § 242 StGB, donde la antijuricidad de la apropiación se concibe como exclusión de la lesión, exclusivamente formal, de la propiedad). En general se pasa por alto que, en muchos ámbitos, sin controles formales no hay ausencia de peligro (así también en *Schall*, NJW, 1990, pp. 1263 ss., 1267 s.); *vid.* al respecto *supra* 16/29). También *Brauer* concede una eficacia demasiado amplia a la susceptibilidad de autorización: no hay eficacia en caso de procedimiento consultivo, pero sí exclusión del tipo en las prohibiciones de poner en peligro abstracto con reserva de autorización (Behandlung, pp. 90 ss., 104) y exclusión del injusto de resultado y, conociéndolo el autor, también del injusto de acción en las autorizaciones justificantes (Behandlung, pp. 109 ss., 123 ss.). En favor de considerarlo causa de exclusión de la pena, *Winkelbauer*, Verwaltungsakzessorietät, pp. 50 ss.; *vid.* asimismo, p. 62 (limitación a tipos que protegen directamente bienes).

[50b] En esto como aquí —pero además incluyendo otros supuestos— *Rengier*, ZStW, 101, pp. 874 ss., 903.

[50c] *Hermes* y *Wieland*, Duldung, pp. 103 ss.; va más allá LG Bonn, NStZ, 1988, pp. 224 s.; *Dahs* y *Pape*, NStZ, 1988, p. 393 ss.; *Rudolphi*, NStZ, 1984, pp. 193 ss., 198; *Rengier*, ZStW, 101, pp. 874 ss., 905 ss. (cuando el tolerar puede aparecer ante el interesado como toma de postura a tener en cuenta); *Wasmuth* y *Koch*, NJW, 1990, pp. 2434 ss., 2441; más bibliografía en *Heine* y *Meinberg*, Gutachten 57. DJT, pp. D 51 s.

[50d] BGH, 8, pp. 290 ss., 292.

[50e] Acerca de la responsabilidad por omisión en virtud de injerencia, *Hüwels*, Gesetzesvollzug, pp. 60 ss.

V. LAS NOTICIAS PARLAMENTARIAS

A. No sólo las crónicas parlamentarias publicadas en la prensa pública, 30
sino todas las que sean verídicas, están libres de responsabilidad a tenor del § 37 StGB (indemnidad); el precepto se corresponde con el artículo 42.3 GG, ampliándolo a los órganos de los *Länder*. De modo distinto a las reglas de la indemnidad para las declaraciones parlamentarias con arreglo al § 36 StGB, la regulación de las noticias parlamentarias verídicas constituye una causa de justificación [51], puesto que el ciudadano ha de decidir sobre la composición del Parlmento y por ello —a semejanza de un juez— debe adquirir una imagen del «hecho» sin lagunas. Se discute la eficacia justificante argumentando que el informante no puede verse más favorecido que el diputado [52], confundiéndose así el hecho no deseado con el informe no deseado del hecho.

B. Está justificada sólo la información verídica sobre sesiones públicas. 31
Una información es una «exposición narrativa de un suceso histórico en sus datos esenciales» [53]. La información es verídica (no es necesario que sea literal) cuando reproduce adecuadamente el suceso y su contexto. El que se haya de informar siempre sobre toda la sesión o sobre el punto del orden del día completo no es requisito de la justificación si se expone una parte menor sin falsear el contexto [54]; de lo contrario, se privaría de valor a la causa de justificación para las manifestaciones orales. Como hechos justificados vienen en consideración —junto a las lesiones de derechos de la personalidad jurídico-civiles— todos los delitos de expresión, sobre todo los §§ 185 ss., 164 StGB, e incluso los delitos de coacciones y los delitos contra el secreto público y privado.

VI. EL DERECHO DE CORRECCION

A. Casi siempre se suele tratar del derecho de corrección con vistas a los 32
delitos de lesiones; sin embargo, es también relevante en relación con las detenciones ilegales [55] y las coacciones. El castigo antes admisible jurídicamente con amplio alcance hoy ya sólo se debate —al margen del problema específico de la pena privativa de libertad y de las reacciones con arreglo a la JGG— como derecho del educador de menores [56]. Los intentos aislados de extraer del tipo del § 223 StGB el castigo corporal por parte del educador [57] no han conducido sino a soluciones tan genéricas (particularmente, adecuación social) que

---

[51] OLG Braunschweig, NJW, 1953, pp. 516 s.; *LK-Tröndle*, § 37, núm. marg. 2; *Schmidhäuser*, AT, 9/46; *Dreher-Tröndle*, § 37, núm. marg. 1.

[52] *Jescheck*, AT, § 19, II, 3; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 37, núm. marg. 1.

[53] RG, 18, pp. 209 ss., 210.

[54] *SK-Samson*, § 37, núm. marg. 2; *de otra opinión* la doctrina dominante; RG, 18, pp. 208 ss., 210; *Dreher*, JZ, 1953, pp. 421 ss., 423; *Maunz*, en: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, art. 42, núm. marg. 35; *LK-Tröndle*, § 37, núm. marg. 5, con bibliografía.

[55] *Schmidhäuser*, AT, 9/54.

[56] Un esbozo de la evolución reciente lo proporciona BGH, 6, pp. 263 ss., 26 ss.

[57] *Würtenberger*, DRZ, 1948, pp. 291 ss., 292; *Schaffstein*, ZStW, 72, pp. 369 ss., 383; *Kienapfel*, Körperliche Züchtigung, pp. 107 ss.; *Redelberger*, NJW, 1952, pp. 1158 ss., 1162.

igualmente se adaptarían a cualquier otra causa de justificación; el castigo físico es, pues, típico según los principios generales de interpretación [58].

33 B. El derecho a castigar de los *padres* frente a sus hijos menores de edad recae en el ámbito de la relación familiar interna (jurídicamente regulada sólo esquemáticamente), lo que el artículo 6.2 GG permite como algo «natural», e incluso el Derecho civil precisa en escasa medida (§ 1631 BGB). Las reacciones jurídicas tienen lugar sólo si se abusa del derecho (§ 1666 BGB): El castigo se convierte en antijurídico. Hay abuso cuando cabe demostrar que el castigo corporal no es necesario, es decir, que por saldo resulta inútil e incluso perjudicial. Tal es el caso siempre que se da un trato denigrante [59] o cuando se inflige más que lesiones sin importancia o se crea el correspondiente peligro. Si no, hay que atender a la eficacia con vistas a la finalidad educativa, determinada por los padres en el marco de su derecho «natural» (art. 6.2 GG) [60]. El derecho de los padres es intransferible, pero su ejercicio se puede ceder a terceras personas; el uso de esta cesión no llegará a constituir abuso sólo si el niño se da cuenta de que no se le ha entregado a un arbitrio ilimitado y los padres determinan y controlan motivo, finalidad y alcance del castigo (sobre el derecho de castigo supuesto en consentimiento presunto, *vid. supra* 15/nota 21).

Un castigo moderado adecuado al marco indicado sólo se podrá dar por lo general si se trata de una actuación dirigida al fin educativo, pero no motivada por ira o sadismo. Sin embargo, se opone al principio del hecho que se declare requisito positivo de la justificación el fin pedagógico de la acción, ya que el hecho de que no se persiga el fin, siempre que no se objetivice excepcionalmente en una desviación de la acción de castigo, no es sino algo meramente interno y por ello no puede excluir la justificación [61].

En relación con los hijos extramatrimoniales, *vid.* el § 1705 BGB; sobre el cuidado propio de la tutela, *vid.* el § 1800 BGB, en cada caso en conexión con el § 1631 BGB, faltando en caso de tutela, naturalmente, la fundamentación en el artículo 6.2 GG.

34 C. 1. Resulta indiscutido el derecho de castigo del educador, concretado en el derecho de castigo del *profesor*. El Reichsgericht derivó el derecho de castigo del oficio de profesor [62]. La doctrina fundamentó además un derecho de castigo en el poder institucional de la escuela. El Bundesgerichtshof ha rechazado el derecho de castigo sólo de pasada, por consideraciones pedagógicas —con reserva de casos excepcionales— [63], pero ha reconocido a renglón seguido un derecho de castigo fundamentado tanto en el ejercicio de cargo como —en lo fundamental— consuetudinariamente [64], si bien limitándolo a la escue-

---

[58] Como aquí, BGH, 6, pp. 263 ss., 264; *Hirsch*, ZStW, 74, pp. 78 ss., 111 ss.; *Jung*, Züchtigungsrecht, pp. 20 ss.; *Dürig*, en: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, art. 2.2, núm. marg. 43; *Rüping* y *Hüsch*, GA, 1979, pp. 1 ss., 3.

[59] Lo olvida la sentencia, ya superada, BGH, NJW, 1953, pp. 1440 s.; demasiado inclinado a la legítima defensa, asimismo, BGH, JZ, 1963, pp. 617 ss., con comentarios críticos de *Reichert-Hammer*, loc. cit., 617 ss., y *Rolinski*, StV, 1988, pp. 63 ss.

[60] *SK-Horn*, § 223, núm. marg. 13.

[61] *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 491; *vid.* sobre la tendencia a la justificación *supra* 11/18 ss.

[62] RG, 15, pp. 376 ss., 378; 40, pp. 4321 ss., 433; 42, pp. 221 s.; 42, pp. 277 ss., 278 s.; 45, pp. 1 ss.

[63] BGH, 6, pp. 263 ss., 269.

[64] BGH, 11, pp. 242 ss., 245, 247 ss., 256; favorable, *Eb. Schmidt*, JZ, 1959, pp. 518 ss.

la primaria (*Volksschule*) y a los cursos inferiores de las escuelas de formación ulterior [65].

2. Esta jurisprudencia —al margen de lo cuestionable que es el Derecho consuetudinario— se ha visto entre tanto superada por dos motivos [66]. Por una parte, con arreglo a la concepción moderna, el Derecho consuetudinario no satisface el requisito legal del artículo 2, párrafo 2, inciso 2, GG [67]. Por otra parte, ya no se puede configurar un derecho consuetudinario del profesor al castigo; frente a la prohibición del castigo corporal en la escuela [68] que se ha producido en todos los *Länder* de la República Federal Alemana respondiendo a exigencias pedagógicas, la *opinio juris* de Derecho consuetudinario constituye una ficción. Así pues, no existe un derecho de castigo para el profesor [69]. No se descarta la cesión a profesores del ejercicio del derecho paterno a educar, sobre todo en los internados [70]; sin embargo, siempre que esta cesión se produzca sólo por parte de algunos de los padres —como ocurre prácticamente siempre— el tratamiento desigual debería excluir el uso pedagógicamente razonable de la autorización. 35

D. En relación con la educación de niños en centros tutelares, se aplican las indicaciones sobre el castigo corporal por parte de educadores [71]; la justificación de detenciones se puede producir a través del derecho a determinar la residencia, que corresponde a la persona legitimada para educar (§ 1631.1 BGB; §§ 1705, 1800, en conexión con 1631.1 BGB). 36

VII. LA SALVAGUARDIA DE INTERESES LEGITIMOS

La salvaguardia de intereses legítimos (§ 193 StGB) constituye un caso particular de la ponderación de intereses en relación con los §§ 185 y 186 StGB. Más allá de este ámbito rige el § 34 StGB, más estricto [72]. En algunos bienes 37

[65] BGH, 12, pp. 62 ss.: exclusión relativa a una escuela de formación profesional.

[66] La sentencia BGH, NJW, 1976, pp. 1949 s., con comentario de *Schall*, NJW, 1977, pp. 113 s., traslada el problema hacia el error de prohibición; en el sentido de la jurisprudencia recaída hasta ahora, de nuevo la sentencia BayObLG, NJW, 1979, pp. 1371 ss., con comentario desfavorable de *Vormbaum*, JR, 1979, pp. 477 ss.

[67] BVerfG, 29, pp. 183 ss., 196; 33, pp. 1 ss., 9 ss.; *Dürig*, en: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, art. 2.2, núm. marg. 6, 47; *LK-Hirsch*, § 223, núm. marg. 24; *Rüping* y *Hüsch*, GA, 1979, pp. 1 ss., 5 ss.; *Jung*, Züchtigungsrecht, pp. 52 s., todos con bibliografía.

[68] Bibliografía detallada en *LK-Hirsch*, § 223, núm. marg. 24; *Dreher-Tröndle*, § 223, núm. marg. 13 *a*; *Jung*, Züchtigungsrecht, pp. 36 ss.

[69] De entonces acá doctrina dominante; *Dreher-Tröndle*, § 223, núm. marg. 13; *Dürig*, en: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, art. 2.2, núm. marg. 47 s.; *Jescheck*, AT, § 35, II, 2; *LK-Hirsch*, § 223, núm. marg. 4; *Rüping* y *Hüsch*, GA, 1979, pp. 1 ss., 9; *Schönke-Schröder-Eser*, § 223, núm. marg. 20; *LK-Tröndle*, § 1, núm. marg. 25; *SK-Horn*, § 223, núm. marg. 12; *vid.* asimismo *Jung*, Züchtigungsrecht, pp. 40 ss., 65; *Lackner*, § 223, nota 5 *b* a'; *Günther*, Strafrechtswidrigkeit, pp. 335 ss.; *de otra opinión*, *Maurach-Schroeder-Maiwald*, § 8, núm. marg. 20.

[70] BGH, 12, pp. 62 ss., 72; *de otra opinión*, *Jung*, Züchtigungsrecht, pp. 68 ss.; *Hirsch*, ZStW, 90, pp. 965 ss., 976; *LK-Hirsch*, § 223, núm. marg. 25.

[71] *Vid. LK-Hirsch*, § 223, núm. marg. 23, con referencias bibliográficas relativas a las especialidades del Derecho de los *Länder*.

[72] *Lenckner*, Noll-Gedächtnisschrift, pp. 243 ss., 247 ss.; *de otra opinión* especialmente *Eser*, Wahrnehmung berechtigter Interessen, pp. 46 s., y *passim*; más bibliografía en *Geppert*, Jura, 1985, pp. 25 ss., 27 s.

con una fuerte componente social, sobre todo en la libertad de comportamiento del § 240 StGB, sobre el ámbito de protección surten efecto los cambios en el entendimiento de los «intereses legítimos», sin embargo no como justificación «evolutiva», independiente, de una lesión de un bien, sino como determinación del bien mismo [73]; así pues, se trata del problema general de la interpretación del tipo.

[73] *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 80, ante § 32; *de otra opinión*, *Schmidhäuser*, AT, 9/56.

CAPITULO III

La culpabilidad

APARTADO 17

Teoría general

BIBLIOGRAFIA: *H. Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974; *M. Baurmann* Schuldlose Dogmatik? Überlegungen im Anschluß an George P. Fletcher: «"Ordinary Language Philosophy" und die Neubegründung der Strafrechtsdogmatik», en: *K. Lüderssen* y *F. Sack* (ed.). Seminar: Abweichendes Verhalten, t. IV, 1980, pp. 196 ss.; *el mismo*, Zweckrationalität und Strafrecht, 1987; *P. Bockelmann*, Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1967; *A.-E. Brauneck*, Der strafrechtliche Schuldbegriff, GA, 1959, pp. 261 ss.; *A. Graf zu Dohna*, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4.ª ed., 1950; *E. Dreher*, Die Willensfreiheit, 1987, *G. Ellscheid* y *W. Hassemer*, Strafe ohne Vorwurf, Civitas (Jahrbuch für Sozialwissenschaften), t. IX (1970), pp. 27 ss.; *R. Frank*, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907; *P. Frellesen*, Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung, 1980; *B. Freudenthal*, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922; *W. Gallas*, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW, 67, pp. 1 ss.; *el mismo*, Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, Mezger-Festschrift, pp. 311 ss.; *J. Goldschmidt*, Der Notstand, ein Schuldproblem, Österreichische Zeitschrift für Strafrecht, 1913, pp. 129 ss., 224 ss.; *el mismo*, Normativer Schuldbegriff, Frank-Festgabe, t. I, pp. 428, ss.; *F. Haft*, Der Schulddialog. Prolegomena zu einer pragmatischen Schuldlehre im Strafrecht, 1978; *W. Hassemer*, Alternativen zum Schuldprinzip?, en: *H. M. Baumgartner et al.* (ed.), Schuld und Verantwortung, 1983, pp. 89 ss.; *A. Hegler*, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW, 36, pp. 19 ss., 184 ss.; *el mismo*, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, Frank-Festgabe, t. I, pp. 251 ss.; *F. Herzog*, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, 1987; *H. J. Hirsch*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; *S. Hohenleitner*, Schuld als Werturteil, Rittler-Festschrift, pp. 185 ss.; *H. Holzhauer*, Willensfreiheit und Strafe. Das Problem der Willensfreiheit in der Strafrechtslehre des 19. Jahrhunderts und seine Bedeutung für den Schulenstreit, 1970; *E. Horn*, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit. Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie, 1969; *J. Hruschka*, Strukturen der Zurechnung, 1976; *G. Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *el mismo*, Schuld und Prävention, 1976; *Arthur Kaufmann*, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949; *el mismo*, Das Schuldprinzip, 1961; *el mismo*, Schuld und Prävention, Wasserman-Festschrift, pp. 889, ss.; *E. Kohlrausch*, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903; *el mismo*, Die Schuld (Vorsatz, Fahrlässigkeit, Rechtsirrtum, Erfolgshaftung), en:

P. F. Aschrott y *F. v. Liszt* (ed.), Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, t. I, 1910, pp. 180 ss.; *J. Krümpelmann*, Schuldzurechnung unter Affekt und alkoholisch bedingter Schuldunfähigkeit, ZStW, 99, pp. 191 ss.; *K.-L. Kunz*, Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984; *A. Löffler*, Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, 1895; *E. Mezger*, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950; *U. Neumann*, Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit, ZStW, 99, pp. 567 ss.; *H. Otto*, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW, 87, pp. 539 ss.; *el mismo*, Über den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde, GA, 1981, pp. 481 ss.; *G. Radbruch*, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904; *el mismo*, Über den Schuldbegriff, ZStW, 24, pp. 333 ss.; *E. H. Rosenfeld*, Schuld und Vorsatz im v. Lisztschen Lehrbuch, ZStW, 32, pp. 466 ss.; *C. Roxin*, Reseña bibliográfica, ZStW, 82, pp. 675 ss.; *el mismo*, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, Bockelmann-Festschrift, pp. 279 ss.; *el mismo*, «Schuld» und «Verantwortlichkeit» als Systemkategorien, Henkel-Festschrift, pp. 171 ss.; *E. Schmidhäuser*, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958; *el mismo*, Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht, Gallas-Festschrift, pp. 81 ss.; *el mismo*, Über den axiologischen Schuldbegriff des Strafrechts: Die unrechtliche Tatgesinnung, Jescheck-Festschrift, pp. 485 ss.; *Eb. Schmidt*, Der übergesetzliche Notstand unter besonderer Berücksichtigung des Staatsnotstandes und der Schwangerschaftsunterbrechung, Ponencias del IKV n. F., t. V, 1931, pp. 131 ss.; *el mismo*, Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen Strafgesetzbuch, Materialien, t. I, pp. 9 ss.; *el mismo*, Freiheitsstrafe, Ersatzfreiheitsstrafe und Strafzumessung im Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs, NJW, 1967, pp. 1929 ss.; *Chr. Schöneborn*, Grenzen einer general-präventiven Rekonstruktion des strafrechtlichen Schuldprinzips, ZStW, 92, pp. 682 ss.; *G. Stratenwerth*, Tatschuld und Strafzumessung, 1972; *H. Welzel*, Persönlichkeit und Schuld, ZStW, 60, pp. 428 ss.; *E. Wolf*, Strafrechtliche Schuldlehre. Primera parte: Die gegenwärtige Lage, die theoretischen Voraussetzungen und die methodologische Struktur der strafrechtlichen Schuldlehre, 1928; *Th. Würtenberger*, Der schuldige Mensch vor dem Forum der Rechtsgemeinschaft, Jescheck-Festschrift, pp. 37 ss.

I. PANORAMA

1 A. El autor de un hecho antijurídico tiene culpabilidad [1] cuando dicha acción antijurídica no sólo indica una falta de motivación jurídica dominante —por eso es antijurídica—, sino cuando el autor es responsable de esa falta. Esta responsabilidad se da cuando falta la disposición a motivarse conforme a la norma correspondiente y este déficit no se puede hacer entendible sin que afecte a la confianza general en la norma. *Esta responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante, en un comportamiento antijurídico, es la culpabilidad.* La culpabilidad se denominará en lo sucesivo como falta de fidelidad al Derecho o, brevemente, como infidelidad al Derecho. Con ello se alu-

[1] En el debate moderno se distingue en ocasiones entre culpabilidad de fundamentación de la pena y culpabilidad de determinación de la pena: *Achenbach*, Grundlagen, pp. 2 ss.; *Roxin*, Bockelmann-Festchrift, pp. 279 ss., 282; *Bockelmann-Volk*, AT, § 29, III, 3 *a a'*; *Kunz*, Bagatellprinzip, pp. 194 ss., 266 ss.; este modo de hablar presenta el inconveniente de abrir la culpabilidad de determinación de la pena, desconectándola de la culpabilidad de fundamentación de la pena, para todos los elementos posibles de determinación que resultan aparentemente legitimados por esta incorporación a un «concepto de culpabilidad».

de a la infidelidad por la que se ha de responder; la infidelidad al Derecho es, pues, un concepto determinado normativamente.

B. Al igual que el injusto del hecho consiste en la realización del tipo faltando un contexto justificante, la culpabilidad consiste en la realización del tipo de culpabilidad faltando un contexto exculpante. Los requisitos positivos de la culpabilidad son cuatro elementos necesarios cumulativamente: *a)* El autor debe comportarse antijurídicamente; *b)* debe ser imputable, es decir, un sujeto con capacidad de cuestionar la validez de la norma; *c)* debe actuar no respetando el fundamento de validez de las normas; *d)* según la clase de delito, a veces deben concurrir especiales elementos de la culpabilidad. Un contexto disculpante existe cuando no se puede exigir que se obedezca la norma; tal es el caso cuando la falta de motivación jurídica dominante, a pesar de la concurrencia de los requisitos de la culpabilidad, se puede considerar dejando al margen al autor. 2

C. 1. En qué dimensión —según la situación— ha de fijarse la necesaria disposición a obedecer la norma y cuándo se puede aclarar la falta de la suficiente disposición dejando al margen al autor, depende del fin de la pena, es decir, de los requisitos para el ejercitarse en el reconocimiento general de la norma. Para un Derecho penal orientado al resultado sería incluso demasiado subjetivista partir de la motivación, al igual que el punto de partida en la conformidad a Derecho de la motivación sería demasiado objetivista para un Derecho penal eticizante. Naturalmente, a partir del fin de la pena, únicamente, no se puede derivar ninguna teoría de la culpabilidad. Al igual que la determinación del injusto depende de la constitución de la sociedad en que han de distinguirse Derecho e injusto, así también el contenido de la culpabilidad se ve determinado por la constitución social. No obstante, el fin de la pena y la constitución social no se pueden combinar con cualesquiera contenidos, sino que tienen que acomodarse uno a otra. Así, p. ej., una sociedad que realiza los contactos sociales de modo ritualizado no puede atenerse en el Derecho penal a lo pretendido por el individuo (*vid.* acerca de la situación análoga en el concepto de acción, *supra*, 6/24). 3

Naturalmente, esta dependencia del concepto de culpabilidad con respecto a la función que debe desempeñar —distinta según el fin de la pena y la constitución de la sociedad— (*concepto funcional de culpabilidad*) es discutida. Además, hasta ahora no es seguro cómo ha de construirse el concepto de culpabilidad, ni si el concepto «culpabilidad» ha de limitarse a la valoración del objeto de la culpabilidad (*concepto normativo de culpabilidad*). Por eso, antes de detallar la opinión que aquí se propugna, para caracterizar el marco en que tiene lugar el debate tradicional, hay que exponer esbozadamente algunas de las posiciones de la evolución histórico-dogmática.

2. Todas estas posiciones tienen en común el considerar a la culpabilidad como un escalón de la imputación, es decir, de la conexión entre sujeto y acción, de suerte que el sujeto no se puede desentender del injusto de su acción. Cuando en ocasiones se afirma que la culpabilidad debería sustituirse con ventaja por el principio de proporcionalidad [2] no se está teniendo en cuenta que 4

[2] *Ellscheid* y *Hassemer*, Civitas, t. IX, pp. 27 ss., 41 ss.; con notables limitaciones en favor del rendimiento que la culpabilidad presta para la imputabilidad, *Hassemer*, Einführung, § 22, IV.

la proporcionalidad no aporta imputación alguna y que, por tanto, sin el juicio de culpabilidad no consta a qué sujeto ha de castigarse —proporcionadamente— [3]. En pocas palabras, también la responsabilidad por estirpes se puede mantener dentro de la proporcionalidad. Además, la proporcionalidad no puede indicar si un hecho antijurídico menoscaba la validez de la norma y en qué medida. La proporcionalidad es, pues, demasiado formal para resolver el problema de la imputación [4].

II. LOS CONCEPTOS DE CULPABILIDAD PSICOLOGICO Y NORMATIVO [5]

BIBLIOGRAFIA: *Vid.* la indicada en I.

A. El punto de partida psicológico

5 1. La separación del aspecto externo (injusto) con respecto al aspecto interno (culpabilidad) en el sistema de *v. Liszt*, *Beling* y *Radbruch* (*supra* 6/6 s.) da lugar al llamado *concepto psicológico de culpabilidad*: Los hechos psíquicos de la vertiente interna, es decir, según la concepción imperante a la sazón, sólo dolo e imprudencia, constituyen la culpabilidad [6]. Ciertamente, esta solución surgió como consecuencia de la consideración naturalística, pero también del afán, orientado al Derecho público, de expulsar valoraciones imprecisas fuera

---

excurso 2; *el mismo*, en: Schuld und Verantwortung, pp. 89 ss., 94 (la culpabilidad sería necesaria como «límite de la imputación subjetiva»).

[3] Acertadamente *Arthur Kaufmann*, Lange-Festschrift, pp. 27 ss., 33; *Herzog*, Prävention, p. 131.

[4] Contra la proporcionalidad como sustitutivo de la culpabilidad, *Arthur Kaufmann*, loc. cit.; *el mismo*, Wassermann-Festschrift, pp. 889 ss.; *Stratenwerth*, Tatschuld, pp. 26 ss.; *Jakobs*, Schuld und Prävention, pp. 6 s.; *Schöneborn*, ZStW, 92, pp. 682 ss., 697; distingue *Baurmann*, en: Seminar: Abweichendes Verhalten, t. IV, pp. 196 ss., 211 ss., que pretende apuntar a un «derecho de medidas referido al hecho», en el que la proporcionalidad se determinaría en función de la «dañosidad social» (pp. 242 s.); pormenorizadamente ahora también *el mismo*, Zweckrationalität, *passim*. Pero en la «dañosidad social» se encuentra ya la necesidad de reacción, es decir, el asunto culpabilidad.

[5] Acerca de la evolución histórica, fundamental *Achenbach*, Grundlagen, pp. 19 ss.; con respecto al siglo XIX *vid. Holzhauer*, Willensfreiheit und Strafe, pp. 23 ss.; acerca del concepto «normativo» en relación con el concepto de culpabilidad, *vid. Neumann*, ZStW, 99, pp. 567 ss., 577 s., con nota 41.

[6] *V. Liszt*, Strafrecht [5], § 37, III; *Radbruch*, ZStW, 24, pp. 333 ss., 348; *el mismo*, Handlungsbegriff, pp. 115 s.; *Löffler*, Schuldformen, pp. 11 ss.; *Kohlrausch*, Irrtum, pp. 1, 23 ss., 37; *el mismo*, en: *Aschrott-v. Liszt*, Reform, pp. 180 ss., 184. *Kohlrausch* excluye la imprudencia inconsciente, ya que a ésta le falta la relación psíquica del autor con el resultado, razón por la que no puede ser forma de culpabilidad (en: *Aschrott-v. Liszt*, Reform, pp. 180 ss., 208); en el mismo sentido aún hoy *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, pp. 156 ss.; 223 ss.; *el mismo*, Unrechtsbewußtsein, pp. 97 ss.; *Bockelmann*, Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze, pp. 99 s., 212 s., 221, nota 44; *Horn*, Verbotsirrtum, pp. 150 s.; más bibliografía en *Jakobs*, Studien, p. 134, nota 29. Con respecto a que ya el dolo no es elemento del delito como dato psíquico, sino como indicador de la evitabilidad, es decir, de la evitación, presuponiéndose otra voluntad, y a que la imprudencia también es forma de la evitabilidad, *vid. supra* 6/26 s.

del concepto de culpabilidad y de sujetar la culpabilidad a datos verificables con seguridad.

2. Sin embargo, el concepto psicológico de culpabilidad no es mantenible 6
por varios motivos. Ante todo, no proporciona indicación alguna sobre qué hechos psíquicos (¿por qué psíquicos?) [6a] han de ser relevantes para la culpabilidad; así, tampoco alcanza a fundamentar la relevancia del dolo y de la imprudencia (¿por qué, p. ej., no sólo la intención?) [7]. *Radbruch* [8] intenta remediar la falta reduciendo dolo e imprudencia a hechos psíquicos (conocimiento o imprevisión), pero entendiéndolos como indicios de una actitud antisocial; sin embargo, con ello, de nuevo, no se puede aclarar por qué el indicio debe reemplazar al objeto, ni por qué no puede tener también eficacia indiciaria la falta de un hecho psíquico, ni por qué han de importar sólo hechos psíquicos.

B. Normativización

1. Contra el concepto psicológico de culpabilidad se ha objetado, eficaz- 7
mente desde el punto de vista histórico, que el concepto fracasa en los casos en que la ley disculpa a pesar de haber dolo o imprudencia: es decir, según la concepción moderna, en toda acción antijurídica, pero inculpable, y según la concepción antigua, siempre que concurran causas de exculpación. La conocida crítica de *Frank* [9] dice así: «Y es que si el concepto de culpabilidad se reduce a la suma de dolo e imprudencia, y si éstos consisten sólo en la realización consciente o descuidada del resultado, no se explica cómo se podría excluir la culpabilidad mediante el estado de necesidad (disculpante). Pues también el autor que obra en estado de necesidad (disculpante) sabe lo que está haciendo.» Según *Frank*, en la culpabilidad, por tanto, dolo e imprudencia importan sólo indirectamente; la culpabilidad será la *reprochabilidad* de un comportamiento [10], dividiéndose a su vez esta reprochabilidad, por de pronto. en hechos —en parte estandarizados—: «constitución psíquica normal», más «relaciones psíquicas» con el hecho, más «configuración normal de las circunstancias en las que el autor actúa» [11].

[6a] Las mayores dificultades en el distanciamiento con respecto a la concepción psicologizante de la culpabilidad las ha deparado la consciencia del injusto. En particular no ha dejado de discutirse la posibilidad de la índole culpable de un comportamiento sin conocimiento actual del injusto; últimamente aún *Krümpelmann*, ZStW, 99, pp. 191 ss., 222: «Quien obra sin comprensión actual del injusto, no se ha decidido contra el deber...; su proceso motivador es jurídicamente neutro.» Por eso *Krümpelmann* pretende buscar la culpabilidad en un momento anterior. Consecuentemente sus reparos se dirigen también contra la culpabilidad del delito imprudente. Pero incluso el *dolus malus* presente no es nada como dato psíquico, sino una condición (reemplazable) de la responsabilidad del autor por el hecho de infringir la norma. Esta responsabilidad se da también sin consciencia actual del injusto. *Un dato psíquico no es para la culpabilidad necesario ni suficiente.*

[7] Acertadamente *Achenbach*, Grundlagen, p. 43: El concepto psicológico de culpabilidad no determina nada más allá de *que* dolo e imprudencia son manifestaciones posibles del delito.

[8] ZStW, 24, pp. 333 ss., 348; *el mismo*, Handlungsbegriff, p. 116.

[9] Aufbau, p. 6 (los añadidos entre paréntesis no son del original).

[10] *Frank*, loc. cit., p. 11.

[11] *Frank*, loc. cit., p. 12. Dudas fundadas sobre la importancia de la aportación de *Frank* a la fundamentación de la teoría normativa de la culpabilidad las manifiesta *Achenbach*, Grundlagen, pp. 97 ss., 101 ss. Bibliografía sobre el debate antiguo en torno al concepto de culpabilidad de *Frank*, en *Binding*, Normen, t. II (1), p. 272, nota 13.

8 2. Este (así llamado) *concepto normativo de culpabilidad* no es más, en su configuración inicial, que una mera ampliación de la relación, elaborada por *Radbruch*, entre hecho y desaprobación jurídica (*Radbruch*: actitud antisocial; *Frank*: reprochabilidad), con la salvedad de que *Frank* abandona la limitación a dolo e imprudencia. La misma reprochabilidad sigue siendo un concepto de recogida, sin función propia. Lo cual sólo se modificará con los intentos de integrar el fundamento de la pena en el concepto de culpabilidad. Así, *Hegler* [12] trata de hacer fructífero el concepto ateniéndose en la cupabilidad a si el autor ha sido «dueño» de su hecho, y de éste «en sus características propias, según sus cualidades jurídicamente significativas». Este dominio, en realidad conocimiento o cognoscibilidad del injusto material, unido a la imputabilidad y a la falta de causas de exculpación, será presupuesto necesario de la pena, «porque la imposición del mal que la pena supone, como tal mal, sólo aparece justificada frente a aquel que ha dominado por entero su hecho socialmente dañoso» [13]. Normativo es el reproche, fácticos son los presupuestos del reproche, pero no es esto lo que interesa en primer plano, sino la orientación de los presupuestos a los requisitos del reproche: Aquí reside el tránsito —caracterizado sólo incorrectamente con la diferencia entre los términos psicológico y normativo— de un sistema meramente clasificatorio (*vid. supra* 6/6) a otro teleológico [14].

9 3. *Goldschmidt* [15] sitúa en primer plano el problema de cómo han de concebirse dogmáticamente las causas de exculpación, aclarando de entrada que la culpabilidad no se determina ya normativamente cuando dolo e imprudencia se refieren, en lugar de a la realización del resultado, a la antijuricidad de éste, pues también esta relación subjetiva es igualmente «psicológica» [16] y concurre en una situación exculpante. *Goldschmidt* propone situar, *junto* al hecho psíquico de dolo e imprudencia, un *elemento* normativo de la culpabilidad, la «contrariedad a deber»; esta contrariedad a deber sería una infracción de una «norma de deber» [17] y decaería en caso de exculpación análogamente a como ocurre en la situación justificante [18]. Esta situación exculpante se describe, generalizando, como «motivo subjetivamente predominante y aprobado», como situación «en la que... al autor no se le podría exigir, de acuerdo con las circunstancias, someterse al motivo de cumplir el deber» [19]. De tal manera *Goldschmidt* ha configurado un principio teleológico de las causas de exculpación, un principio que, lógicamente, como no se sujete estrictamente al Derecho posi-

---

[12] ZStW. 36, pp. 19 ss., 184 ss., 197; sobre la imprudencia, *vid.* pp. 211 ss., 213; *vid.* también *el mismo*, Frank-Festgabe, t. I, pp. 251 ss., 288 ss.

[13] *Hegler*, ZStW, 36, pp. 19 ss., 184 ss., 186.

[14] Acertadamente *Achenbach*, Grundlagen pp 110; con respecto a *Hegler* como cofundador de la teoría de los elementos subjetivos del injusto (o sea, con respecto al abandono del límite objetivo-subjetivo entre injusto y culpabilidad) *vid. supra* 8/nota 183.

[15] ÖsterrZStr., 1913, pp. 129 ss.

[16] *Goldschmidt*, loc. cit., p. 140.

[17] *Goldschmidt*, loc. cit., p. 145; esta complicada construcción no ha llegado a abrirse camino: para la interpretación de la norma de deber como norma de determinación (¡pero la contrariedad a la norma de determinación no decae en caso de exculpación!), *vid. v. Liszt-Schmidt*, Strafrecht, § 36, III, 1; en contra, de nuevo, *Goldschmidt*, Frank-Festsgabe, t. I, pp. 428 ss., 436 ss.

[18] *Goldschmidt*, ÖsterrZStr., 1913, pp. 129 ss., 162.

[19] *Goldschmidt*, loc. cit., p. 160; en términos semejantes *M. E. Mayer*, AT, cap. 5, C, I, 3 y 4.

tivo, tiene una considerable virtualidad perturbadora. La inexigibilidad del comportamiento conforme a Derecho se puede hacer aparecer admisible en múltiples situaciones *singulares*, sin que sea tolerable *en general*.

4. *a)* La falta de límites se pone de manifiesto en la teoría de la exigibi- 10
lidad individual de *Freudenthal* [20], que niega la culpabilidad cuando las circunstancias concomitantes del hecho fueron de modo «que para la no comisión del hecho punible habría hecho falta una medida de capacidad de resistencia que normalmente no se le puede exigir a nadie». Este concepto de culpabilidad —en la práctica no llegó a tener importancia— es inviable, pues si ha de exculparse por las circunstancias concomitantes, la génesis del conflicto la desplaza el autor hacia esas circunstancias acompañantes, y el que la pueda asimilar ahí no depende sólo de la capacidad de resistencia del autor, sino también de la modificabilidad de las circunstancias acompañantes. Ejemplo: Si un comerciante evita la quiebra que se cierne sobre él, y con ello la aniquilación de la obra de su vida, mediante una estafa de crédito, con la esperanza fundada de su posterior subsanación, se descarta la exculpación porque el reconocimiento jurídico de la incapacidad de pago como situación de necesidad elemental exceptuaría de la garantía jurídico-penal partes trascendentes del ordenamiento jurídico (al menos los delitos contra la propiedad y el patrimonio) en una medida ya no controlable ni encauzable en la práctica.

b) Eb. Schmidt desarrolló un concepto de culpabilidad con un componen- 11
te de exigibilidad más claramente generalizador, determinando la culpabilidad como «actitud asocial» del autor [21]. La comprobación de esa actitud presupondría que el autor tuvo la posibilidad de llegar a ser consciente de la dañosidad social de su comportamiento y además, «en relación normativa», que «se puede exigir del autor un comportamiento conforme a Derecho en lugar del antijurídico efectivamente realizado» [22]. Esta exigencia se regiría por aquello que habría podido rendir un «tipo de ciudadano mediano», «naturalmente, teniendo en cuenta las cualidades psicofísicas cognoscibles en el autor» [23]. Las causas de exculpación legalmente tipificadas son, de acuerdo con esta teoría, supuestos en que se presume la inexigibilidad; la inexigibilidad general se añade complementariamente, lo que en la práctica sólo tendrá efecto en raros casos excepcionales [24]. Contra esta teoría son válidas las objeciones esgrimidas contra la solución de *Freudenthal*: La capacidad, jurídicamente relevante, de un individuo de rendir como el tipo de ciudadano medio no se puede averiguar de modo exclusivamente psicológico, sino que se debe determinar también a la vista de si el conflicto social (el hecho antijurídico) se puede resolver de modo distinto a mediante imputación. Además, el contenido material que se le asigna a la culpabilidad, es decir, la actitud asocial, se encuentra también en amplios

---

[20] Schuld und Vorwurf, p. 7; *vid.* además el proyecto alternativo de *Goldschmidt* de 1922, § 22 *a;* más detalles en *Frellesen*, Strafrecht, § 36, IV, 1.

[21] *V. Liszt-Schmidt*, Strafrecht, § 36, IV, 1; *Eb. Schmidt*, Materialien, t. I, pp. 9 ss., 24; *el mismo*, NJW, 1967, pp. 1929 ss., 1939 s.

[22] *V. Liszt-Schmidt*, Strafrecht, § 36, III, 3 *b*.

[23] *V. Liszt-Schmidt*, Strafrecht [25], § 42, II; sin esta concesión a la situación individual: *Eb. Schmidt*, Mitteilungen IKV, versión moderna, t. V, pp. 131 ss.; 152; *v. Liszt-Schmidt*, Strafrecht [26], § 42, II.

[24] *V. Liszt-Schmidt*, Strafrecht, § 42, III.

ámbitos de inculpabilidad jurídica: También el autor enajenado de un hecho antijurídico muestra una actitud asocial.

12 5. *Mezger* [25], que reconoce igualmente la no exigibilidad como causa de exculpación general, sitúa en primer término la relación entre hecho y valoración. Según *Mezger*, «la culpabilidad jurídico-penal... (es) una suma de los presupuestos de la pena que se refieren a la persona del sujeto actuante», es decir, un hecho —«por lo general psicológico»—. Pero la culpabilidad es «al mismo tiempo, siempre, también un juicio de valor sobre el hecho de la culpabilidad» [26]. Esta suma de hecho y juicio se deshace después en favor del supuesto de hecho valorado: «La culpabilidad no es sólo hecho de la culpabilidad, sino hecho de la culpabilidad como objeto del reproche de culpabilidad» [27]. A este hecho de la culpabilidad valorado, como culpabilidad, no se acomoda bien, naturalmente, que se defina a la culpabilidad al mismo tiempo como «reprochabilidad» [28], o que se indique que la culpabilidad sea «en principio un juicio esencial de valor» [29]. La contradicción sólo se resuelve al separar distintas acepciones del concepto de culpabilidad. Se puede llamar culpabilidad a que algo se haya de juzgar negativamente (al igual que antijuricidad quiere decir que la realización del tipo, sin justificación, ha de juzgarse negativamente); a esto se alude con la culpabilidad como reprochabilidad. Pero también se puede llamar culpabilidad a lo juzgado negativamente a causa del juicio (al igual que la realización del tipo sin justificación es injusto) [30].

C. La teoría de la culpabilidad del finalismo

13 1. *a)* La problemática relación entre culpabilidad y evitabilidad (dolo e imprudencia) se debe resolver, según una versión que desemboca en el finalismo, considerando al dolo y a la imprudencia como los objetos de una valoración, frente a lo cual en la culpabilidad importa la valoración de tales objetos [31]; ejemplos: La culpabilidad del robo es, según esta solución, simplemente la valoración (también) del dolo de robar como jurídicamente disvalioso; el dolo de robar, por sí mismo, no es culpabilidad, sino objeto de la valoración. Los objetos de la valoración, según esta solución, ya no tienen lugar en el marco de la culpabilidad, dado que ésta no será más que la propia valoración, y así se presenta una estructura del delito que asigna al dolo y a la imprudencia un lugar en el injusto. Desde el punto de vista histórico, es mérito de la doctrina final de la acción haber desarrollado un modelo adecuado.

14 *b)* Naturalmente la estructura del delito finalista no ofrece para los problemas en cuestión una solución completa, pero ello no a causa del reparo, ya tempranamente esgrimido, de que en el concepto normativo de culpabilidad

[25] Strafrecht, § 49.
[26] *Mezger*, loc. cit., § 33, I y II.
[27] *Mezger*, loc. cit., § 33, II.
[28] *Mezger*, loc. cit.
[29] *Mezger*, Moderne Wege, p. 33.
[30] En este sentido el concepto de culpabilidad de *v. Hippel*, Strafrecht, t. II, p. 21.
[31] Así en los trabajos previos a *E. Wolf*, Schuldlehre, p. 126: *Dohna*, Aufbau, I, B, 2, ante *a* (así ya en la 1.ª edición, de 1936); *Welzel*, Strafrecht, § 19, III.

«la culpabilidad de una persona (se halla) simplemente en la mente de los demás» [32]: Este reparo confunde el juicio ideal —que no se halla en la mente de nadie— y el hecho de la realización del juicio. Así como el injusto no es injusto porque alguien lo juzgue como tal, sino que surge ya por la ejecución de un comportamiento antijurídico, así también la culpabilidad es independiente del hecho psíquico de la realización del juicio. Sin embargo, sí se produce un déficit porque tampoco la doctrina final de la acción alcanza a ubicar la conciencia (virtual) de la antijuricidad. De todos modos, esto se discute con el argumento de que sólo se reprocha el dolo (o la imprudencia), mientras que por el contrario la conciencia (virtual) de la antijuricidad es «el motivo por el que se reprocha al autor el dolo antijurídico. Puesto que el autor pudo darse cuenta de la antijuricidad y por tanto pudo omitir su decisión de actuar antijurídica, se le reprocha ésta. De aquí se desprende que el conocimiento del injusto no es elemento del dolo, sino sólo de la reprochabilidad» [33]. Esta distinción entre objeto y motivo del reproche no resuelve, sin embargo, el problema de la ubicación de la relación subjetiva con el injusto: Esta no pertenece al dolo, y tampoco es por sí misma reprochabilidad, es decir, culpabilidad. Además, una solución vinculada a la doctrina causal de la acción, que sólo tomara al acto voluntario como objeto del reproche, pero considerara al dolo y a la imprudencia, junto al conocimiento (virtual) del injusto, como motivo del reproche, sería a fin de cuentas equivalente para la imputación [34], aun cuando no fuera preferible por sus consecuencias para el concepto de injusto. No obstante, ningún camino lleva hasta la formación de un tipo de culpabilidad en el que se reúnan los presupuestos de la valoración de la culpabilidad, y a los que pertenezcan entonces, junto a la acción antijurídica (además de los elementos, en ella contenidos, de dolo e imprudencia), también objetos de valoración exclusivamente subjetivos, es decir, los elementos subjetivos de la culpabilidad, ante todo la conciencia (virtual) de la antijuricidad. Si dolo e imprudencia no pertenecieran al injusto por la teoría del injusto (y así, mediante el injusto, a la culpabilidad), habría que ubicarlos directamente con facilidad en el tipo de culpabilidad [35].

c) No obstante, se yerra cuando se afirma contra la solución finalista que 15
el concepto de culpabilidad limitado al juicio lleva a una «"desnaturalización" del concepto de culpabilidad» [36] o a «dejarlo vacío», etc. [37], afectando esta crítica no a lo normativo de la culpabilidad, pero sí a su exclusiva relevancia. En la teoría del delito no se trata —por expresarlo gráficamente— de unos cajones apilados, en los que pueden desaparecer objetos sin consideración al contenido de los demás cajones, sino de la ordenación de objetos hacia un fin, es decir, de la determinación de los presupuestos de la pena. Por eso los objetos (p. ej., dolo, imprudencia) integrados en los escalones iniciales del delito (p. ej., tipo) no se pierden para los escalones posteriores (p. ej., culpabilidad), sino que más

---

[32] *Rosenfeld*, ZStW, 32, pp. 446 ss., 469; *Baumann-Weber*, AT, § 24, I, 3; *Hohenleiter*, Rittler-Festschrift, pp. 185 ss., 190; *vid.* asimismo *Binding*, Normen, t. II (1), p. 275.

[33] *Welzel*, Strafrecht, § 22, II, tras ψ; pormenorizadamente *Horn*, Verbotsirrtum, pp. 56 ss.

[34] *Vid. Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, p. 185.

[35] En términos semejantes, *Hirsch*, Negative Tatbestansmerkmale, pp. 242 ss.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 510 s.

[36] *Mezger*, Moderne Wege, p. 34.

[37] *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, pp. 174 ss., y *passim*; *Baumann-Weber*, AT, § 24, II. 1.

bien «el saldo delictivo situado en un escalón más profundo (más alejado del fin) del concepto de delito vuelve a aparecer en el escalón más alto (más próximo al fin)» [38], lo que cabe resumirlo con la fórmula de que todo el injusto pertenece al tipo de cupabilidad. Ahora bien, si el injusto es en su totalidad objeto del juicio de culpabilidad, el desplazamiento de un elemento del delito desde la culpabilidad al injusto no puede dejar vacía la culpabilidad. La pertenencia de dolo e imprudencia al injusto no le quita nada, pues, al concepto de culpabilidad. A lo sumo, se puede insistir en llamar culpabilidad no sólo a la valorabilidad, sino también a lo que ha de valorarse, sin que así se unifiquen estos aspectos distintos.

D. El estado actual

16 1. Hasta ahora tampoco se ha solucionado satisfactoriamente el aspecto material de lo normativo, es decir, el problema de por qué el autor debe responder de su hecho antijurídico. Un sector de la doctrina refiere este deber responder a un «poder hacer» en relación con el hecho. «En el ámbito de la culpabilidad se trata del poder formar la voluntad, o, más exactamente, del poder orientarse la voluntad con arreglo al comportamiento debido» [39]. Aun prescindiendo de las objeciones que después se especificarán contra el poder, por sus poco claras relaciones con el problema de la libertad de voluntad (*infra* 17/23 ss.), no se puede suscribir el punto de partida por varios motivos. Por una parte, la relación entre deber y poder puede ser reflexiva, de modo que sólo del poder efectivo no se pueda deducir cuándo debe responder el autor. Algunos autores pueden rendir si se les dirige una exigencia drástica lo que les sería imposible si dicha exigencia fuese menos estricta. No sólo la necesidad, sino también el deber puede hacer surgir fuerzas. Más importante es, evidentemente, la objeción de que con el poder [40] no se puede captar la valoración de la situación en la que actúa el autor, sino sólo su existencia. Ello afecta (entre otras cosas) a las causas de exculpación. El que, p. ej., en el § 35 StGB el autor, por la situación de necesidad, tenga la culpa o deba responder por ella, no influye en su poder en la situación, pero sí, no obstante, en lo que se le exige (*infra* 17/69 ss.). Por último, *a posteriori* no se puede comprobar en absoluto el poder individual en la situación de la acción.

17 2. En conexión con *Gallas* [41] se suele atender al carácter defectuoso, desde el punto de vista jurídico, de la actitud, que constituirá el motivo de repro-

[38] *Welzel*, Strafrecht, § 22, III, ante 1 (las adiciones entre paréntesis no son del original).

[39] *Welzel*, Strafrecht, § 19, III; *el mismo*, ZStW, 60, pp. 428 ss., 456; *v. Weber*, Grundriß, § 14 *in fine*; *Brauneck*, GA, 1959, pp. 261 ss., *passim*; *Busch*, Moderne Wandlungen, pp. 11 ss. En tanto que se equipara la distinción deber-poder con la de injusto-culpabilidad, ello es incorrecto para todas las concepciones que —como la de aquí— atienden a la evitabilidad de la realización del tipo: Con la evitabilidad, ya el poder limita al injusto; *vid.* al respecto *Welzel*, Strafrecht, § 19, III; sobre la no consideración del poder individual en la culpabilidad, vid *infra* 17/23, y *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 192.

[40] El concepto de «ser capaz de» (*Dafür-Können*), que *Welzel* emplea como sinónimo del de «poder» (*Können*) es, ante consideraciones axiológicas, más abierto, pero a cambio también más impreciso.

[41] ZStW, 67, pp. 1 ss., 45; *el mismo* Mezger-Festschrift, pp. 31 ss., 323 s.

char un hecho al autor [42], debiéndose entender por actitud no la habitual, sino la disposición mostrada actualmente en el hecho. Dado que sin embargo también un enajenado en el momento del hecho puede poner de manifiesto actualmente una actitud jurídicamente defectuosa —si bien ello no se le puede achacar—, el concepto de actitud no es útil si a la cualidad de lo defectuoso aún ha de añadirse la de «censurable» [43]. Ahí queda sin resolver el problema material (¿qué es censurable?); lo único que se hace es desplazar el problema a un concepto que no ofrece ventaja alguna frente al de reprochabilidad de *Frank* (*supra* 17/7). Más satisface la variante que indaga el motivo de la culpabilidad en la «participación» del autor «en los valores básicos de la convivencia»: «Si el autor ha cometido injusto culpablemente, ha negado, por decirlo así, su propia participación en los valores básicos de la convivencia; como ser subjetivo-espiritual se ha situado al margen de su participación en el espíritu objetivo —consciente o inconscientemente—» [44]. Obviamente, esta solución no puede tener en cuenta que el autor, en una situación especial (cuando concurren causas de exculpación), sigue siendo partícipe en los valores básicos de la convivencia sin tener culpabilidad [44a]. Ejemplo: Al autor en una situación del § 35 StGB no le son inaccesibles —por la situación de necesidad— los valores básicos de la convivencia.

III. CONCEPTO FUNCIONAL DE CULPABILIDAD. FUNDAMENTACION

BIBLIOGRAFIA: *H. Achenbach,* Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974; *el mismo,* Individuelle Zurechnung, Verantwortung, Schuld, en: *B. Schünemann* (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pp. 135 ss.; *P.-A. Albrecht,* Unsicherheitszonen des Schuldbegriffs, GA, 1983, pp. 193 ss.; *K. Amelung,* Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, en: *B. Schünemann* (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pp. 85 ss.; *Aristóteles,* Werke, en traducción alemana, t. VI, Nikomachische Ethik, ed. v. *H. Flashar,* traducción de *F. Dirlmeier,* 6.ª ed., 1964; *E. Bacigalupo,* Schuld und Prävention in der Begründung des spanischen und lateinamerikanischen Strafrechts, ZStW, 92, pp. 747 ss.; *el mismo,* Strafzumessung in der spanischen Strafrechtsreform, Hilde Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 557 ss.; *A. Baratta,* Ideologie und Idee in der strafrechtsphilosophischen Lehre von der Willensfreiheit, en: el mismo Philosophie und Strafrecht, 1985, pp. 267 ss.; *M. Baurmann,* Schuldlose Dogmatik? Überlegungen im Anschluß an George P. Fletcher: «"Ordinary Language Philosophy" und die Neubegründung der Strafrechtsdogmatik», en: *K. Lüderssen* y *F. Sack* (ed.), Seminar: Abweichendes Verhalten, t. IV, 1980, pp. 196 ss.; *el mismo,* Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit, 1981; *el mismo,* Zweckrationalität und Strafrecht, 1987; *H. Beckmann,* Zur Neuregelung der vorsätzlichen Tötungsdelikte, GA, 1981, pp. 337 ss.; *M. Bergmann,* Die Milderung der Strafe nach § 49, Abs. 2 StGB, 1988; *G. Bier-*

---

[42] *Jescheck,* AT, § 38, II, 5; *Wessels,* AT, § 10, I, 3; *Schönke-Schröder-Lenckner,* núm. marg. 1219, ante, § 13; en contra, *Roxin,* Henkel-Festschrift, pp. 171 ss., 176 s.; *el mismo,* ZStW, 82, pp. 675 ss., 687 s.; *Otto,* ZStW, 87, pp. 539 ss., 581; *el mismo,* GA, 1981, pp. 481 ss., 484.

[43] *Jescheck,* loc. cit.

[44] *Schmidhäuser,* AT, 6/22; *vid. el mismo,* Gesinnungsmerkmale, p. 178; *el mismo,* Gallas-Festschrift, pp. 81 ss., 93 ss.; *el mismo,* Jescheck-Festschrift, pp. 485 ss., 490 ss.

[44a] *Schmidhäuser,* Jescheck-Festschrift, pp. 485 ss., 495, con nota 19, tacha a estas objeciones de nominalistas.

bauer y *B. Haffke*, Schuld und Schuldunfähigkeit, en: *W. Hassemer* y *K. Lüderssen* (ed.), Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, t. III, 1978, pp. 121 ss.; *H. Bindokat*, Zur Rückfallstrafe de lege ferenda, ZStW, 71, pp. 281 ss.; *R. Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; *P. Bockelmann*, Studien zum Täterstrafrecht, 2.ª parte, 1940; *el mismo*, Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit, ZStW, 75, pp. 372 ss.; *A.-E. Brauneck*, Zum Schuldstrafrecht des neuesten Einwurfs eines Strafgesetzbuchs, MonSchrKrim, 1958, pp. 129 ss.; *H.-J. Bruns*, Alte Grundfragen und neue Entwicklungstendenzen im modernen Strafzumessungsrecht, Welzel-Festschrift, pp. 739 ss.; *el mismo*, Strafzumessungsrecht, 2.ª ed., 1974; *el mismo*, Leitfaden des Strafzumessungsrechts, 1980; *B. Burkhardt*, Das Zweckmoment im Schuldbegriff, GA, 1976, pp. 321 ss.; *el mismo*, Charaktermängel und Charakterschuld. Überlegungen zu BGH NJW 1966, 1871, en: *K. Lüderssen* y *F. Sack* (ed.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, t. I, 1980, pp. 87 ss.; *el mismo*, Überlegungen zu einer dispositionalen Deutung des Andershandelnkönnens, en: *M. Baumann et al.* (ed.), Analyse und Kritik, 3 (1981), pp. 155 ss.; *el mismo*, Zur Möglichkeit einer utilitaristischen Rechtfertigung des Schuldprinzips, en: *H. M. Baumgartner et al.* (ed.), Schuld und Verantwortung, 1983, pp. 51 ss.; *R. Busch*, Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, 1949; *A. Graf zu Dohna*, Ein unausrottbares Mißverständnis, ZStW, 66, pp. 505 ss.; *G. Dornseifer*, Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merkels, 1979; *E. Dreher*, Die Willensfreiheit, 1987; *G. Dux*, Der Täter hinter dem Tun, 1988; *K. Engisch*, Reseña bibliográfica, ZStW, 61, pp. 166 ss.; *el mismo*, Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen?, ZStW, 66, pp. 339 ss.; *el mismo*, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 2.ª ed., 1965; *el mismo*, Um die Charakterschuld, MonSchrKrim, 1967, pp. 108 ss.; *J. de Figueiredo Dias*, Schuld und Persönlichkeit, ZStW, 95, pp. 220 ss.; *G. P. Fletcher*, Utilitarismus und Prinzipiendenken im Strafrecht, ZStW, 101, pp. 803 ss.; *H. Geiter*, Rückfallvorschrift (§ 48 StGB) aufgehoben, ZRP, 1988, pp. 376 ss.; *W. Grasnick*, Über Schuld, Strafe und Sprache, 1987; *A. Griffel*, Prävention und Schuldstrafe, ZStW, 98, pp. 28 ss.; *el mismo*, Widersprüche um die Schuldstrafe, GA, 1989, pp. 193 ss.; *G. Gründwald*, Die Strafrechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland und in der Deutschen Demokratischen Republik, ZStW, 82, pp. 250 ss.; *B. Haffke*, Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie, GA, 1978, pp. 33 ss.; *el mismo*, Rückfall und Strafzumessung, en: *B. Schünemann* (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pp. 197 ss.; *E. W. Hanack*, Zur Problematik einer Sonderstrafe für Rückfalltäter, en: *J. Baumann* (ed.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer, 1968, pp. 100 ss.; *W. Hassemer*, Über die Berücksichtigung der Folgen der Auslegung der Strafgesetze, Coing-Festschrift, t. I, pp. 493 ss.; *el mismo*, Alternativen zum Schuldprinzip?, en: *H. M. Baumgartner et al.* (ed.), Schuld und Verantwortung, 1983, pp. 89 ss.; *W. Hauptmann*, Strafrecht und Willenfreiheit, Rechtstheorie, 1984, pp. 153 ss.; *H. Henkel*, Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosphisches Problem, Larenz-Festschrift, pp. 3 ss.; *F. Herzog*, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, 1987; *Th. Hillenkamp*, Zur materiellen Rückfallklausel des § 17 StGB, GA 1974, pp. 208 ss.; *H. J. Hirsch*, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, Universitat zu Köln-Festschrift, pp. 399 ss.; *O. Höffe*, Kategorische Rechtsprinzipien, 1990; *H. Holzhauer*, Willenfreiheit und Strafe. Das Problem der Willenfreiheit in der Strafrechtslehre des, 19. Jahrhunderts und seine Bedeutung für den Schulenstreit, 1970; *E. Horn*, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit. Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie, 1969; *el mismo*, Zum Stellenwert der «Stellenwerttheorie», Bruns-Festschrift, pp. 165 ss.; *H. Horstkotte*, Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über die Strafbemessung (5513-16, 60 StGB), JZ, 1970, pp. 122 ss.; *H. Jäger*, Strafrecht und psychoanalytische Theorie, Henkel-Festschrift,

pp. 125 ss.; *el mismo*, Subjektive Verbrechensmerkmale als Gegenstand psychologischer Wahrheitsfindung, MonSchrKrim., 1978, pp. 297 ss.; *el mismo*, Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens, 1985; *G. Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *el mismo*, Schuld und Prävention, 1976; *el mismo*, Zum Verhältnis von psychischem Faktum und Norm bei der Schuld, en: *H. Göppinger* y *P. H. Bresser* (ed.), Sozialtherapie - Grenzfragen bei der Beurteilung psychischer Auffälligkeiten im Strafrecht, 1982, pp. 127 ss.; *el mismo*, Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?, en: *D. Henrich* (ed.), Aspekte der Freiheit, 1982, pp. 69 ss.; *el mismo*, Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern, ZStW, 101, pp. 516 ss.; *H.-H. Jescheck*, Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ZStW, 93, pp. 1 ss.; *W. Kargl*, Kritik des Schuldprinzips. Eine rechtssoziologische Studie zum Strafrecht, 1982; *Arthur Kaufmann*, Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, JZ, 1967, pp. 553 ss.; *el mismo*, Das Schuldprinzip, 1961; *el mismo*, Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Lange-Festschrift, pp. 27 ss.; *el mismo*, Schuld und Prävention, Wassermann-Festschrift, pp. 889 ss.; *el mismo*, Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht, Jura, 1986, pp. 225 ss.; *el mismo*, Strafrecht und Freiheit, Fundamenta Psychiatrica, 1988, pp. 186 ss.; *F. Kaufmann*, Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld, 1929; *M. Köhler*, Die bewußte Fahrlässigkeit, 1982; *el mismo*, Strafbegründung im konkreten Rechtsverhältnis, Lackner-Festschrift, pp. 11 ss.; *el mismo*, Comentario a BayObLG, JZ, 1989, pp. 696 s., loc. cit., pp. 697 ss.; *E. Kohlrausch*, Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung, 1910; *H. Kollmann*, Der symptomatische Verbrechensbegriff, ZStW, 28, pp. 449 ss.; *el mismo*, Die Bedeutung der Frage nach der Willensfreiheit für den Streit der Strafrechtstheorien, MonSchrKrim., 6 (1909/1910), pp. 449 ss.; *J. Krümpelmann*, Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das Zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969, ZStW, 88, pp. 6 ss.; *el mismo*, Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs, GA, 1983, pp. 337 ss.; *K.-L. Kunz*, Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984; *el mismo*, Überlegungen zur Strafbemessung auf erfahrungswissenschaftlicher Grundlage, en: *G. Kielwein* (ed.), Entwicklungswege in der Kriminologie, 1985; *el mismo*, Prävention und gerechte Zurechnung, ZStW, 98, pp. 823 ss.; *K. Lackner*, Über neue Entwicklungen in der Strafzumessungslehre und ihre Bedeutung für die richterliche Praxis, 1978; *el mismo*, Prävention und Schuldunfähigkeit, Kleinknecht-Festschrift, pp. 245 ss.; *R. Lange*, Reseña bibliográfica, ZStW, 61, pp. 178 ss.; *el mismo*, Grundfragen der deutschen Strafrechtsreform, SchwZStr., 70 (1955), pp. 373 ss.; *el mismo*, Die moderne Anthropologie und das Strafrecht, en: *E. R. Frey* (ed.), Schuld, Verantwortung, Strafe, 1964, pp. 277 ss.; *el mismo*, Neue Wege zu einer gesamten Strafrechtswissenschaft, Jescheck-Festschrift, pp. 53 ss.; *Th. Lenckner*, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, en: *H. Göppinger* y *H. Witter* (ed.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, t. I, 1972, pp. 3 ss.; *F. v. Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW, 3, pp. 1 ss.; *M. Maiwald*, Gedanken zu einem sozialen Schuldbegriff, Lackner-Festschrift, pp. 149 ss.; *G. Mangakis*, Über das Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit, ZStW, 75, pp. 499 ss.; *H. Marquardt*, Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel, 1972; *R. Maurach*, Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, Gutachten 43. DJT, t. I, Parte 3 (A), 1960; *E. Mezger*, Die Straftat als Ganzes, ZStW, 57, pp. 675 ss.; *el mismo*, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950; *R. Moos*, Positive Generalprävention und Vergeltung, Pallin-Festschrift, pp. 283 ss.; *H. Müller-Dietz*, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967; *W. Naucke*, Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, 1985; *U. Neumann*, Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit, ZStW, 99, pp. 567 ss.; el mismo, *U. Schroth*, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980; *P. Noll*, Schuld

und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, H. Mayer-Festschrift, pp. 219 ss.; *F. Nowakowski*, Freiheit, Schuld, Vergeltung, Rittler-Festschrift, pp. 55 ss.; *M. Oswald*, Was wird gemessen bei der Strafzumessung?, GA, 1987, pp. 147 ss.; *H. Otto*, Über den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde, GA, 1981, pp. 481 ss.; *C. Pfeiffer*, Zur Strafschärfung bei Rückfall, Blau-Festschrift, pp. 291 ss.; *W. Platzgummer*, Strafe, Schuld und Persönlichkeitsadäquanz, Pallin-Festschrift, pp. 319 ss.; *U. Pothast*, Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise, 1980; *K. Probst*, Geistig abnorme Rechtsbrecher - Problem der Rechtsprechung, en: Bezauer Tage. Chancen und Grenzen der vorbeugenden Maßnahmen als Alternative zur Freiheitsstrafe, 1986; *E. Quanbusch*, Rechtsstaatsprinzip, Verschuldensgrundsatz und das antikausale Werturteil, JA, 1987, pp. 68 ss.; *G. Radbruch*, Über den Schuldbegriff, ZStW, 24, pp. 333 ss.; *C. Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS, 1966, pp. 377 ss.; *el mismo*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª ed., 1973; *el mismo*, Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, MonSchrKrim., 1973, pp. 316 ss.; *el mismo*, «Schuld» und «Verantwortlichkeit» als strafrechtliche Systemkategorien, Henkel-Festschrift, pp. 171 ss.; *el mismo*, Über den Notwehrexzeß, Schaffstein-Festschrift, pp. 105 ss.; *el mismo*, Prävention und Strafzumessung, Bruns-Festschrift, pp. 183 ss.; *el mismo*, Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke, Schultz-Festgabe, pp. 463 ss.; *el mismo*, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, Bockelmann-Festschrift, pp. 279 ss.; *el mismo*, Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW, 96, pp. 641 ss.; *el mismo*, Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?, SchwZStr., 104 (1987), pp. 365 ss.; *H.-J. Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969; *F. Sack*, Probleme der Kriminalsoziologie, en: *R. König* (ed.), Handbuch der empirischen Sozialforschung, t. XII, 1969, pp. 192 ss.; *W. Sax*, Grundsätze der Strafrechtspflege, en: *K. A. Bettermann, H. C Nipperdey, U. Scheuner* (ed.), Die Grundrechte, t. III (2), 2.ª ed., 1972, pp. 909 ss.; *F. Schaffstein*, Spielraum-Theorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen, Gallas-Festschrift, pp. 99 ss.; *U. Scheffler*, Kriminologische Kritik des Schuldstrafrechts, 1985; *el mismo*, Grundlegung eines kriminologisch orientierten Strafrechtssystems, 1987; *W. Schild*, Soziale und rechtliche Verantwortungen, JZ, 1980, pp. 597 ss.; *E. Schmidhäuser*, Über den axiologischen Schuldbegriff des Strafrechts: Die unrechtliche Tatgesinnung, Jescheck-Festschrift, pp. 485 ss.; *Eb. Schmidt*, Zur Theorie des unbestimmten Strafurteils, SchwZStr., 45 (1931), pp. 200 ss.; *el mismo*, Strafzweck und Strafzumessungsregeln, Materialien, t. I, pp. 9 ss.; *el mismo*, Freiheitsstrafe, Ersatzfreiheitsstrafe und Strafzumessung im Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs, NJW, 1967, pp. 1929 ss.; *Chr. Schöneborn*, Die regulative Funktion des Schuldprinzips bei der Strafzumessung, GA, 1975, pp. 272 ss.; *el mismo*, Schuldprinzip und generalpräventiver Aspekt, ZStW, 88 pp. 349 ss.; *el mismo*, Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion des strafrechtlichen Schuldprinzips, ZStW, 92, pp. 682 ss.; *H.-L. Schreiber*, Was heißt heute strafrechtliche Schuld und wie kann der Psychiater bei ihrer Feststellung mitwirken? Der Nervenarzt, 48 (1977), pp. 242 ss.; *el mismo*, Vor dem Ende des Schuldstrafrechts?, en: *U. Immenga* (ed.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, 1980, pp. 281 ss.; *el mismo*, Schuld und Schuldfähigkeit im Strafrecht, Richterakademie-Festschrift, pp. 73 ss.; *el mismo*, Juristische Grundlagen, en: *U. Venzlaff* (ed.), Psychiatrische Begutachtung, 1986, pp. 3 ss.; *B. Schünemann*, Die Funktion des Schuldbegriffs in einem modernen Präventionsstrafrecht, en: Seikei Hogaku (The Journal of Legal, Political and Social Sciences, Tokyo), 1983, pp. 20 ss.; *el mismo*, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, en: *el mismo* (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pp. 153 ss.; *el mismo*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA, 1985, pp. 341 ss., 1986, pp. 293 ss.; *el mismo*, Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland, en: *H.-J. Hirsch et al.* (ed.), Stra-

frecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, pp. 149 ss.; *K. Seelmann*, Neue Entwicklungen beim strafrechtsdogmatischen Schuldbegriff, Jura, 1980, pp. 505 ss.; *P. Strasser*, Verbrechermenschen. Zur kriminalwissenschaftlichen Erzeugung des Bösen, 1984; *G. Stratenwerth*, Tatschuld und Strafzumessung, 1972; *el mismo*, Reseña bibliográfica, ZStW, 91, pp. 902 ss.; *el mismo*, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977; *el mismo*, Willensfreiheit - eine staatsnotwendige Fiktion?, SchwZStr., 101 (1984), pp. 225 ss.; *W. Stree*, Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960; *F. Streng*, Schuld, Vergeltung, Generalprävention, ZStW, 92, pp. 637 ss.; *el mismo*, Richter und Sachverständiger. Zum Zusammenwirken von Strafrecht und Psychowissenschaften bei der Bestimmung der Schuldfähigkeit (§§ 20, 21 StGB), Leferenz-Festschrift, pp. 397 ss.; *O. Tesař*, Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens, 1907; *U. Tiemeyer*, Grundlagenprobleme des normativen Schuldbegriffs, GA, 1986, pp. 201 ss.; *el mismo*, Zur Möglichkeit eines erfahrungs-wissenschaftlich gesicherten Schuldbegriffs, ZStW, 100, pp. 527 ss.; *G. Timpe*, Strafmilderung des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983; *V. Vanberg*, Verbrechen, Strafe und Abschreckung, 1982; *M. Walter*, Läßt sich der Handlungsunwert an der aufgewendeten «kriminellen Energie» ermessen?, GA, 1985, pp. 197 ss.; *el mismo*, Die Bestimmung der Tatschuld und Bemessung der Strafe nach der vom Täter entwickelten «kriminellen Energie», H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 493 ss.; *G. Warda*, Zur gesetzlichen Regelung des vermeidbaren Verbotsirrtums, ZStW, 71, pp. 252 ss.; *H. Welzel*, Persönlichkeit und Schuld, ZStW, 60, pp. 428 ss.; *el mismo*, Gedanken zur «Willensfreiheit», Engisch-Festschrift, pp. 91 ss.; *H. Zipf*, Reseña de bibliografía, ZStW, 89, pp. 706 ss.; *el mismo*, Kriminalpolitik, 2.ª ed., 1980; *el mismo*, Der strafrechtliche Schuldbegriff, JurBl., 1980, pp. 186 ss.; *el mismo*, Die Integrationsprävention, Pallin-Festschrift, pp. 479 ss.

A. Función del concepto de culpabilidad

I. La misión que ha de desempeñar el concepto de culpabilidad [45] consiste en caracterizar la motivación no conforme a Derecho del autor como motivo del conflicto. Cuando hay un déficit de motivación jurídica, ha de castigarse al 18

[45] La determinación de la culpabilidad teniendo en cuenta su capacidad de rendimiento para alcanzar el fin de la pena es corriente en el Derecho penal exclusivamente retributivo: La culpabilidad es, según éste, lo que merece retribución. Una formulación generalizada halla la determinación a partir del fin de la pena en *Felix Kaufmann*, Grundprobleme, pp. 111 ss., 112: «Llegamos a la conclusión de que cabe considerar un criterio para averiguar si determinado comportamiento es culpable, el que tal comportamiento se pueda combatir eficazmente mediante la pena —en el sentido de los fines de la pena perseguidos en cada caso—, y así apreciamos en este punto cómo el problema de la culpabilidad desemboca en la teleología político-criminal.» En el concepto psicológico de culpabilidad se ha supuesto significado preventivo-especial ya por parte de *Radbruch*, mediante la referencia a la disposición anímica antisocial; *vid.* al respecto además *Eb. Schmidt*, Materialien, t. I, pp. 9 ss., 21, refiriéndose a *Kohlrausch*, Mitteilungen IKV, versión moderna, t. III, p. 6; *Eb. Schmidt*, SchwZStr., 1931, pp. 200 ss., 226 ss.; *el mismo*, NJW, 1967, pp. 1929 ss., 1939 s.; *Brauneck*, MonSchrKrim., 1958, pp. 129 ss., 142 ss.; en contra, críticamente, *Stratenwerth*, Tatschuld, pp. 5 s. Una determinación de la culpabilidad en función de las necesidades de prevención general la emprende *Noll*, H. Mayer-Festschrift, pp. 219 ss. La fundamentación de esta relación, precisada sobre la base de la prevención general como ejercitamiento en la fidelidad al Derecho, y no como intimidación general, es objeto de la obra de *Jakobs*, Schuld und Prävention, *passim*; coincidiendo ampliamente, *Moos*, Pallin-Festschrift, pp. 283 ss., 300 ss.; *Dornseifer*, Rechtstheorie, pp. 104 ss.; *Achenbach*, en: Grundfragen, pp. 135 ss., 140 ss.; *Streng*, ZStW, 92, pp. 637 ss.; *el mismo*, ZStW, 101, pp. 273 ss. (*Streng* parte, desde un punto de vista psicologizante, de «necesidades de autoestabilización», loc. cit., p. 288); en cuanto al punto de partida, am-

pliamente comparables *Neumann*, ZStW, 99, pp. 567 ss., 587 ss., y *passim*; *vid.* asimismo *Kunz*, Bagatellprinzpip, pp. 266 ss., 275; *el mismo*, en: Entwicklungslinien, pp. 29 ss., 37; *Bloy*, Beteiligungsform, pp. 38 s.; más bibliografía *supra* I/nota 16. *Roxin* ha desarrollado la separación entre culpabilidad y responsabilidad (*Verantwortung*), estando la responsabilidad orientada a fines. Esta solución desemboca en que la prevención y la culpabilidad —entendida tradicionalmente— se limitan recíprocamente. El principal ámbito de aplicación de esta versión reside en explicar las causas de exculpación; *Roxin*, Kriminalpolitik, pp. 33 ss.; *el mismo*, Henkel-Festschrift, pp. 171 ss. (para la determinación de la culpabilidad y de la capacidad de culpabilidad. *Verantwortlichkeit*); *el mismo*, Schaffstein-Festschrift, pp. 105 ss. (sobre el exceso en la legítima defensa); *el mismo*, MonSchrKrim, 1973, pp. 316 ss. El fruto de esta versión para la medida de la culpabilidad no pasa de ser modesto: *el mismo*, Bockelmann-Festschrift pp. 279 ss., 284 ss.; *vid.* también *el mismo*, Bruns-Festschrift, pp. 18 ss.; *el mismo*, Schultz-Festgabe, pp. 463 ss.; *el mismo*, ZStW, 96, pp. 641 ss.; *el mismo*, SchwZStr., 104 (1988), pp. 365 ss. Cuando del «fracaso de la consideración psicológico-individual» (*Haffke*, GA, 1978, pp. 33 ss., 43), que se constata desde una perspectiva de Psicología profunda, se extrae la consecuencia de entender la culpabilidad como atribución, ello no difiere del planteamiento del concepto funcional de culpabilidad. Un panorama de la evolución reciente lo da *Seelmann*, Jura, 1980, pp. 505 ss. Acerca del Derecho austriaco, *vid. Probst*, en: Chancen, pp. 149 ss., 156 ss.

Objeciones relativas a si el tornarse manifiestas funciones latentes en el concepto de culpabilidad orientado preventivamente no perturban su funcionalidad (¿Sigue operando la atribución de la culpabilidad cuando se dice abiertamente para qué se produce?), en *Neumann*, en: *Neumann-Schroth*, Theorien, pp. 122 s. Críticamente sobre la determinación de la culpabilidad en función de la necesidad de prevención, *Stratenwerth*, Zukunft, pp. 30 ss.; *el mismo*, ZStW, 91, pp. 902 ss., 915 ss.; *el mismo*, SchwZStr., 101 (1984), pp. 225 ss., 223; *Arthur Kaufmann*, Wassermann-Festschrift, pp. 899 ss., 892 ss.; *el mismo*, Jura, 1986, pp. 225 ss., 229 ss. (p. 230: «nominalismo de la culpabilidad»); *Schreiber*, Nervenarzt, 48 (1977), pp. 242 ss., 244 ss. (no obstante, menos críticamente *el mismo*, Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, pp. 281 ss., 289 ss.); *Burkhardt*, GA, 1976, pp. 321 ss.; *el mismo*, en: Vom Nutzen, t. I, pp. 87 ss.; *el mismo*, Analyse und Kritik 3 (1981), pp. 155 ss., 165 ss.; *el mismo*, en: Schuld und Verantwortung, pp. 51 ss., 63 ss.; *Maiwald*, Lackner-Festschrift, pp. 149 ss., 155 ss.; *Albrecht*, GA, 1983, pp. 193 ss., 195 ss.; *Hirsch*, Universität zu Köln-Festschrift, pp. 399 ss., 417 ss.; *Fletscher*, ZStW, 101, pp. 803 ss., 812 ss.; *Platzgummer*, Pallin-Festschrift, pp. 319 ss., 328 ss.; *Schöneborn*, ZStW, 88, pp. 349 ss.; *el mismo*, ZStW, 92, p. 682 ss.; *Zipf*, ZSTW, 89, pp. 706 ss., 707 ss., 710 ss.; *el mismo*, Kriminalpolitik, § 4, 2.°, 12; *el mismo*, Pallin-Festschrift, pp. 479 ss.; *Jescheck*, ZStW, 93, pp. 1 ss., 23 ss.; *Otto*, GA, 1981, pp. 481 ss., 490; *Schünemann*, en: Strafrechtssystem, pp. 153 s., 168 ss., pasa por alto en su crítica que aquí no tanto se introduce algo nuevo como más bien se interpreta de modo nuevo lo que ya existe desde hace tiempo (y por eso el reproche de la anticonstitucionalidad del esquema aquí defendido —*Schünemann*, en: Strafrecht, pp. 147 ss., 159— se encuentra próximo en el plano de las categorías). Debido a que la interpretación se realiza sobre funciones y normas, esgrime el reproche de que se practica un «normativismo» sin «factores reales» (pp. 181, 184 y *passim*), queriendo aludir a lo siguiente: falta la perspectiva ontológica (pudiéndose practicarla también en variantes exornadas lingüísticamente; así, p. ej., *Schünemann*, en: Strafrechtssystem, pp. 163 ss., sobre el libre albedrío; *vid.* también *el mismo*, en Seiki Hogaku, pp. 20 ss., 84 ss.). Esta ontologización va tan lejos que la explicación del significado de las atribuciones se estiliza hasta convertirla en tarea sociológica, mientras que el Derecho penal se remite a los «datos previos de índole antropológica» (p. 184); ¿Ya no sigue siendo la atribución un concepto de la ciencia jurídico-penal? *Vid.* además *Jäger*, Zurechnung, pp. 43 ss.; *el mismo*, Henkel-Festschrift, pp. 125 ss., 134; *Figueiredo Dias*, ZStW, 95, pp. 220 ss., 227; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 1 ss., ante § 19; *Lackner*, nota III 4, ante § 13; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 30, núm. marg. 49; *AK-Schild*, §§ 20, 21, núm. marg. 72 ss.; *Bacigalupo*, ZStW, 92, pp. 747 ss.; *Sack*, en: Handbuch der empirischen Sozialforschung, t. XII, pp. 192 ss., 373 ss., 383.; *Baurmann*, en: Seminar: Abweichendes Verhalten t. IV, pp. 196 ss., 212 ss.; *el mismo*, Folgeorientierung, pp. 24 ss., y *passim*; *Bierbrauer* y *Haffke*, en: Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, t. III, pp. 121 ss.; *Beckmann*, GA, 1981, pp. 337 ss., 353 ss.; *Hassemer*, Einführung, § 22, IV, excurso 2; *el mismo*, en: Schuld und Verantwortung, pp. 89 ss., 92; *el mismo*, Coing-Festschrift, t. 1, pp. 493 ss., 507, 522 s.; *Lange*, Jescheck-Festschrifts., 53 ss., 63; *Grasnick*, Schuld, pp. 61 ss.; *Amelung*, en: Strafrechtssystem, pp. 85 ss., 97 ss.; *Scheffler*, Grundlegung, pp. 69 ss., 93 ss. y *passim*.

autor [45a], si injusto y culpabilidad no han sido minimizados mediante una modificación del hecho o mediante sucesos *posteriores* a éste (p. ej., mediante el desistimiento, § 24 StGB, en parte también mediante la prescripción, §§ 78 ss. StGB; al respecto, *supra* 10/22, entre otros) y si la impunidad no se ve determinada por circunstancias situadas *más allá del injusto material* (*supra* 10/11 hasta 14). Se pune para mantener la confianza general en la norma, para ejercitar en el reconocimiento general de la norma (*supra* 1/15). Con arreglo a este fin de la pena, el concepto de cupabilidad no ha de orientarse hacia el futuro, sino que de hecho está orientado hacia el presente, en la medida en que el Derecho penal funciona, es decir, contribuye a estabilizar el ordenamiento. Se trata, pues, de que del círculo de las múltiples condiciones de cualquier acción antijurídica debe poderse señalar un déficit de motivación jurídica en el autor como motivo relevante, si ha de castigársele. El aislamiento de la motivación no jurídica como motivo del conflicto se va llevando a cabo a lo largo de los escalones del delito [45b].

2. *a)* A fin de fundamentar una *acción* (típica y antijurídica), se forma 19
un sistema psicofísico; el *output* de este sistema (autor) constituye acción cuando aquél no se habría producido si se supone un motivo dominante de evitarlo. La existencia de acción se vincula al poder de la motivación, ya que entonces se la puede definir, a causa de la responsabilidad del autor por su motivación, como su propia expresión de sentido, con el contenido de que el mundo debe ser así y no de otro modo (*vid. supra* 6/24). En el marco del concepto de acción carece de importancia el que el no evitar se base en un déficit de motivación *jurídica*: También hay acciones atípicas o justificadas, o ejecutadas en desconocimiento inevitable de la prohibición, etc.

En la acción *antijurídica* consta que falta una motivación jurídica en cuanto a su contenido. Pero con ello aún no se ha determinado que esa falta se base además en un déficit de fidelidad al Derecho (es decir, en una falta de motivación jurídica de la que tenga que responder el autor, *supra* 17/1): Y es que para el autor puede ser inaccesible la norma infringida, o inexigible el obedecerla [45c]. El motivo para esta distinción entre contenido de la norma y reconocimiento de la norma reside en que el contenido de la norma, como objeto del reconocimiento de la norma, no puede abarcar al mismo tiempo un juicio so-

[45a] La pena se entiende aquí en sentido amplio, como toda reacción gravosa formal; en los supuestos extremos basta incluso la mera investigación del hecho, p. ej., en el delito absolutamente de bagatela del § 153.1 StGB. En la renuncia a la pena (en sentido estricto) con arreglo al § 60 StGB, ¡junto con el proceso concurre la *poena naturalis* que se ha producido!

[45b] El concepto funcional de culpabilidad sólo puede desarrollarse, en este modelo, a través de escalones del delito formados igualmente de modo funcional, resultando posibles restricciones en *todos* los escalones debidas a principios disfuncionales pero en general conformes con la definición de Estado (Estado de Derecho); al respecto, *Naucke*, Wechselwirking, pp. 27 s., nota 25.

[45c] *Schünemann* (en: Strafrechtssystem, pp. 153 ss., 177; *vid.* asimismo *Höffe*, Rechtsprinzipien, pp. 217 ss., 232 s.) afirma que en hechos con dificultades probatorias que se manifiestan típicamente, sobre todo relativas al aspecto subjetivo, debería poderse imponer, de acuerdo con el modelo que aquí se propone, una pena por sospecha para que nadie cometiese tal hecho especulando con la dificultad probatoria. Este argumento, extraído del baúl de los recuerdos del debate en torno al utilitarismo, a lo sumo se ajusta a la prevención general negativa, e incluso a ésta apenas: En la medida del peligro de que se va a ser castigado de todos modos (también por sospecha), desciende el riesgo específico de resultar castigado precisamente por una fechoría; *Vanberg*, Verbrechen, pp. 9 s.

bre este reconocimiento (es decir, sobre la relación consigo mismo). Por ello la norma presupone la posibilidad de su reconocimiento. Si falta tal reconocimiento, hay injusto. Pero el que este injusto se le pueda achacar a quien actúa injustamente se decide con arreglo a la fidelidad al Derecho y constituye el problema de la culpabilidad.

20 *b)* En la cuestión de la *imputabilidad* de una acción se trata de si la acción antijurídica constituye expresión de un déficit de fidelidad al Derecho o si al autor se le puede distanciar de la antijuricidad de su acción. A fin de averiguarlo, el sistema psicofísico ha de configurarse de modo distinto a como en el concepto de acción. Mientras que en el concepto de acción el cómo se pudo motivar a evitar se trata como asunto del autor, en la culpabilidad importa la determinación de qué factores relevantes para la motivación pertenecen al ámbito de tareas del autor y qué factores puede invocar [45d] el autor como no disponibles para él.

A título de ejemplo: Si un autor mata a una persona porque la odia, el odio constituye un factor relevante para la motivación. Si el autor pudiera invocar, para disculparse, que fue presa del odio, habría que buscar otra responsabilidad por el impulso de actuar peligroso. Pero sólo en casos excepcionales existe esa otra responsabilidad, y aun entonces sólo en parte. Si el autor de un homicidio, sin culpabilidad propia, ha sido movido a ira por la víctima, e impulsado a cometer el delito en el acto, se le hace responsable en parte a la víctima, disminuyendo la culpabilidad del autor (§ 213 StGB). El autor puede verse también disculpado parcialmente si ha sido movido al odio por el Estado mismo o por personas que tienen atribuida autoridad, p. ej., al odio hacia una minoría, por un régimen injusto; en estos casos se puede desplazar la carga de la responsabilidad del autor al instigador, siempre que se le pueda definir como tal instigador (*vid. infra* 199). En el supuesto normal, sin embargo, está descartado el desplazamiento de la responsabilidad por el impulso de actuar «odio»; la responsabilidad debe seguir siendo individual y no puede convertirse en pública [45c], dado que los impulsos de actuar ubicuos no son controlables en un sistema político de libertades, e incluso en otro sistema sólo de modo muy limitado se pueden controlar por parte de las instituciones públicas.

21 3. Así pues, a fin de determinar la culpabilidad ha de establecerse cuántas presiones sociales se le pueden achacar al autor afectado por la atribución de

---

[45d] *Köhler*, Bewußte Fahrlässigkeit, pp. 373 ss., 376, objeta que el concepto funcional de culpabilidad «ni siquiera se plantea la cuestión de cómo es que cabe cofundamentar la sanción partiendo del mismo sujeto de la voluntad —en su legítima funcionalidad propia—»; matizadamente, también *Herzog*, Prävention, pp. 51 ss., 130 ss., y *passim*. Por el contrario, habría que atender a la culpabilidad como «contradicción consigo mismo fundada en uno mismo» (también *el mismo*, Lackner-Festschrift, pp. 11 ss., 30 ss.). Acerca de la funcionalidad propia, *vid.* 1/20 y 17/48 *in fine*. Por lo que se refiere a la fundamentación propia de la contradicción con uno mismo, se trata de una acertada formulación de *la mitad* del problema: No se tiene en cuenta la contradicción con las expectativas de *otro*. Dadas tales suposiciones de armonía, huelga resolver aquellos problemas que comportan normas *heterónomas*. Además: Ni siquiera quien atiende a una contradicción con uno mismo puede prescindir de la construcción normativa de un sujeto, pues éste no puede invocar, evidentemente, que es un «yo en continuo cambio», sino que, frente a su facticidad, se le concibe como algo constante. *Vid.* asimismo *supra* 1/nota 24 y 9/nota 7.

[45e] «Ningún hecho tiene pasado», *F. Nietzsche*, Menschliches, Allzumenschliches, t. II, apartado 2.ª, núm. 28.

la culpabilidad y cuántas cualidades perturbadores del autor han de ser aceptadas por el Estado y por la sociedad o han de soportarlas terceros —incluso la propia víctima— [46]. El resultado se rige en principio por el criterio dominante de aquellas condiciones que deben ser imprescindibles para la existencia de todo el sistema y de sus subsistemas esenciales [46a]. Entre ellas puede encontrarse, desde luego, la tolerancia ante las cualidades individuales perturbadoras.

De nuevo a título de ejemplo: Cómo haya de tratarse un error de prohibición depende no sólo de las ideas sobre el suceso psíquico de la obediencia a la prohibición, sino también de cómo se conciba el fundamento legitimador de la prohibición. Si el fundamento legitimador reside en que cualquier hombre de buena fe apreciará directamente que la prohibición es razonable, el autor tendrá más mala fe cuanto más de bulto sea su error; el error es indicio de la actitud incorrecta ante el Derecho (*vid. infra* acerca del error «jurídico-penal» en la jurisprudencia del *Reichsgericht*, 19/3 s.). No obstante, si el fundamento legitimador es, desde una perspectiva positivista, que la prohibición se haya dictado en el procedimiento previsto, el error puede ser indicio —p. ej., en caso de amplia difusión de la norma— de una actitud de indiferencia hacia el Derecho, pero dependiendo de la situación puede serlo justo de lo contrario, es decir, de lealtad a la norma, p. ej. cuando el autor, en vez de obedecer la nueva regulación que desconoce, se rige honradamente por la antigua. La aceptación de la norma por su contenido y no por ser Derecho positivo, si se parte de este fundamento legitimador, puede incluso perturbar, dado que obstaculiza la mutabilidad normativa. El tratamiento del error de prohibición depende, además, de si la norma requiere no sólo la obediencia externa, sino el acatamiento interno, p. ej. porque el fin de la norma sólo se puede conseguir a través de la escrupulosidad de la motivación: si es este último el caso, la escrupulosidad individual se convierte en condición de existencia de todo el sistema. Sobre todo por este motivo, en sistemas que únicamente pueden existir si se acatan interiormente las normas, la tolerancia frente a un autor de conciencia errada es compatible con la pretensión de establecer objetivamente el contenido de la norma: Lo incorrecto a conciencia contiene elementos valorables no menos positivamente que lo correcto realizado sólo externamente.

---

[46] Cuando en el todo social aparece como ventajoso, se castiga al autor ya sobre la base de la imputación objetiva (o incluso de meros fragmentos de imputación objetiva). El modelo aquí propuesto explica la posibilidad incluso de tal imputación reducida (al igual que sigue siendo posible una ampliación); el que exista esta reducción (p. ej., en la *strict liability* del Derecho anglosajón) confirma la necesidad de un modelo amplio en tal medida (*de otra opinión*, *Burkhardt*, GA, 1976, pp. 321 ss., 338; *Schöneborn*, ZStW, 92, pp. 682 ss., 688 s.; *Schünemann*, en: Strafrecht, pp. 147 ss., 158). Acerca de estrategias básicas de atribuir y retirar responsabilidad, desde la perspectiva de las Ciencias sociales, *vid. Schild*, JZ, 1980, pp. 597 ss., destacando acertadamente el carácter dinámico del proceso, p. 598. Atribución de culpabilidad no quiere decir que se reparta una culpabilidad existente en alguna parte ya con anterioridad a la atribución (tal suposición sería un malentendido ontologizante; en ese sentido *Schmidhäuser*, Jescheck-Festschrift, pp. 485 ss., 501 s.), sino que mediante la atribución se hace nacer la culpabilidad. Con todo, atribución no es el proceso externo del pronunciamiento judicial de la culpabilidad, sino la referencia ideal de la ley al caso concreto. Entre atribución y hecho independiente de la sociedad, vacilante también *Oswald*, GA, 1987, pp. 147 ss.

[46a] Esta aserción, en sentido peyorativo, es similar a la de *Kargl*, Kritik, pp. 198 ss., 388 ss., 433, 435.

22 4. Lo que es la culpabilidad depende de la respectiva estructura de la sociedad en la misma medida en que la existencia del injusto depende de ella. Qué es la culpabilidad en un sentido general cabe, a lo sumo, señalarlo esquemáticamente; las concreciones sólo son posibles con referencia a un sistema social perfilado con cierta exactitud. Pero incluso dentro de un sistema definido, el contenido de la culpabilidad sólo está tan determinado como lo esté el fin de la pena. Aquí, las posturas extremas no atienden ni siquiera a un déficit de lealtad al Derecho. Pero incluso en el ámbito de los esquemas que hoy se propugnan no representa diferencia alguna el que se pregunte por una falta que se pueda eliminar oportunamente *pro futuro* en el autor, es decir, por medio de la prevención especial, o por una falta que sería insoportable si estuviera difundida ubicuamente, es decir, contra la que se ha de actuar mediante la prevención general. Una vez más, de modo distinto ha de procederse en el ámbito de los modelos de retribución por la culpabilidad, en los que se trataría de reprochabilidad, lo que obviamente, sin precisión, no es sino una vaga referencia a la necesidad de reaccionar contra una infracción de la norma.

El concepto de culpabilidad, por tanto, ha de configurarse *funcionalmente*, es decir, como *concepto que rinde un fruto de regulación, conforme a determinados principios de regulación (de acuerdo con los requisitos del fin de la pena), para una sociedad de estructura determinada* [46b]. El fin de la pena es, según la concepción aquí desarrollada, de tipo preventivo-general; se trata de mantener el reconocimiento general de la norma (no de intimidación o escarmiento).

B. La irrelevancia del libre albedrío

23 1. Para la determinación de la culpabilidad han de señalarse aquellos fundamentos motivadores de la acción antijurídica por los que se debe considerar responsable al autor, si no se quiere que por la infracción de la norma se resienta la expectativa de que la norma es vinculante en general. Así, pertenece a la inculpación (o a la renuncia a ella) una plausibilidad psicológico-social en el sentido de que existe una disposición *general* a aceptar responsabilidad (o a renunciar a ella) en una situación en que el autor se encuentra.

Esta disposición se basa en la tolerabilidad del alcance de la responsabilidad, y existe con independencia de suposiciones sobre si el autor, en el momento del hecho, está dotado de libre albedrío [47]. También un determinista

---

[46b] Cuando no se sabe nada en absoluto del funcionamiento de la sociedad, obviamente no cabe manejar este modelo; en este sentido la crítica de *Schünemann*, en: Strafrechtssystem, pp. 153 ss., 180 ss. Pero entonces ya no cabe fundamentar —¡no se sabe nada!— la necesidad de la pena para mantener la sociedad, lo que *Schünemann*, loc. cit., pp. 187 s., no tiene en cuenta.

[47] *Jakobs*, en: Aspekte der Freiheit, pp. 69 ss.; *Achenbach*, en: Grundfragen, pp. 135 ss.; *Streng*, ZStW, 101, pp. 273 ss., 297 ss.; *Moos*, Pallin-Festschrift, pp. 283 ss., 290 ss.; en términos semejantes, *Roxin*, ZStW, 96, pp. 641 ss., 651 (la culpabilidad dependería de «si teleológicamente es adecuado que se trate a la persona como ser libre y responsable»); en contra, *Griffel*, ZStW, 98, pp. 28 ss.; *el mismo*, GA, 1989, pp. 193 ss.; de problema aparente habla *AK-Schild*, núm. marg. 52, ante § 13.

puede estar de acuerdo en que para la distribución de responsabilidad no hay alternativa, si es que se quiere mantener el orden. Cuando en amplios sectores se postula el libre albedrío como presupuesto de toda culpabilidad [48], o, en una versión más moderada, el libre albedrío como presupuesto general de la culpabilidad, concediéndose, naturalmente, que el libre albedrío no cabe demostrarlo en el caso concreto [49] (en el caso concreto habría que atender a un «poder» generalizado), *este concepto, que desde luego carece de dimensión social*, es necesario sólo si con el juicio de culpabilidad no ha de conseguirse únicamente un efecto social, sino también una desvaloración del individuo («reprochabilidad») [49a]. Pero si nos limitamos al aseguramiento del orden social, en la culpabilidad ya no se trata de si el autor tiene realmente, y no sólo desde una determinación normativa, una alternativa de comportamiento realizable individualmente, sino de si hay, para la imputación al autor, una alternativa de organización que sea preferible en general. Si falta una alternativa de organización, se le asigna al autor una alternativa de comportamiento y se le reprocha que no la haya utilizado. La conocida expresión de *Kohlrausch* [50] de que el poder individual en la culpabilidad es una «ficción necesaria para el Estado» se puede, pues, modificar diciendo que el poder, si es que se quiere atender a él, es una construcción normativa.

---

[48] BGH, 2, pp. 194 ss.; *Lange*, en *Frey* (ed.), Schuld, pp. 277 ss.; *el mismo*, SchwZStr., 70 (1955), pp. 373 ss.; *LK-Lange*, §§ 20 s., núm. marg. 7 s.; *Lange*, Jescheck-Festschrift, pp. 53 ss., 62; *Dreher*, Willensfreiheit, pp. 379 ss., 395 ss. (con amplio informe sobre el estado de la controversia en pp. 11 a 59); exposición de las distintas variantes del planteamiento en *Lackner*, Kleinknecht-Festschrift, pp. 245 ss., 250 ss. *Tiemeyer* pretende darse por satisfecho con una «libertad relativa» como presupuesto de la culpabilidad (ZStW, 100, pp. 527 ss., 543 ss.; *el mismo*, GA, 1986, pp. 203 ss., 223 s.), entendiendo por tal la ausencia de impedimentos captables empíricamente (compulsión exterior, enfermedad mental, etc.). Tras esta formulación modesta y negativa acechan, no obstante, suposiciones positivas (claramente, p. ej., en *Tiemeyer*, ZStW, 100, pp. 561 s.) que no se fundamentan, y mucho menos en el terreno empírico. Acerca del presupuesto del libre albedrío para la pena en el siglo XIX, ampliamente *Holzhauer*, Willensfreiheit. De modo sumamente especulativo, *Schünemann*, en: Strafrechtssystem, pp. 153 ss., 163 ss., 167, intenta, con consideraciones lingüísticas, fundamentar «al menos para el Derecho penal europeo» la «existencia (!) del libre albedrío humano»; también *el mismo*, GA, 1986, pp. 293 ss., 294 ss.; *el mismo*, en: Strafrecht, pp. 149 ss., 151 ss. Al margen de que *Schünemann* deja velado el trasfondo lingüístico, no tiene en cuenta lo siguiente: Bien es cierto que la distinción de unidades de organización mediante la distinción entre voz activa y pasiva, sujeto y objeto, etc., indica competencias o responsabilidades (y de éstas se trata), pero no da por resultado nada aprovechable en Derecho penal con respecto a la libertad de cada unidad de organización.

[49] *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, pp. 127 ss., 129; *el mismo*, JZ, 1967, pp. 53 ss., 558 s.; *el mismo*, Wassermann-Festschrift, pp. 889 ss., 893 («se compara al autor con una figura formada a partir de nuestro saber experimental»); *el mismo*, Jura, 1986, pp. 225 ss., 226 ss.; *el mismo*, Fundamenta Psychiatrica, 1988, pp. 146 ss.; *Welzel*, Strafrecht, § 29, I, 3, § 21, 1.ª parte; *el mismo*, Engisch-Festschrift, pp. 91 ss., 101; ZStW, 60, pp. 248 ss., 449 ss. (drásticamente en contra de la postura de *Welzel*, desde un punto de vista filosófico, *Pothast*, Unzulänglichkeit, pp. 329 ss.); *Mangakis*, ZStW, 75, pp. 499 ss., 516 ss.; *Lenckner*, Handbuch Psychiatrie, t. I, pp. 3 ss., 13 ss.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 110, ante § 13; *Otto*, GA, 1981, pp. 481 ss., 486; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 1, ante § 19; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, pp. 25 ss.; *Henkel*, Larenz-Festschirft, pp. 3 ss., 24 s.; *Jescheck*, AT, § 37, I, 2 *a* y *b*; *LK-Jescheck*, núm. marg. 66 s., ante § 13; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 513; *el mismo*, Tatschuld, p. 31; *Bockelmann*, ZStW, 75, p. 372 ss.; *vid.* al respecto además *infra* acerca de la capacidad de culpabilidad 18/27.

[49a] *Vid.* asimismo *Baratta*, en: Philosophie, pp. 267 ss., 277 s.; *Kargl*, Kritik, pp. 433 ss., y *passim*.

[50] Güterbock-Festgabe, pp. 1 ss., 26.

24 2. Naturalmente, también en la concepción que aquí se propugna hay una relación entre responsabilidad y libertad, puesto que aquello por lo que el autor ha de responder no necesita, en la medida en que ha de responder por ello, de supervisión alguna por parte de otras personas. Quien ha de responder por su motivación defectuosa puede rechazar la intromisión de otras personas en su motivación aduciendo su responsabilidad. El ámbito en el que se puede ser culpable es, pues, al mismo tiempo, un ámbito libre, de autodeterminación, pero ésta no en el sentido de libre albedrío, sino en el de falta de obstáculos jurídicamente relevantes para sus actos de organización.

25 3. La relación a fin de la culpabilidad tampoco cabe eludirla indicando que si se renuncia a adoptar una posición ante el libre albedrío (o incluso desde el punto de partida determinista) [51], sólo se puede preguntar si una persona normal, determinada mediante generalizaciones, habría podido actuar de otro modo en la situación del autor [52]. Esta generalización funciona sólo cuando se introduce subrepticiamente una relación a fin, pues de lo contrario no se puede determinar en absoluto qué ha de tomarse generalizadamente y qué individualizadamente con arreglo a la situación del autor. Dicho gráficamente: En realidad esta teoría pretende imaginar, precisamente a la inversa, la situación motivatoria del autor, sustituyéndola por una situación determinada por generalización; el motivo para ello y los límites de este procedimiento, sin embargo, se derivan exclusivamente de consideraciones sobre el fin de la pena.

---

[51] *Engisch* (Lehre von der Willensfreiheit *passim*; *el mismo*, MonSchrKrim., 1967, pp. 108 ss.; *vid.* además *Quambusch*, JA, 1987, pp. 68 ss., 71 s.) intenta compaginar determinismo y planteamiento no generalizante. De otro modo puede obrar, según *Engisch*, aquel en el que «está presente la posibilidad de que obre de modo distinto después de haber sufrido la pena» (Lehre von der Willensfreiheit, pp. 25, 55). Al menos en el Derecho vigente, el postulado de la coincidencia entre (posible) sensibilidad a la pena y culpabilidad no encuentra apoyo alguno.

[52] *Krümpelmann*, ZStW, 88, pp. 6 ss., 12; *el mismo*, GA, 1983, pp. 337 ss. (según el cual la «aporía del libre albedrío» debería forzar a realizar la «idea de la rehabilitación», loc. cit., pp. 342, 360); *Nowakowski*, Rittler-Festschrift, pp. 55 ss., 70; *Haffke*, GA, 1978, pp. 33 ss., 45; *Schreiber*, Nervenarzt, 49 (1977), pp. 242 ss., 245, añadiendo que «empírico-prácticamente» importa sólo la culpabilidad «como uso defectuoso de un poder que nos atribuimos recíprocamente en la práctica». Ello se corresponde probablemente con el parecer mayoritario, aun cuando los deterministas no se atribuyan unos a otros necesariamente un poder, pero sería, tomado aisladamente, una renuncia a dilucidar los motivos y límites de esta atribución recíproca. Como fundamento señala *Schreiber* la pura necesidad para la sociedad (en: Begutachtung, pp. 3 ss., 7: «... si la convivencia no ha de convertirse en un caos..., hace falta que se dirija la conducta por medio de normas sociales»); vista *así*, la culpabilidad *es* atribución de responsabilidad o competencia, y se trata del concepto funcional de culpabilidad, al que *Schreiber* no quiere dar carta de naturaleza (loc. cit., p. 9). *Vid.* además *el mismo*, Rechtswissenschaft, pp. 281 ss., 289; *el mismo*, Richterakademie-Festschrift, pp. 73 ss., 78; en términos semejantes, *Maiwald*, Lackner-Festschrift, pp. 149 ss., 165 s.; *Albrecht*, GA, 1983, pp. 193 ss., 215 s. *Vid.* ya *Dohna*, ZStW, 66, pp. 505 ss., 508; *Kohlrausch*, Güterbock-Festschrift, pp. 3 ss.; dependiendo de la utilización del concepto de culpabilidad, generalizando en distinta medida. *Zipf*, JurBl., 1980, pp. 186 ss., 193 ss. Contra tales modelos, *Schünemann*, en: Strafrecht, pp. 147 ss., 149 s.

C. Grupos de supuestos ejemplificadores

Que la culpabilidad depende del fin de la pena se precisará aún más en la exposición de los componentes concretos de la culpabilidad y de las causas de exculpación. Los siguientes ejemplos se refieren a problemas básicos de la determinación de la medida de la culpabilidad [53]. 26

1. La dependencia, especialmente clara, de la culpabilidad con respecto al fin de la pena se pone de manifiesto en la determinación de la culpabilidad de los *autores habituales*. En los delincuentes habituales, el poder individual entendido desde un punto de vista psicológico está cuando menos limitado, pues resulta más difícil abandonar un hábito que simplemente no llegar a adquirirlo. Sin embargo, el Derecho vigente no prevé atenuación alguna de la culpabilidad por razón de habitualidad, sino que decide en sentido contrario en el § 46, párrafo 2, 5.° grupo: La trayectoria criminal agrava la responsabilidad [54]. Esta solución se considera en ocasiones como infracción del principio de culpabilidad [55]; en otras, se amplía el concepto de culpabilidad mediante la culpabilidad por el carácter [56] o la culpabilidad por la conducción o estilo de vida [57]. Sobre todo para la regulación de la reincidencia en el § 48 StGB, redacción anterior [57a], se intenta deducir la culpabilidad intensificada del hecho de que el sujeto ha experimentado el merecimiento de pena en la desvaloración de los hechos anteriores [58], o bien se intenta limitar el precepto a supuestos de «efecto de advertencia» [58a] o de «conocimiento acentuado de la prohibición» [59], o exceptuar de la agravación a los reincidentes inconstantes y de débil voluntad [60], para alcanzar así la armonización con la culpabilidad. Todos estos intentos no son más que interpretaciones naturalísticas erróneas de datos normativos [60a]. Dado que no se puede tolerar que se remunere con indulgencia a la delincuencia reiterada, las dificultades de obedecer el Derecho que puedan comportar los delitos anteriores no dejan de ser asunto del autor, es decir, que

---

[53] Al respecto, *Jakobs*, Schuld und Prävention, pp. 15 ss.

[54] El límite del gravamen lo determina la ley en función del alcance de la función admonitoria de las condenas previas; al respecto BVerfG, NJW, 1979, pp. 1037 ss., 1038. Acertadamente sobre la problemática, *Nowakowski*, Grundzüge, p. 66; *el mismo*, Rittler-Festschrift, pp. 55 ss., 69.

[55] *Jäger*, MonSchrKrim., 1978, pp. 297 s., 309; *Haffke*, GA, 1978, pp. 33 ss., 49 s.; *Pfeiffer*, Blau-Festschrift, pp. 291 ss., 297 ss. (en lo que concierne a un gravamen *general*); también *Stratenwerth*, Tatschuld, pp. 18 s.; más bien como aquí (culpabilidad de estado), *Moos*, Pallin-Festschrift, pp. 283 ss., 289.

[56] Lehre von der Willensfreiheit, pp. 48 ss.

[57] *Welzel*, Strafrecht, § 20, II, introducción.

[57a] Suprimida por el artículo 1 de la 23.ª Ley de reforma penal de 13 de abril de 1986, BGBl., I, 393.

[58] *Maurach*, AT, 4, § 64, II, A.

[58a] OLG Hamm, 1985, pp. 278 s., 279.

[59] *Hillenkampf*, GA, 1974, pp. 208 ss., 215.

[60] *Bindokat*, ZStW, 71, pp. 281 ss., 287 s.; *Hanack*, en: Programm, pp. 100 ss., 110; *Köhler*, JZ, 1989, pp. 697 ss., 698 s.

[60a] A la inversa: el § 48 StGB, redacción antigua, velaría normativamente los estados psíquicos, *Haffke*, en: Strafrechtssystem, pp. 197 ss., 212; en términos semejantes («atribución libremente elegida») *Walter*, GA, 1985, pp. 197 ss., 200; *el mismo*, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 493 ss., 500 s., 505 s.; así también en favor de la agravación por el § 46.2 StGB, *Geiter*, ZRP, 1988, pp. 376 ss., 380.

no disminuyen la culpabilidad. No interesa el hecho de la constitución psíquica del autor, sino la responsabilidad por el déficit de lealtad al Derecho, ya considerable, ciertamente, en caso de delincuencia reiterada. Ello sólo cabe modificarlo cuando están disponibles eficazmente otras posibilidades para erradicar la delincuencia reiterada [61] o cuando se puede demostrar, al menos en algunos grupos de casos, la volubilidad y con ello la falta de responsabilidad del autor reincidente.

27 2. El que la *situación del hecho*, a cuyas tentaciones se expuso el autor, disminuya la culpabilidad en tanto que ha inducido al hecho, no se puede enjuiciar con arreglo a la medida del aliciente, sino con arreglo a la responsabilidad por ese efecto de atracción [61a]. Si quien configura la situación no tiene otra opción, o tiene un interés comprensible en la configuración atractiva, el arreglárselas con el aliciente es asunto del autor. Ejemplo: La facilidad de apoderarse de la propiedad ajena no disminuye la culpabilidad cuando el propietario tiene motivos para no instalar medidas de seguridad, o no está en condiciones de hacerlo (en relación con el § 243, párrafo 1, núm. 6, StGB). Si se produce la configuración estimulante de la situación, pero por voluntad de aquel que está legitimado para disponer del bien en cuestión, éste soporta los «costes» en forma de garantía penal atenuada. Ejemplo: Quien injuria a otro sin motivo debe imputarse a sí mismo (también) la reacción de palabra o de obra del injuriado (§§ 199, 233 StGB).

28 3. Los *defectos en la socialización* sólo puede exonerar de responsabilidad al autor cuando están disponibles mejores condiciones de socialización o la socialización del autor está definida como de «desertor» en el sistema disponible. De otro modo, definir la vida (*vita*) del autor como fallo pondría en tela de juicio todo el orden. La disminución de la culpabilidad desautorizaría a la propia instancia que la disminuye; el sistema sería en sí contradictorio [62]. Así pues, en la culpabilidad se trata de la distribución de la responsabilidad entre (sub-)sistemas; cada juicio de culpabilidad establece de nuevo la aportación que los (sub-)sistemas deben realizar para mantener el orden.

D. Significado del principio de culpabilidad para la fundamentación de la pena y su medida

29 1. El principio —fundamentado según opinión generalizada en la Constitución— *nulla poena sine culpa* (*principio de culpabilidad*) no significa en esta situación sino que «supuesto de hecho y consecuencia jurídica deben estar en una proporción adecuada» [63], es decir, la imputación al autor debe ser necesaria, por estar descartada la posibilidad de resolver el conflicto sin castigar al au-

---

[61] *Vid. Jakobs*, Schuld und Prävention, p. 26, con nota 76.

[61a] *Vid. Walter*, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 493 ss., 498, 503.

[62] *Jakobs*, Schuld und Prävention, pp. 25 ss.; *el mismo*, en: Sozialtherapie, pp. 127 ss., 130 ss.; sin tener en cuenta las consecuencias de una consideración exclusivamente psicologizante en los defectos de socialización, *Schöneborn*, GA, 1975, pp. 272 ss., 275 s., 277.

[63] BVerfG, 20, pp. 323 ss., 331; además BVerfG, 6, pp. 390 ss., 439; 9, pp. 167 ss., 169; 23, pp. 127 ss., 132; 25, pp. 269 ss., 285 s.; 28, pp. 386 ss., 391; 45, pp. 187 ss., 253.

tor. También la medida de la culpabilidad se ve limitada por lo necesario [64]. Sobre todo, el contenido de la culpabilidad no es algo previo al Derecho, sin consideración a las situaciones sociales [65]. Sin embargo, el principio de culpabilidad garantiza que las decisiones particulares sobre la culpabilidad no puedan dejar de responder a las exigencias del sistema de exculpación e inculpación que se practica en general. Se trata, pues, de un caso particular de la prohibición de la arbitrariedad.

Tampoco en relación con la medida de la pena aporta el principio de culpabilidad nada que vaya más allá de la prohibición de la arbitrariedad. Garantiza, pues, que el estándar de casos semejantes es vinculante. Dado que en el estándar importa ejercitar a los destinatarios de la norma en el reconocimiento de ésta, quedan descartadas consideraciones sobre la necesidad de la intimidación general (o sobre su ausencia), así como sobre la necesidad de la prevención especial (o de su ausencia). Tampoco las diversas posibilidades de desvalorar al autor con arreglo a baremos eticizantes o moralizantes de cualquier género contribuyen en absoluto a la medida de la pena, si las desvaloraciones no cabe transformarlas en un déficit de lealtad al Derecho [66].

2. *a)* Es ya discutible que una cupabilidad entendida sin relación a fines, 30
de acuerdo con el Derecho vigente se encuentre en alguna relación, fijada al menos esquemáticamente, con la medida de la pena [66a]. Cuando se establecieron los marcos penales del Derecho vigente se reconocía desde tiempo atrás que la pena se destina a compensar la culpabilidad a lo sumo en el marco de lo necesario desde el punto de vista preventivo. El sistema penal no es, pues, reflejo de una culpabilidad concebida sin relación a fines, sino de una «culpabilidad» limitada ya hace tiempo desde el punto de vista preventivo. Las desigualdades de la pena que surgen dentro de este sistema, a igualdad de culpabilidad aparente, siempre se pueden explicar con el argumento de que la pena menor se determina mediante reducciones de tipo preventivo con respecto a lo correspondiente a la culpabilidad [67].

b) A la cuestión tan debatida de si la pena puede quedarse por debajo de 31
lo adecuado a la culpabilidad ha de responderse negativamente a partir de la concepción aquí propugnada. Dado que la pena adecuada a la culpabilidad es por definición la pena necesaria para la estabilización de la norma, renunciar a la pena adecuada a la culpabilidad supondría una renuncia a lo que es jurí-

---

[64] En definitiva igualmente *Warda*, ZStW, 71, pp. 252 ss., 260 ss.; *Dürig*, en: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, HGG, art. 1.1, núm. marg. 32; además, se puede abarcar bajo el principio de culpabilidad el hecho de que se da un conflicto (*Schmidhäuser*, AT, 5/36); no obstante, ese problema afecta primariamente al injusto material: Ya la *prohibición* es, si superflua, inconstitucional.

[65] Los pormenores son controvertidos; la doctrina dominante concibe el contenido como algo ya fijado, solapándose de modo poco claro las consideraciones psicologizantes y normativas; *vid. Sax*, en: Grundrechte, t. III (2), pp. 909 ss., 936; *Stree*, Deliktsfolgen, pp. 51, 55; *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, pp. 116 ss.; *el mismo*, Lange-Festschrift, pp. 27 ss.

[66] En el mismo sentido, pero desde un concepto de culpabilidad concebido sin sujeción a fines, *Stratenwerth*, Tatschuld, p. 36.

[66a] De acuerdo en eso *Schünemann*, en: Strafrechtssystem, pp. 153 ss., 189 s.; *el mismo*, en: Strafrecht, pp. 147 ss., 159 s.

[67] *Vid.* al respecto *Jakobs*, Schuld und Prävention, p. 4; *Bierbrauer* y *Haffke*, en: Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, t. III, pp. 121 ss., 162 ss.; acerca de la falta de relación fija entre culpabilidad y pena, aún fundamental, *v. Liszt*, ZStW, 3, pp. 1 ss., 24.

dico-penalmente necesario. Sin embargo, no se descarta que el legislador, en interés de fines más amplios, haga que la estabilización general de la norma deje paso a otros efectos, sobre todo la educación del autor, o la evitación de daños en la socialización por medio de la pena, como ocurre, p. ej., radicalmente, en el § 67, párrafo 1, inciso 1, StGB, y es evidente en el hecho de que se posibilite la suspensión de la pena, etc. (*vid.* §§ 47, 56, 57 y 59 StGB). Asimismo, en algunos casos, para la estabilización de la norma puede bastar la comprobación formal del motivo del conflicto (así, p. ej., en los §§ 49.2 y 60 StGB) [67a].

32 *c)* Con arreglo a la doctrina usual, que concibe a la culpabilidad como no sujeta a fines, la cuestión de la relación entre culpabilidad y pena mínima tendría que plantearse bajo el raro aspecto de si también habrá de imponerse la pena que no contribuye en nada al fomento de la convivencia. Una pregunta tan extraña (gráficamente: La respuesta negativa sería absurda ya por su coste) no cabe formularla en este debate; más bien se trata de la alternativa de si —como supone la reciente jurisprudencia— [68] sólo atendiendo a la culpabilidad «se puede alcanzar de una manera justa el fin (*sic*) de proteger a la sociedad» [69] o de si este fin admite una atenuación de la medida adecuada a la culpabilidad [70] o de si en el caso concreto puede ser de importancia secundaria. Si se parte, con la doctrina usual, de un concepto de culpabilidad no ajustado a fines, nada garantiza que una culpabilidad determinada así sólo por lo general esté en concordancia con lo necesario para la protección de la sociedad. Un concepto de culpabilidad así determinado no puede, pues, indicar nada en relación con el límite inferior de la pena.

33 3. Las objeciones contra la idoneidad de la culpabilidad para cumplir la función jurídico-penal han conducido a intentos de utilizar la culpabilidad concebida con independencia de los fines como mera *limitación* de la pena que ha de fundamentarse preventivamente [71]. Aun prescindiendo de que una culpabilidad sin relación a fines no puede aportar medida alguna, la función de la culpabilidad no se reduce, sin embargo, a servir de límite, dado que sin ella no se castiga en absoluto [72]. Esta vía de solución, a la que tienen que desviarse las

---

[67a] *Vid. Bergmann*, Milderung, pp. 73 ss.

[68] BGH, 24, pp. 132 ss., 134; 29, pp. 319 ss., con referencias a otras sentencias del BGH; BGH, JZ, 1976, p. 650; OLG Hamm, NJW, 1977, pp. 2087 s.

[69] *Jescheck*, AT, § 4, I, 3; *LK-Jescheck*, núm. marg. 65, ante § 13; *Bruns*, Welzel-Festschrift, pp. 739 ss., 746; *el mismo*, Leitfaden, p. 76 (*vid.* también *el mismo*, Strafzumessungsrecht, pp. 307, 317); *Schaffstein*, Gallas-Festschrift, pp. 99 ss., 105; *Horn*, Bruns-Festschrift, pp. 165 ss., 175 ss.; *SK-Horn*, § 46, núm. marg. 12 ss.; *Maurach*, Aufgaben, pp. 5 ss., 15.

[70] Así el § 59.2 AE; con respecto al Derecho vigente, *vid. Grünwald*, ZStW, 82, pp. 250 ss., 253; *Horstkotte*, JZ, 1970, pp. 122 ss., 124; *Lackner*, Entwicklungen, pp. 23 ss.; *Marquardt*, Aspekte des Variierens, p. 158; *Roxin*, Schultz-Festgabe, pp. 463 ss., 473 ss.; *Arthur Kaufmann*, Wassermann-Festschrift, pp. 889 ss., 890; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 18 *a*, ante § 38; *Zipf*, Kriminalpolitik, § 4, 2.22.

[71] Así los §§ 2.2 y 59.2 AE; *Roxin*, JuS, 1966, pp. 377 ss., 318 ss.; *el mismo*, MonSchrKrim., 1973, pp. 316 ss., 318 ss., 323 s.; *el mismo*, SchwZStr., 104 (1988), pp. 365 ss., 367; al respecto, *Jakobs*, ZStW, 101, pp. 516 ss., 535 ss.

[72] *Arthur Kaufmann*, JZ, 1965, pp. 553 ss., 555; *Jakobs*, Schuld und Prävention, pp. 3 ss.; *Schünemann*, en: Strafrechtssystem, pp. 153 ss., 162; *vid.* asimismo *Maurach-Zipf*, AT, I, § 30, núm. marg. 51.

consecuencias nocivas de la utilización de una institución funcionalmente ya sin vida no es, pues, factible.

E. Culpabilidad por el hecho y culpabilidad por la conducción de vida

34 1. Por lo general, se contraponen culpabilidad por el hecho y culpabilidad por la conducción de vida. La distinción entre ambos conceptos ha de entenderse así: de acuerdo con la teoría de la exclusiva relevancia de la culpabilidad por el hecho, en la culpabilidad importa la relación de imputación entre el autor, en el instante del hecho, y el hecho [73]. Frente a ello, una variante de la culpabilidad por la conducción de vida [74] auspiciada por el § 20 *a* StGB, versión antigua (agravación de la pena para los «delincuentes habituales peligrosos») así como por los problemas para fundamentar la culpabilidad en la imprudencia inconsciente [75. 76]— parte de que el motivo de un hecho puede que haya de encontrarse no tanto en el poder actual del autor como en la errónea conformación de su vida anterior [77]. Otros esfuerzos en torno al concepto de culpabilidad por la conducción de vida han llevado a la separación de conformaciones de vida inevitables (irrelevantes para la culpabilidad) y evitables (relevantes para la culpabilidad) (la llamada culpabilidad por la decisión de vida) [78]. A estos esfuerzos se les ha objetado, a su vez —de todos modos, aisladamente—, que al diluirse la culpabilidad por la conducción de vida en una culpabilidad referida a situaciones de opción concretas lo único que se hace es introducir una culpabilidad por el hecho anticipada, si bien de lo que se trata

---

[73] *Binding*, Normen, t. II (1), p. 283; *Bauman-Weber*, AT, § 23, III, 1 *a; SK-Rudolphi*, núm. marg. 3, ante § 19; *Rudolphi*, Unrechtsbewutsein, pp. 254 ss., 263 ss., 279; *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, pp. 187 ss.; *LK-Jescheck*, núm. marg. 68, ante § 13; *Jescheck*, AT, § 38, IV, 3 (con notables restricciones); *Müller-Dietz*, Grenzen, p. 62; *Schmidhäuser*, AT, 10/11 s.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 105 s., ante § 13; *Lenckner*, Handbuch Psychiatrie, t. 1, pp. 3 ss., 40 ss.; *Stratenwerth*, Tatschuld, pp. 6 ss.; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 35, núm. marg. 10 ss.; *Zipf*, Kriminalpolitik, § 4, 2.°, 2; *Bruns*, Strafzumessungsrecht, pp. 538 ss.

[74] La denominación procede de *Mezger*, ZStW, 57, pp. 675 ss., 688 s. Como precursor se considera a la concepción sintomática del delito de *Tesař*, Symptomatische Bedeutung y *Kollmann*, ZStW, 28, pp. 449 ss.; *el mismo*, MonSchrKrim., t. 6 (1909/1910), pp. 449 ss. (exposición de esta doctrina en *Achenbach*, Bedeutung, pp. 123 ss.). Con razón retrotrae *Welzel* la culpabilidad por la conducción de vida (estilo de vida) a *Aristóteles*, Etica Nikomakea, 1103 *b*, 1113 *b*, 1114 *a*, 1144 *b*: «Así pues, quien no sabe que de la repetición de acciones singulares surgen las actitudes básicas es simplemente estúpido» (1114 *a*, traducción de *Dirlmeier*).

[75] También al respecto ya *Aristóteles*, loc. cit., 1114 *a*: «Pero quizá es el culpable una persona a la que no le es dado ser respetable. Ciertamente, pero el que hayan llegado tan lejos es culpa de ellos mismos, por no haber sabido dominar su propia vida.»

[76] Acerca de la relación entre culpabilidad por la conducción de vida e imprudencia, *vid. Jakobs*, Studien, pp. 150 ss.

[77] *Mezger*, ZStW, 57, pp. 675 ss.; *el mismo*, Moderne Wege, p. 35; *Welzel*, ZStW, 60, pp. 428 ss., 458; *el mismo*, Strafrecht, § 20, II, ampliándolo a la teoría del concurso, § 29, II, 4, ante 4 *b*. *Vid.* asimismo *Figueiredo Dias*, ZStW, 95, pp. 220 ss., 242 s.: Culpabilidad quiere decir «expresar cualidades personales jurídico-penales disvaliosas» y la «personalidad» es a su vez «expresión de la decisión de la persona acerca de sí misma»; ampliamente al respecto *Roxin*, ZStW, 96, pp. 641 ss., 648 ss.

[78] *Bockelmann*, Studien, 2.ª parte, pp. 145 ss., 153. *Lange*, ZStW, 61, pp. 178 ss., 205 ss., distingue entre la culpabilidad por la conducción de vida y la culpabilidad por no haber superado disposiciones tendenciales dañinas.

es de un deber de responder por el propio carácter (culpabilidad por el carácter) [79].

35 2. *a)* Contra el concepto de culpabilidad por la conducción de vida se esgrime que, a falta de un injusto por la conducción de vida tipificado, ésta no puede reprocharse en calidad de culpabilidad [80]. Con ser esto verdad, sin embargo no significa sino que la conducción de vida no puede constituir la perturbación social que se imputa al autor. Con todo, ya por esta objeción decaen todas las versiones de la culpabilidad por la conducción de vida que transforman una *vita* lamentable en injusto. Pero la objeción no excluye que se trate la conducción de vida como uno de los elementos del tipo de culpabilidad en función de los cuales se decide si un hecho se imputa, y hasta qué punto. Ejemplo: Si un drogadicto se procura la droga de modo delictivo y entonces se esgrime, en favor de la exculpación, que debido a la adicción el impulso a cometer el delito ha sido especialmente intenso, en la imputación del delito (no de la conducción de vida) se puede diferenciar perfectamente si el autor ha caído en la adicción sin condicionantes especiales (no hay exculpación) o bajo condiciones que permiten excluir la responsabilidad plena (p. ej., inducido cuando era adolescente), o incluso si la adicción es somatógena, p. ej., como consecuencia de la medicación contra una enfermedad, etc. (*vid.* la simple atenuación *facultativa* en el § 21 StGB). Así pues, no se trata de achacar al autor su conducción de vida como mero hecho, sino que en la imputación de hechos típicos se debe indagar el motivo por el que surgió el hecho. Esta es también la única vía por la que se puede obtener la *in*culpabilidad por la conducción de vida.

36 *b)* Tampoco el concepto de cupabilidad por el hecho pasa por alto la necesidad de distinguir entre los diversos motivos por los que puede surgir un delito [80a]. Y es que si la actitud del autor ante la realización del hecho concreto influye —si no, el problema no tiene importancia—, también ha de decidirse con arreglo al concepto de culpabilidad por el hecho en qué medida la actitud del autor se puede considerar como indisponible, es decir, como exculpada, y en qué medida el autor ha de responder por ella. Una solución global, en el sentido de que siempre importa el ámbito de libertad subsumible en categorías generales, libera al autor de causas de agravación situadas en su persona, pero le priva también de las causas de exculpación, en consecuencia nivela la culpabilidad, o sea, allana su contenido expresivo [81].

37 *c)* Contra el concepto de culpabilidad por la conducción de vida se objeta asimismo que resulta imposible distinguir entre las cualidades de la persona recibidas fatídicamente y las adquiridas culpablemente [82]. Pero dado que se tra-

[79] *Engisch*, ZStW, 61, pp. 166 ss., 171 ss.; *el mismo*, ZStW, 66, pp. 339 ss., 359; *el mismo*, MonSchrKrim., 1967, pp. 108 ss.; *el mismo*, Lehre con der Willensfreiheit, *passim*. El intento de fundamentar de nuevo la doctrina de la culpabilidad por el carácter lo emprende *Burkhardt*, en: Vom Nutzen, t. I, pp. 87 ss., que no atiende —como *Engisch*— a la influibilidad de la persona por medio de la pena, sino a la posibilidad de actitud «participativa» (entonces culpabilidad) o no sólo «objetivizante» hacia el autor. Desde luego, no es ni mucho menos evidente la referencia forzosa de esta actitud precisamente a elementos del carácter. *Vid.* también *Strasser*, Verbrechermenschen, pp. 118 ss.

[80] *Baumann-Weber*, AT, § 23, III, I *a* alfa; ampliamente *Horn*, Verbotsirrtum, pp. 144 ss.

[80a] *Timpe*, Strafmilderungen, p. 267.

[81] *Schöneborn*, GA, 1975, pp. 272 ss., 275.

[82] *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, p. 190, con bibliografía.

ta, de nuevo, de supuestos en los que la cualidades de la persona influyen en el hecho concreto, en nada se modifica el problema al pasar de la culpabilidad por la conducción de vida a la culpabilidad por el hecho, evidenciándose con esta objeción la quiebra de la concepción jurídico-penal de la culpabilidad desde la que se formula: Culpabilidad como contrapunto del destino. Pero en la culpabilidad importa el deber responder por las condiciones de un hecho, dado que falta una alternativa para resolver el conflicto. El que una condición del hecho aparezca ubicuamente y por ello agrave la responsabilidad del autor, o se pueda definir como carga especial, o como casualidad, o como imputable a otras personas, descargándole de responsabilidad, es algo que se puede decidir tanto para un concepto de culpabilidad que tenga en cuenta elementos de la conducción de vida como para el concepto de cupabilidad por el hecho.

3. Naturalmente, hay que reparar en que el § 20 *a* StGB (redacción anti- **38**
gua) ya no puede ser el norte de la discusión, es decir, que no se trata de la agravación de la pena por la conducción de vida. En la práctica, la culpabilidad por la conducción de vida seguirá siendo relevante únicamente para decidir si ha de tenerse en cuenta para la culpabilidad que obedecer la norma ha sido más difícil, circunstancia que se puede entender en la situación del hecho, desde una consideración psicológica. La decisión tiene lugar con arreglo a los mismos principios que disciplinan el que se haya de tener en cuenta, p. ej., la provocación de la situación de necesidad en el § 35 StGB, o el tener la culpa de la ira en el § 213 StGB, etc.

IV. ESTRUCTURA DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

BIBLIOGRAFIA: *J. F. H. Abegg*, Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft, 1836; *E. Bacigalupo*, Unrechtsminderung und Tatverantwortung, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 427 ss.; *A. F. Berner*, Grundlinien der kriminalistischen Imputationenlehre, 1843; *P. Bockelmann*, Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, 1949; *E. Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 1963; *H. Ehrhardt* y *W. Villinger*, Forensische und administrative Psychiatrie, en: *H. W. Gruhle et al.* (ed.), Psychiatrie der Gegenwart, t. III, 1.ª ed., 1961, pp. 181 ss.; *K. Engisch*, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-Festschrift, t. I, pp. 401 ss.; *H.-R. Fluri*, Zur Lehre von der Tatverantwortung, 1973; *R. Frank*, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907; *W. Gallas*, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW, 67, pp. 1 ss.; *A. Hegler*, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, Frank-Festgabe, t. I, pp. 251 ss.; *F. Herzog*, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts; 1987, *H. J. Hirsch*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; *el mismo*, Alkoholdelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland, suplemento ZStW, 1981, pp. 2 ss.; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *el mismo*, Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 319 ss.; *Arthur Kaufmann*, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, Maurach-Festschrift, pp. 327 ss.; *W. Küper*, Zur irrigen Annahme von Strafmilderungsgründen, GA, 1968, pp. 321 ss.; *K.-L. Kunz*, Prävention und gerechte Zurechnung, ZStW, 98, pp. 823 ss.; *A. Langelüddeke* y *P. H. Bresser*, Gerichtliche Psychiatrie, 4.ª ed., 1976; *Th. Lenckner*, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, en: *H. Göppinger* y *H. Witter* (ed.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, t. I, 1972, pp. 3 ss.; *R. Luthe*, Verantwortlichkeit, Persönlichkeit und Erleben. Eine psychiatrische Untersuchung, 1981; *W. Maihofer*, Objektive Schuldelemente,

H. Mayer-Festschrift, pp. 185 ss.; *el mismo*, Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre, Rittler-Festschrift, pp. 141 ss.; *R. Maurach*, Schuld und Verantwortung im Strafrecht, 1948; *E. Mezger*, Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, NJW, 1953, pp. 2 ss.; *U. Neumann*, Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit, ZStW, 99, pp. 567 ss.; *F. Nowakowski*, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStW, 63, pp. 287 ss.; *W. Rasch*, Schuldfähigkeit, en: *A. Ponsold* (ed.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3.ª ed., 1967, pp. 55 ss.; *J. Rehberg*, Zur Lehre vom «Erlaubten Risiko», 1962; *C. Roxin*, «Schuld» und «Verantwortlichkeit» als strafrechtliche Systemkategorien, Henkel-Festschrift, pp. 171 ss.; *H.-J. Rudolphi*, Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?, ZStW, 78, pp. 67 ss.; *E. Schmidhäuser*, Der Unrechtstatbestand, Engisch-Festschrift, pp. 433 ss.; *H.-L. Schreiber*, Bedeutung und Auswirkungen der neugefaßten Bestimmungen über die Schuldfähigkeit, NStZ, 1981, pp. 46 ss.; *G. Spendel*, Das Unrechtsbewußtsein in der Verbrechenssystematik, Tröndle-Festschrift, pp. 89 ss.; *R. Thierfelder*, Objektiv gefaßte Schuldmerkmale, 1932; *H. Witter*, Allgemeine und spezielle Psychopathologie, en: *H. Göppinger* y *H. Witter* (ed.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, t. I, 1972, pp. 429 ss.; *el mismo*, Die Bedeutung des psychiatrischen Krankheitsbegriffs für das Strafrecht, Lange-Festschrift, pp. 723 ss.; *el mismo*, Wissen und Werten bei der Beurteilung der strafrechtlichen Schuldfähigkeit, Leferenz-Festschrift, pp. 441 ss.

A. ¿Distinción entre culpabilidad y responsabilidad?

39 1. Según una teoría desarrollada por *Maurach* [83], la responsabilidad por el hecho, como grado de la imputación orientado a las exigencias normales, se ha de distinguir de la culpabilidad. Esta responsabilidad por el hecho sólo se excluirá, según la última versión de la teoría, en los casos de inexigibilidad por estado de necesidad (exculpante) (§ 35 StGB) o de exceso en la legítima defensa (§ 33 StGB) [84]; las anteriores inclusiones del riesgo permitido (*supra* 7/35 ss.) y de la llamada imprudencia objetiva (*supra* 9/8 ss.) [85] se han visto superadas por el desarrollo de la imputación objetiva y de la doctrina de la imprudencia. La finalidad de distinguir un escalón de responsabilidad con respecto a la culpabilidad no obedece primordialmente al interés didáctico en distinguir las instituciones generalizadoras de las individualizadoras, sino a la disposición de las consecuencias del delito y de las consecuencias sistemáticas [86]: Sin res-

[83] *Maurach*, Schuld und Verantwortung, pp. 36 ss., y *passim*; además, *Maurach-Zipf*, AT, I, § 31, núm. marg. 1 ss., 6 ss., §§ 32 a 34; *Rehberg*, Erlaubtes Risiko, p. 185; acerca del Derecho civil, *Deutsch*, Fahrlässigkeit, pp. 251 ss.; parcialmente favorable, *Rudolphi*, ZSDtW, 78, pp. 67 ss., 94 ss.; *Arthur Kaufmann*, Maurach-Festschrift, pp. 327 ss., 328 s.; *Bacigalupo*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 427 ss.

[84] *Murach-Zipf*, AT, I, § 34, núm. marg. 1 ss., 26 ss.

[85] *Maurach*, Schuld und Verantwortung, pp. 73 ss.

[86] Las mencionadas implicaciones para delitos singulares de la Parte Especial (*Maurach-Zipf*, AT, I, § 32, núm. marg. 8 a 14) son discutibles, o bien surgen con independencia de la doctrina de la responsabilidad por el hecho, de acuerdo con el fin de protección de las normas en cuestión. Así, en el § 323 *a* StGB (*Maurach*, Schuld und Veranwortung, pp. 94 ss.), de acuerdo con el entendimiento al uso, se trata del desligamiento del autor con respecto a la norma como consecuencia de la embriaguez. Por eso, cuando falta la responsabilidad por el hecho en el sentido de *Maurach*, no cabe castigar por el § 323 *a* StGB, pero tampoco, p. ej., cuando se trata de un error de prohibición inevitable condicionado por la embriaguez. El § 138 StGB apunta, como lo pone de

ponsabilidad por el hecho se excluirían las medidas de seguridad, y además sólo cabría participación en un hecho por el que hay que responder.

2. *a)* Es acertado considerar que la responsabilidad por el hecho es un presupuesto de las medidas de seguridad, pero ello no constituye ninguna peculiaridad de los supuestos, aquí en cuestión, en que se excluye la culpabilidad. También, p. ej., un error de prohibición no condicionado por los defectos mencionados en el § 20 StGB excluye el pronóstico de peligrosidad y con ello las medidas de seguridad, al igual que, a la inversa, al menos la suposición errónea, condicionada por un defecto, de una situación excluyente de la responsabilidad por el hecho permite aplicar medidas de seguridad. La delimitación de los presupuestos de las medidas de seguridad persigue la finalidad de las medidas de seguridad y no se puede conectar, en calidad de culpable, con la sistemática de la imputación. **40**

b) También cabe discutir que la exclusión de la responsabilidad no admita la participación. Cuando se siente como «conclusión inaceptable» [87] que el consejo de una persona no presionada a una presionada, en el sentido de liberarse de una situación como la del § 35 StGB mediante al sacrificio de una persona, se castigue como inducción al homicidio, este sentimiento se deriva del desbordamiento del concepto de inducción con arreglo a la doctrina usual (en contra, *infra* 22/21 ss.), que en los supuestos mencionados incluso admite la autoría mediata (en contra *infra* 21/68 ss.). Sin embargo, del mismo modo, tampoco puede satisfacer que tal consejo no dé lugar a responsabilidad alguna, o que ni siquiera entregar el medio del hecho a la persona sujeta a presión constituya complicidad. Es posible reinterpretar algunos grupos de casos de inexigibilidad como si fueran de justificación [88]; pero mientras que se mantenga el juicio de antijuricidad, no se puede tratar al partícipe como si su comportamiento no hubiese defraudado expectativas. **41**

c) Sobre todo, hay que objetar [89] a la teoría de la responsabilidad por el hecho que no es correcto su punto de partida: En las llamadas causas de inexigibilidad no se trata de orientarse por las exigencias que la gente normal no pue- **42**

---

manifiesto la vinculación a la evitabilidad del delito —y no a la captura del autor—, a la protección de la víctima; así pues, basta con que se esté ante un hecho antijurídico. Otro tanto cabe afirmar con respecto a los §§ 126, 241 StGB. En el § 111 StGB se aplican las reglas de la inducción, es decir, basta un hecho antijurídico. En el § 211 StGB hay que interpretar el delito que se oculta en el sentido de que se trate de una incitación al hecho peligrosa y de la que tenga que responder el autor (es decir, de acuerdo con lo que piensa el autor, tienen que ser posibles penas o medidas de seguridad); el hecho que se puede posibilitar es un supuesto especial del motivo negativo (móvil abyecto): Basta cualquier hecho antijurídico (obviamente, la muerte para posibilitar otra infracción penal puede estar ya disculpada por su parte a través del § 35 StGB), etc.

[87] *Maurach-Gössel*, AT, II, § 53, núm. marg. 95 s.

[88] En el § 35 StGB —no en el § 33 StGB— se pretende desde luego también un resultado objetivamente positivo; a ello alude *Rudolphi*, ZStW, 78, pp. 67 ss.

[89] Contra la doctrina de la significación independiente de la pena con respecto al escalón de la reponsabilidad por el hecho, *vid. Fluri*, Tatverantwortung, pp. 114 ss., 144 ss., 187 ss., con exposición detallada del estado del debate, *passim*; *Roxin*, Henkel-Festchrift, pp. 171 ss., 179 s.: *Schmidhäuser*, AT, 1, 11/9; *Bockelmann*, Verhältnis, p. 58, nota 123; *LK-Hirsch*, núm. marg. 174. ante § 32; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 21, ante § 13; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 512 s.; *Maihofer*, Rittler-Festschrift, pp. 141 ss., 161 s.; *Armin Kaufmann*, Dogmatik. pp. 159 ss.

de cumplir, sino de que la ley puede presumir una presión motivacional *individual* porque (y en la medida en que) la situación indisponible para el autor ya explica suficientemente la deslealtad al Derecho. Si, p. ej., el esposo libera a su mujer, a la que no ama, de una situación como la del § 35 StGB, para no quedar como alguien que defrauda expectativas, el resultado de motivación es adecuado a la situación, y no se tiene en cuenta la génesis real de la motivación, aun cuando dicha génesis sea de un género en el que a la persona normal se le exige siempre obediencia al Derecho. Tampoco discurre el límite del § 35 StGB por allí donde la persona normal llega a ser «capaz» de obedecer la norma, sino por donde tener en cuenta (o incluso presumir) una presión sobre la motivación perturba el orden a estabilizar (acerca de ello *infra* 17/69 ss.). La *ratio* del exceso en la legítima defensa con arreglo al § 33 StGB resulta por entero sin tener en cuenta lo que se exige a la gente normal; pues si la persona normal no hubiera podido hacer frente a la situación pasional, podría resolverse la situación con arreglo a los §§ 20 s. StGB. Más bien se trata de la responsabilidad del agresor por la génesis de la situación de presión (sobre ello, *infra* 20/28).

B. El tipo de culpabilidad

1. *Necesidad de un tipo de culpabilidad*

43 *a)* La conjunción de los elementos que han de realizarse para poder determinar la deslealtad al Derecho del autor, es decir, la motivación jurídicamente incorrecta y la responsabilidad del autor por ello, constituye el tipo de culpabilidad [89a]. Los elementos de la inexigibilidad pueden denominarse tipo de exculpación [90]. La conexión de ambos da lugar al tipo total de culpabilidad. Todo ello paralelamente a la situación en el tipo de injusto (*supra* 6/53).

44 *b)* Según la concepción que aquí se propugna, el injusto en su totalidad pertenece al tipo de culpabilidad, puesto que constituye la objetivación, necesaria para imputar, del defecto de motivación. Cuando se maneja un concepto de tipo de culpabilidad, se considera al injusto como parte del tipo de culpabilidad en principio únicamente a través de la relación subjetiva del autor con éste (conocimiento o cognoscibilidad del injusto) [91]. En contra ha de señalarse lo siguiente: Dado que la culpabilidad por un «injusto» exclusivamente subjetivo no es una culpabilidad jurídica, la integración del injusto sería ineludible. El autor no está defectuosamente motivado sólo según su parecer, sino con arreglo a su comportamiento. No hay que temer que con la integración del injusto en el tipo de culpabilidad se difuminen los límites entre injusto y culpabilidad [92], porque todos los elementos del injusto se integran en la culpabilidad sólo por su cualidad de elementos del injusto [93]. Mediante esta incardinación no se da lugar a una homogeneidad de los elementos del tipo de culpabilidad

[89a] Críticamente *LK-Hirsch*, núm. marg. 175, ante § 32.
[90] Al respecto, *Schmidhäuser*, Engisch-Festschrift, pp. 433 ss., 454.
[91] *Schmidhäuser*, AT, 10/2.
[92] En tal sentido, *Jescheck*, AT, § 42, I, 1.
[93] *Vid.* asimismo *Gallas*, ZStW, 67, pp. 1 ss., 31: «tipo total».

que vaya más allá de su pertenencia al tipo de culpabilidad (al igual que, p. ej., en el tipo de injusto, autor y víctima están vinculados a través de la acción típica, pero no se confunden uno con otro). La polémica en torno al contenido del tipo de culpabilidad no se extiende sólo a la incardinación del injusto; en ocasiones se excluyen del tipo de culpabilidad aquellos presupuestos de la culpabilidad que no son elementos del tipo de una determinada clase de delito (es decir, imputabilidad, conocimiento o cognoscibilidad del injusto y causas de exculpación) [94]. Esta limitación del tipo de culpabilidad a elementos específicos de determinados delitos no lo degrada hasta constituir un mero concepto *ad hoc* para ubicar especiales elementos de la culpabilidad. Por ello es preferible el concepto amplio de culpabilidad aquí empleado [95]. En la medida en que se niega la necesidad de formar un tipo de culpabilidad [96] no es que se proceda materialmente de otro modo, sino que sólo se evita ese concepto. El que se hable de elementos de la culpabilidad, cuya ubicación después no se aborda, o de elementos del tipo de culpabilidad, es exactamente lo mismo.

c) La relación de las causas de inexigibilidad con el tipo de culpabilidad 45
es análoga a la de las causas de justificación con el tipo de injusto: La ausencia de inexigibilidad no es condición de la culpabilidad, ya que no existen condiciones negativas (*supra* 7/25); el hablar de condiciones negativas no es más que una metáfora para expresar que una condición, si se transformara en algo positivo, excluiría la consecuencia. Por consiguiente, la inexigibilidad existente positivamente impide la culpabilidad (para detalles, *vid.* las consideraciones efectuadas acerca de tipo de injusto y justificación, *supra* 6/59).

d) El llamar culpabilidad únicamente a la consecuencia de la realización 46
del tipo de culpabilidad o también al objeto compendiado por el juicio no está determinado vinculantemente —como ocurre en el injusto—; la acepción depende más bien del contexto. Así, cabe distinguir culpabilidad y no-culpabilidad al igual que están separados antijuricidad y conformidad a Derecho, es decir, sin tener en cuenta la cuantificación de la culpabilidad o del injusto. En relación con el autor, en esta acepción se pueden distinguir los culpables de los no culpables (al igual que las personas que han incurrido en injusto se pueden distinguir de los que obran de conformidad a Derecho). Sin embargo, la culpabilidad puede designar también el objeto que se enjuicia. En este sentido, el hecho realizado con motivación desleal al Derecho constituye la cupabilidad del autor (al igual que el hecho incorrecto constituye su injusto), y sobre ello tiene culpabilidad (al igual que el autor de un hecho incorrecto ha cometido injusto). En esta última acepción, la culpabilidad es cuantificable (al igual que puede ser mayor o menor el injusto).

---

[94] *Jescheck*, AT, § 42, I, 1.

[95] *Vid.*, acerca del concepto de tipo de culpabilidad, con distintos matices, además de los mencionados, *Engisch*, DJT-Festschrift, t. I, pp. 401 ss., 413; *Mezger*, NJW, 1953, pp. 2 ss.; *Maihofer*. H. Mayer-Festschrift, pp. 185 ss., 191, 201.

[96] *Welzel*, Strafrecht, § 10, III *in fine*; *LK-Hirsch*, núm. marg. 17, ante § 32; *Hirsch*, Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, p. 13, nota 1; en favor de que el tipo de injusto es también tipo de culpabilidad, *Bockelmann-Volk*, AT, § 12, III, 1 (¿y dónde se incluye la cognoscibilidad del injusto?).

2. *Panorama de los elementos del tipo total de culpabilidad: El tipo positivo de culpabilidad*

47 *a)* La culpabilidad presupone el injusto. El injusto es el comportamiento típico evitable (doloso o imprudente) que no está justificado. No existen peculiaridades en relación con el injusto como elemento del tipo de culpabilidad.

48 *b)* El autor sólo es responsable por el déficit de motivación jurídica si en el instante del hecho constituye un sujeto con la competencia de poner en cuestión la validez de la norma, es decir, si es *imputable* [96a].

a') Es imputable una persona definible como un igual. La igualdad presupone que los factores que forman, o no impiden, el proceso motivatorio en el autor en sus rasgos esenciales, forman, o no impiden, ubicuamente un suceso motivatorio (en el delito de omisión hay que atender a si la motivación hacia la acción de salvación no se produce por condiciones, o es obstaculizada por factores, que se dan ubicuamente). Importa únicamente el género de los factores básicos relevantes para la motivación, no su contenido o intensidad; éstos son evidentemente diversos de individuo a individuo. Dada una situación motivatoria igual en cuanto a su género en sus rasgos esenciales, la infracción de la norma por un sujeto ejemplifica la infracción de la norma de cualquier autor equiparable, y por ello constituye un ataque a la validez de la norma en relación con cualquiera.

La competencia falta en los supuestos centrales del § 20 StGB; lo característico de estos supuestos no es que la situación motivatoria se pueda retrotraer a un dato orgánico-cerebral, sino la pérdida de subjetividad que se puede demostrar psico-fenomenológicamente o que puede suponerse sobre la base de un dato orgánico-cerebral. Falta un sujeto capaz de responder a una interpelación (*ansprechbar*). En estos casos, cabe definir al autor como «cualitativamente anormal» [97], pero no se puede buscar dicha cualidad en datos orgánicos, sino que se debe indagar en el sujeto en tanto que fenómeno psíquico. Desde el punto de vista jurídico-penal, interesa la relación psíquica; la somática es relevante a lo sumo como indicador de lo psíquico. En el campo de la Medici-

---

[96a] *AK-Schild*, §§ 20, 21, núm. marg. 73, objeta que la responsabilidad debida a imputabilidad «en realidad no interesa desde el punto de vista de teoría del sistema», sino que se refiere «sólo a la dotación de contenido concreto al programa sistemático». También en caso de inimputabilidad se resolvería el conflicto, pero de otro modo. La equivalencia en la función «mantenimiento del sistema» no convierte desde luego en innecesario el describir exactamente lo que es equivalente. Cabe censurar a los principios para dar respuesta a la respuesta (p. ej., cuándo se trata de defraudación de expectativas normativas y cuándo de defraudación de expectativas cognoscitivas) como «teoría del entendimiento y de su racionalidad» (loc. cit.), cuando se consideran posibles incluso fundamentaciones últimas deductivas, pero en todo caso no cabe gestionar la sociedad sin conocerla.

[97] *Witter*, Handbuch Psychiatrie, t. I, pp. 429 ss., 480; *el mismo*, Lange-Festchrift, pp. 723 ss., 726, 729; de hecho igualmente *Luthe*, Verantwortlichkeit, pp. 55 ss.; en contra, *Schreiber*, NStZ, 81, pp. 46 ss. *Vid. Welzel*, Strafrecht § 21 (1), 4 *a* β, que señala que en estos casos la determinación de sentido de la vida psíquica está ya destruida por procesos ajenos a sentido, o no cabe restablecerla debido a oligofrenia. Lo mismo se desprende del concepto de enajenación con respecto al yo (no con respecto a la personalidad; acertadamente crítico sobre este concepto, *Rasch*, en: *Ponsold*, pp. 55 s., 73) del comportamiento.

na puede que sea importante deducir un dato orgánico a partir de uno psíquico, e incluso «postularlo» en caso necesario; pero jurídico-penalmente este modo de proceder es infecundo. El § 20 StGB contiene, a la vez, una regulación para un ámbito parcial de la exigibilidad (al respecto, *infra* 18/14 ss.), reuniéndolos a ambos —con menos fortuna— como capacidad de culpabilidad. La capacidad de culpabilidad es, pues, imputabilidad más exigibilidad en cada ámbito [98].

La igualdad falta, asimismo, cuando no cabe definir al sujeto como perteneciente a igual (es decir, enteramente social) estado de desarrollo. La falta de desarrollo social se presume en los niños (§ 19 StGB); en los adolescentes ha de ponerse de manifiesto, para punir, en el caso concreto, que no falta la igualdad. La oligofrenia grave puede incluirse tanto en éste como en el grupo anterior.

Ser imputable quiere decir ser definido como igual [99]. La tan ridiculizada expresión de *Hegel* de que la pena ha de considerarse como derecho del delincuente y que «así se le honra al delincuente como ser racional» [100] puede, pues, ser válida para una teoría de la pena preventivo-general si se atenúa la razón hasta convertirla en igualdad, y el honrar en definir [100a].

b') La igualdad no es cuantificable y por ello tampoco lo es la imputabi- 49
lidad, lo cual se reconoce también en la determinación psicológica usual de la imputabilidad. «La capacidad se refiere a un rendimiento determinado, que ha de prestarse *ad hoc*: conocimiento del injusto y motivación correspondiente. Para realizar esto, una persona o es capaz o no. O se puede saltar sobre un foso de determinada anchura o no se puede; tertium non datur» [101]. Cuando incluso la ley habla de capacidad reducida (§ 21 StGB), ha de interpretarse en el sentido de que sea más difícil el uso de la capacidad, lo que constituye un problema de la exigibilidad.

Como no cabe cuantificar la imputabilidad, a la inculpabilidad debida a falta de competencia no le corresponde en todo caso una culpabilidad disminuida, dada una competencia con taras, p. ej., en los casos marginales de la incapacidad de culpabilidad, como p. ej. embriaguez intensa, pero que no permite excluir la culpabilidad. En la medida en que aún hay un sujeto motivado del mismo género en los rasgos esenciales, más bien se trata de si el autor debe responder por el defecto parcial (en torno a ello *infra* 17/69; 18/25 s., 30 y 34); por eso el § 21 StGB no contiene sino una atenuación facultativa.

---

[98] Teniendo en cuenta el origen histórico-dogmático, habría que emplear los conceptos de capacidad de culpabilidad y de imputabilidad de modo que la imputabilidad fuese el concepto más estricto (de más elementos): Designaba en el siglo XIX la capacidad de culpabilidad, en ausencia de fuerza y error (*vid.*, p. ej., *Abegg*, Lehrbuch, §§ 809 ss., 89; compendiando, *Berner*, Imputationenlehre, p. 52). La terminología actual reduce este concepto a las cualidades que caracterizan a un sujeto de imputación.

[99] *Welzel*, Strafrecht, § 21 (1), 1.

[100] Grundlagen des Philosophie des Rechts, 1821, § 100.

[100a] *Vid. Herzog*, Prävention, pp. 675 ss., 130 ss.; *Kunz*, ZStW, 98, pp. 823 ss., 833.

[101] *Armin Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 319 szs., 330 s.; *LK-Lange*, §§ 20 s., núm. marg. 76; *Langelüddecke-Bresser*, Gerichtliche Psychiatrie, pp. 271 ss.; *Witter*, Leferenz-Fetschrift, pp. 4412 ss., 447; *vid.* asimismo *Lenckner*, Handbuch Psychiatrie, t. I, pp. 3 ss., 121 s.; *de otra opinión*, *Erhardt* y *Villinger*, en: Psychiatrie der Gegenwart[1], t. III, pp. 181 ss., 213.

50 *c')* En la medida en que falta la igualdad, se renuncia a la estabilización de la expectativa normativa (es decir, que haya de imponerse contrafácticamente) que el autor ha defraudado. En lugar de ello, se reacciona ante la frustración de una expectativa cognoscitiva: Se custodia al autor, o se intenta curarlo o —sobre todo en autores infantiles— educarlo, siempre y cuando el hecho no quepa solucionarlo sin reacción, como desgracia ocasional. Así, la expectativa normativa no se abandona del todo; de otro modo, el hecho del autor desigual ni siquiera constituiría injusto [102]; y es que el injusto presupone la frustración de una expectativa normativa. Pero la expectativa normativa, si falta la estabilización, pierde seguridad. No por casualidad se encuentran en la historia de la dogmática las dos respuestas posibles a la pregunta de si un autor inculpable es un destinatario idóneo de las normas jurídicas (es decir, de si frustra una expectativa normativa): Defrauda, porque se comporta motivadamente, pero no defrauda porque su motivación es desigual [103]. Si se tratase sólo de la imputación al autor y no también de implicaciones sistemáticas del concepto de injusto, sobre todo en relación con la participación (§ 229 StGB), se podría tomar en consideración abandonar la expectativa normativa. Por eso para decidir los problemas límites sirve de gran ayuda la cuestión de si la expectativa normativa cede el paso a una expectativa cognoscitiva (entonces inimputabilidad) o no (entonces, a lo sumo, inexigibilidad).

51 *c)* La imputación a título de culpabilidad presupone asimismo que la motivación del autor se produzca, en el ámbito de las normas básicas para la estructura estatal y social, no respetando una norma relevante, o, en el ámbito de las normas disponibles en cuanto a su contenido, no respetando el fundamento de validez de las normas; se trata de la intelección del injusto. La necesidad de inobservancia del fundamento de legitimación, en las normas de contenido disponible, obedece a la razón siguiente: La punición de un autor que ha actuado en error sobre la norma, pero con la suficiente disposición a obedecer normas cognoscibles (o sea, reconociendo el fundamento de validez), no serviría al objetivo de ejercitar en la lealtad al Derecho, sino a la fijación de la existencia de la norma en ese preciso momento, y esto último perturbaría la mutabilidad (con más detalle, *infra* en relación con el § 17 StGB 19/11 s.).

52 *d)* Al tipo de culpabilidad pertenecen los *especiales elementos de la culpabilidad* necesarios en su caso. De acuerdo con la interpretación aquí propugnada de los elementos subjetivos del injusto, sólo se tienen en cuenta los elementos que atienden a la competencia o competencia intensificada por una infracción de deber (*vid. supra* 8/89).

---

[102] Acerca de las concepciones que no consideran destinatario apto de la norma al autor desigual, *vid. supra* 6/74; *vid.* además, con respecto al concepto de la capacidad de acción como capacidad de provocar consecuencias jurídicas, *supra* 6/5; *vid.* asimismo, sobre la acción como expresión de sentido, *supra* 6/3.

[103] El dilema alcanza hasta al concepto de acción. La evitabilidad de una realización de resultado se averigua suponiéndole al autor un motivo dirigido a la evitación de modo dominante. Esta suposición condiciona, en el ámbito del autor imputable, un mayor número de hipótesis que en el ámbito del inimputable. También en el inimputable se supone un carácter dominante de la motivación precisamente no condicionado por patologías (ni por oligofrenia ni infantilismo, etc.). En el autor imputable no es necesario ese añadido; la motivación es hipotética en cuanto a su intensidad (dominante) y en cuanto a su contenido (dirigida a la evitación), por lo demás no.

3. *Panorama, continuación: La inexigibilidad (el tipo negativo de culpabilidad)*

a) La culpabilidad se ve disminuida (o excluida) cuando el autor obra en una disposición de ánimo exculpante o en un contexto exculpante (*inexigibilidad*). La obediencia a la norma es inexigible cuando la motivación no jurídica del autor imputable, y que no respeta el fundamento de validez de la norma, se puede explicar por una situación que para el autor constituye una desgracia y que también en general se puede definir como desgracia, o bien se le puede imputar a otra persona. 53

El principio de la exculpación se basa en que la motivación del autor se fundamenta sólo a partir de la situación especial. El carácter amenazante de la situación (en lugar del carácter amenazante del autor) que surge así al exculpar al autor, se resuelve diciendo de la situación que es una desgracia de un género que no se podría evitar nunca (así, en el arrebato «inculpable» del § 20 StGB, y, en el § 35 StGB, en el supuesto de una situación de necesidad que surge fortuitamente), o que en el futuro se evitaría, o bien la situación ha de imputarse a otra persona (así, en el § 35 StGB, en el caso de estado de necesidad ante coacciones, así como en el § 33 StGB), pero en todo caso la situación no es algo con lo que el autor tenga que ver [104].

b) De modo distinto que en el problema de la imputabilidad, en la exigibilidad no importa sólo la situación psíquica en el instante del hecho. Decidir la cuestión de si la disposición psíquica o el contexto de la acción son una desgracia para el autor, depende, más bien, del comportamiento del autor. Ejemplos: Quien consume cantidades relativamente altas de alcohol, conociendo su efecto embriagador, no se sitúa por una desgracia en una situación en que está disminuida la capacidad para conocer y obedecer la norma (§ 21 StGB); quien, dándose cuenta de que amenaza tormenta, sale a navegar en un barquichuelo, sin un motivo razonable, ha causado él mismo la situación de necesidad que se va a producir (§ 35, párrafo 1, iniciso 2, StGB); en tales casos, falta la posibilidad de que el autor se desentienda de la situación. 54

c) Los supuestos de inexigibilidad se distinguen, pues, de los de inimputabilidad en que existe un sujeto motivado de igual modo en sus rasgos esenciales, y en que por ello la culpabilidad depende del *rigor del baremo* que se le aplique. El problema de la imputabilidad se refiere a la igualdad del sujeto actuante con respecto a cualquiera. El problema de la exigibilidad, por el con- 55

---

[104] Debido a la posibilidad de resolver de otro modo el conflicto, la ley renuncia en ocasiones a la prueba de la presión motivacional notable y la presume con tal que la situación esté condicionada por la motivación. Constituyen ejemplos los §§ 217 y 33 StGB, en el estado pasional asténico, y el § 35. Un amplio sector habla aquí —equívocamente— de *elementos objetivos de la culpabilidad* (ya *Frank*, Aufbau, pp. 5 ss.; *Hegler*, Frank-Festgabe, t. I, pp. 251 ss., 252; *Thierfelder*, Schuldmerkmale, pp. 44 ss.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 123, ante § 13; *Jescheck*, AT, § 42, II, 1; *Küper*, GA, 1968, pp. 321 ss., 325; *Nowakowski*, ZStW, 63, pp. 287 ss., 320). No obstante, a la exculpación pertenece el conocimiento de estos elementos; así pues, no son exclusivamente objetivos. *Maihofer* interpreta estos elementos como tipificaciones (H. Mayer-Festschrift, pp. 185 ss., 213). Estos elementos pierden, en caso de errónea suposición, su virtualidad de tipificación o de presunción; como elementos también objetivos tienen un superior efecto exculpante que como exclusivamente subjetivos; al respecto *infra*, en torno al error sobre el tipo de culpabilidad 17/19 ss.

trario (incluidos los ámbitos parciales que la ley resuelve conjuntamente bajo el concepto global de incapacidad de culpabilidad), afecta a casos de condicionamiento de la motivación y por ello de medida de la pena reducida a cero en el caso de inexigibilidad. Si la disposición psíquica del autor condiciona su capacidad para obedecer la norma, ello no comporta *per se* la inexigibilidad, sino que el condicionamiento sólo se tiene en cuenta cuando no es asunto del autor. El que sea comprensible el impulso de cometer el hecho, existente realmente, o que falte la inhibición frente al hecho, disminuye, pues, la culpabilidad siempre y cuando ello no se compense a su vez mediante un baremo más riguroso. Ejemplos legales de la vinculación entre inexigibilidad y no responsabilidad por la situación los proporcionan —junto a los ya mencionados §§ 21 y 35 StGB— los supuestos menos graves del homicidio (§ 213 StGB; sólo la provocación a la cólera de la que no se tiene culpa atenúa la culpabilidad) y el exceso en la legítima defensa (§ 33 StGB; el que se defiende es garante en relación con los arrebatos pasionales esténicos; por eso sólo exculpan los asténicos), entre otros.

56 Existe, pues, la situación jurídica, que en principio puede parecer contradictoria, de que el que esté dificultada la motivación de modo relevante, pero no lo suficiente como para excluir la imputabilidad (p. ej., embriaguez moderada), no atenúe la culpabilidad cuando el autor debe responder por esa dificultad, mientras que la exclusión de la imputabilidad (p. ej., como consecuencia de la embriaguez plena) excluye siempre la responsabilidad sin tener en consideración su responsabilidad por ella (acerca de los casos que quedan de *actio libera in causa*, *infra* 17/64 ss; sobre el § 323 *a* StGB, que asimismo queda, *infra* 17/59 ss.). La razón de este salto cualitativo [104a] reside en que la imputación presupone en todo caso un sujeto que sea competente en general para poner en tela de juicio la validez de la norma. Si existe ese sujeto, la medida de la imputación es cuestión del baremo que se imponga, y el baremo depende de la obligación de responder del autor por su propia situación. Si falta un sujeto así (una persona), ya no se trata de relación social, sino de datos de la naturaleza. El que sin embargo con arreglo al Derecho vigente al sujeto se le pueda imputar como culpable un hecho tras una pérdida total de su competencia, si el sujeto ha de responder por la pérdida, lo pone de manifiesto la regulación del § 323 *a* StGB, en relación con la exclusión de la imputabilidad más importante (por ser manipulable) en la práctica, la embriaguez: De otro modo, tal regulación carecería de función [105].

V. LA DEPENDENCIA DEL INSTANTE DE LA CULPABILIDAD Y DEL BAREMO DE LA CULPABILIDAD CON RESPECTO AL COMPORTAMIENTO PREVIO

BIBLIOGRAFIA: *J. Baumann*, Kritische Gedanken zur Beseitigung der erfolgsqualifizierten Delikte, ZStW, 70, pp. 227 ss.; *H.-J. Behrendt*, Affekt und Vorverschulden, 1983; *H. Blei*, Zumutbarkeit und Vorverhalten beim entschuldigenden Notstand, JA, 1975, pp. 307 ss.; *H.-J. Bruns*, Die Strafzumessung bei Vollrauschdelikten (§ 323 *a* StGB), Lackner-Festschrift, pp. 439 ss.; *B. Burkhardt*, Tatschuld und Vor-

[104a] Críticamente al respecto *Neumann*, ZStW, 99, pp. 567 ss., 581.
[105] *Hirsch*, separata ZStW, 1981, pp. 2 ss., 6.

verschulden, en: *A. Eser et al.* (ed.), 3. Deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, 1986, pp. 147 ss.; *P. Cramer*, Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt, 1962; *el mismo*, Comentario a BGH, 21, pp. 381 ss., JZ, 1968, pp. 273 ss.; *F. Dencker*, Vollrausch und der «sichere Bereich des § 21 StGB», NJW, 1980, pp. 2159 ss.; *el mismo*, § 323 a StGB - Tatbestand oder Schuldform?, JZ, 1984, pp. 453 ss.; *B. Forster* y *R. Rengier*, Alkoholbedingte Schuldunfähigkeit und Rauschbegriff des § 323 a StGB aus medizinischer und juristischer Sicht, NJW, 1986, pp. 2869 ss.; *W. Frisch*, Grundprobleme der Bestrafung verschuldeter Affekttaten, ZStW, 101, pp. 538 ss.; *G. Geilen*, Zur Problematik des schuldausschließenden Affekts, Maurach-Festschrift, pp. 173 ss.; *J. Gerchow*, Sogenannte berauschende Mittel und ihre medizinisch-rechtliche Problematik, Sarstedt-Festschrift, pp. 1 ss.; *W. Hardwig*, Studien zum Vollrauschtatbestand, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 459 ss.; *el mismo*, Der Vollrauschtatbestand, GA, 1964, pp. 140 ss.; *W. Heiß*, Verurteilung nach § 323 a StGB trotz Zweifel über das Vorliegen eines Vollrauschs?, NStZ, 1983, pp. 67 ss.; *M. Hettinger*, Die actio libera in causa: Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit?, 1988; *el mismo*, Zur Strafbarkeit der «fahrlässigen actio libera in causa», GA, 1989, pp. 1 ss.; *H. J. Hirsch*, Alkoholdelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland, suplemento ZStW, 1981, pp. 2 ss.; *E. Horn*, Actio libera in causa - eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur?, GA, 1969, pp. 289 ss.; *el mismo*, Kann die «mindestens erheblich verminderte Schuldfähigkeit» den «Rausch»-Begriff i. S. des § 330 a StGB definieren?, JR, 1980, pp. 1 ss.; *J. Hruschka*, Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit, BGHSt., 21, 381, JuS, 1968, pp. 554 ss.; *el mismo*, Methodenprobleme bei der Tatzurechnung trotz Schuldunfähigkeit des Täters. Zugleich eine Apologie des Art. 12 SchwStrGB, SchwZStr., 90 (1974), pp. 48 ss.; *el mismo*, Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit, Bockelmann-Festschrift, pp. 421 ss.; *el mismo*, Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf, ZStW, 96, pp. 661 ss.; *el mismo*, Probleme der actio libera in causa heute, JZ, 1989, pp. 310 ss.; *G. Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976; *el mismo*, Die juristische Perspektive zum Aussagewert der Handlungsanalyse einer Tat, en: *J. Gerchow* (ed.), Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983, pp. 21 ss.; *J. C. Joerden*, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, 1988; *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 1961; *el mismo*, Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit, JZ, 1963, pp. 425 ss.; *R. Keller*, Comentario a BGH, JR, 1989, pp. 341 ss., loc. cit., pp. 343 s.; *U. Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989; *E. Kohlrausch*, Trunkenheit und Trunksucht im Deutschen Vorentwurf, ZStW, 32, pp. 645 ss.; *F. W. Krause*, Betrachtungen zur actio libera in causa, insbesondere in der Form vorsätzlicher Begehung, H. Mayer-Festschrift, pp. 305 ss.; *el mismo*, Probleme der actio libera in causa, Jura, 1980, pp. 169 ss.; *J. Krümpelmann*, Schuldzurechnung unter Affekt und alkoholisch bedingter Schuldunfähigkeit, ZStW, 99, pp. 191 ss.; *W. Küper*, Aspekte der «actio libera in causa». Ein Dialog, Leferenz-Festschrift, pp. 573 ss.; *el mismo*, Der «verschuldete» rechtfertigende Notstand, 1983; *el mismo*, Unfallflucht und Rauschdelikt, NJW, 1990, pp. 209 ss.; *R. Kusch*, Der Vollrausch, 1984; *K. Lackner*, Vollrausch und Schuldprinzip - OLG Köln, NJW, 1966, 412; OLG Braunschweig, NJW, 1966, 679, JuS, 1968, pp. 215 ss.; *el mismo*, Neuorientierung der Rechtsprechung im Bereich des Vollrauschtatbestandes, Jescheck-Festschrift, pp. 645 ss.; *R. Lange*, Der gemeingefährliche Rausch, ZStW, 59, pp. 574 ss.; *el mismo*, Die Behandlung der Volltrunkenheit in der Strafrechtsreform, JR, 1957, pp. 242 ss.; *R. Luthe* y *M. Rösler*, Die Beurteilung der Schuldfähigkeit bei akuter alkoholtoxischer Bewußtseinsstörung, ZStW, 98, pp. 314 ss.; *R. Maurach*, Schuld und Verantwortung im Strafrecht, 1948; *el mismo*, Fragen der *actio libera in causa*, JuS, 1961, pp. 373 ss.; *H. Mayer*, Die folgenschwere Unmäßigkeit (§ 330 a StGB), ZStW, 59, pp. 283 ss.; *G. Meyer*, Die Beurteilung der Schuldfähigkeit bei Abhängigkeit vom Glücksspiel, MonSchrKrim., 1988, pp. 213 ss.; *A. Montenbruck*, Zum Tatbestand des Vollrausches, GA,

1978, pp. 225 ss.; *el mismo*, Comentario a BayObLG, JR, 1978, pp. 208 s., loc. cit., pp. 209 s.; *U. Neumann*, Zurechnung und Vorverschulden, 1985; *el mismo*, Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung, GA, 1985, pp. 389 ss.; *el mismo*, Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit, ZStW, 99, pp. 567 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, StV, 1987, pp. 246 s., *op. cit.*, pp. 247 ss.; *D. Oehler*, Comentario a BGH, JZ, 1970, pp. 379 s., loc. cit., pp. 380 ss.; *H. Otto*, Actio libera in causa, Jura, 1986, pp. 426 ss.; *el mismo*, Der Vollrauschtatbestand, Jura, 1986, pp. 478 ss.; *H.-U. Paeffgen*, Die Ausweitung des «Rausch»-Begriffs (§ 323 a) - ein unaufhaltsamer Prozeß?, NStZ, 1985, pp. 8 ss.; *el mismo*, Actio libera in causa und § 323 *a* StGB, ZStW, 97, pp. 513 ss.; *el mismo*, § 142 StGB, eine lernäische Hydra?, NStZ, 1990, pp. 365 ss.; *O. Ranft*, Grundprobleme des Vollrauschtatbestands, JA, 1983, pp. 193 ss., 239 ss.; *el mismo*, Fahrunsicherheit und Verschulden in strafrechtlicher Sicht, Forensia, 1986, pp. 89 ss.; *C. Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 5.ª ed., 1990; *el mismo*, Bemerkungen zur actio libera in causa, Lackner-Festschrift, pp. 307 ss.; *el mismo*, Der entschuldigende Notstand nach § 35 StGB, JA, 1990, pp. 97 ss., 137 ss.; *I. Puppe*, Die Norm des Vollrauschtatbestandes, GA, 1974, pp. 98 ss.; *la misma*, Grundsätze der actio libera in causa, JuS, 1980, pp. 346 ss.; *la misma*, Neue Entwicklungen in der Dogmatik des Vollrauschtatbestandes, Jura, 1982, pp. 281 ss.; *G. Schewe*, Alkoholdelinquenz aus medizinischer Sicht, suplemento ZStW, 1981, pp. 39 ss.; *el mismo*, § 323 *a*, Definitions- und Beweisprobleme an der «unteren Rauschgrenze»? Blutalkohol, 1983, pp. 369 ss.; *H. Schröder*, Der subjektive Tatbestand des 330 a, DRiZ, 1958, pp. 219 ss.; *B. Schünemann*, Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland, en: *H.-J. Hirsch et al.* (ed.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, pp. 147 ss.; *J. Schuppner* y *K. Sippel*, Nochmals: Verurteilung nach § 323 *a* StGB trotz Zweifels über das Vorliegen eines Vollrauschs?, NStZ, 1984, pp. 67 ss.; *H. Schweikert*, Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten?, ZStW, 70, pp. 394 ss.; *W. Stree*, Rechtswidrigkeit und Schuld, en: *C. Roxin, W. Stree, H. Zipf* y *H. Jung*, Einführung in das neue Strafrecht, 2.ª ed., 1975, pp. 34 ss.; *G. Stratenwerth*, Vermeidbarer Schuldausschluß, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 485 ss.; *F. Streng*, Unterlassene Hilfeleistung als Rauschtat?, JZ, 1984, pp. 114 ss.; *el mismo*, Schuld ohne Freiheit, ZStW, 101, pp. 273 ss.; *G. Timpe*, Grundfälle zum entschuldigenden Notstand und zum Notwehrexzeß, JuS, 1985, pp. 35 ss.; *H. Tröndle*, Vollrauschtatbestand und Zweifelsgrundsatz, Jescheck-Festschrift, pp. 665 ss.; *K. Ulsenheimer*, Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens bei Gefahr eigener Strafverfolgung, GA, 1972, pp. 1 ss.; *H. v. Weber*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Rauschtat, Stock-Festschrift, pp. 59 ss.; *el mismo*, Die Bestrafung der Volltrunkenheit, GA, 1958, pp. 257 ss.; *J. Wolter*, Vollrausch mit Januskopf, NStZ, 1982, pp. 54 ss.; *el mismo*, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz? Zugleich ein Beitrag zum «Strafgrund der Vollendung», Leferenz-Festschrift, pp. 545 ss.

A. El problema

57 Si el propio autor provoca su inimputabilidad [106] o una situación en que —según el baremo— sea inexigible la obediencia al Derecho, son posibles tres vías, incluso —según los ámbitos— también viables a partir del Derecho vigen-

[106] En todo caso, no se trata de la pérdida de la capacidad de acción; ésta se resuelve siempre anticipando el momento del hecho, *vid. infra* 17/58, así como *supra* acerca del concepto de acción 6/42, acerca de la llamada omisión mediante comisión 7/69 y acerca de la imprudencia por lo em-

te, para establecer no obstante la responsabilidad del autor. Según la primera solución, el comportamiento mediante el que el autor crea la situación mencionada es castigado por esa creación. Este es el camino que sigue la ley en el tipo de embriaguez plena (*Vollrausch*), § 323 *a* StGB. Según otra solución, el ocasionamiento de la situación se define como realización del delito que después se lleva a cabo inculpablemente en la situación, al igual que en la autoría mediata el influjo sobre el instrumento (es decir, sobre el intermediario) constituye el hecho del autor mediato. Tal es la vía de la *actio libera in causa* (*ALIC*, acción libre en el origen). En este grupo de casos, que sólo afecta a la pérdida de la imputabilidad, se define la *libera causa* como verdadero hecho punible. Según la tercera solución, por haber creado la situación, se le puede negar al autor que invoque circunstancias exculpantes en la situación. Esta solución existe en los casos de exclusión de la inexigibilidad; también ésta se puede designar como *ALIC* en sentido más amplio, cubriendo esta construcción jurídica, sin embargo, sólo una parte (es decir, la parte que atiende al comportamiento previo) de la exclusión de la inexigibilidad (pero no las especiales relaciones jurídicas). Aquí la *actio* sigue siendo el verdadero hecho; éste es culpable por la *libera causa*. Idéntica a este tercer modelo es la regulación establecida en el § 7 WStG, en virtud de la cual la «embriaguez por propia culpa» de los soldados excluye la atenuación de la pena en virtud de los §§ 21 y 49 StGB para las infracciones penales o los delitos contra el Derecho internacional de guerra cometidos en acto de servicio.

Las soluciones mencionadas se distinguen en qué se considera injusto: el 58
embriagarse (*Vollrausch*), o el acto puesto en marcha mediante el hecho de embriagarse *(ALIC)*, o el hecho realizado en estado de embriaguez (exigibilidad). Por eso se distinguen también los objetos y los instantes de los tipos subjetivos, así como los instantes en que los especiales elementos del delito, necesarios en su caso, han de realizarse. La razón para distinguir entre las vías de solución ha de buscarse en el fin de la pena: Dado que se castiga a causa de un déficit de lealtad al Derecho, ha de atenderse a hechos que pongan de manifiesto este déficit. En supuestos de grave embriaguez o intoxicación por drogas falta un sujeto responsable, con independencia de con qué enfasis se le interpele (*infra* 18/5, 11), de modo que un delito —como ocurre en el psicótico— no evidencia deslealtad al Derecho, sino índole distinta de la motivación: una pérdida de subjetividad. Aquí debe buscarse la infracción penal en el instante situado fuera de la embriaguez (*Vollrausch* y *ALIC*). Pero si hay un sujeto, aun cuando su motivación por la lealtad al Derecho se vea dificultada por relevantes motivos contrarios, su hecho puede que no evidencie una deslealtad al Derecho suficientemente acentuada; el desplazamiento de lo que debe considerarse infracción penal a un instante sin motivación contraria relevante es innecesario cuando es cometido del sujeto superar la motivación contraria aumentando la motivación por la lealtad al Derecho [106a] (exigibilidad).

---

prendido 9/14. El uso lingüístico no es unitario; en pro de la inclusión de los supuestos de capacidad de acción que se ha abandonado, *Hruschka*, AT, p. 327, y *passim*; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 20, núm. marg. 34; *Krause*, H. Mayer-Festschrift, pp. 305 ss., 306; *el mismo*, Jura, 1980, pp. 169 ss., 172; *Maurach*, JuS, 1961, pp. 373 ss., 376; *Otto*, Jura, 1986, pp. 426 ss., 431; asimismo, *LK-Spendel*, § 323 a StGB, núm. marg. 25; ya *Binding*, Normen, t. II (1), pp. 609 ss.

[106a] *Frisch* ha desarrollado una solución para el estado pasional en la que se prescinde de la sociedad (ZStW, 101, pp. 538 ss.). Vincula la aplicación de los §§ 20 y 21 StGB al estado psíquico

58a Cuando en ocasiones se argumenta que también en la embriaguez plena o en la *ALIC* se trata, en realidad, de que el autor no se puede escudar en la exclusión de la culpabilidad dada en el instante del hecho [106b], o que del «estar libre de presión condicionada por enfermedad» es un «sucedáneo» [106c] la falta de libertad «no evitada, incumpliendo la propia función», ello conduce a la ficción de responsabilidad por las siguientes razones: Bien es verdad que invocar defectos puede estar interrumpido incluso más radicalmente en el organización interna del autor que en el Derecho vigente, pero tal cambio de instancia no es posible punto por punto, sino que tiene consecuencias sistemáticas [illegible] luciones esbozadas se referirían, pues, a responsabilidad verdadera sólo si estuviera jurídicamente protegida la expectativa real de que el inimputable por propia culpa se comporte responsablemente (¿principio de confianza frente a las personas embriagadas?) y si también el autor pudiera invocar su responsabilidad subsistente. Evidentemente, en el ordenamiento actual no se extraen ambas consecuencias sistemáticas, como se pone de manifiesto en el autodaño: El suicidio, p. ej., bajo el efecto de drogas, no es «libre» y el ruego de que se le dé a uno muerte en esas condiciones no es serio, *ceteris paribus*. El autor de

---

y al gravamen (que cabe derivar sólo de ahí) de la capacidad de comprender u observar la norma. Ello es correcto en lo que respecta a la imputabilidad en sentido estricto: Donde ya no es un sujeto (una persona) quien actúa, se despliega la naturaleza, pero no la sociedad. Pero obviamente, en lo que respecta al gravamen de un sujeto aún presente (de acuerdo con la solución que aquí se propugna, en el § 21 StGB y también en parte del ámbito del § 20 StGB, *vid.* 18/14 ss.), habría que fundamentar cómo es que tener en cuenta este gravamen es cometido de la sociedad y no de la persona gravada. Los psicologismos son, como categoría, insuficientes para una fundamentación de este tipo, aun cuando se la denomine «estructura de la culpabilidad» (loc. cit., p. 603). Consecuencia de esta persecución del «derecho» de sólo un detalle: El condicionante pasional —no pensado con anterioridad— en la tentativa de violación se convierte en causa de disminución de la culpabilidad en el consecutivo asesinato de la víctima. *Vid.* asimismo 18/nota 94.

[106b] *Neumann*, Zurechnung, pp. 24 ss., 125 ss., 267 ss., *passim*; el modelo coincide en el ámbito de la exigibilidad con el que aquí se propugna. *Neumann* entiende la exclusión del poder-invocar como «regla dogmática de segundo grado» (pp. 22, 276 ss., 284), lo cual quiere decir: En la «estructura dialogal del hacer penalmente responsable» (p. 276) (condicionada por la «estructura» dialogal de la responsabilidad», p. 277) no importa «cuál sea el caso en sentido dogmático, sino... con qué cabe argumentar» (p. 18). Al margen de que, de acuerdo con el modelo que aquí se propugna, con la pérdida de la imputabilidad siempre cabe argumentar cuando esta pérdida concurría (al respecto en seguida en el texto), con ello está descrito acertadamente el proceso de un juicio de culpabilidad que se lleva a cabo mediante atribución. Lo que ocurre es que no se aprecia obstáculo alguno para plasmar el resultado del diálogo en un concepto y así formular reglas dogmáticas del grado *decisivo*. Ejemplo: Quien en el primer grado (provisionalmente) formula que el peligro para la vida exculpa las intervenciones necesarias para su evitación, tiene que desplazar a un segundo grado el que no pueda invocar el peligro para la vida quien es responsable por el motivo de ese peligro, p. ej., por haberlo creado (§ 35 StGB). Naturalmente, el peligro para la vida no sustenta *per se* la exculpación, sino la posibilidad que se abre en algunos peligros para la vida de distanciar génesis del conflicto y autor; *éste* es [illegible] enunciado dogmático del grado decisivo. El que esta posibilidad de desplazamiento dependa del contexto social situado fuera de la psique del autor sugiere que ahí no importa la dogmática de la culpabilidad y de la inculpabilidad, sino sólo el poder-invocar (o no) lo interno. Pero la culpabilidad no es —como *Neumann* por lo demás tampoco ignora— un mero derivado de una interioridad independiente del contexto social.

[106c] *Hruschka*, AT, p. 327; *el mismo*, Bockelmann-Festschrift, pp. 421 ss.; contra la solución de la subrogación, de nuevo *Neumann*, GA, 1985, pp. 389 ss., 397. *Hruschka* aplica consecuentemente el principio de subrogación también a la capacidad de acción; en el mismo sentido, *Otto*, Jura, 1986, pp. 426 ss., 431; en contra, el texto que sigue: A quien no tiene capacidad de acción, tampoco se le puede inducir, mediante la fidelidad óptima al Derecho, a obedecer un mandato.

un hecho en estado de embriaguez, en su embriaguez no es ni siquiera capaz de acción con vistas al debate penal sobre su hecho. Incluso el Derecho positivo reconoce, como lo evidencia el § 323 *a* StGB, la inimputabilidad en el instante del hecho en estado de embriaguez cuando la embriaguez fue causada imputablemente. Estas distinciones naturalmente no proceden si se concibe la embriaguez grave no como pérdida de subjetividad, sino sólo como condicionamiento motivatorio.

B. La embriaguez plena *(Vollrausch)*

1. *a)* Dado que el fundamento de punición de la embriaguez plena no reside en el hecho realizado en embriaguez, sino en el embriagarse, la regulación (§ 323 *a* StGB) tiene, con razón, su lugar en la Parte Especial [106d]; la finalidad del precepto —asegurar la imputación— remite, como se pondrá de manifiesto, a la Parte General. 59

Esta finalidad se busca casi siempre en la protección frente a la peligrosidad de embriaguez: El embriagarse constituye injusto por el peligro concreto [107] o abstracto [108] de que el autor, debido a la embriaguez, se desligue de las ataduras —que suelen haber llegado a ser habituales mediante la socialización— con la norma [109]. La solución que completa el tipo con el requisito de

[106d] *De otra opinión*, *Hruschka*, AT, pp. 296 ss.; *Otto*, Jura, 1986, pp. 478 ss., 480; de hecho también *Neumann*, Zurechnung, pp. 58 ss., 63 s., 124, 125 ss.; *Streng*, ZStW, 101, pp. 273 ss., 318.

[107] *Welzel*, Strafrecht, § 68, II, 1 *b*; *Arzt-Weber*, BT, t. II, núm. marg. 427; *Kohlrausch*, ZStW, 32, pp. 645 ss., 661; *Kohlrausch-Lange*, § 330 *a*, nota II; *Lange*, ZStW, 59, pp. 574 ss., 584; *el mismo*, JR, 1957, pp. 242 ss., 244; *Hirsch*, separata ZStW, 1981, pp. 2 ss., 15 s.

[108] En ese sentido la doctrina dominante, con variaciones relativas a la medida de las restricciones generales aplicables a los delitos de peligro abstracto; al respecto *supra* 6/89. *Cramer*, Vollrauschtatbestand, pp. 46 ss., 50 ss., y *passim*; *SK-Horn*, § 323 *a*, núm. marg. 2; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 323 *a*, núm. marg. 1; *Jescheck*, AT, § 40, VII; *Lackner*, JuS, 1968, pp. 215 ss., 219; con el requisito de una relación subjetiva laxa (y en conjunto no clara) con cualquier hecho cometido en estado de embriaguez, BGH, 10, pp. 248 ss., 250; 17, pp. 333 ss., 335; BayObLG, NJW, 1990, pp. 2334 s., 2335. Sin este requisito, BGH, 1, pp. 124 ss., 125 s.; 1, pp. 275 ss., 277; 2, pp. 15 ss., 19; 16, pp. 124 ss., 125 s.; BayObLG, JR, 1975, pp. 30 s.; Hans-OLG-Hamburg, JR, 1982, pp. 345 s., con comentario de *Horn*, loc. cit., pp. 347 ss. *Vid.* asimismo *LK-Spendel*, § 323 *a*, núm. marg. 61 ss., 67: «delito de peligro general subjetivo».

[109] *V. Weber*, Stock-Festchrifrt, pp. 59 ss., 72. La significación de desligarse de ataduras es discutida. Además se argumenta, en ocasiones, que el § 323 *a* StGB también abarcaría el peligro de que cedan las capacidades de reacción y de dominio del cuerpo; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 323 *a*, núm. marg. 1; *Cramer*, Vollrauschtatbestand, pp. 4 s.; *Schröder*, DRiZ, 1958, pp. 219 ss., 221; *v. Weber*, GA, 1958, pp. 257 ss., 260. *Vid.* también acerca de las recientes concepciones, *infra* nota 111. No obstante, sin la evitabilidad actual, el hecho cometido en estado de embriaguez no constituye acción típica (*de otra opinión*, *Kusch*, Vollrausch, pp. 92, 94, 100 ss., y *passim*, según el cual bastaría cualquier comportamiento de algún modo voluntario; inconsecuente, como es natural, la solución de la omisión, pp. 111 ss., 116). Ello cabría superarlo atendiendo a un sujeto hipotético (el autor *sin* defectos condicionados por la embriaguez). Más importante es que la vinculación del § 323 *a* StGB a la incapacidad de culpabilidad (que no se descarta) es completamente inidónea para abarcar el límite de las disminuciones relevantes de los aparatos de reacción y motor. Para un cirujano, o un conductor (§ 316 StGB), o para un pastor, etc., habría que trazar límites distintos, que casi nunca coincidirán con los límites de la incapacidad de culpabilidad. Naturalmente, no está excluido *de lege ferenda* el tener en cuenta todos los defectos de rendimiento condicionados por la embriaguez, lo que ocurre es que entonces hay que determinar de forma distinta la embriaguez en función del ámbito vital y de la clase de defecto.

peligro concreto no consigue explicar por qué la punibilidad de una realización de tipo limitado en tales términos debe verse limitada por segunda vez mediante la exigencia del hecho antijurídico cometido en embriaguez (§ 11, párrafo 1, núm. 5, StGB) como condición objetiva de punibilidad. Tal aclaración es fácil de verificar desde la solución que atiende al peligro abstracto: la embriaguez sin consecuencias, por su ubicuidad, no debe ser punible. Naturalmente, con la idea de peligro —aunque sólo sea abstracto— no se puede determinar cómo la aplicabilidad del precepto depende de la situación probatoria referida a la capacidad de culpabilidad (§ 323 *a*, párrafo 1, StGB, *in fine*). En todo caso, cabe encontrar una solución provisional interpretando el precepto como determinación alternativa tipificada entre la embriaguez «auténtica» y la responsabilidad por el hecho ejecutado en un estado de embriaguez que —posiblemente— no excluya efectivamente la culpabilidad [110].

60 *b)* Pero surge además otro problema: En todos los esquemas que atienden al peligro no es posible fundamentar (con el peligro concreto), o sólo cabe hacerlo artificiosamente (con el peligro abstracto), por qué al autor desligado de las normas, es decir, al autor —incluso sin embriaguez— firmemente decidido a cometer el hecho, se le ha de prohibir embriagarse [110a], pues si el hecho cometido en estado de embriaguez se sustenta sobre un nuevo dolo (en la inimputabilidad), este nuevo dolo no aumenta el peligro existente; y si el dolo continúa siendo el mismo (en la «capacidad de culpabilidad disminuida»), con más razón. El peligro de desligarse de las normas no puede ser, pues, la razón principal del precepto [111], ni siquiera en «determinación alternativa» junto a la res-

[110] *LK-Tröndle*, § 1, núm. marg. 99.

[110a] *Neumann*, Zurechnung, p. 76.

[111] Las recientes interpretaciones del § 323 *a* StGB en la doctrina apuntan a la determinación de la embriaguez como estado en que el autor ya no está a la altura de las exigencias de la relación social; fundamental *Puppe*, GA, 1974, p. 98 ss., 109 s.; *la misma*, Jura, 1980, pp. 281 ss., 285 ss.; además, *Montenbruck*, GA, 1978, pp. 225 ss., 238 s. (asunción del límite del 1,2 por 1.000 procedente del Derecho de la circulación); *el mismo*, JR, 1978, pp. 209 s.; *Horn*, JR, 1980, pp. 1 ss., 6. Obviamente, la «capacidad para la relación» depende del respectivo ámbito vital, no siendo posible determinarlo en términos absolutos; *vid.* ya las consideraciones señaladas *supra*, nota 109, contra la confusión entre capacidad de acción y capacidad de culpabilidad. Contra todas las soluciones consistentes en la puesta en peligro, *Neumann*, Zurechnung, pp. 57 ss. *Dencker* (NJW, 1980, pp. 2159 ss., 2164) pretende vincular el concepto de embriaguez al § 21 StGB (en igual sentido *Forster* y *Rengier*, NJW, 1986, pp. 2869 ss., 2871), entre otras razones, porque «grados más leves de intoxicación no comportan una disminución relevante de la culpabilidad». Lo cual es incorrecto por dos motivos: El § 21 StGB sólo se ocupa de la disminución de la culpabilidad que cabe tener en cuenta mediante cambio del marco penal, pero no de la disminución que se resuelve dentro del marco penal (*vid.* ahora *Dencker*, JZ, 1984, pp. 453 ss., 458, con nota 54). Además, incluso en caso de disminución de la «capacidad» condicionada por la embriaguez, la culpabilidad no está disminuida en todo caso, como lo demuestra la mera atenuación *facultativa* (*vid. infra* acerca de la exigibilidad 17/69 ss.); así pues, ni siquiera una disminución considerable de la «capacidad» comporta necesariamente una disminución (y menos una disminución considerable) de la culpabilidad. *Paeffgen*, ZStW, 97, pp. 514 ss., 530 ss., escinde la norma en un ámbito más leve de la prohibición de embriagarse (teniendo que fijarse *de lege ferenda* un límite en tantos por mil, pp. 526 ss.), y un ámbito más riguroso, en el que han de situarse los supuestos de *actio libera in causa* a su juicio inadmisibles. *Kusch*, Vollrausch, pp. 49, 53, atiende, para el concepto de embriaguez, a la grave perturbación psíquica en los términos del § 20 StGB, sin vincular no obstante la perturbación a la pérdida de la capacidad de comprender y obedecer la norma; sin embargo, no cabe fijar una perturbación psíquica aislada del fin del § 20 StGB. Otros modelos: Como supuesto de responsabilidad por el resultado entiende el § 323 *a* StGB, *H. Mayer*, ZStW, 59, pp. 283 ss.; en definitiva tam-

ponsabilidad alternativa por el hecho eventualmente culpable cometido en estado de embriaguez.

2. *a)* La norma del § 323 *a* StGB subsiste incluso dada una situación probatoria no clara y dadas personas decididas al hecho, garantizando que la solución del conflicto mediante imputación no deviene imposible [112]. Esta garantía es necesaria, ya que si decae la imputación no cabe desviar hacia una solución cognoscitiva (la prohibición no es discutible). Para que no tengan que quedar conflictos sin resolver se le prohíbe al autor anular su existencia como sujeto imputable —enteramente o en parte— [112a] mediante la embriaguez, o menoscabarla de tal modo que no sea totalmente descartable tal anulación. Un sujeto de todos modos inimputable, p. ej., por enfermedad mental, no puede realizar el injusto del hecho, pero sí un autor en el que la alcoholización sólo conduce a la inimputabilidad si se une a un arrebato pasional o a otro estado semejante [112b]. 61

Ahora bien, reaccionar mediante pena a toda embriaguez, debido a la ubicuidad de la embriaguez, sería imposible, y debido a su inocuidad típica incluso innecesario (en relación con todos los esquemas que no atienden al peligro concreto). Por ello se interpreta, incluso en la doctrina dominante, el hecho cometido en estado de embriaguez como condición objetiva de punibilidad. Pero este tratamiento de toda embriaguez como injusto limitado únicamente en su punibilidad, pasa por alto lo posible y lo necesario en la práctica, dado que la embriaguez se tolera en amplia medida —aun cuando no se apruebe del todo sin más—. Consiguientemente, hay que suponer que la ley, por medio del hecho cometido en estado de embriaguez, desplaza no la punibilidad, sino ya el injusto del hecho (condición del injusto exclusivamente objetiva, con detalle *vid. supra* 10/2). Sólo lo drástico del hecho cometido en estado de embriaguez permite definir la embriaguez como injusto [112c].

b) En esta interpretación no hace falta que concurra con certeza lo que pone en peligro la posibilidad de la imputación, es decir, la merma de la capacidad de culpabilidad, sino que basta con que la inimputabilidad no sea des- 62

---

bién *Baumann*, ZStW, 70, pp. 227 ss., 244; asimismo considera incompatible el precepto con el principio de culpabilidad *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, pp. 144 ss.; 247 ss., 251 s.; *el mismo*, JZ, 1963, pp. 425 ss., 433; como supuesto de responsabilidad por el riesgo, *Hardwig*, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 459 ss.; *el mismo*, GA, 1964, pp. 140 ss.; *Schweikert*, ZStW, 70, pp. 394 ss.; al respecto *Neumann*, Vorverschulden, pp. 118 ss.; en contra, *Cramer*, Vollrauschtatbestand, pp. 19 ss.; *Puppe*, GA, 1974, pp. 98 ss., 103 s.; interpretan el «embriagarse» como «capa con la que se oculta la punición del hecho cometido en estado de embriaguez» («excepción a la regla del § 20 StGB») *Hruschka*, AT, pp. 296 ss., 197; *Neumann*, Zurechnung, pp. 58 ss., 63 s., y *passim* (*vid.* al respecto *supra* 17/58). *Vid.* asimismo la bibliografía en *Schönke-Schröder-Cramer*, *§ 323 a*, núm. marg. *a*; *Puppe*, loc. cit.

[112] En términos semejantes, *Maurach*, Schuld und Verantwortung, pp. 117 ss.; *el mismo*, BT [5], § 56, II, A, 2; restrictivamente, *Maurach-Schroeder*, BT, II, § 94, I, 3; como aquí, *Roxin*, Täterschaft, p. 665; en lo esencial también *Kindhäuser*, Gefährdung, pp. 326 ss.; *vid.* asimismo *Neumann*, Zurechnung, p. 61; *de otra opinión*, *Cramer*, Vollrauschtatbestand, pp. 28 ss.

[112a] *Vid.* BGH, StV, 1984, pp. 154 y 419.

[112b] BGH, StV, 1987, pp. 246 s., con comentario de *Neumann*, pp. 247 ss.

[112c] La definición como injusto es más evidente cuanto más grave sea el delito cometido en estado de embriaguez. Por eso el hecho realizado influye en la penalidad del embriagarse (¡*vid.* § 323 *a*, párrafo 2 StGB!); los detalles son muy controvertidos; bibliografía en *Bruns*, Lackner-Festschrift, pp. 439 ss.

cartable, aun cuando tampoco quepa descartar la capacidad de culpabilidad plena [113], pues ni siquiera ante una pérdida de la imputabilidad no descartable es posible la imputación del hecho cometido en estado de embriaguez (con la salvedad de los casos de la *ALIC*). Qué es estado de embriaguez ha de determinarse en esta situación con arreglo al fin de protección del precepto. Por tanto, no es necesaria una desinhibición (parcial) o algo semejante, sino simplemente haber ingerido alcohol en tal cantidad que —subsistiendo la capacidad de acción— no sea descartable la inimputabilidad, aun cuando a su vez siga siendo igualmente posible la capacidad de culpabilidad plena [114]. Naturalmente, el § 323 *a* StGB no abarca, con arreglo a su tenor literal, aquellos casos en los que ya es dudosa la existencia del estado de embriaguez; la regulación de la prueba, en este precepto, no se aplica al autor en relación con el cual no cabe cerciorarse de que ha ingerido alcohol suficiente como para estar embriagado. Esta solución es adecuada y justa [114a], puesto que únicamente si ha ingerido grandes cantidades de bebidas alcohólicas incumbe al autor que las dudas sobre su imputabilidad no impidan resolver el conflicto.

63 *c)* El hacer posible la imputación, como fin de protección del § 323 a StGB, da lugar, en conexión con la embriaguez plena y con la comisión de delito en estado de embriaguez —que a su vez puede constituir una embriaguez plena: en el bebedor en cadena [114b]— a lo siguiente: El hecho cometido en estado de embriaguez no tiene por qué ser consecuencia de haberse embriagado, puesto que también el que está decidido a cometer el hecho de todos modos, embriagándose, no impide la posibilidad de imputación, en tanto que ello no

---

[113] Al tipo no pertenece cualquier menoscabo de la capacidad de culpabilidad, sino la embriaguez; con respecto a su definición, en la que desde luego interviene la suposición de incapacidad de culpabilidad, *vid.* en seguida en el texto. Con respecto a la determinación de la embriaguez como resultado del hecho, fundamental *Horn*, JR, 1980, pp. 1 ss., 2 ss.; *SK-Horn*, § 323 *a*, núm. marg. 4 [acerca del concepto de embriaguez en la jurisprudencia, *vid.* BGH, 26, pp. 363 ss.; BGH, GA, 1984, p. 124; OLG Köln, VRS, 68 (1985), pp. 38 ss.: No hay embriaguez cuando es posible la plena capacidad de culpabilidad]. La fórmula tan extendida de que el autor ha de haber llegado con seguridad al ámbito del § 21 StGB, o haber traspasado el ámbito seguro del § 21 StGB (se quiere decir que tiene que mostrar al menos un menoscabo en los términos del § 21 StGB, y quizá incluso más; clarificador, BGH, NJW, 1989, pp. 635 s.) (BGH, 32, pp. 48 ss., 55 ss.; antes ya BayObLG, JR, 1980, pp. 27 ss.; BGH, JR, 1980, p. 32; BGH, VRS, 56, pp. 447 ss.; *Dencker*, NJW, 1980, pp. 2159 ss., 2163; *Hirsch*, suplemento ZStW, 1981, pp. 2 ss., 19 ss.; *Ranft*, JA, 1983, pp. 193 ss., 198; *Lackner*, Jescheck-Festschrift, pp. 645 ss., 663; *Arzt-Weber*, BT, t. II, núm. marg. 445; *Forster y Rengier*, NJW, 1986, pp. 2869 ss. 2972; más restrictivo, OLG Karlsruhe, JR, 1980, pp. 30 ss.), no alcanza a satisfacer: El salto cualitativo no reside en el paso de la sobriedad al ámbito seguro del § 21 StGB, sino de la imputabilidad a la inimputabilidad (*vid. Paeffgen*, NStZ, 1985, pp. 8 ss., 11 ss.). La incertidumbre relativa a este paso no impide, en la redacción actual del precepto (acerca de la redacción anterior, *vid.* BGH, 9, pp. 390 ss.), la aplicabilidad de éste. Los demás límites sólo están determinados cuantitativamente. Acerca del tratamiento de otros estupefacientes distintos al alcohol *vid.* Gerhow, Sarstedt-Festshcrift, pp. 1 ss., con bibliografía.

[114] *Tröndle*, Jescheck-Festschrift, pp. 665 ss.; 676 ss.; en definitiva igualmente *Maurach-Schroeder*, BT, II, § 94, II, 1; con fundamentación errónea *Heiß*, NStZ, 1983, pp. 67 ss., 69; en contra, *Schuppner* y *Sippel*, NStZ, 1984, pp. 67 ss. En contra, se señala que la cantidad de sustancia psicotrópica es sólo «*un* indicio entre muchos... en relación con la cuestión de la (in)capacidad de culpabilidad» (*Dencker*, JZ, 1984, pp. 453 ss., 459). No obstante, la embriaguez no tiene que ser tampoco más que una condición imputable de que no quepa descartar el § 20 StGB.

[114a] *De otra opinión, Schewe*, Blutalkohol, 1983, pp. 369 ss., 381 ss.; acerca de la determinación alternativa, *vid. Tröndle*, Jescheck-Festschrift, pp. 684 ss.

[114b] Pero al principio de la cadena tiene que haber alguien imputable; *vid. supra* 7/61.

constituya una *ALIC* y, desde luego en caso de inimputabilidad, carece de importancia; pues la situación motivatoria en el inimputable no es igual a la del imputable menos culpabilidad, sino que por definición es heterogénea en sus rasgos esenciales, de modo que también el dolo del hecho con el comienzo de la inimputabilidad está motivado heterogéneamente, es decir, de modo condicionado por la embriaguez. Pero sí tendrá importancia práctica el caso en que un autor decidido a cometer el hecho de todos modos, tras ingerir alcohol, lo que condiciona con suma probabilidad —pero precisamente de modo no demostrable— la imputabilidad, ejecuta el hecho.

El autor responderá por la embriaguez plena sólo cuando el hecho ejecutado en estado de embriaguez es desencadenado por circunstancias que se encuentran dentro de su ámbito de responsabilidad. Ello falta en absoluto (frente a cualquiera), cuando un tercero determina al embriagado, de un modo que fundamenta autoría mediata, a cometer un delito. Tampoco en la omisión del deber de denunciar delitos planeados y en la omisión del deber de socorro (§§ 138 y 323 c StGB) el autor es garante de la solución del conflicto [114c]; los delitos mencionados no son, pues, adecuadas condiciones del injusto de la embriaguez plena [114d]. La responsabilidad falta relativamente (o sea, en la relación con el agresor) cuando el embriagado se ve agredido antijurídica y culpablemente y su defensa es excesiva como consecuencia de la embriaguez [115].

C. *Actio libera in causa (ALIC):* La *causa libera* como acción ejecutiva *(Tathandlung)*

El propio autor puede convertirse a sí mismo, como autor mediato, en ins- 64
trumento, colocándose en una situación que excluya la imputabilidad, y en la que cometerá un hecho previamente conocido o cognoscible como antijurídico. De modo distinto a como ocurre en el supuesto básico de la autoría mediata, en el que basta que el autor mediato sea responsable de cualquier circunstancia que excluya la culpabilidad del instrumento, en la *ALIC* hace falta precisamente eliminar la imputabilidad; no basta la creación de una situación en que está

[114c] Es cuando menos dudoso que el § 142 defina como garante de la comprobación también a aquel involucrado en el accidente que no provoca riesgo especial alguno, que particularmente se ha comportado con corrección en el tráfico. Cuando existe una posición de garante, no está claro si puede concurrir la responsabilidad por los §§ 323 *a*, 142.1 StGB, con la responsabilidad por el § 142.2, en conexión con el párrafo 1 StGB; en contra (y en pro de la sola aplicación de los §§ 323 *a*, 142.1 StGB) BayObLG, NJW, 1989, pp. 1685 s. (con comentario de *Keller*, JR, 1989, pp. 209 ss., 213 s.; en definitiva también *Paeffgen*, NStZ, 1990, pp. 365 ss., todos con bibliografía).

[114d] Muy controvertido; *de otra opinión, Streng*, JZ, 1984, pp. 114 ss. (que, a partir de su apreciación de que el embriagado sigue siendo «destinatario apto de atribuciones de culpabilidad», loc. cit., p. 119, podría renunciar a la regulación de la embriaguez en el § 323 *a* StGB, en favor de la aplicación de las reglas de exigibilidad, *vid. infra* 17/69 ss.; 18/5 ss., 34) con amplia bibliografía; distingue *Ranft*, JA, 1983, pp. 193 ss., 239 ss., 241.

[115] Desacertado BGH, NJW, 1980, pp. 1806 s. (un embriagado ataca, para su sorpresa el agredido se defiende y aquél reacciona intentando matar al que se defiende): La sentencia atiende a la *previsibilidad* de la defensa contra el ataque que realiza el embriagado, en lugar de a la *responsabilidad* del embriagado por el ataque. Si en la anulación de la capacidad de culpabilidad confluyen el alcohol y el estado pasional, el autor responde sólo cuando es responsable de evitar esa confluencia (más ampliamente, BGH, NStZ, 1982, p. 116: bastaría la evitabilidad).

excluida en sí la exigibilidad. Ello obedece a la razón siguiente: En el supuesto básico de la autoría mediata el autor mediato deja actuar al instrumento, tras haberlo «preparado», como un instrumento a fin de cuentas siempre inocente. Pero si el autor mediato se sirve de sí mismo como instrumento, mantiene el control sobre sí mismo siempre y cuando persista la continuidad de su motivación —es decir, siempre que no se convierta en inimputable—, y mantiene el control sobre sí como ser responsable en tanto que el baremo que se le aplica aumenta su rigor proporcionalmente a los condicionamientos de la motivación que se producen, es decir, en todo el ámbito de la inexigibilidad en sí dada (o sea, sin tener en cuenta el aumento de rigor en el baremo). Importancia práctica poseen desde hace tiempo [116] únicamente los supuestos en los que el autor se priva a sí mismo de la imputabilidad mediante estupefacientes, sobre todo alcohol.

65 2. La *ALIC* [117] tiene los siguientes requisitos [118]:

[116] El ejemplo tan debatido antes, en el que una madre, mientras duerme, produce la asfixia de su niño de pecho, se refiere a la pérdida de la capacidad de acción y, por tanto, pertenece a la teoría de la acción: *vid.* ya *supra* 17/nota 106.

[117] Detallada exposición de la historia doctrinal y legislativa en *Hettinger,* actio, pp. 57 a 435; algunas referencias bibliográficas en *Hruschka,* SchwZStr., 90 (1974), pp. 48 ss., 55 ss.; *el mismo,* AT, pp. 343 ss.; *el mismo,* ZStW, 96, pp. 661 ss. Sobre la parangonabilidad de la *actio libera in causa* y de la *actio illicita in causa* (al respecto 21/84), *Küper,* Notstand, pp. 70 ss., 80 ss..

[118] Los pormenores son muy controvertidos. Un extremo lo forma la concepción de *Hurschka,* SchwZStr., 90 (1974), pp. 48 ss.; *el mismo,* JuS, 1986, pp. 351 ss., *el mismo* JZ, 1989, pp. 310 ss.; *el mismo,* AT, pp. 39 ss., 43, 294, 327, y *passim,* según el cual la inimputabilidad provocada con infracción de los deberes que incumben constituiría el sucedáneo de la imputabilidad; en igual sentido *Joerden,* Strukturen, pp. 35 ss., 45 s. De hecho análogamente *Neumann,* Zurechnung, pp. 25 ss., 269 ss., que pretende negar al autor la exclusión de la culpabilidad merced a la *causa libera* antecedente; *el mismo,* ZStW, 99, pp. 567 ss., 574 ss.; *Küper,* Leferenz-Festschrift, pp. 573 ss.; 591 s. (injusto sólo lo sería el acto defectuoso); *Otto,* Jura, 1986, pp. 426 ss., 431; *Jeschek,* AT, § 40, IV; *Burckhardt,* en: Kolloquium, pp. 147 ss., 171 ss. Esta solución sólo se ajusta a supuestos de inexigibilidad, pero no a los de inimputabilidad, ya que en estos últimos falta la continuidad jurídicamente suficiente de la motivación al hecho. Un «modelo de ampliación» (la producción del defecto, como acto preparatorio, es parte del hecho si al menos se ha alcanzado la fase de tentativa) lo desarrolla *Streng,* ZStW, 101, pp. 273 ss., 310 ss. Representa la posición opuesta (entre aquellos que reconocen la ALIC) *Horn,* GA, 1969, pp. 289 ss.; *SK-Horn,* § 323 *a,* núm. marg. 28 ss., quien considera a la ALIC como supuesto particular de las reglas generales, es decir, de las reglas de la tentativa. Dado que *Horn,* no obstante, en la determinación del comienzo de la tentativa, tiene en cuenta que el autor se «exonera» de ser persona responsable, sus resultados (ALIC como supuesto particular de autoría mediata) no son distintos, en el plano de los principios, de los que aquí se defienden. Ampliamente sobre *Horn, Hettinger,* actio, pp. 364 ss. Entre las teorías que se encuentran entre los extremos, se discute si en la ALIC dolosa también tiene que ocurrir dolosamente la pérdida de la imputabilidad (solución según las reglas generales) o no (solución según las reglas de la exigibilidad). En favor de la primera concepción, *vid.* RG, 73, pp. 177 ss., 182; BGH, 2, pp. 15 ss., 17; 17, pp. 260 ss., 262; 17, pp. 333 ss., 335; BGH, VRS, 23, pp. 212 ss., 213 (lo deja sin contestar BGH, 21, pp. 281 ss.); *Oehler,* 1970, pp. 380 ss.; *Puppe,* JuS, 1980, pp. 346 ss., 348; *Roxin,* Lackner-Festschrift, pp. 307 ss., 320; Schröder-Hannover, AT, 10/25; *Schönke-Schröder-Lenckner,* § 20, núm. marg. 36; *SK-Rudolphi,* § 20, núm. marg. 30; *Schünemann,* en: Strafrecht, pp. 149 ss., 170 ss.; en definitiva (no obstante, inexorable pero también suficiente sería conocer el defecto e incorporarlo al plan del hecho), asimismo *Krause,* H. Mayer-Festschrift, pp. 305 ss., 312 (a veces reclamado por la concepción contraria, sin razón); *el mismo,* Jura, 1980, pp. 169 ss., 174. En favor de la última concepción (además de *Hruschka,* loc. cit.), *Cramer,* Vollrauschtatbestand, p. 312; *el mismo,* JZ, 1968, pp. 273 ss., 274; *Maurach,* JuS, 1961, pp. 373 ss., 376; *Maurach-Zipf,* AT, § 36, núm. marg. 57 ss.; *Stratenwerth,* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 485 ss., 495 ss. De acuerdo con *Paeffgen,* ZStW, 97, pp. 513 ss., 518, sería inad-

a) El delito —que por su parte puede ser doloso o imprudente— [118a] ejecutado en estado de embriaguez debe haber sido conocido por el autor (dolo) o al menos debe haberle sido cognoscible (imprudencia), con la exactitud que, por otra parte, se exige en la participación en el hecho de otro [119]. Si no, faltaría el tipo subjetivo en el momento del hecho (el momento de la *causa libera*).

b) Dado que el autor de un delito previo debe conocer: (a) la realización del tipo y (b) su dominio del hecho, únicamente habrá *ALIC* cuando conozca tanto (a) el comportamiento (por su parte doloso o en caso límite también imprudente) que cometerá como inimputable, como (b) su pérdida de imputabilidad (para cuyo conocimiento basta la estimación paralela en la esfera del profano). El desconocimiento de la pérdida de la imputabilidad excluye la *ALIC* dolosa, como también lo hace la ignorancia del comportamiento que se va a producir. Tendrán mayor importancia práctica los supuestos en los que el autor se da cuenta de que él tiende a excesos, al menos en estado de embriaguez. Por el contrario, resulta dudoso si hay, o no, supuestos en los que el autor abriga determinados planes, y embriagándose elimina sus inhibiciones, pero no modifica el resto de la situación motivatoria, manteniendo, sobre todo, intactos sus planes [119a]. **66**

c) El autor debe ostentar en ese momento todos los elementos de la autoría [120], especialmente las intenciones y tendencias necesarias para la autoría. Ejemplo: Si el autor se embriaga, reparando con resignación en que no va a **67**

---

misible concebir la ALIC como autoría mediata (como aquí se hace), ya que el autor obra «de propia mano» y para ello sólo es aplicable la 1.ª variante del § 25.1 StGB. Materialmente, lo mismo señala *Hettinger* cuando dice que la creación de la inimputabilidad no puede ser —incluso al margen de los delitos de propia mano— acción del hecho (*actio*, pp. 436 ss., 450; GA, 1989, pp. 1 ss., 13 ss.); el momento para determinar la imputación sería aquel en que el autor se resuelve a emprender la acción arriesgada de modo no permitido (pero entonces ya es inimputable). Sin embargo, no se entiende por qué el autor tiene que ser menos garante de su propia inocuidad que de la de otro instrumento humano, animal o mecánico. Además: Si fuera correcto negar la anticipación del hecho, no obstante en el último momento posible en que el autor puede evitar el daño de modo responsable surgiría una responsabilidad, a saber, por omisión en virtud de injerencia (lo que se suele pasar por alto; en eso acertadamente, no obstante, *Behrendt*, Affekt, pp. 77 s.). Con todo, no es necesaria esta huida hacia la omisión, pues el hecho reside en liberarse a sí mismo del propio dominio. Acerca de mi toma de posición, *vid.* el texto; sobre la solución discrepante en el terreno de la exigibilidad, *vid. infra* 17/79.

[118a] Dada la inevitabilidad en el momento de la inimputabilidad, el autor *actúa* sólo como imputable: El problema de la creación del *actuar* inculpable desaparece.

[119] *Vid.* al respecto BGH, 21, pp. 381 ss.; OLG Schleswig, NStZ, 1986, pp. 511 s.

[119a] Cuando el autor está completamente sin inhibiciones (¡§ 20!), ¿por qué no adopta otros planes, incluso que vayan más allá, etc.? Dicho de otro modo, la continuidad del planeamiento habla en favor de que hay continuidad en el dominio por parte del sujeto. Así pues, en tales casos no se tratará de *actio libera in causa*, sino de exigibilidad agudizada (*infra* 18/14 ss.). El comienzo *en la práctica* de la aplicación del § 20 StGB ha de situarse, *in dubio pro reo, pronto*. En la *actio libera in causa* ha de situarse, *in dubio pro reo, tarde*. Una solución exacta *en la práctica* tendría que aceptar, pues, en muchísimos casos, la determinación alternativa entre *actio libera in causa* y exigibilidad agudizada. Ha de comprobarse también si no viene en consideración una agravación al aplicar el § 20 StGB a los delitos cometidos en estado de embriaguez, lo que es obvio a la vista de la jurisprudencia de hace algún tiempo (al respecto *von Weber*, Stock-Festschrift, pp. 50 ss., 63; *vid.* asimismo *Krümpelmann*, ZStW, 99, pp. 191 ss., 195 ss.

[120] Muy pocas veces se considera el problema con detenimiento; *vid.* no obstante *Horn*, GA, 1961, pp. 289 ss., 302 ss.; *SK-Horn*, § 323 *a*, StGB, núm. marg. 30 s.; *Hruschka*, JuS, 1968, pp. 554 ss., 556; *Küper*, Leferenz-Festschrift, pp. 573 ss., 580 s.; *Hettinger*, actio, passim.

poder resistirse a cometer un hurto, por falta de ánimo de apropiación actual no se da autoría por hurto en *ALIC*. En los delitos de propia mano —implícitos o explícitos— decae forzosamente la posibilidad de autoría en *ALIC*, dado que el comportamiento mediante el que el autor se convierte en instrumento por definición sólo se puede cometer de propia mano. Lo cual tiene gran importancia práctica para el delito de propia mano (explícito) de la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas (§ 316 StGB): Quien se embriaga hasta la inimputabilidad sabiendo que después va a conducir un vehículo no responde por haber bebido, a través del § 316 StGB, en autoría por *ALIC* [121].

En la medida en que decaiga la *ALIC* por falta de elementos de la autoría o por tratarse de un delito de propia mano, no sólo subsiste la responsabilidad por la embriaguez plena (§ 323 *a* StGB), sino que el posibilitar el delito que se realizará en inimputabilidad constituye (§§ 26 ss., incluido el § 28 StGB) precisamente participación en ese hecho propio, al igual que la «autoría» mediata se convierte en participación cuando falta la cualidad de autor o se trata de un delito de propia mano [121a].

68 3. Dándose los mencionados requisitos, la acción ejecutiva consiste en eliminar la imputabilidad. El requisito de referir la culpabilidad al momento del hecho queda, pues, intacto [122]. Las objeciones que a veces se esgrimen, en el sentido de que ingerir alcohol, o algo semejante, no puede ser la acción ejecutiva de las lesiones, daños, etc., pasan por alto que el inimputable ya no es sino un instrumento y su hecho —como en la autoría medidata— ha de separarse del hecho del que ocupa la posición prominente. El comienzo de la tentativa se rige por las reglas del comienzo de la tentativa en la autoría mediata (*infra* 21/105); es decir, habrá tentativa acabada con la ejecución del último acto necesario para ocasionar la inimputabilidad [123].

Si el autor que se ha situado en estado de inimputabilidad desiste, ello lo libera de la tentativa comenzada por el imputable sólo si el motivo del desistimiento se mantuvo en el momento de perderse la imputabilidad. En otro caso, el comportamiento de desistimiento —por definición no responsable— del inimputable no constituye un rendimiento voluntario del autor [123a].

Si el autor se encuentra ya en la fase de tentativa, pero se convierte entonces en inimputable (p. ej., mediante una repentina mutación psicótica) y termina la tentativa como inimputable, se suele admitir que el autor responde, sin tener en consideración los requisitos de la *ALIC*, ya en caso de desvío «ade-

---

[121] *Roxin*, Lackner-Festschrift, pp. 307 ss., 317 s.; *Hettinger*, actio, pp. 436 ss., 450 ss.; *el mismo*, GA, 1989, pp. 1 ss., 12 s.; *de otra opinión*, OLG Hamm, NJW, 1984, p. 137 *in fine*; *Ranft*, Forensia, 1986, pp. 59 ss., 68 s.; sobre *Hruschka*, *vid. supra* 17/nota 118.

[121a] En contra, *Hettinger*, actio, p. 427.

[122] Controvertido; *vid.* lo indicado *supra* 17/nota 118.

[123] *Roxin*, Lackner-Festschrift, pp. 307 ss., 35 s.; *de otra opinión*, *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 20, núm. marg. 35; *LK-Vogler*, § 22, núm. marg. 105 ss., 107; *Küper*, Leferenz-Festschrift, pp. 573 ss., 588 ss., 588 ss.; *Wolter*, Leferenz-Festschrift, pp. 545 ss., 556; asimismo *Jescheck*, AT, § VI, 2.

[123a] Contra la solución que aquí se adopta, *Hettinger*, actio, pp. 417 ss.; admitiendo generosamente el desistimiento, *Roxin*, Lackner-Festschrift, pp. 307 ss., 319; críticamente *Neumann*, Zurechnung, p. 39.

cuado» [124]. No obstante, en la medida en que el autor no conoce ni controla la pérdida de la imputabilidad, falta ya la dirección dolosa de la acción ejecutiva y decae la consumación de hecho doloso (con detalles, *supra*, en relación con la teoría del dolo, 8/76). Siempre que el autor no pierda la imputabilidad, sino que se sitúe en un estado de exigibilidad en sí excluida (p. ej., en un estado pasional en forma de «furor asesino»), sigue siendo posible la imputación de acuerdo con las reglas aplicables al límite entre exigibilidad e inexigibilidad [125].

D. La dificultad, por la que se ha de responder, de obedecer a la norma: exigibilidad

1. *Exigibilidad como responsabilidad*

a) En la exigibilidad [125a] no se trata de —frente a lo que ocurre en la *ALIC* en sentido estricto— retrotraer el hecho a un estadio de imputabilidad. Más bien, el autor sigue siendo imputable, aun cuando obedecer a la norma, desde una consideración psicológica, está dificultado (o se puede presumir que esté dificultado). La medida en que se tiene en cuenta esta dificultad, desde el no tenerla en cuenta con la consecuencia de la culpabilidad plena hasta la completa consideración de la dificultad, en su caso [126] hasta la plena exculpación, se rige por el baremo que se imponga, y éste depende a su vez de si (y en qué medida) el autor es responsable por las condiciones de la dificultad o de si estas condiciones se pueden atribuir a otros sistemas o se pueden tratar como casualidad. La responsabilidad puede ser consecuencia del comportamiento previo del autor (entonces se trata de *ALIC* en sentido amplio) o de deberes especiales independientes del comportamiento previo [127]. 69

La puntualización de que se trata de la determinación de un baremo no se encuentra ni siquiera aludido en la ley (en ocasiones), no al menos en el ámbito del § 20 StGB, que se refiere a la inexigibilidad y no a la inimputabilidad —desde luego independiente de baremos—; a veces se señala, sin embargo, el 70

[124] BGH, 7, pp. 326 ss., 329; 23, pp. 133 ss., 136; 23, pp. 356 ss., 3358; *Puppe,* JuS, 1980, pp. 346 ss., 347; *Jescheck,* AT, § 40, VI, 1, nota 69.

[125] *Geilen,* Maurach-Festschrift, pp. 173 ss., 194 s.

[125a] Acerca del texto que sigue, *vid. Jakobs,* en: Handlungsanalyse, pp. 21 ss., 27 ss.

[126] La plena toma en consideración no siempre da por resultado la plena exculpación; así en las agravaciones que el legislador presume en general como de importancia no vital, *vid.* los §§ 213, 217 StGB.

[127] Para los supuestos en los que el autor se sustrae a sí mismo, o sustrae a un pariente, a la imposición de una pena o de una medida de seguridad, hay reglas legales particulares destinadas a conectar inexigibilidad y responsabilidad que conducen en mayor medida a la impunidad o a la atenuación de la pena: §§ 157.1, 258.5 y 6, así como 139.3 StGB. Controvertidos son tanto su alcance como su fundamento; en todo caso las reglas especiales sólo se aplican a las acciones para las que se mencionan (BGH, 2, pp. 375 ss., 378; 15, pp. 53 ss., 54). Ejemplo: La muerte para ocultar un delito propio no se tiene lugar inculpablemente en virtud de inexigibilidad de otra conducta, sino que constituye homicidio cualificado (asesinato: § 211, párrafo 2, 3.er grupo de casos StGB), aun cuando el comportamiento, en su cualidad de encubrimiento en beneficio propio, sea impune (atípico). Sobre toda la problemática, *vid. Ulsenheimer,* GA, 1972, pp. 1 ss., 22 ss., con más bibliografía.

resultado del baremo, p. ej., configurando la consecuencia jurídica del § 21 StGB como atenuación *facultativa*; a veces se deduce un punto de apoyo para la determinación del baremo a partir del tenor literal, como en la «causación», y el deber de asumir el peligro en el § 35 StGB, o en el «tener la culpa» (*Verschuldung*) en el § 213 StGB. También se presume la medida de influencia de un constreñimiento psíquico en preceptos aislados, como ocurre en el supuesto básico del § 35 StGB, en el § 33 StGB y en el § 217 StGB, pudiendose limitar la presunción a la exculpación parcial, y pudiendo excluir, implícitamente, el tener en cuenta en términos más amplios dicho constreñimiento (§ 217 StGB).

71 El baremo que ha de aplicarse se rige por la razón a causa de la cual el autor ha llegado a una situación en la que está dificultada la obediencia a la norma desde una consideración psicológica. La responsabilidad del autor por la razón de la dificultad puede deducirse en principio —con independencia de todo comportamiento previo— a partir de las condiciones de existencia de instituciones: Si una institución necesaria sólo se puede garantizar no teniendo en cuenta las dificultades de obedecer la norma a ella ligadas, las dificultades se definen como asunto del autor en cuestión. Ello se refiere principalmente a los deberes de soportar peligros en el marco del estado de necesidad en sí exculpante. Importancia práctica tienen, p. ej., las exigencias de no liberarse empleando violencia de la prisión penal o de la detención, y en los soldados, de no huir en caso de peligro para la vida (con pormenores, *infra* 20/12 ss.). En este contexto de determinación del momento de la culpabilidad importa la responsabilidad del autor en virtud de su comportamiento previo.

72 *b) a')* El comportamiento que fundamenta la responsabilidad lo caracteriza la ley a veces —demasiado ampliamente— como ocasionar [128] (§ 35 StGB) y a veces —demasiado estrictamente— como «tener la culpa» [129] (§ 213 StGB). Se trata de que al dificultarse el obedecer la norma es ineludible defraudar expectativas: O ha de negársele al autor que invoque la dificultad o a la víctima la garantía de la expectativa normativa frente al autor. En esta situación, la responsabilidad se puede determinar únicamente teniendo en cuenta la posible responsabilidad de otras personas, sobre todo de la propia víctima [130]. La responsabilidad no se puede fundamentar sólo indicando que la situación de dificultad de obedecer la norma fue evitable para el autor, pues puede que el autor haya tenido buenos motivos para no evitar la situación, mientras que la víctima no los tuvo. Ejemplo: El autor de un homicidio, al que la (después) víctima no deja de insultar continuamente no tiene que responder del estado pasional que surgió con motivo de las injurias, si habría podido sustraerse a las injurias, pero sólo al precio de evitar contactos sociales, a utilizar los cuales tenía derecho. A la inversa, la responsabilidad no decae ya si el autor no pudo prever

[128] En el § 35 StGB bastaría causar, según *Baumann-Weber*, AT, § 29, II, 2 *b; vid.*, además *Stree*, en: Einführung, pp. 34 ss., 58 s.; *Blei*, JA, 1975, pp. 307 ss.

[129] En favor de atender al tener-culpa *(Verschulden)* en el § 35 StGB, *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 35, núm. marg. 20, para quien por eso la cláusula de causación en definitiva sólo conduce a que también la ALIC imprudente y culpable comporta pena por delito doloso —por exigibilidad en la ejecución dolosa del hecho—; OLG Hamm, JZ, 1975, p. 610 s., 612.

[130] Los aspectos relevantes se corresponden con los de la determinación de deberes de salvación en virtud de responsabilidad por organización en el delito de omisión; así acertadamente *SK-Rudolphi*, § 35, núm. marg 15; *vid. infra* 29/3855.

que en una situación por él creada podría llegar a un estado de dificultad de obedecer la norma, pues la víctima puede tener frente al autor una pretensión de quedar al margen también de las consecuencias de la dificultad, no previsible, de obedecer la norma. Ejemplo: Quien penetra en una vivienda para robar, y al aparecer uno de los moradores lo mata en un estado pasional de pérdida del discernimiento, es responsable de su estado aun cuando no pudiera prever la perturbación del hurto planeado.

b') La responsabilidad o su ausencia pueden existir sólo relativamente 73
cuando la relación entre autor y víctima no se corresponde con la que media entre el autor y otras personas. Ejemplo: Está parcialmente exculpado quien, tras haber sido provocado «no culpablemente» a la cólera por una ofensa, mata al ofensor, pero no quien mata a una persona allegada a éste, aun cuando sea igual la pérdida de discernimiento ocasionada en uno y otro caso.

c) En términos abstractos, importa de qué ámbito de organización proce- 74
de el riesgo de que se vea dificultada la obediencia a la norma. Si la dificultad es consecuencia de un comportamiento previo antijurídico de la víctima, el autor no es responsable de ello, y no es posible configurar con mayor rigor el baremo que se le ha de aplicar. Pero el autor es responsable, con la consecuencia de un baremo más estricto, cuando la dificultad es consecuencia de su comportamiento antijurídico [131], lo que quiere decir que es consecuencia en especial del riesgo peculiar puesto en marcha por el comportamiento antijurídico (fumar, infringiendo la prohibición, en el bosque conduce a un incendio forestal, del que el autor sólo puede salvarse a costa de un no partícipe, en relación con el § 35 StGB), o es consecuencia en especial de la antijuricidad del comportamiento (el atrapado *in flagranti* al cometer un hecho antijurídico pretende sustraerse a la pena privativa de libertad matando a quien lo descubrió, en relación con el § 35 StGB). En caso de causación simplemente con ocasión del comportamiento antijurídico, el causante no es responsable del peligro [131a] (al pescar, infringiendo la veda, el autor cae al estanque, etc.). Junto a la fundamentación de la responsabilidad por medio del comportamiento antijurídico se da la debida a la asunción. Ejemplo: Varias personas se atreven a realizar una empresa peligrosa sólo porque se han asegurado ayuda recíprocamente aun en caso de que el auxiliador tenga que arriesgar la vida. Por último, el riesgo también procede del ámbito de organización del causante cuando éste ejercita derechos *especiales* sin un motivo valorable positivamente, provocando así el ries-

---

[131] En tal sentido en el § 35 StGB la doctrina dominante: El autor tendría que haber actuado «infringiendo un deber», tendiéndose a entender por infracción de deber la previsibilidad objetiva; *Jescheck*, AT, § 44, III, 2 *a; Wessels*, AT, § 10, VII, 1; *SK-Rudolphi*, § 35, núm. marg. 15; *Blei*, AT, § 61, II, 1 *a; Maurach-Zipf*, AT, 34, núm. marg. 3 ss.; así también BGH ROW, 1958, pp. 33 ss., 34. Más estrictamente («objetivamente de modo contrario a deber y subjetivamente de modo doloso o imprudente»), *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 35, núm. marg. 20. Con mayor claridad decidió el *Reichsgericht*, que en caso de previsibilidad de la situación de conflicto no excluyó el estado de necesidad cuando el comportamiento era conforme a Derecho (RG, 36, pp. 334 ss., 340: las relaciones sexuales en el seno del matrimonio conducen a una interrupción del embarazo por indicación médica, aún no concebida en su momento como estado de necesidad justificante) y no atendió la previsibilidad en caso de comportamiento antijurídico (RG, 54, pp. 338 ss., 340 s.; 72, pp. 19 s.: comportamiento delictivo para sustraerse a la denuncia por un delito anterior, además RG, 72, pp. 246 ss., 249). *Vid.* asimismo *Jakobs*, Schuld und Prävention, pp. 22 s.

[131a] Controvertido; *Neumann*, Zurechnung, pp. 230, 233, con nota 92, con bibliografía.

go. Constituyen ejemplos la ingestión de alcohol o de otras drogas no indicadas médicamente o incluso la provocación de peligros sin motivo razonable (p. ej., una fiesta en un velero, sin adoptar medidas de seguridad, a pesar de que amenaza tormenta; *vid. infra* en relación con el § 35 StGB, 20 /16 s.). La dificultad de la motivación debe ser consecuencia específicamente de la antijuricidad o del riesgo especial. Si el comportamiento daría lugar a la misma dificultad de haber sido lícito o no especialmente arriesgado, falta ya esta relación. Ejemplos: Quien navega con un bote robado y sufre un accidente está exculpado, sin consideración a la antijuricidad de su actuar, si se salva a sí mismo del peligro de muerte a costa de otra persona, pero no quien se baña en un tramo del río en que bañarse está prohibido por su carácter péligroso. Quien, practicando juegos ilícitos, sufre un estado pasional, merece el mismo tratamiento que si lo hubiera sufrido estando permitido el juego.

2. *Distinta responsabilidad del autor y del beneficiado por el hecho*

75 Decidir resulta difícil en aquellos casos en los que la persona que desencadena el conflicto y aquella en cuyo favor —al menos— también se desencadena no son ambos responsables del conflicto, o no son los dos no responsables de éste. Tales casos son posibles en el exceso en la legítima defensa (§ 33 StGB) y en el estado de necesidad exculpante (§ 35 StGB).

a) En el exceso en la legítima defensa, el comportamiento del que se defiende sigue siendo antijurídico. Por eso el agresor conserva los derechos derivados del estado de necesidad defensivo. Pero más derechos no tiene el auxiliar —no participante en el ataque— del agresor, pues también él debe respetar que la culpabilidad, en sí dada, del agredido no cuenta en la relación con el agresor.

b) En el estado de necesidad exculpante, la responsabilidad en virtud de compulsión institucional afecta a todos. Ello no cabe fundamentarlo diciendo que todos se encuentran dentro de una especial relación jurídica, sino sólo aduciendo la eficacia absoluta (es decir, que ha de ser respetada por todos) de esta relación. Ejemplo: Los parientes de una persona que se halla en prisión preventiva no se ven exculpados si lo liberan por la violencia [132]. Otro tanto ocurre en la responsabilidad a causa del actuar precedente: El comportamiento precedente no es sólo una especial posibilidad de fundamentación de deberes especiales (en sentido amplio). Por eso el auxiliador que es allegado del «causante» no actúa de modo exculpado. Bien es verdad que el propio auxiliador no es responsable del conflicto; su propio conflicto surge, sin embargo, sólo indirectamente a través de la situación de necesidad del causante y por eso está gravado desde el principio por la responsabilidad de éste. La indulgencia hacia la persona solidaria no puede ir más allá de la solidaridad que *merece* el que se encuentra en la situación de necesidad. Pero también el responsable que auxilia solidariamente a un allegado, que por su parte no es responsable, debido a su propia responsabilidad no está exculpado; y es que no ha merecido solidaridad

[132] *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 35, núm. marg. 28 s.

alguna por él mismo. En definitiva, para poder exculparse al auxiliador, ni el auxiliador ni el receptor del auxilio deben ser responsables [133].

VI. EL ERROR SOBRE PRESUPUESTOS Y CONSECUENCIAS DEL TIPO DE CULPABILIDAD: EL ERROR SOBRE LOS PRESUPUESTOS DE LA EXCULPACION COMO CAUSA DE EXCULPACION

BIBLIOGRAFIA: *A.-E. Brauneck*, Der strafrechtliche Schuldbegriff, GA, 1959, pp. 261 ss.; *E. Dreher*, Comentario a OLG Köln, MDR, 1962, pp. 561 s., *op. cit.*, pp. 592 s.; *R. Frank*, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907; *W. Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983; *J. Goldschmidt*, Der Notstand, ein Schuldproblem, Österreichische Zeitschrift für Strafrecht, 1913, pp. 129 ss., 224 ss.; *H. Henkel*, Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht, 1931; *Arthur Kaufmann*, Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf, 1962, ZStW, 76, pp. 543 ss.; *D. Kienapfel*, Dogmatische Probleme der Unzumutbarkeit, JurBl., 1977, pp. 530 ss.; *J. Krümpelmann*, Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, separata ZStW, 1978, pp. 6 ss.; *W. Küper*, Die dämonische Macht des «Katzenkönigs» oder: Probleme des Verbotsirrtums und Putativnotstandes an den Grenzen strafrechtlicher Begriffe, JZ, 1989, pp. 617 ss.; *H. H. Martens*, Der Irrtum über Strafmilderungsgründe, 1928; *W. Niese*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, JZ, 1955, pp. 320 ss.; *G. Radbruch*, Zur Systematik der Verbrechenslehre, Frank-Festgabe, t. I, pp. 158 ss.; *C. Roxin*, Die Behandlung des Irrtums im Entwurf, 1962, ZStW, 76, pp. 582 ss.; *el mismo*, Über den Notwehrexzeß, Schaffstein-Festschrift, pp. 105 ss.; *el mismo*, Der entschuldigende Notstand nach § 35 StGB, JA, 1990, pp. 97 ss., 137 ss.; *H.-J. Rudolphi*, Notwehrexzeß nach provoziertem Angriff, OLG Hamm, NJW, 1965, 1928, JuS, 1969, pp. 461 ss.; *H. Schröder*, Die Notstandsregelung des Entwurfs, 1959, II, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 290 ss.; *K. Tiedemann*, Der Irrtum über Rechtfertigungs und Entschuldigungsgründe, en: *A. Eser et al.* (ed.), Rechtfertigung und Entschuldigung, t. 2, 1988, pp. 1003 ss.; *Th. Vogler*, Der Irrtum über Entschuldigungsgründe im Strafrecht, GA, 1969, pp. 103 ss.; *N. Wendt*, Comentario a BGH 1, pp. 203 ss., JZ, 1951.

---

[133] El legislador —en contra del parecer de los redactores de la ley (BT-Drucksache, V/4095, p. 16)— no ha decidido la cuestión, p. ej., en el sentido de que haya que atender exclusivamente a la responsabilidad del autor en estado de necesidad, pues con tal interpretación, en lo que se refiere a la especial relación jurídica, habría que atender solamente al autor; está descartado que los redactores de la ley quisieran exculpar a los parientes de los presos preventivos, de los presos cumpliendo condena, de los soldados, etc., si liberan de su respectiva situación de necesidad a estos sujetos de deberes especiales. La doctrina dominante no aprecia relación lingüístico-gramatical ni material alguna entre deber especial y «causación», decidiendo unas veces que hay que atender a la persona del sujeto en estado de necesidad (*Maurach-Zipf*, AT, I, § 34, núm. marg. 6; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 35, núm. marg. 20; en cuanto al planteamiento también *Neumann*, Zurechung, p. 239, entre otros), otras veces que el responsable puede auxiliar a sus allegados, pero no el no responsable a un responsable (*SK-Rudolphi*, § 35, núm. marg. 17) y en otras a su vez comportará la exculpación ya la no responsabilidad, bien de quien auxilia, bien del receptor del auxilio (*Schmidhäuser*, AT, 11/20; *Jescheck*, AT, § 44, III, 2 *a*, con bibliografía); finalmente, se encuentra también la distinción en función de causas de responsabilidad (*Roxin*, JA, 1990, pp. 137 ss., 138 s., 140). Como aquí, *Timpe*, JuS, 1985, pp. 35 ss., 38 s.; *LK-Hirsch*, § 35, núm. marg. 64; *Baumann-Weber*, AT, § 29, II, 2 *b*.

A. El error sobre la consecuencia jurídica

76 1. El desconocimiento de la inculpabilidad como consecuencia jurídica, sobre todo de la eficacia exculpante del actuar en una situación determinada (¡conocida!), no impide la inculpabilidad. Ejemplo: Quien en el marco del § 33 StGB se excede en la legítima defensa, está exculpado sin tener en cuenta su conocimiento de esta regulación.

2. La suposición errónea de la inculpabilidad como consecuencia jurídica no determina la inculpabilidad en caso de conocimiento por lo demás correcto, ni siquiera cuando esta suposición sea inevitable, pues en el tipo positivo de culpabilidad no se trata de una deslealtad al Derecho advertible para el autor, sino de una real, y en el tipo negativo de culpabilidad se trata de la posibilidad real de explicar la deslealtad al Derecho al margen del autor y no de la posibilidad existente sólo en opinión del autor. Ejemplo: Quien cree que también el exceso en la legítima defensa cometido en estado de cólera está exculpado, obra con plena culpabilidad.

B. El error sobre los presupuestos

77 1. Por lo que se refiere al injusto como objeto del tipo de culpabilidad, su conocimiento o cognoscibilidad como problema del ataque al fundamento de validez de las normas es elemento independiente del tipo de culpabilidad (*vid. infra* acerca del error de prohibición, 19/6 ss.). Dado que siendo inevitable el error de prohibición, falta un presupuesto *positivo* de la culpabilidad, no se plantea la cuestión de una exculpación —que se verifique con o sin error—. En el ámbito restante hay que distinguir entre los elementos que caracterizan el estado relevante para la culpabilidad con independencia de la representación del autor sobre este estado, y los elementos en los que es relevante (también) la relación del autor con un estado diagnosticable (existente real o supuestamente).

78 *a)* En los elementos *independientes de la representación,* ni la suposición errónea de la concurrencia ni el desconocimiento de la concurrencia real tienen efecto en la culpabilidad.

a') En principio, se trata de *todos* los elementos *subjetivos*, es decir, de los que caracterizan un estado de la psique del autor. A partir de estos elementos se deduce la desigualdad del autor o su presión motivacional, como p. ej. a partir de los datos psíquicos de los §§ 20 s. StGB. Ejemplo: El conocimiento de la embriaguez o el suponerla erróneamente carecen de influencia en la culpabilidad; ésta se rige por la propia embriguez, así como —si se mantiene la imputabilidad— por la responsabilidad del autor por el defecto. La desigualdad o la presión motivacional se pueden también presumir (así, en la inimputabilidad de los niños).

b') Los elementos *objetivos* de la culpabilidad independientes de la representación son las regulaciones, independientes de la motivación, de la responsabilidad del autor por una situación de conflicto. Esta responsabilidad se pue-

de crear o anular mediante una representación errónea en tan escasa medida como, p. ej., la inimputabilidad. Ejemplo: Quien ha estado fumando temerariamente en el bosque, no se ve exculpado, al producirse el incendio forestal que ha provocado, si salva su vida a costa de la vida de otra persona, creyendo que no ha sido él, al fumar, quien ha causado el incendio; pero sí está exculpado si supone erróneamente que lo ha causado. Lo mismo cabe afirmar en relación con la situación de legítima defensa real presupuesta en el § 33 StGB [134], con los malos tratos o injurias reales en los casos menos graves del homicidio (§ 213 StGB) [135], etc. [135a] (acerca del § 127 StGB, *vid.* ya *supra* 8/83). La regulación del error del § 35.2 StGB, que atiende a la evitabilidad, no se opone a la solución objetiva referida a la responsabilidad, pues esta regulación, como toda regulación de la evitabilidad, únicamente tiene sentido cuando se refiere a circunstancias relevantes para la motivación, pero no al baremo con arreglo al cual se ha de evaluar la motivación [136].

b) Los elementos *objetivos* de la inexigibilidad que determinan una pre- 79
sión motivacional son *dependientes de la representación*. El supuesto canónico más discutido es la situación de peligro y la posibilidad de remediarlo en el estado de necesidad exculpante.

a') Dependientes de la representación quiere decir, en principio: En caso 80
de ignorancia de los requisitos, decae la presión motivacional o el presupuesto —explícito o implícito— para poder presumir esta presión, y el autor no está exculpado. Ejemplo: Quien no puede saber que su vida está en peligro, tampoco se puede liberar de tal peligro viéndose favorecido por la exculpación.

b') Si el autor supone un hecho con cuya concurrencia real y conocida es- 81
taría exculpado, a causa de la presión psíquica que el hecho comporta, en caso de error estará exculpado si (α) concurre una presión motivacional realmente

---

[134] Reconocido en la medida en que no se exculpa el exceso en la legítima defensa putativa: BGH, NJW, 1962, pp. 308 s., 309; BGH, NJW, 1962, pp. 308 s., 209; NJW, 1968, pp. 1885; *Roxin*, Schaffstein-Festschrift, pp. 105 ss., 120 s.; *de otra opinión, Rudolphi*, JuS, 1969, pp. 461 ss., 463 s.; *SK-Rudolphi*, § 33, núm. marg. 6, con bibliografía; más detalladamente, *infra* 20/33. De acuerdo con el parecer que aquí se mantiene, el exceso en la legítima defensa real exculpa también cuando el autor no conoce la situación de legítima defensa, sino que supone, p. ej., que se da estado de necesidad.

[135] La jurisprudencia es poco consecuente: BGH, NStZ, 1982, p. 27, impone el riesgo de la interpretación de una manifestación equívoca a la víctima del homicidio; de acuerdo con BGH, 34, pp. 37 ss., concurriría un supuesto menos grave sólo cuando el autor entiende lo que *quiso decir* la víctima; BGH, 1, pp. 203 ss. aprecia en estos casos de malentendido cualquier otro supuesto menos grave. Hay que atender a cómo *podía (dürfte)* el autor entender la manifestación. Si lo entendido diverge de lo que se quiso decir, para poder gravar a la víctima tienen que concurrir más malos tratos u ofensas que en el supuesto básico. Los estados pasionales basados sólo en error no se ajustan, por falta de posibilidad de gravar a la víctima, al § 213 StGB, sino que hay que resolverlos a través del § 21 StGB.

[135a] Si se interpreta el § 218 *a*, párrafo 2, núm. 3, StGB, como causa de exculpación (en contra *supra* 13/nota 19 *a)*, entonces la exigibilidad de cualquier otra forma de repeler es independiente de la motivación; así en definitiva también BayObLG, NJW, 1990, pp. 2328 ss., 2334; no obstante, en relación con esta sentencia *vid.* también *supra* 19/nota 58 *a*.

[136] La doctrina usual no diferencia entre los distintos elementos de las causas de exculpación: expresamente no *SK-Rudolphi*, § 35, núm. marg. 19; *vid.* asimismo *Tiedemann*, en: Rechtfertigung, pp. 1003 ss., 1014 ss.; no obstante, distinción pormenorizada en *Roxin*, JA, 1990, pp. 137 ss., 141 s.

—no sólo presuntamente— y (β) el error es inevitable [136a]. En esa medida, una causa de exculpación sólo puede constar de elementos subjetivos. El principio, formulado en general por un amplio sector, de que los presupuestos de la inexigibilidad imaginados con error inevitable tienen siempre, debido a la idéntica situación psíquica, el mismo efecto exculpante que los presupuestos conocidos acertadamente [137], es abiertamente incorrecta, ya que no tiene en cuenta que la exculpación depende de la posibilidad de afrontar de otro modo el conflicto.

82 — No basta una presión motivacional meramente presumible, y ello por las siguientes razones: Cuando concurre realmente una causa de exculpación, se puede hacer aparecer a la situación real como una causa real de la motivación del autor; pero si sólo concurre supuestamente, como elemento exculpante queda sólo una presión motivacional, y esta presión debe, por tanto, ser real. Tampoco a esto se opone la solución del § 35.2 StGB, ya que este precepto ha de interpretarse en el sentido de que las circunstancias exculpantes «con arreglo al párrafo 1.º» no son los presupuestos del peligro existencial *per se,* sino esos presupuestos como condiciones realmente operantes de una presión motivacional. Ejemplo: Para el autor en estado de necesidad coactivo putativo, el peligro existencial debe constituir el principal motivo de su acción; en el estado de necesidad coactivo real no hace falta que el peligro existencial real sea una condición de la acción, entre otras, sino que ya con el mero conocimiento del peligro y de la eficacia de su acción para remediarlo, el autor se ve exculpado (*infra* 20/10 s.).

Si el autor supone erróneamente el caso de provocación con arreglo al § 213 StGB, faltará la posibilidad de resolver parcialmente el conflicto remitiéndolo a la responsabilidad conjunta de la víctima; por eso a lo sumo será posible una atenuación recurriendo a la alteración pasional del autor [138]. En esta situación, la alteración necesaria para apreciar un supuesto menos grave innominado debe ser notablemente más intensa que si se diera objetivamente la provocación. Si basta en este último caso una medida que, p. ej., en el marco del § 21 StGB se podría clasificar como «relevante», en caso de error sobre la provocación ha de haberse sobrepasado claramente el umbral de la relevancia (*vid.* el marco penal resultante de aplicar los §§ 21 y 49.1 al § 212 StGB). En la legítima defensa provocada, el error se soluciona únicamente de conformidad con las reglas generales de los §§ 20 s. StGB. En todo caso, la concurrencia de la responsabilidad ajena por el conflicto (al igual que la posibilidad de resolverlo como fortuito) constituye un elemento independiente de la representación (*vid.* el grupo anterior) que no se puede crear subjetivamente, y cuya ausencia sólo cabe compensarla, obviamente, mediante un plus de exculpación exclusivamente subjetiva [139].

[136a] Si el autor duda de cómo se presenta la situación, y se orienta por la variante incorrecta de su representación, también incurre en error inevitable si la duda es insuperable. *Vid.* asimismo *Frisch,* Vorsatz, pp. 464 ss.

[137] Al principio *Radbruch,* Frank-Festgabe, t. I, pp. 158 ss., 166; en contra, acertadamente *Vogler,* GA, 1969, pp. 103 ss., 106, 111.

[138] En esto de acuerdo BGH, 1, pp. 203 ss., con comentario crítico de *Wendt,* JZ, 1951, pp. 723 s. También hay que decidir objetivamente si determinado comportamiento tiene el significado de una provocación; acertadamente BGH, NStZ, 1981, pp. 300 s.

[139] A la inversa, la suposición errónea de la no responsabilidad del otro no impide la exculpación; ejemplo: la suposición errónea de que la provocación es culpa de uno mismo no excluye el § 213 StGB.

— Si el error es evitable, el hecho conserva la forma de dirección (dolo o imprudencia) en que se ejecutó, y sigue siendo —atenuadamente— culpable [140]. Ejemplo: Matar dolosamente a una persona, habiendo supuesto erróneamente un peligro de muerte no evitable de otro modo, constituye un homicidio doloso culpable. La culpabilidad se aminora al aproximarse a la inevitabilidad; del mismo modo ha de atenuarse la pena con arreglo al § 49.1 StGB (así, expresamente el § 35.2 StGB); en caso de extrema aproximación y de que quede una medida mínima, cabe la atenuación en virtud del párrafo 2 del precepto. 83

c') Dado que las causas de exculpación sólo regulan el librarse de catástrofes no sobrenaturales, cognoscibles por la experiencia (*erfahrbar-irdisch*), la suposición de peligros sobrenaturales no comporta un error sobre los presupuestos del tipo de exculpación (*vid.* asimismo *supra* acerca de la justificación 11/42 *a)*. Ejemplo: Para salvar al mundo entero de los manejos del diablo, el autor sacrifica una víctima humana; no hay suposición errónea de los presupuestos del estado de necesidad *supra*legal [141] (*infra* 20/24 ss.). 83a

2. Antes de que el § 35.2 StGB ofreciera una regulación legal ejemplificada, se suponía en un amplio sector que quien sufre error evitable debía responder sólo a título de autor *imprudente* por haber ocasionado dolosamente una situación exculpante [142], a semejanza de la *actio libera in causa* en forma de la creación imprudente de la *causa libera* para la *actio* dolosa (*supra* 17/66). Esta solución no es desacertada, pero sí unilateral: No excluye los casos de responsabilidad que existen porque el autor ha causado la situación de conflicto por su error evitable, de modo que ha de aplicarse un baremo más riguroso, y porque, según cómo se presente el caso incluso en la situación de conflicto el autor puede revisar su error. 84

---

[140] Ahora para el § 35 StGB establecido legalmente en su párrafo 2, y en general, por analogía con éste, doctrina dominante, atendiéndose no obstante en general sólo a las causas de la exculpación determinadas psicologistamente y pasándose por alto las causas normativas; *Frank*, Aufbau, p. 19; *Goldschmidt*, ÖsterrZStr., 1913, pp. 129 ss., 136 ss., 166 s.; *Radbruch*, Frank-Festgabe, t. I, pp. 158 ss., 166; *Arthur Kaufmann*, ZStW, 76, pp. 543 ss., 578; *LK-Hirsch*, § 35, núm. marg. 72 ss.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 624 ss.; *SK-Rudolphi*, § 35, núm. marg. 19; *Welzel*, Strafrecht, § 23, I, 3; *Niese*, JZ, 1955, pp. 320 ss., 323; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 16, núm. marg. 31; *Baumann-Weber*, AT, § 29, I, 4 *d; Krümpelmann*, separata ZStW, 1978, pp. 6 ss., 53; con amplia bibliografía, *Vogler*, GA, 1969, pp. 103 ss., 116; restringiendo la posibilidad de responder (la evitabilidad en la situación de peligro actual sería prácticamente imposible) *Schmidhäuser*, AT, 11/23. De acuerdo con BGH, NStZ, 1989, pp. 176 ss., 177, el error no influiría en la punibilidad cuando no se efectuó una comprobación concienzuda de la situación (quedando sin responder, no obstante, si de haberse realizado la comprobación se habría evitado el error).

[141] *Vid. Küper*, JZ, 1989, pp. 617 ss., 624 ss. El constreñimiento para decidir o el miedo del autor pueden tenerse en cuenta a lo sumo en el marco de los §§ 20 s. StGB.

[142] RG, 66, pp. 222 ss., 227; BGH, 5, pp. 371 ss., 374; 18, pp. 311 *a*, 312; *Roxin*, ZStW, 76, pp. 582 ss., 612, con nota 69; *Henkel*, Notstand, pp. 135 ss.; *Brauneck*, GA, 1959, pp. 261 ss., 270; *Kohlrausch-Lange*, § 52, nota V; *Schröder*, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 290 ss., 297; *Dreher*, MDR, 1962, pp. 592 s.; *vid.* asimismo § 10, párrafo 2, inciso 2, del StGB austríaco de 1974; al respecto, *Kienapfel*, JurBl., 1977, pp. 530 ss., 533.

APARTADO 18

La inimputabilidad y los supuestos de inexigibilidad regulados en relación con ella (§§ 19, 20 y 21 StGB)

BIBLIOGRAFIA: *P.-A. Albrecht,* Unsicherheitszonen des Schuldstrafrechts, GA, 1983, pp. 193 ss.; *G. Aschaffenburg,* Zur Frage Verminderte Zurechnungsfähigkeit, RG-Festgabe, t. V, pp. 242 ss.; *M. Bauer* y *P. Thoss,* Die Schuldfähigkeit des Straftäters als interdisziplinäres Problem, NJW, 1983, pp. 305 ss.; *W. v. Baeyer,* Die Freiheitsfrage in der forensischen Psychiatrie mit besonderer Berücksichtigung der Entschädigungsneurosen, Nervenarzt, 28 (1957), pp. 337 ss.; *el mismo,* Zur Frage der Beurteilung der Schuldfähigkeit psychopathisch-neurotischer Rechtsbrecher, Nervenarzt, 32 (1961), pp. 225 ss.; *H.-J. Behrendt,* Affekt und Vorverschulden, 1983; *K. Bernsmann,* Affekt und Opherverhalten, NStZ, 1980, pp. 160 ss.; *Chr. Bertel,* Die Zurechnungsfähigkeit, ÖJZ, 1975, pp. 622 ss.; *G. Blau,* Comentario a BGH, JR, 1987, pp. 206, loc. cit., pp. 206 ss.; *el mismo,* Comentario a BGH, JR, 1988, pp. 208 s. y 209 s., loc. cit., pp. 210 ss.; *el mismo,* Comentario a BGH, JR, 1989, pp. 336 s., loc. cit., pp. 337 s.; *el mismo,* Die Affekttat zwischen Empirie und normativer Bewertung, Tröndle-Festschrift, pp. 109 ss.; *el mismo, E. Franke,* Prolegomena zur strafrechtlichen Schuldfähigkeit, Jura, 1982,, pp. 393 ss.; *H. Blei,* Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum: Problem im Licht zweier neuer Monographien, JA, 1970, pp. 205 s., 333 s., 525 s., 599 s., 665 ss.; *J. Bohnert,* Strafmündigkeit und Normkenntnis, NStZ, 1988, pp. 249 ss.; *W. de Boor,* Über motivisch unklare Delikte, 1959; *el mismo,* Bewußtsein und Bewußtseinss törungen, 1966; *el mismo,* Aversionsneurosen, Klug-Festschrift, pp. 571 ss.; *W. Bräutigam,* Forschungsrichtungen und Lehrmeinungen in der Psychoanalyse, en: *H. Göppinger* y *H. Witter* (ed.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, t. I, 1972, pp. 773 ss.; *P. H. Bresser,* Jugendzurechnungsfähigkeit oder Strafmündigkeit?, ZStW, 74, pp. 570 ss.; *el mismo,* Grundlagen und Grenzen der Begutachtung jugendlicher Rechtsbrecher, 1965; *el mismo,* Psychologie und Psychopathologie der Jugendlichen, en: *H. Göppinger* y *H. Witter* (ed.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, t. I, 1972, pp. 534 ss.; *el mismo,* Die Beurteilung der Jugendlichen und Heranwachsenden im Strafund im Zivilrecht, en: *H. Göppinger* y *H. Witter* (ed.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, t. II, 1972, pp. 1284 ss.; *el mismo,* Probleme bei der Schuldfähigkeits- und Schuldbeurteilung, NJW, 1978, pp. 1188 ss.; *el mismo,* Schuldfähigkeit und Schuld - Die Ambivalenz ihrer Beurteilung, Leferenz-Festschrift, pp. 429 ss.; *el mismo,* Trunkenheit - Bewußseinsstörung - Schuldfähigkeit, Forensia, 1984, pp. 45 ss.; *H.-J. Bruns,* Strafzumessungsrecht, 2.ª ed., 1974; *el mismo,* Leitfaden des Strafzumessungsrechts, 1980; *B. Burkhardt,* Charaktermängel und Charakterschuld. Comentario a BGH, NJW, 1966, 1872, en: *K. Lüderssen* y *F. Sack* (ed.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, t. I, 1980, pp. 87 ss.; *D. Cabanis,* Kollektivdelinquenz - junge Gruppentäter, StV, 1982, pp. 315 ss.; *H. Dettenborn, H.-H. Trontlein, H. Szewczyk,* Forensische Psychologie, 1984; *J. Diesinger,* Der Affekttäter. Eine Analyse seiner Darstellung in forensisch-psychiatrischen Gutachten, 1977; *E. Dreher,* Verbotsirrtum und § 51 StGB, GA, 1957, pp. 97 ss.; *H. Ehrhardt,* Die Schuldfähigkeit in psychiatrisch-psychologischer Sicht, en: *E. R. Frey* (ed.), Schuld, Verantwortung, Strafe, 1964, pp. 227 ss.; *el mismo,* Rauschgiftsucht, en: *A. Ponsold* (ed.), Lehrbuch der gerichdichen Medizin,

3.ª ed., 1967, pp. 116 ss.; *el mismo,* Zur Frage des forensischen Beweiswertes kriminologisch-psychiatrischer Aussagen, MonSchrKrim., 1967, pp. 233 ss.; *el mismo,* Zur psychologisch-psychiatrischen und forensischen Beurteilung sogenannter Querulanten, Göppinger-Festschrift, pp. 409 ss.; *el mismo, W. Villinger,* Forensische und administrative Psychiatrie, en: *H. W. Gruhle* (ed.), Psychiatrie der Gegenwart, t. III, 1961, pp. 181 ss.; *K. Foerster,* Der wissenschaftliche Sachverständige zwischen Norm und Empirie, NJW, 1983, pp. 2049 ss.; *el mismo,* Kann die Anwendung einer klinischen Beeinträchtigungsschwere Skala hilfreich sein bei der Feststellung einer schweren seelischen Abartigkeit?, NStZ, 1988, pp. 444 ss.; *W. Frisch,* Comentario a BGH, 35, pp. 143 ss., NStZ, 1989, pp. 263 ss.; *el mismo,* Grundprobleme bei der Bestrafung «verschuldeter» Affekttaten, ZStW, 101, pp. 538 ss.; *V. E. v. Gebsattel,* Süchtiges Verhalten im Gebiet sexueller Perversionen, MonSchrPsychiatrNeurol., 82 (1932), pp. 8 ss.; *G. Geilen,* Zur Problematik des schuldausschließenden Affekts, Maurach-Festschrift, pp. 173 ss.; *J. Gerchow,* Forensisch-medizinische Beurteilung der Jugendlichen und Heranwachsenden, en: *A. Ponsold* (ed.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3.ª ed., 1967, pp. 90 ss.; *H. Giese* (ed.), Die Sexualität des Menschen. Handbuch der medizinischen Sozialforschung, 2.ª ed., 1971; *H. Giese* y *V. E. v. Gebsattel,* Psychopathologie der Sexualität, 1962; *J. Glatzel,* Zur psychiatrischen Beurteilung von Ladendieben, StV, 1982, pp. 40 ss.; *el mismo,* Zur forensisch-psychiatrischen Problematik der tiefgreifenden Bewußtseinsstörung, StV, 1982, pp. 434 ss.; *el mismo,* Tiefgreifende Bewußtseinsstörung nur bei der sogenannten Affekttat?, StV, 1983, pp. 339 ss.; *el mismo,* Die Bedeutung des Nachweises einer Hirnverletzung für die Beurteilung der Schuldfähigkeit, StV, 1990, pp. 132 ss.; *H. Göppinger,* Kriminologische Aspekte zur sogenannten verminderten Schuldfähigkeit (§ 21 StGB), Leferenz-Festschrift, pp. 411 ss.; *G. Grosbüsch,* Die Affekttat. Sozialpsychologische Aspekte der Schuldfähigkeit, 1981; *S. Haddenbrock,* Die Unbestimmtheitsrelation von Freiheit und Unfreiheit als methodologischer Grenzbegriff der forensischen Psychiatrie, Nervenarzt, 32 (1961), pp. 145 ss.; *el mismo,* Das Paradox von Ideologie und Pragmatik des § 51 StGB, NJW, 1967, pp. 285 ss.; *el mismo,* Personale oder soziale Schuldfähigkeit (Verantwortungsfähigkeit) als Grundbegriff der Zurechnungsnorm?, MonSchrKrim., 1968, pp. 145 ss.; *el mismo,* Freiheit und Unfreiheit des Menschen im Aspekt der forensischen Psychiatrie, JZ, 1969, pp. 121 ss.; *el mismo,* Strafrechtliche Handlungsfähigkeit und «Schuldfähigkeit» (Verantwortlichkeit), auch Schuldformen, en: *H. Göppinger* y *H. Witter* (ed.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, t. II, 1972, pp. 863 ss.; *el mismo,* Forensische Psychiatrie und die Zweispürigkeit unseres Kriminalrechts, NJW, 1979, pp. 1235 ss.; *el mismo,* Die juristisch-psychiatrische Kompetenzgrenze bei Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit im Lichte der neueren Rechtsprechung, ZStW, 75, pp. 460 ss.; *el mismo,* Psychiatrisches Krankheitsparadigma und strafrechtliche Schuldfähigkeit, Sarstedt-Festschrift, pp. 35 ss.; *W. Hallermann,* Affekt, Triebdynamik und Schuldfähigkeit, Deutsche Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin, 53 (1962/1963), pp. 219 ss.; *R. Heiss,* Die Bedeutung der nicht-krankhaften Bewußtseinsstörungen und der seelischen Ausnahmezustände für die Zurechnungsfähigkeit aus der Sicht des Psychologen, en: *G. Blau* y *E. Müller-Luckmann* (ed.), Gerichtliche Psychologie, 1962, pp. 223 ss.; *H. J. Hirsch,* Alkoholdelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland, suplemento ZStW, 1981, pp. 2 ss.; *H. Jäger,* Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens, 1985; *G. Jakobs,* Schuld und Prävention, 1976; *el mismo,* Zum Verhältnis von psychischem Faktum und Norm bei der Schuld, en: *H. Göppinger* y *P. H. Bresser* (ed.), Sozialtherapie - Grenzfragen bei der Beurteilung psychischer Auffälligkeiten im Strafrecht, 1982, pp. 127 ss.; *el mismo,* Die juristische Perspektive zum Aussagewert der Handlungsanalyse einer Tat, en: *J. Gerchow* (ed.), Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983, pp. 21 ss.; *el mismo,* Über die Aufgabe der subjektiven Deliktseite im Strafrecht, en: *H. Witter* (ed.), Der medizinische Sachverständige im Strafrecht, 1987, pp. 271 ss.; *W. Janzarik,* Forschungsrichtungen und Lehrmeinungen

in der Psychiatrie: Geschichte, Gegenwart, forensische Bedeutung, en: *H. Göppinger* y *H. Witter* (ed.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, t. I, 1972, pp. 588 ss.; *el mismo*, Geschichte und Problematik des Schizophreniebegriffs, Nervenarzt, 1986, pp. 681 ss.; *R. Kamischke*, Comentario a BGH, StV, 1988, pp. 198 y pp. 198 s., loc. cit., pp. 199 s.; *W. Kargl*, Kritik des Schuldprinzips. Eine rechtssoziologische Studie zum Strafrecht, 1982; *Armin Kaufmann*, Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 319 ss.; *H. Kaufmann*, Kriminologie, t. I, Entstehungszusammenhänge des Verbrechens, 1971; *la misma*, Die Regelung der Zurechnungsfähigkeit im E 1962, JZ, 1967, pp. 139 ss.; *la misma, J. Pirsch*, Das Verhältnis von § 3 JG zu § 51 StGB. Eine kriminologische Untersuchung, JZ, 1969, pp. 358 ss.; *K. Kolle*, Die Schuldfrage aus der Sicht der Psychiatrie, NJW, 1960, pp. 2223 ss.; *H.-L. Kröber*, Pathologisches Glücksspielen: Definitionen, Erklärungsmodelle und forensische Aspekte, Nervenarzt, 1985, pp. 593 ss.; *el mismo*, Spielsucht und Schuldfähigkeit, Forensia, 1987, pp. 113 ss., *el mismo*, Comentario a BGH, JR, 1989, pp. 379 ss., loc. cit., pp. 380 ss.; *J. Krümpelmann*, Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das Zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli, 1969, ZStW, 88, pp. 6 ss.; *el mismo*, Schuldzurechnung und unter Affekt und alkoholisch bedingter Schuldunfähigkeit, ZStW, 99, pp. 191 ss.; *el mismo*, Affekt und Schuldhohigkeit, 1972/1988; *K. Lackner*, Prävention und Schuldunfähigkeit, Kleinknecht-Festschrift, pp. 245 ss.; *W. Landgraf*, Die «verschuldete» verminderte Schuldfähigkeit, 1988; *R. Lange*, Ist Schuld möglich? Bockelmann-Festschrift, pp. 261 ss.; *el mismo*, Kriminologische Krisenherde, Leferenz-Festschrift, pp. 25 ss.; *A. Langelüddeke* y *P. H. Bresser*, Gerichtliche Psychiatrie, 4.ª ed., 1976; *H. Leferenz*, Die rechtsphilosophischen Grundlagen des § 51 StGB, Nervenarzt, 1948, pp. 364 ss.; *el mismo*, Der Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs in kriminologischer Sicht, ZStW, 70, pp. 25 ss.; *el mismo*, Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das Zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969, ZStW, 88, pp. 40 ss.; *Th. Lenckner*, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, en: *H. Göppinger* y *H. Witter* (ed.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, t. I, 1972, pp. 3 ss.; *R. Luthe*, Verantwortlichkeit, Persönlichkeit und Erleben, 1981; *el mismo*, Psychologisch-psychiatrische Probleme der Schuldfähigkeit, en: *H. Göppinger* y *P. H. Bresser* (ed.), Sozialtherapie - Grenzfragen bei der Beurteilung psychischer Auffälligkeiten im Strafrecht, 1982, pp. 169 ss.; *el mismo*, Schuldfähigkeit und die Tiefenpsychologie, Forensia, 1983, pp. 161 ss.; *R. Mahlmann*, Verwissenschaftlichung des Rechts - Verrechtlichung von Wissenschaft?, 1986; *H. Maisch* y *E. Schorsch*, Zur Problematik der Kompetenz-Abgrenzung von psychologischen und psychiatrischen Sachverständigen bei Schuldfähigkeitsfragen, StV, 1983, pp. 32 ss.; *W. Mende*, Die «tiefgreifende Bewußtseinsstörung» in der forensisch-psychiatrischen Diagnostik, Bockelmann-Festschrift, pp. 311 ss.; *A. Mergen*, Spielsucht, Sarstedt-Festschrift, pp. 189 ss.; *G. Meyer*, Die Beurteilung der Schuldfähigkeit bei Abhängigkeit vom Glücksspiel, MonSchrKrim., 1988, pp. 213 ss.; *J.-E. Meyer*, Psychiatrische Diagnosen und ihre Bedeutung für die Schuldfähigkeit im Sinne der §§ 20/21, ZStW, 88, pp. 46 ss.; *el mismo*, Der psychiatrische Sachverständige und seine Funktion im Strafprozeß, MonSchrKrim., 1981, pp. 224 ss.; *E. Mezger*, Probleme der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit, 1949; *el mismo*, Rechtsirrtum und Rechtsblindheit, Kohlrausch-Festschrift, pp. 180 ss.; *R. Moos*, Die Tötung im Affekt im neuen österreichischen Strafrecht, ZStW, 89, pp. 796 ss.; *T. Moser*, Repressive Kriminalpsychiatrie, 2.ª ed., 1971; *U. Neumann*, Zurechnung und «Vorverschulden», 1985; *H. Otto*, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW, 87, pp. 539 ss.; *A. Ponsold*, Blutalkohol, en: *el mismo* (ed.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3.ª ed., 1967, pp. 206 ss.; *W. Rasch*, Tötung des Intimpartners, 1964; *el mismo*, Schuldfähigkeit, en: *A. Ponsold* (ed.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3.ª ed., 1967, pp. 55 ss.; *el mismo*, Gruppennotzuchtdelikte Jugendlicher und Heranwachsender, en: *H. Giese* (ed.), Zur Strafrechtsreform, 1968, pp. 65 ss.; *el mismo*, Die psychologisch-psychiatrische Beurteilung von Af-

fektdelikten, NJW, 1980, pp. 1309 ss.; *el mismo*, Angst vor der Abartigkeit, NStZ, 1982, pp. 177 ss.; *el mismo*, Der Stellenwert des Tatverhaltens bei der psychologischen-psychiatrischen Begutachtung, en: *J. Gerchow* (ed.), Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983, pp. 46 ss.; *el mismo*, Die Zuordnung der psychiatrisch-psychologischen Diagnosen zu den vier psychischen Merkmalen der §§ 20, 21, StGB, StV, 1984, pp. 264 ss.; *el mismo, R. Volbert*, Ist der Damm gebrochen? Zur Entwicklung der Anwendung der §§ 20, 21 StGB seit dem 1.1.1975, MonSchrKrim., 1985, pp. 137 ss.; *el mismo*, Forensische Psychiatrie, 1986; *H. J. Rausch*, Einfluß psychopathologischer Strömungen auf die forensische Psychiatrie, Kurt Schneider-Festschrift, pp. 304 ss.; *el mismo*, Brauchen wir noch eine forensische Psychiatrie? Leferenz-Festschrift, pp. 379 ss.; *el mismo*, Nochmals: Gutachterliche Kompetenz bei der Klärung der Schuldfähigkeit oder: Der Streit zwischen Psychiatrie und Psychologie, NStZ, 1984, pp. 497 ss.; *E. C. Rautenberg*, Verminderte Schuldfähigkeit, 1984; *R. Rengier* y *B. Forster*, Die sogenannten «Promillegrenzen» zur alkoholbedingten Schuldunfähigkeit aus juristisch-medizinischer Sicht, Blutalkohol, 1987, pp. 161 ss.; *C. Roxin*, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, Bockelmann-Festschrift, pp. 279 ss.; *H.-L. Rudophi*, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtum, 1969; *el mismo*, Affekt und Schuld, Henkel-Festschrift, pp. 199 ss.; *H. Salger*, Zur forensischen Beurteilung der Affekttat im Hinblick auf eine erhebliche verminderte Schuldfähigkeit, Tröndle-Festschrift, pp. 201 ss.; *U. T. Sarstedt*, Der Strafrechtler und der psychiatrische Sachverständige, Die Justiz (Amtsblatt des Justizministeriums, Baden-Württemberg), 1962, pp. 110 ss.; *H. Saß*, Die tiefgreifende Bewußtseinsstörung gemäß den §§ 20, 21 StGB - eine problematische Kategorie aus forensisch-psychiatrischer Sicht, Forensia, 1983, pp. I ss.; *el mismo*, Affektdelikte, Nervenarzt, 1983, pp. 557 ss.; *el mismo*, Ein psychopathologisches Referenzsystem für die Beurteilung der Schuldfähigkeit, Forensia, 1985, pp. 33 ss.; *el mismo*, Zur Klassifikation der Persönlichkeitsstörungen, Nervenartz, 1986, pp. 193 ss.; *F. Schaffstein*, Die Jugendzurechnungsunfähigkeit, ZStW, 77, pp. 191 ss.; *G. Schewe*, Zumutbarkeit und Zurechnungsfähigkeit, Hallermann-Festschrift, pp. 76 ss.: *el mismo*, Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz, 1972; *el mismo*, Forensische Psychopathologie, en: *W. Schwerd* (ed.), Rechtsmedizin, 3.ª ed., 1979, pp. 223 ss.; *el mismo*, Alkoholdelinquenz aus medizinischer Sicht, suplemento ZStW, 1981, pp. 39 ss.; *el mismo*, Zur beweisrechtlichen Relevanz berechneter maximaler Blutalkoholwerte für die Beurteilung der Schuldfähigkeit, en: *D. Schultz et al.* (ed.), Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundes gegen Alkohol im Straßenverkehr, etc., 1982, pp. 171 ss.; *el mismo*, Wille und Freiheit - juristische und medizinisch-psychologische Aspekte, en: *J. Gerchow* (ed.), Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983, pp. 1 ss.; *el mismo*, Blutalkoholwert und Schuldfähigkeit, Venzlaff-Festschrift, pp. 40 ss.; *el mismo*, Die «mögliche» Blutalkoholkonzentration von 2 Promille als «Grenzwert der absolut verminderten Schuldfähigkeit»?, JR, 1987, pp. 179 ss.; *R. Schmitt*, Die schwere seelische Abartigkeit» in §§ 20 und 21 StGB, ZStW, 92, pp. 346 ss.; *K. Schneider*, Die psychopathischen Persönlichkeiten, 9.ª ed., 1950; *el mismo*, Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit, 4.ª ed., 1961; *el mismo*, Klinische Psychopathologie, 9.ª ed., 1971; *K. Schneidewin*, Comentario a BGH, 7, pp. 29 ss., JZ, 1955, pp. 505 ss.; *H. Schöch*, Die Beurteilung von Schweregraden schuldmindernder oder schuldausschließender Persönlichkeitsstörungen aus juristischer Sicht, MonSchrKrim., 1983, pp. 333 ss.; *E. Schorsch*, Die sexuellen Desviationen und sexuell motivierte Straftaten, en: *U. Venzlaff* (ed.), Psychiatrische Begutachtung, 1986, pp. 279 ss.; *el mismo, F. Pfafflin*, Wider den Schulenstreit in der forensischen Psychiatrie, MonSchrKrim., 1981, pp. 234 ss.; *H. L. Schreiber*, Bedeutung und Auswirkungen der neugefaßten Bestimmungen über die Schuldfähigkeit, NStZ, 1981, pp. 46 ss.; *el mismo*, Juristische Grundlagen, en: *U. Venzlaff* (ed.), Psychiatrische Begutachtung, 1986, pp. 3 ss.; *H. Schröder*, Verbotsirrtum, Zurechnungsfähigkeit, actio libera in causa, GA, 1957, pp. 297 ss.; *U. Schroth*, Der fahrlässige Ver-

lust der Steuerungsfähigkeit mit nachfolgender doloser Unrechtsrealisierung, Arthur Kaufmann-Festschrift, pp. 109 ss.; *H. Schüler-Springorum*, «Benzin nach Metern»?, Venzlaff-Festschrift, pp. 52 ss.; *W. Schumacher*, Gruppendynamik und Straftat. Ein Beitrag zur Integration von Strafrecht und empirischer Wissenschaft, NJW, 1980, pp. 1880 ss.; *el mismo*, Die Beurteilung der Schuldfähigkeit bei nichtstoffgebundenen Abhängigkeiten (Spielleidenschaft, Fetischismen, Hörigkeit), Sarstedt-Festschrift, pp. 361 ss.; *el mismo*, Die Tathandlung und ihre Beurteilung in psychoanalytischer Sicht, en: *J. Gerchow* (ed.), Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983, pp. 61 ss.; *J. Schwarz* y *R. Wille*, § 51 StGB – Gestern, heute, morgen, NJW, 1971, pp. 1061 ss.; *V. Sigusch*, Über die methodische Armut der Schuldpsychiatrie und ihren unverstellten Blick auf die Dinge, MonSchrKrim., 1981, pp. 229 ss.; *F. Specht*, Angeborene und früherworbene Beeinträchtigung der geistigen Entwicklung, en: *U. Venzlaff* (ed.), Psychiatrische Begutachtung, 1986, pp. 231 ss.; *G. Spendel*, § 51, Abs. 2, StGB und das Problem der Strafzumessung, NJW, 1956, pp. 775 ss.; *W. Stree*, Rechtswidrigkeit und Schuld, en: *C. Roxin, W. Stree, H. Zipf* y *H. Jung*, Einführung in das neue Strafrecht, 2.ª ed., 1975, pp. 34 ss.; *F. Streng*, Richter und Sachverständiger. Zum Zusammenwirken von Strafrecht und Psychowissenschaften bei der Bestimmung der Schuldfähigkeit (§ 5, 20, 21 StGB), Lefeerenz-Festschrift, pp. 397 ss.; *el mismo*, Unterlassene Hilfeleistung als Rauschtat, JZ, 1984, pp. 114 ss.; *K.-L. Täschner*, Welcher Sachverständige ist für die Beurteilung des Geisteszustanders von Sexualdelinquenten zuständig?, MonSchrKrim., 1980, pp. 108 ss.; *B. Terhorst*, Zur Strafbemessung bei verminderter Schuldfähigkeit infolge Drogensucht, MDR, 1982, pp. 368 ss.; *H. Thomae*, Bewußtsein, Personlichkeit und Schuld, Bemerkungen zu §§ 24-25 des Entwurfs eines Strafgesetzbuches, 1960, MonSchrKrim., 1961, pp. 114 ss.; *H. Thomae* y *H. D. Schmidt*, Psychologische Aspekte der Schuldfähigkeit, en: *K. Gottschaldt, Ph. Lersch, F. Sander, H. Thomae* (ed.), Handbuch der Psychologie, t. XI, 1967, pp. 326 ss.; *U. Undeutsch*, Zurechnungsfähigkeit bei Bewußtseinsstörung, en: *A. Ponsold* (ed.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 2.ª ed., 1957, pp. 130 ss.; *el mismo*, Forensische Psychologie, en: *R. Sieverts* (ed.), Handwörterbuch der Kriminologie, 2.ª ed., 1966, pp. 205 ss.; *U. Venzlaff*, Strafrechtsreformgesetz und Krankenhauspsychiatrie, Schaffstein-Festschrift, pp. 293 ss.; *el mismo*, Ist die Restaurierung eines «engen» Krankheitsbegriffs erforderlich, um kriminalpolitische Gefahren abzuwenden?, ZStW, 88, pp. 57 ss.; *el mismo*, Aktuelle Probleme der forensischen Psychiatrie, en: *K. P. Kisker, J.-E. Meyer, C. Müller* y *E. Strömgen* (ed.), Psychiatrie der Gegenwart, t. III, 2.ª ed., 1975, pp. 883 ss.; *el mismo*, Die Mitwirkung des psychiatrischen Sachverständigen bei der Beurteilung der Schuldfähigkeit, Richterakademie-Festschrift, pp. 227 ss.; *el mismo*, Die forensischpsychiatrische Beurteilung affektiver Bewußtseinstörungen, Blau-Festschrift, pp. 391 ss.; *el mismo*, Methodische und praktische Probleme der forensischpsychiatrischen Begutachtung, en: *el mismo* (ed.), Psychiatrische Begutachtung, 1986, pp. 79 ss.; *el mismo*, Konfliktreaktionen, Neurosen und Persönlichkeitsstörungen im Erwachsenenalter, loc. cit., pp. 327 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, NStZ, 1988, pp. 268 s., loc. cit., pp. 269; *Th. Vogt*, Die Forderungen der psychoanalytischen Schulrichtungen für die Interpretation der Merkmale der Schuldunfähigkeit und der verminderten Schuldfähigkeit (§§ 51 a. F., 20, 21 StGB), 1979; *H. Walder*, Der Affekt und seine Bedeutung im schweizerischen Strafrecht, SchwZStr., 81 (1965), pp. 24 ss.; *H. Wegener*, Einführung in die forensische Psychologie, 1981; *C. Weinschenk*, Beginnt die Schuldfähigkeit wirklich erst mit der Vollendung des 14. Lebensjahres?, MonSchrKrim., 1984, pp. 15 ss.; *K. Willmanns*, Die sogenannte verminderte Zurechnungsfähigkeit als zentrales Problem der Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1927; *A. v. Winterfeld*, Die Bewußtseinsstörung im Strafrecht, NJW, 1975, pp. 2229 ss.; *H. Witter*, Psychologie, anthropologische Psychiatrie und forensische Freiheitsfrage, NJW, 1959, pp. 1573 s.; *el mismo*, Affekt und Schuldunfähigkeit, MonSchrKrim., 1960,

pp. 20 ss.; *el mismo*, Affekt und strafrechtliche Verantwortlichkeit, Kriminalbiologische Gegenwartsfragen, 5 (1962), pp. 89 ss.; *el mismo*, Grundriß der gerichtlichen Psychologie und Psychiatrie, 1970; *el mismo*, Allgemeine und spezielle Psychopathologie, en: *H. Göppinger* y *H. Witter* (ed.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, t. I, 1972, pp. 429 ss.; *el mismo*, Die Handlungsfähigkeit und die Verantwortlichkeit im Zivilrecht, en: *H. Göppinger* y *H. Witter*, Handbuch der forensischen Psychiatrie, t. II, 1972, pp. 947 ss.; *el mismo*, Die Beurteilung Erwachsener im Strafrecht, en: *H. Göppinger* y *H. Witter* (ed.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, t. II, 1972, pp. 966 ss.; *el mismo*, Die Bedeutung des psychiatrischen Krankheitsbegriffs für das Strafrecht, Lange-Festschrift, pp. 723 ss.; *el mismo*, Wissen und Werten bei der Beurteilung der strafrechtlichen Schuldfähigkeit, Leferenz-Festschrift, pp. 441 ss.; *el mismo*, Richtige oder falsche psychiatrische Gutachten?, MonSchrKrim., 1983, pp. 253 ss.; *G. Wolff*, Gutachterliche Kompetenz bei der Klärung der Schuldfähigkeit oder: der Streit zwischen Psychiatrie und Psychologie, NJW, 1983, pp. 537 ss.; *G. Wolfslast*, Die Regelung der Schuldfähigkeit im StGB, JA, 1981, pp. 464 ss.; *Th. Würtenberger*, Zur Problematik der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit, JZ, 1954, pp. 209 ss.; *U. Ziegert*, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987; *H. Zipf*, Verminderte Zurechnungs- oder Schuldfähigkeit - Vergleich der österreichischen und der deutschen Regelung, en: *H. Göppinger* y *P. H. Bresser* (ed.), Sozialtherapie - Grenzfragen bei der Beurteilung psychischer Auffälligkeiten im Strafrecht, 1982, pp. 157 ss.

I. LA INIMPUTABILIDAD DE LOS NIÑOS Y EN LOS ADOLESCENTES

A. En el § 19 StGB [1] la ley presume que los niños (personas menores de catorce años) son inimputables. Fundamento de la presunción es la experiencia de que los niños no se pueden definir como iguales, careciendo por ello de competencia para cuestionar la validez de la norma. La presunción no tiene efectos en las instituciones dogmáticas que atienden a la imputabilidad real. Ejemplo: El que influir sobre un niño para cometer una infracción penal constituya participación en el hecho o bien autoría mediata se rige por la madurez del niño, pero no esquemáticamente por su edad (*vid. infra* 21/71, 96). 1

B. 1. En relación con los adolescentes (personas de edad comprendida entre los catorce y los dieciocho años; § 1.2 JGG), con arreglo al § 3 JGG, ha de verificarse la imputabilidad caso por caso [2]. La capacidad puede ser relativa al hecho cometido. Así, p. ej., la capacidad para evitar un delito de fuga del 2

[1] Antiguo § 1.3 JGG, redacción anterior; de acuerdo con el tenor de este precepto, no eran responsables los niños, lo que se interpretaba en ocasiones como mero impedimento de persiguibilidad. En contra de un límite fijo, *Weinschenk*, MonSchrKrim., 1984, pp. 15 ss., 24.

[2] Acerca del difícil diagnóstico diferencial entre la inmadurez del § 3 JGG y la inculpabilidad (independiente del grado de madurez) del § 20 StGB, *vid. Bresser*, ZStW, 74, pp. 579 ss.; *el mismo*, Beurteilung jugendlicher Rechtsbrecher, pp. 267 ss.; *el mismo*, Handbuch Psychiatrie, t. I, pp. 534 ss.; *el mismo*, loc. cit., t. II, pp. 1284 ss.; *Gerchow*, en: Ponsold, pp. 90 ss., 93; *Schaffstein*, ZStW, 77, pp. 191 ss.; *H. Kaufmann* y *Pirsch*, JZ, 1969, pp. 358 ss.; *Albrecht*, Jugendstrafrecht, § 11, V, todos con bibliografía. De acuerdo con *Bohnert*, NStZ, 1988, pp. 249 ss.,[1]254, el § 3 JGG, junto al § 17 StGB, en lo que se refiere al *entendimiento*, carecería de función: Evidentemente ello está concebido de modo demasiado psicologista: Los motivos, que cuentan en el § 17 StGB, de irresponsabilidad del autor por el desconocimiento de la norma son los que resultan de la positividad del Derecho (*vid. infra*, 19/6 ss.); el § 3 JGG establece claramente que también la niñez es motivo de irresponsabilidad con tal que el autor no tenga aún dieciocho años (como el § 20 StGB declara ser motivo la enfermedad, etc.).

lugar del accidente, tras un accidente de bicicleta, puede faltarle a un adolescente, mientras que p. ej., ya ha internalizado suficientemente la prohibición de matar.

2. A los jóvenes (personas de edad comprendida entre los dieciocho y los veintiún años; § 1.2 StGB) se les enjuicia de acuerdo con las reglas generales de la imputabilidad; sólo surgen peculiaridades en lo que se refiere a las consecuencias jurídicas y al proceso (§§ 105 ss. JGG).

II. LA INCAPACIDAD DE CULPABILIDAD (INIMPUTABILIDAD E INEXIGIBILIDAD EN DETERMINADOS AMBITOS) SEGUN EL § 20 StGB

A. Panorama

3 1. En el § 20 StGB la ley menciona determinados estados (trastornos psico-patológicos, alteración profunda de la conciencia, oligofrenia y otras anomalías psíquicas graves) [2a] a través de los cuales se puede llegar a la exclusión de la capacidad de comprender lo ilícito del hecho o de actuar con arreglo a esta comprensión. La estructura «de dos planos» basada en los estados psíquicos y en la capacidad se denomina, en amplios sectores, método mixto biológico-psicológico, lo que en realidad no es adecuado: Ni el estado es biológico —si acaso en algunos supuestos está fundamentado biológicamente— ni la capacidad es algo psicológico —sino una construcción normativa—. Se trata de un método psicológico-normativo [3]. Lo psicológico se refiere a los estados, aunque no se ha de entender en el sentido de la Psicología, con exclusión de la Psiquiatría, sino como indicación de que al determinar los estados importa comprender fenómenos psíquicos (y no biológicos). Lo normativo se refiere a la capacidad; ésta no es un estado psíquico, sino una atribución.

4 Estos estados psíquicos no están mencionados en el § 20 StGB porque sólo de ellos —y no de otros estados— quepa suponer que determinan al sujeto en su comportamiento. Por eso sus límites no cabe interpretarlos ni siquiera con arreglo a una «medida de determinación». Sin embargo, tal idea se propone en ocasiones; así, en favor de la equiparación del estado pasional con la psicosis (perteneciente al núcleo del § 20 StGB) se esgrime el argumento de que no hay «demostración científica alguna de que los motivos dependientes de la psicosis sean más determinantes del comportamiento que los de, p. ej., un autor en estado pasional» [4]. Este realce de la determinación es categorialmente sesgada;

[2a] Acerca del origen de la formulación legal, *Lackner*, Kleinknecht-Festschrift, pp. 245 ss., 246 ss. Acerca de la historia, *AK-Schild*, §§ 20, 21, núm. marg. 3 ss., 10 s., 12 ss., 16 ss., con bibliografía.

[3] En términos semejantes, *Jescheck*, AT, § 40, III, con nota 19: «método psíquico-normativo»; *Rasch*, Psychiatrie, pp. 36 ss., 44; *SK-Rudolphi*, § 20, núm. marg. 3 s., y *LK-Lange*, §§ 20 s., núm. marg. 12, hablan de un «método biológico-normativo»; *vid.* además *Maurach-Zipf*, AT, I, § 36, núm. marg. 4 s.; *Blei*, AT, § 56, ante I; *vid.* ya *M. E. Mayer*, AT, cap. 5, B, I, 1.

[4] *Venzlaff*, ZStW, 88, pp. 57 ss., 60; *Schreiber*, NStZ, 1981, pp. 46 ss., 48; *el mismo*, en: Begutachtung, pp. 3 ss., 15. En contra, *Bresser*, Leferenz-Festchrift, pp. 429 ss., 435; *Saß*, Forensia, 1985, pp. 33 ss., 35.

bien es verdad que no se halla científicamente demostrado que el comportamiento inculpable esté determinado, pero por el contrario el comportamiento culpable no lo esté. Así, p. ej., puede considerarse seguro en cierta medida que el afán de ser feliz o la avaricia son determinantes, sin que quepa discutir la culpabilidad fundamentada en ambos [5]. Más aún puede ser determinante la situación de necesidad existencial con arreglo al § 35 StGB, sin que exculpe forzosamente, y cuando lo hace, no es debido a su semejanza con un motivo dependiente de psicosis.

2. A la (suposición de) determinación por el estado anómalo se añade decisivamente que se puede distanciar al sujeto, por dicho estado, de su comportamiento. Ello es posible de dos modos:

a) El estado puede indicar que en el hecho no hay ya un sujeto interpelable (*ansprechbar*), es decir, determinable por la norma jurídica infringida, sea cual sea la energía con que se exija la responsalidad. Este no es ya el caso cuando el sujeto se mueve más o menos intensamente en el ámbito de modelos objetivos, sobre todo psicopatológicos, sino sólo cuando el modelo ya no se puede modular, y cuando además este deshacerse en lo no-individual no se puede concebir por su parte como posibilidad de comportamiento individual [6]. Entonces no actúa ya el sistema «sujeto», sino un sistema objetivo o —en la oligofrenia— un sujeto tan reducido que ya no es comparable con una persona normal. La motivación se forma en estos casos anómalamente en comparación con cualquier persona: Al autor le falta la competencia para cuestionar la validez de la norma, y por eso es inimputable. Los estados de esta clase se encuentran principalmente en los trastornos psíco-patológicos y en las formas graves de oligofrenia. 5

b) El diagnóstico sobre el estado puede arrojar el resultado de que aún existe un sujeto responsable. Naturalmente, entonces el sujeto está condicionado en su motivación para obedecer la norma (es decir, determinado a cometer el hecho); si el condicionamiento existe por motivos de los que el sujeto no es responsable, es posible remitirse a la génesis de su motivación al hecho originada por condiciones ajenas a él y estará exculpado en la medida en que la génesis se puede explicar únicamente por esas condiciones. Tal es el ámbito de la inexigibilidad.

3. Así pues, la determinación por sí sola no significa nada, sino que únicamente es relevante cuando anula al sujeto *o* no le concierne a éste. El intento de reducir todo el § 20 StGB a portador de *una* sola función no sólo conducirá a vaguedades conceptuales, sino que también, por la orientación a las psicosis, estrechará excesivamente el ámbito de los estados no constitutivos de patología (al respecto, *infra* 18/16). Ahora bien, del modelo de sujeto dependerá cuándo éste se puede considerar anulado, y de las presuposiciones sobre 6

[5] Contra la vinculación de la motivación que opera inconscientemente y la inculpabilidad, *Glatzel*, StV, 1982, pp. 40 ss., 42 s.

[6] Notables reparos contra el concepto de posibilidad de comprensión en *Rasch*, en: *Ponsold*, pp. 55 ss., 67; *Shewe* en: *Schwerd*, pp. 202 ss., 223 ss. La solución que aquí se defiende conduce en la misma dirección que el concepto de enfermedad estructural-social de *Rasch*, Psychiatrie, pp. 43 s., según el cual ha de atenderse a la «dimensión de una remodelación de una persona antiindividualizadora y tipificadora».

la relación de cada sujeto con la sociedad dependerá cuándo existe responsabilidad del sujeto por las condiciones de la génesis de su motivación y en qué medida tales condiciones permiten explicar una motivación. El concepto de sujeto y el concepto de responsabilidad están determinados desde el punto de vista de la Política criminal. Las ciencias psicológicas o sociales que en cada sujeto que delinque sólo ven un molde que está relleno de configuraciones de comportamiento objetivamente determinadas, o que por principio no consideran situada en el sujeto la responsabilidad por los impulsos (si es que se reconoce algo como la responsabilidad), no pueden aportar nada, pues, a la explicación del problema jurídico-penal de la culpabilidad [6a] (acerca de los determinantes: hábito, situación del hecho y déficit de socialización, *vid.* ya *supra* 17/26 ss.).

7 4. Teniendo en cuenta la idea rectora de que no se debe hacer saltar el marco político-criminal, los estados mencionados en el § 20 StGB se pueden completar con aquellos otros que ponen de manifiesto igualmente una pérdida de la subjetividad (inimputabilidad) o un condicionamiento igualmente alto de la exigibilidad que obedezca a condicionantes por los que el autor no debe responder (inexigibilidad) [7]. La posibilidad de analogía es irrelevante en la práctica, ya que los conceptos de alteración de la conciencia y de anomalía son lo suficientemente elásticos como para abarcar los fenómenos que vienen en consideración (se mencionan, sin tener relevancia práctica alguna para el § 20 StGB: la sugestionabilidad, el sometimiento sexual, los graves defectos de socialización); los problemas residen más bien en la amplitud de los conceptos.

B. El trastorno psico-patológico

8 1. Se trata de trastornos *psíquicos*, es decir, no sólo de trastornos de la actividad intelectual, sino de trastornos posiblemente en todos los ámbitos psíquicos. Los trastornos no son sólo las desviaciones (negativas) con respecto a un estado previamente dado de no perturbación (el individuo sano comienza a sufrir una patología psíquica), sino también de un estado de normalidad no existente con anterioridad, sólo postulable (la persona ha nacido con la patología psíquica). La patología no ha de entenderse, objetivo-médicamente, como indicio para un tratamiento, ni subjetivo-médicamente, como presión patológica, sino con arreglo a la finalidad del § 20 StGB: Concurre una patología cuando el cuadro del diagnóstico psíquico da por resultado que la motivación al hecho la padece el sujeto al menos objetivamente (no necesariamente también de modo subjetivo), a semejanza de una enfermedad somática. En casos más graves, el sujeto queda eclipsado o incluso anulado por la enfermedad. Dado un diganóstico de tal clase, el sujeto aún existente puede invocar la génesis de su motivación en lo objetivo (inexibigilidad). Si el sujeto desaparece en el

---

[6a] Acerca de la distribución de cometidos entre el juez y el experto, *vid.* Schreiber, en: Begutachtung, pp. 3 ss., 40 ss.

[7] En definitiva igualmente *Schreiber*, en: Begutachtung, pp. 3 ss., 12; *LK-Lange*, §§ 20 s., núm. marg. 13; *Jakobs*, en: Sozialtherapie, pp. 127 ss., 138; *vid.* ya *LK*[6]*-Nagler*, § 51, nota III, 2; *Hälschner*, Strafrecht, t. I, p. 224; *Mezger*, Probleme der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit, p. 37; *de otra opinión*, *Lenckner*, Handbuch Psychiatrie, t. I, pp. 3 ss., 112; *Blau*, Jura, 1982, pp. 393 ss., 397; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 36, núm. marg. 27; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 20, núm. marg. 5; *SK-Rudolphi*, § 20, núm. marg. 5; *v. Hippel*, Strafrecht, t. II, § 22, VI, 2.

modelo objetivo, ya no es competente para cuestionar la norma (inimputabilidad).

9 2. *a)* Un cuadro psicopatológico paralelo se da con seguridad en las psicosis (psicopatologías propias) [8]. Las psicosis se caracterizan en parte por una correlación conocida entre el cuadro psicopatológico y un hallazgo patológico orgánico-cerebral (psicosis orgánicas o exógenas). A este grupo pertenecen la parálisis progresiva, la demencia senil (incluida la oligofrenia condicionada patológicamente —y no innata—) [9], la esclerosis cerebral, las lesiones cerebrales, las alteraciones cerebrales de origen febril, tumores, etc. Además, se cuentan entre las psicosis aquellos estados psicopatológicos que en virtud de su analogía con las psicosis exógenas, por su cuadro nosológico y por su origen (ambos son discutidos) [10] sugieren la suposición de un correlativo proceso orgánico-cerebral (psicosis endógenas; se «postula» el proceso orgánico-cerebral); se trata de las patologías que se se incluyen en las manifestaciones de la esquizofrenia [10a] y de la ciclotimia (esta última llamada simplemente locura maniaco-depresiva; pero ni las fases maníacas y depresivas son propias siempre del cuadro patológico ni la situación anímica está adecuadamente descrita con el término «locura»).

En conexión con el psiquiatra *Kurt Schneider*, que distinguía entre las anomalías psíquicas debidas a enfermedades —con base somática—, por una parte, y como variedades del ser psíquico, por otra [11], en ocasiones se ha sobreestimado la importancia de las correlaciones orgánicas, demostrables o postuladas, del estado psicopatológico [12, 13]. Sin embargo, el hallazgo orgánico tiene,

---

[8] *Vid.* al respecto las exposiciones de *Rasch*, en: *Ponsold*, pp. 55 ss., 69 ss., 76 ss.; *Witter*, Handbuch Psychiatrie, t. I, pp. 429 ss., 477 ss.; *el mismo, op. cit.*, t. II, pp. 966 ss., 968 ss.; *el mismo*, Lange-Festschrift, pp. 723 ss.; *Langelüddeke-Bresser*, Gerichtliche Psychiatrie, pp. 96 ss.; *Schewe*, en: *Schwerd*, pp. 202 ss., 223 ss., 242 ss.; *Venzlaff*, Pschiatrie der Gegenwart[2], t. III, pp. 883 ss., 888 ss., 901; *Ehrhardt* y *Villinger*, Psychiatrie der Gegenwart[1], t. III, pp. 181 ss., 206 ss., 208 s.; *K. Schneider*, Beurteilung, pp. 7 ss., 14 s.; *el mismo*, Klinische Psychopathologie, pp. 9 ss.

[9] RG, 73, pp. 121 ss.

[10] *Vid. H. Kaufmann*, Kriminologie, t. I, pp. 17 ss.

[10a] Acerca de la esquizofrenia como mero «modelo mental» *Janzarik*, Nervenarzt, 1986, pp. 681 ss.

[11] Beurteilung, pp. 14 s.; asimismo *de Boor*, Motivisch unklare Delikte, pp. 184 ss., 188; *el mismo*, Bewußtsein und Bewußtseinsstörungen, pp. 282 ss.; *Bresser*, NJW, 1978, pp. 1188 ss.; *Langelüddeke-Bresser*, pp. 96 ss. El concepto de patología de *K. Schneider*, también era muy controvertido en Psiquiatría; *vid. Mende*, Bockelmann-Festschrift, pp. 311 ss., 312, con bibliografía; *Schreiber*, en: Begutachtung, pp. 3 ss., 14 ss.

[12] Al acuerdo fáctico que desde hace tiempo reina entre juristas y psiquiatras forenses sobre el concepto de patología de *K. Schneider*, se le ha llamado «pacto», al que incumbiría la función de excluir la problemática psicológica, psicoanalítica y científico-social de la culpabilidad: *Moser*, Repressive Kriminalpsychiatrie, pp. 54 ss., y *passim; vid.* asimismo *Kargl*, Kritik, pp. 208 ss., 218 ss; *Mahlmann*, Verwissenschaftlichung, pp. 25 ss., 112 s. Lo cual puede que sea correcto en cuanto al punto de partida, pero no es en absoluto un reproche, aunque se formule como tal: Para el Derecho penal no operan disfuncionalmente las exculpaciones no calculables o no delimitables. Acerca de la utilidad forense del psicoanálisis, *vid. Bräutigam*, Handbuch Psychiatrie, t. I, pp. 773 ss., 794 ss.; *de Boor*, Bewußtsein und Bewußtseinstörungen, pp. 66 ss.

[13] Lo cual no sólo rige para la restricción del concepto de patología, sino también para hacer ascender microestados somáticos a «causas» de exculpación, como, p. ej., en la discusión acerca de la anomalía cromosómica; en contra críticamente *Witter*, Lange-Festschrift, pp. 723 ss., 727, 731 s.; *el mismo*, Grundriß, pp. 257 ss.; *J.-E. Meyer*, MonSchrKrim., 1981, pp. 224 ss., 225; *Venzlaff*, Richterakademie-Festschrift, pp. 227 ss., 284 s.; *el mismo*, en: Begutachtung, pp. 79 ss., 84.

jurídico-penalmente, sólo la función de conferir seguridad al diagnóstico psíquico o de llamar la atención sobre un diagnóstico psíquico relativamente discreto [14]. Ultimamente hay hallazgos somáticos para todos los trastornos psíquicos; incluso el carácter patológico del diagnóstico, aisladamente comprobable (p. ej., una ligera intoxicación etílica) no tiene por qué decir nada del carácter patológico del trastorno psíquico, al igual que, a la inversa, al menos en los casos límites, es discutible la justificación de postular un hallazgo *patológico* orgánico para cada cuadro psicopatológico [15].

10 *b)* El que los *estadios finales de un proceso pasional* (alteración de la conciencia), o de un proceso psicopático, o neurótico, o cualquier otro que se cuente entre las anomalías, se puedan distinguir, mediante diagnóstico diferencial, de los trastornos psicopatológicos, no constituye un problema jurídico-penal, sino sólo psicológico y psiquiátrico. Cuando en estos ámbitos se puede determinar una pérdida de subjetividad como en una enfermedad, entonces falta también la imputabilidad como en una enfermedad. Para este caso, también en las alteraciones de la conciencia y en las anomalías psíquicas se trata, pues, de imputabilidad y no de exigibilidad, es decir, no cabe plantear la cuestión de «tener culpa» —de importancia práctica en el estado pasional y en la toxicomanía [16].

11 *c)* También se da con seguridad el cuadro psicopatológico en las *intoxicaciones agudas*, p. ej., de alcohol, siempre que el autor actúe todavía típica y antijurídicamente u omita típica y antijurídicamente (la inimputabilidad no comienza ya en el embriagarse que no permite movimientos corporales coordinados) [17]. La inclusión de los estados de embriaguez en la psico-patología —en lugar de en la alteración de la conciencia— es discutida [18], indicándose contra la consideración como enfermedad que, en contraste con la enfermedad, la embriaguez no surge fatídicamente. Esto no sólo puede que sea de otro modo en el caso concreto (la embriguez ocasionada arteramente es más fatídica que diversas parálisis determinadas por la sífilis) [19], sino que no tiene en cuenta tampoco la semejanza de los síntomas de la embriaguez con los de las psicosis [20]. Además, resulta preferible reservar el concepto de alteración de la conciencia

---

Contra la relevancia automática de los estados con base orgánico-cerebral también *Glatzel*, StV, 1990, pp. 132 ss.

[14] *Witter*, Lange-Festchrift, pp. 723 ss., 727; *Shewe*, en: *Schwerd*, pp. 202 ss., 235; *Rasch*, en: *Ponsold*, pp. 55 ss., 71; *Janzarik*, Handbuch Psychiatrie, t. I, pp. 588 ss., 645 ss.; *Venzlaff*, Schaffstein-Festschrift, pp. 293 ss., 295; ampliamente *Krümpelmann*, ZStW, 88, pp. 6 ss., 14 ss., 17 ss., con más bibliografía.

[15] *Witter*, Lange-Festschrift, pp. 723 ss., 727, con ejemplos.

[16] *Krümpelmann*, ZStW, 88, pp. 6 ss., 36.

[17] RG, 63, pp. 46 ss., 48; 64, pp. 349 ss., 354 s.; 67, pp. 149 s.; BGH, 1, pp. 385 ss., 386; BGH, VRS, 8, pp. 49 ss., 51; BayObLG, NJW, 1953, pp. 1523 s.; OLG Schleswig, DAR, 1973, pp. 20 s.; *SK-Rudolphi*, § 320, núm. marg. 7; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 20 núm. marg. 16; críticamente acerca del límite acción-culpabilidad, *Schewe*, separata, ZStW, 1981, pp. 39 ss., 68 s.; *vid.* al respecto *supra* acerca del concepto de acción 6/41.

[18] Como aquí, BGH, NJW, 1969, p. 563; *Rasch*, StV, 1984, pp. 264 ss., 268; *SK-Rudolphi*, § 20, núm. marg. 7; *Jescheck*, AT, § 40, III, 2 *a*; *vid.* asimismo BGH, StV, 1982, p. 69; *LK-Lange*, §§ 20 s., núm. marg. 20; *de otra opinión*, *Krümpelmann*, ZStW, 88, pp. 6 ss., 16 con, nota 44; ecléctico *Bresser*, Forensia, 1984, pp. 45 ss., 59.

[19] Acertadamente *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 20, núm. marg. 15.

[20] *Rasch*, en Ponsold, pp. 55 ss., 81 s.

para casos de inexigibilidad; en la embriaguez que excluye la culpabilidad sólo viene en consideración, como pone de manifiesto el § 323 *a* StGB, la inimputabilidad y no la inexigibilidad (dependiente de baremos) [21]. A la vista de la posibilidad de castigo en virtud del § 323 *a* StGB, la exculpación plena se concederá en ocasiones prematuramente [22].

El que la embriaguez excluya la imputabilidad no depende de la cantidad de la sustancia tóxica, sino de su efecto en el autor, puesto de manifiesto en el hecho. Sobre todo en la embriaguez etílica no cabe señalar un límite cuantitativo fijo [23].

3. En las psicosis, casi nunca cabrá excluir que en el hecho se destruya el 12
sujeto mediante el proceso objetivo [24], pudiéndose suponer la inimputabilidad. En los casos límites, así como en las intoxicaciones de grado medio, sin embargo, a pesar de la patología, puede aún manifestarse un sujeto imputable, que naturalmente estará condicionado en su motivación. La exculpación plena no está entonces excluida, sino que es una cuestión de exigibilidad, es decir, dependiente del baremo que se imponga; el baremo, a su vez, se rige por la responsabilidad del autor por la causa del defecto. Ejemplo: El joven de quince años, sin experiencia con el alcohol, que ha sido embriagado por adultos, no está exculpado plenamente sólo porque quepa suponer la inimputabilidad por la intensidad de la embriaguez (imposibilidad de que la norma afectada se le pueda dirigir, con independencia de con qué energía tenga lugar esa interpelación), sino ya con una medida en la que el comportamiento defectuoso no se podría evitar con una prudencia extrema; a causa de la falta de responsabilidad por el motivo del defecto, no se puede achacar a un autor en tales condiciones que no dé de sí el máximo rendimiento.

---

[21] *De otra opinión*, *Lange*, § 20, núm. marg. 24, 29; materialmente también *Streng*, JZ, 1984, pp. 114 ss., 119.

[22] Acerca de la relación, históricamente comprobable, entre exculpación y necesidad político-criminal de hacer responder en hechos realizados en estado de embriaguez (suposición incrementada de inimputabilidad tras la creación del § 330 *a* StGB, redacción antigua, § 323 *a* StGB), acertadamente *Krümpelmann*, ZStW, 88, pp. 66 ss., 23 s.

[23] BGH, NStZ, 1982, pp. 243 s. y p. 376, y JR, 1988, pp. 208 s. y 209 s. (con comentario de *Blau*, loc. cit., pp. 210 ss.), con referencias de la jurisprudencia anterior; *Bresser*, Forensia, 1984, pp. 45 ss. Pero a partir del 2 por 1.000 será inminente una notable disminución de la capacidad de regir los propios actos, BGH, NStZ, 1988, p. 450, 1989, p. 17; StV, 1989, p. 14; *Rasch*, Psychiatrie, p. 199; en autores habituados al alcohol en todo caso en 2,6 por 1.000, BGH, NJW, 1988, pp. 779 s.; o 2,5 por 1.000, BGH, 34 pp. 29 ss.; generalmente en 2,4 por 1.000, BGH, 36, pp. 286 ss., 288; en absoluto contra tales límites *Rengier*, y *Forster*, Blutalkohol, 1987, pp. 161 ss., 167 s. Ampliamente sobre la relación entre estado psíquico y límite en tantos por 1.000, *Schewe*, Venzlaff-Festschrift, pp. 40 ss.; *el mismo*, JR, 1987, pp. 179 ss. (con crítica a BGH, 34, pp. 29 ss.); *Krümpelmann*, ZStW, 99, pp. 191 ss., 196 ss.; *Blau*, JR, 1989 pp. 337 s. Acerca de la enjundiosa jurisprudencia sobre asuntos de tráfico, *vid. Schönke-Schröder-Lenckner*, § 20, núm. marg. 16 s. Acerca de la llamada embriaguez patológica, *vid. Ponsold*, en: *Ponsold*, pp. 206 ss., 257 s.; *Rasch*, en: *Ponsold*, pp. 55 ss., 82; *Shewe*, en: *Schwerd*, pp. 202 ss., 223 ss., 231 s.; *Bresser*, *loc. cit.*, pp. 52 s. Sobre la problemática de la evaluación forense, *vid. Witter*, Handbuch Psychiatrie, t. II, pp. 966 ss., 1029 ss.; *Luthe* y *Rösler*, ZStW, 98, pp. 314 ss. Sobre la problemática de Derecho probatorio relativa a la deducción de la incapacidad de culpabilidad a partir de la concentración de alcohol, computada retroactivamente, *vid. Schewe*, Bund-gegen-Alkohol-im-Straßenverkehr-Festschrift, pp. 171 ss.

[24] *LK-Lange*, § 20 s., núm. marg. 51 s.

C. La oligofrenia

13 La mención particular de la oligofrenia [25] junto a los trastornos psico-patológicos se debe a la oligofrenia innata —sin proceso patológico demostrable—, y ha de entenderse como resto de un concepto de patología basado en procesos somáticos [26]. La falta —innata— de la inteligencia, de la capacidad de experimentar y de la capacidad de asimilar la experiencia (la oligofrenia no es posible sólo en forma de debilidad *mental*) [27], necesarias para la socialización, cabe definirla también como enfermedad —innata—. El que la oligofrenia excluya la competencia para cuestionar la validez de la norma (y de qué normas), depende —a semejanza de la situación de niños y adolescentes— del grado de oligofrenia y de la medida de la socialización alcanzada a pesar del defecto. La Psiquiatría [28] y —más esforzada por diferenciar— la Psicología [29] distinguen la debilidad mental —la más relevante criminológicamente— (grado leve, que imposibilita obtener el certificado de escolaridad, pero no aprender a leer y escribir; está mejor formada la inteligencia práctica) de la imbecilidad (grado medio; el cuidado familiar o institucional conduce a cifras escasas de criminalidad) y de la idiocia (grado agudo; son imprescindibles la custodia continuada y los cuidados elementales).

D. La alteración de la consciencia y la anomalía

1. *De nuevo sobre la distinción entre inimputabilidad e inexigibilidad en el § 20 StGB*

14 *a)* Cuando por razón de una alteración de la consciencia o de una anomalía resulta que los modos de conducta del autor no se agotan en modelos objetivos ya no modulados, y cuando este desaparecer en lo objetivo ya no se puede entender como posibilidad —temporal— de comportamiento individual, falta la imputabilidad, sin que importe el carácter patológico o para-patológico del diagnóstico sobre el estado psíquico [30]. A un autor que se convierte en «objeto pasivo de procesos funcionales» [31] se le define como inimputable. El que se pueda presentar un sólido diagnóstico psíquico en las alteraciones de la consciencia y en las anomalías [32] no constituye un problema jurídico penal, sino psiquiátrico y psicológico.

---

[25] Acerca del dictamen forense: *Witter*, Handbuch Psychiatrie, t. II, pp. 966 ss., 985 ss.; *Specht*, en: Begutachtung, pp. 231 ss.; *Wegener*, Einführung, pp. 90 ss.; BGH, NJW, 1967, p. 299.

[26] *Vid. Witter*, Handbuch Psychiatrie, t. I, pp. 429 ss., 490, que por eso considera la oligofrenia como mera variación psíquica.

[27] RG, 73, pp. 121 ss., 122.

[28] *Witter*, Handbuch Psychiatrie, t. I, pp. 4129 ss., 490.

[29] *Wegener*, Einführung, pp. 91 ss.

[30] En otro sentido *Witter*, Lange-Festschrift, pp. 723 ss., 733: El estado tiene que ser «parapsicótico»; *vid.* asimismo *Ehrhardt* y *Villinger*, Psychiatrie des Gegenwart[1], t. III, pp. 181 ss., 206 ss., 211 s.

[31] *Wegener*, Einführung, pp. 80, sobre el estado pasional.

[32] Negándolo en absoluto *Bresser*, NJW, 1978, p. 1188 ss. Al estado pasional en el sentido del § 213 StGB y al estado pasional que en su caso exculpará según el § 20 StGB los consideran

Sin embargo, los diagnósticos de la alteración de la consciencia y de la anomalía sólo adquieren importancia práctica cuando también se pueden entender (con independencia de la pérdida plena de la subjetividad, es decir, con independencia de la inimputabilidad) como regulación de la exigibilidad en casos en que aún está presente la imputabilidad [33]. Naturalmente, para tal regulación rige lo que la ley dispone en los preceptos sobre la exigibilidad, concebidos de modo más preciso (*supra* 17/71 ss.), a saber, que ha de tenerse en cuenta en el juicio la sección *longitudinal* del comportamiento; es decir, la «culpa» por la situación.

b) En esta (re-)normativización parcial de los aspectos determinantes en 15
orden a la exculpación en la alteración de la consciencia y en la anomalía también pierden fuerza los reparos que advierten de la «ruptura de barreras» [34] esgrimidos contra la mención de estos estados en el § 20 StGB [35]. Se teme que por no poderse disponer de técnicas de diagnóstico verificables que conduzcan a resultados suficientemente precisos también los estados pasionales, psicopatías, neurosis, etc., de naturaleza ubicua, deban entrañar la exculpación. Sin embargo, en la solución de la exigibilidad sólo hay una relación corregida normativamente entre estado psíquico y culpabilidad y por tanto no se produce el «automatismo en la exculpación».

c) Naturalmente, la solución de la exigibilidad abre la posibilidad de la ex- 16
culpación plena en casos en que la niega la solución de la imputabilidad, a sa-

---

no distinguibles, de modo que la plena exculpación sería inadecuada en el estado pasional psicológicamente normal, *Witter*, Kriminalbiologische Gegenwartsfragen número 5, pp. 89 ss., 91 ss.; *el mismo* MonSchrKrim., 1960, pp. 20 ss., 28 s.; *el mismo*, Handbuch Psychiatrie, t. II, pp. 866 ss., 1023 ss., 1027; *Haddenbrock*, NJW, 1979, pp. 1235 ss., 1237; *Janzarik*, Handbuch Psychiatrie, t. I, pp. 588 ss., 651; *de otra opinión*, *Venzlaff*, Psychiatrie der Gegenwart^2, t. III, pp. 883 ss., 901 ss.; *el mismo*, ZStW, 88, pp. 57 ss., 60; *el mismo*, Blau-Festschrift, pp. 391 ss.; *Rasch*, NJW, 1980, pp. 1309 ss. (con notables conexiones con el parecer contrario); sobre todo, no obstante, representantes de la Psicología, *vid. Undeutsch*, en: *Ponsold*^{2}, pp. 130 ss., 133 ss.; *Thomae* y *Schmidt*, Handbuch der Psychologie, t. XI, pp. 326 ss., 342 ss.; *Wegener*, Einführung, pp. 89 ss.; *Heiss*, en: *Blau* y *Müller-Luckmann*, pp. 223 ss., 226 ss. Al respecto, *Albrecht*, GA, 1983, pp. 193 ss., 203 ss.

[33] *Vid.* al respecto ya *Witter*, Kriminalbiologische Gegenwartsfragen, núm. 5, pp. 89 ss., 91 ss.; *el mismo*, MonSchrKrim., 1960, pp. 20 ss., 28 s.; *el mismo*, Handbuch Psychiatrie, t. II, pp. 966 ss., 993 s., 1023; *Haddenbrock*, Handbuch Psychiatrie, t. II, pp. 863 ss., 929 ss.; *Jakobs*, en: Handlungsanalyse pp. 21 ss., 27 ss., 30; *el mismo*, en: Der Sachverständige, pp. 271 ss., 278 ss.; *Bernsmann*, NStZ, 1989, pp. 160 ss., 162; en términos semejantes, *Ziegert*, Vorsatz, pp. 189 ss., que interpreta el estado pasional culpable como combinación dolo-imprudencia. Es cuando menos dudoso que un sistema de referencia psico*patológico*, con los trastornos psicopatológicos como «grupo determinante», perfile acertadamente el ámbito de la exigibilidad (así *Saß*, Forensia, 1985, pp. 3 ss., 38). En contra de la clasificación en exigibilidad e inimputabilidad, *Schewe* (Hallermann-Festschrift, pp. 76 ss., 84; *el mismo*, Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz, pp. 134 ss.) señala que la exigibilidad atiende al momento *situacional*, y por tanto no se ajusta al supuesto de estado pasional; éste sería —como los demás casos de inimputabilidad— un problema de destinatario idóneo. No obstante, no hay prohibición alguna de considerar la situación *interna* del autor como causa de inexigibilidad. Así, según la concepción que aquí se defiende, todos los supuestos del § 21 StGB lo son de (exigibilidad o de) inexigibilidad limitada (*supra* 17/70; infra 18/28). También en situaciones externas (p. ej., peligro de muerte en el § 35 StGB) tiene que añadirse —obviamente, presumido en parte— un elemento interno (p. ej., miedo). BGH, NStZ, 1990, p. 231, exige, con todo, un menoscabo «equivalente al trastorno psicopatológico»; de ello no se trataba en el caso en cuestión, ya que el propio autor era responsable de su constitución.

[34] *Vid.* BT-Drucksache V/4095, p. 10.

[35] En torno a que este no se ha producido, *vid. Schreiber*, NStZ, 1981, p. 46.

ber: en un sujeto intacto, aun cuando condicionado en su motivación [35a]. Ello es correcto materialmente, ya que se corresponde con el sistema de inculpación y exculpación. Al atender la ley, en los casos de regulaciones especiales de los estados pasionales (§§ 33 y 213 StGB), a que el conflicto —enteramente o en parte— se pueda atribuir a la propia víctima, este aspecto también tiene relevancia en el § 20 StGB [35b]. Cuando es la propia víctima quien contribuye imputablemente, o el autor se puede desvincular, de cualquier otro modo, de la génesis de su estado pasional, se produce la exculpación plena antes que en los casos de causa del estado pasional no susceptible de desvinculación. Cuando, además, según el § 35 StGB, está exculpado el librarse de un peligro existencial del que no hay que responder, no cabe exigir —p. ej.— al autor anómalo «no culpable» no haber resistido los condicionamientos resultantes de la anomalía incluso cuando esta resistencia conduzca al desmoronamiento de su existencia psíquica. Paralelamente, al embriagado «no culpable» le es ya inexigible la obediencia a la norma cuando la afección somática ha alcanzado la medida que cabe suponer en los casos del § 35 StGB; no es necesario para la exculpación —de modo distinto a como ocurre en la inimputabilidad— que la anomalía *haya* destruido ya su subjetividad.

2. *La alteración profunda de la consciencia*

17 *a)* El trastorno de la consciencia [36] puede ser un trastorno psíquico *patológico* (delirio febril; embriaguez). El concepto tiene significación propia para los trastornos psicológicamente normales de la consciencia [37], como los estados crepusculares en el agotamiento extremo, los estados posthipnóticos y —prácticamente los únicos importantes— [37a] la alteración propia de los estados pasionales [37b]. De cualquier forma, en caso de dolo, debe estar todavía presente

---

[35a] En términos semejantes, *Lackner*, Kleinknecht-Festschrift, pp. 245 ss., 262, según el cual «la zona de indeterminación inevitable y casi siempre por principio no aclarable» presente en todos los modelos ha de «completarse recurriendo a consideraciones preventivas». En la concepción que aquí se defiende, la orientación a la prevención no se limita a lo inaclarable, sino que abarca todo el ámbito.

[35b] BGH, NStZ, 1986, p. 264; *Neumann*, Zurechnung, pp. 240 ss., 255 ss.

[36] De acuerdo con la definición psicológica, cabe concebir la alteración de la consciencia como supraconcepto que engloba todos los estados del § 20 StGB; *Undeutsch*, en: *Ponsold*[2], pp. 130 ss.; *el mismo*, Handwörterbuch Kriminologie, t. I, pp. 205 ss., 223 (voz Psicología Forense); en contra, *de Boor*, Bewußtsein und Bewußtseinsstörungen, pp. 114 ss. Desde esta perspectiva psiquiátrica, se considera equivocado acuñar una categoría «propia» para la alteración de la consciencia condicionada de forma psicológicamente normal, ya que tal alteración, en el marco del § 20 StGB, sería una «auténtica excepción» cuya estimación no desplegaría «vida propia» alguna, sino que tiene que efectuarse sin apartar la vista de los trastornos patológicamente condicionados; *Saß*, Forensia, 1983, pp. 1 ss., 20. Sobre el entendimiento de la consciencia en la psicología, *Wegener*, Einführung, pp. 73 ss. Desde el punto de vista psiquiátrico, sobre el estado pasional, *Dittinger*, Affekttäter, pp. 39 ss.

[37] *Lenckner*, Handbuch Psychiatrie, t. I, pp. 3 ss., 116; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 535; *Venzlaff*, Richterakademie-Festschrift, pp. 277 ss., 280; *Schreiber*, Beachtung, pp. 3 ss., 18.

[37a] *De otra opinión* (también es frecuente un «hacerse añicos la estructura del ordenamiento internalizada» no pasional; estado psíquico muy impreciso) *Glatzel*, StV, pp. 339 ss.

[37b] Ampliamente al respecto y con bibliografía psiquiátrica detallada, *Saß*, Nervenarzt, 1983, pp. 557 ss.; acerca de la amplitud jurídicamente posible, *Blau*, Tröndle-Festchrift, pp. 109 ss.

la consciencia actual, aun cuando no necesariamente reflexiva, de las consecuencias del actuar, y en la imprudencia debe poder alcanzarse esta consciencia si se da por supuesto el motivo dominante de evitar las consecuencias; otro tanto es aplicable a la omisión. Sin esta consciencia, actual o hipotética, falta ya un comportamiento típico y antijurídico [38]. Con el término consciencia se alude a la consciencia de uno mismo en su relación con la consciencia del mundo exterior. En el trastorno de la consciencia no se produce la comprobación (en otro caso obvia) del planeamiento que el autor tiene ante sí (sin éste no hay dolo), sobre el conglomerado de intereses de la persona, ya que «se ha privado provisionalmente de virtualidad al metaplaneamiento en otro caso presente en la consciencia con sus "competencias rectoras" normadoras e impregnadas valorativamente» [39]. La alteración es, pues, una desorientación, que sin embargo no anula la consciencia, sino que la deja restringida; *no es la consciencia lo que se pierde en el estado pasional, sino el discernimiento* [40].

Aun cuando importa el diagnóstico sobre el estado psíquico y no resulta necesario que quepa derivar tal estado a partir de cambios patológicos (fiebre) o tóxicos (embriguez etílica) [41], tales (así llamados) *factores en constelación* son importantes indicios para el dictamen diagnóstico [42]. Con arreglo a la integración, que aquí se propugna, del estado pasional en la exigibilidad, los factores en constelación no imputables constituyen una razón para disculpar antes al autor, ya que cabe remitirse al menos parcialmente a estos factores para la solución del conflicto. Lo profundo [43] de la alteración de la consciencia exigido por la ley es, pues, un concepto relativo. Ejemplo: Al que actúa en estado pasional tras largo insomnio determinado patológicamente se le puede exculpar antes

---

[38] RG, 64, pp. 349 ss., 353; *SK-Rudolphi*, § 20, núm. marg. 10; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 20, núm. marg. 13; *Krümpelmann*, Welzel-Festschrift, pp. 327 ss., 334 ss.; en el terreno de los principios, indiscutido. Cuando se señala que en el estado pasional se desconecta «ampliamente la consciencia también como instancia supervisora» (*Wegener*, Einführung, p. 80), de la distinción entre desconexión amplia y desconexión completa depende jurídicamente la distinción entre acción dolosa y acción en todo caso ya no dolosa. Desde el aspecto psiquiátrico se formulan objeciones contra la apreciación jurídico-penal de hecho *doloso*; a causa de la ambivalencia del comportamiento (que a menudo se pone de manifiesto) antecedente al estado pasional (el autor prepara el hecho con la misma intensidad con que se dispone a una situación sin el hecho); *Rasch*, Tötung des Intimpartners, pp. 58 ss., 60 y *passim; vid.* también el mismo, en: *Ponsold*, pp. 55 ss., 69. En contra *vid. supra* 8, § 13.

[39] *Wegener*, Einführung, p. 80. *Vid.*, desde la perspectiva psicológico-social, *Grosbüsch*, Afekttat, pp. 62 ss., 83 s. (pérdida de la identidad).

[40] *Witter*, Grundriß, p. 170; *Glatzel*, StV, 1982, pp. 434 ss., 435 ss.; *Schreiber*, en: Begutachtung pp. 3 ss., 18.

[41] Fundamental BGH, 11, pp. 20 ss.; BGH, NStZ, 1984, p. 259.

[42] *Rasch*, NJW, 1980, pp. 1309 ss., 1314; *Witter*, Handbuch Psychiatrie, t. II, pp. 966 ss., 1023 ss., 1024; *Venzlaff*, NStZ, 1988, p. 269, con respecto a BGH, loc. cit., pp. 268 s.; *Venzlaff*, Blau-Festschrift, pp. 391 ss., 401 s., reconoce también factores en constelación «en el ámbito social»; pero incluso éstos sólo operan en descargo del autor cuando éste no es responsable de ellos: Así, en el, § 213 StGB se puede entender la incitación a la cólera como aquel factor en constelación que debe producirse obviamente «sin culpa propia» si ha de actuar exonerando. *Vid.* asimismo *Schreiber*, en: Begutachtung pp. 3 ss., 20.

[43] El concepto se escogió en lugar del de equivalencia empleado en el Proyecto de 1962 (equivalente al trastorno psicopatológico) para dejar claro que no hay que atender a la génesis para-patológica del trastorno de la consciencia; acerca del origen *vid. v. Winterfeld*, NJW, 1975, pp. 2229 ss., con amplia bibliografía; BT-Drucksache V/4095, p. 11; críticamente desde el punto de vista psicoanalítico, *Vogt*, Forderungen, pp. 143 ss.

que a un autor que cae en un estado pasional por un agotamiento que se da ubicuamente. Como contrapunto de estos factores en constelación internos, también hay factores externos, sobre todo la provocación (no imputable al autor) al estado pasional por parte de la víctima. Para la asimilación de los factores externos que aparecen ubicuamente todo autor es competente por sí mismo, así p. ej., por la presión a la conformidad que surge al asociarse una banda [44] o por la dificultad de obedecer la norma a causa de la dispersión de responsabilidad en el grupo.

18 *b)* En la medida en que se considere inadmisible tener en cuenta, en la exculpación, la responsabilidad del autor por su pérdida del discernimiento [45], esta prohibición (supuestamente existente) de tener en cuenta la sección longitudinal de la acción se basa en una imagen restringida de la situación pasional exculpante, que sólo comprende la pérdida total de la subjetividad, es decir, la inimputabilidad. La solución que aquí se propugna comporta *además* la exculpación si concurren factores en constelación externos o internos, de los que el autor no es responsable. Por eso esta solución tampoco se opone a la formulación de la ley, que atiende a la situación psíquica en el momento del hecho: En el ámbito de la (in-) exigibilidad se trata sólo de supuestos en los que subsiste la imputabilidad, pero en los que los condicionamientos de la mo-

[44] *Jakobs*, en: Sozialtherapie, pp. 127 ss., 136 ss.; *de otra opinión*, y desbordadamente, *Schumacher*, NJW, 1980, pp. 1880, 1883 s. *Jäger*, Zurechnung, p. 45, indica que los estados psíquicos que hasta ahora se determinan mediante la investigación de la dinámica de grupos tampoco pueden servir de base a exculpación desde un concepto de capacidad concebido psicologistamente. Fundamental acerca de la vinculación a grupos en la delincuencia (en relación con el ejemplo de la violación en grupo), *Rasch*, en: Zur Strafrechtsreform, pp. 65 ss., 93 ss.; *vid.* asimismo *Cabanis*, StV, 1982, pp. 315 ss.

[45] *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 542; *Lenckner*, Handbuch Psychiatrie, t. I, pp. 3 ss., 117; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 20, núm. marg. 15; AK-Schild, §§ 20, 21; núm. marg. 151; *Schreiber*, en: Begutachtung, pp. 3 ss., 21; *Schroth*, Arthur Kaufmann-Festschrift, pp. 109 ss., 116; *vid.* asimismo BGH, 7 pp. 326 ss., 327 s.; en relación con el Derecho austríaco, *Moos*, ZStW, 89, pp. 796 ss., 808 ss. En favor de tener en cuenta la responsabilidad del autor por los factores desencadenantes, BGH, 3, pp. 196 ss., 199 (lo dejan sin contestar BGH, 8, pp. 113 ss., 125; 11, pp. 20 ss., 25); *Krümpelmann*, Affekt, pp. 201 ss., 204 ss., 235 ss.; *el mismo*, ZStW, 99, pp. 191 ss., 201 ss., 216 ss., 221 («la única salida realista»); *vid.* ya *el mismo*, ZStW, 88, pp. 6 ss., 13, 34; *el mismo*, Welzel-Festschrift, pp. 327 ss., 340 s.; *Krümpelmann*, reonoce con buen criterio que el problema del estado pasional no reside en la determinación de «arrebatos intensísimos», sino en la cuestión de quién es responsable del origen del estado pasional (ZStW, 99, p. 226); *Geilen*, Maurach-Festschrift, pp. 173 ss., 192 ss.; *LK-Lange*, §§ 20 s., núm. marg. 28; *el mismo*, Bockelmann-Festschrift, pp. 261 ss., 275; *Roxin*, Bockelaman-Festschrift, pp. 279 ss., 293 s.; *Bernsmann*, NStZ, 1989, pp. 160 ss. (para supuestos de incumplimiento la deberes por parte del autor); *SK-Rudolphi*, § 20, núm. marg. 11 ss.; *Rudolphi*, Maurach-Festschrift, pp. 199 ss., 201 s. (*Rudolphi* reduce la responsabilidad al hacer ascender una *actio libera in causa* imprudente a dolosa). La responsabilidad se suele equiparar con la evitabilidad del estado pasional; en ocasiones, el estadio elaborado por *Hallermann* (Deutsche Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin, t. 53, 1962/63, pp. 219 ss., 226 s.) y sobre todo por *Rasch* (Tötung des Intimpartners, p. 54 ss., 67; *el mismo*, NJW, 1980, pp. 1309 ss., 1314) de disposición al hecho se menciona como momento de la evitabilidad (*Krümpelamnn*, Welzel-Festschrift, pp. 327 ss., 340, sin embargo más bien *de lege ferenda*). Por eso, *Behrendt*, Affekt, pp. 77 ss., 101 ss., pretende —desde luego tras transformar el hecho en uno omisivo— aplicar las reglas de la *actio libera in causa*; *Behrendt* tal vez sobreestime el ámbito de la culpa previa *dolosa*. De acuerdo con la solución que aquí se propugna, se trata, por el contrario, —de modo menos psicologizante— de si la evitación de las condiciones del estado pasional es asunto del autor.

tivación despliegan eficacia exculpante, o no, dependiendo del baremo que se aplique. No obstante, el baremo es independiente de la situación psíquica y ha quedado sin regular en el § 20 StGB.

3. *La anomalía psíquica grave*

a) La anomalía [46] consiste en condicionamientos de la obediencia a la norma por trastornos de la vida afectiva y de la percepción de los impulsos (del intelecto, menos), que hacen que el autor aparezca no tanto como retrasado (como en la oligofrenia) sino como distinto, aun cuando en el caso concreto las taras sólo permitan al autor una existencia restringida. La mención legal de determinados estados como anomalías distintas y oponibles a la oligofrenia es errónea, ya que no da cuenta del proceso en ocasiones muy dinámico de ciertas anomalías [47]. Los intentos de convertir la anomalía, mediante subdivisiones, en un concepto tan preciso como el de trastorno psico-patológico, para así hacerlo manejable en el marco del § 20 StGB, han sido infructuosos hasta ahora. El propio hecho puede ser indicio de la anomalía [47a], pero un hecho que *per se* no es anómalo no excluye la anomalía —u otro diagnóstico [47b]. 19

b) Se mencionan los siguientes tipos: 20

a') En las *psicopatías* se trataría de variaciones de la personalidad en sentido negativo, en las que el afectado padece la anormalidad, o la sociedad al afectado [48]. Se discute qué parte tienen la propensión heredada y las condiciones de socialización en que llegue a manifestarse el defecto [49]. Como características de la variación se citan: la pobreza de espíritu, la falta de energía, el afán de imponerse o de notoriedad, la explosividad, la labilidad psíquica, etc. [50]. El grado de la variación puede ser muy distinto. Los representantes de la psiquiatría forense, en consonancia con la jurisprudencia [51], consideran sumamente excepcional una conformación tan acentuada que aconseje la plena

---

[46] El concepto faltaba en el § 51 StGB, redacción antigua, y fue reemplazado por la interpretación extensiva del concepto de patología; *vid. Schmitt*, ZStW, 92, pp. 346 ss.; el valor o carácter de enfermedad no lo exige la ley para exculpar. Sobre los intentos de tipificación, *vid. Saß*, Nervenarzt, 1986, pp. 193, ss.; acerca de la cuantificación, *vid. Foerster*, NStZ, 1988, pp. 444 ss. Sobre el § 21 *vid. infra* 18/nota 94.

[47] Lo «otro» con respecto a la anomalía psíquica se refiere, de acuerdo con el origen del precepto, sólo a la oligofrenia; la anomalía no será supraconcepto de todos los estados mencionados en el § 20 StGB; *vid.* Proyecto de 1962 Fundamentación, p. 141. Crítica legítima a los conceptos que se han escogido en la ley en *Rasch*, NStZ, 1982, pp. 177 ss., 178 s.; *J. E. Meyer*, ZStW, 88, pp. 46 ss., 52 s.; el concepto de personalidad anómala sería preferible; *vid. Schewe*, en: *Schwerd*, pp. 202 ss., 246.

[47a] BGH, StV, 1988, pp. 348 s.

[47b] BGH, StV, 1990, pp. 302 y 303.

[48] *K. Schneider*, Die psychopathischen Persönlichkeiten, p. 3; *el mismo*, Klinische Psychopathologie, pp. 17 ss. Acerca de la polémica en torno a la utilidad forense del concepto de psicopatía *vid.* la bibliografía en *Lange*, Leferenz-Festschrift, pp. 25 ss., 28 ss.

[49] *Witter*, Handbuch Psyhiatrie, t. II, pp. 966 ss., 988.

[50] *Witter*, Handbuch Psyhiatrie, t. II, pp. 966 ss., 992; *Göppinger*, Kriminologie, apartado III, 2.°, 12433. Acerca del «pleitista» *vid.* OLG Düsseldorf, GA, 1983, pp. 473 s.; *Ehrhardt*, Göppinger-Festschrift, pp. 409 ss.

[51] BGH, en *Holtz*, MDR, 1979, p. 105; OLG Hamm, NJW, 1977, pp. 1498 s.

exculpación [52]. Tal rigor no es apropiado cuando concurren importantes factores internos en constelación (alcohol, fármacos, insomnios) [53] o factores de naturaleza externa (p. ej., provocación al autor psíquicamente lábil por parte de la víctima del hecho), en tanto que el autor no sea responsable de estos factores. Así pues, las consideraciones indicadas acerca de la alteración de la consciencia se aplican paralelamente (*supra* 18/17 s.). La «reserva» de los peritos psiquiatras posiblemente guarde relación con el hecho de que falten en la Psiquiatría modelos para el tratamiento de psicópatas (plena o parcialmente) exculpados [54].

Los intentos de la jurisprudencia encaminados a distinguir entre la variación exculpable, por una parte, y la debilidad volitiva no exculpable, por otra [55], son erróneos por dos razones: Pasan por alto en el hecho la dinámica del aspecto de los impulsos, y no tienen en cuenta que una debilidad volitiva propia de la constitución personal puede ser por su parte una tara psicopática [56].

21 *b')* Las *neurosis* consisten en «reacciones vivenciales anormales o trastornos en la asimilación de la experiencia» [57]. Este concepto «simula una unidad que no existe ni en el terreno forense ni en el estructural» [58]. La razón debe de residir en que las ciencias respectivas no tienen en cuenta la función jurídico-penal al formular el concepto. Ante tal situación, la clasificación carece de significado jurídico-penal; sólo puede importar lo drástico del diagnóstico sobre el estado psíquico, es decir su caracterización y medida.

22 *c')* Los *trastornos de los impulsos* ya se tuvieron en cuenta para exculpar los en el § 51 StGB, versión antigua —como enfermedades en sentido jurídico— [59], de modo que se exculpaba a la persona dominada por el impulso, pero no a aquella de voluntad débil ante el impulso, aun cuando esta distinción sea indemostrable en la práctica [60]. La jurisprudencia distingue en el impulso sexual una orientación normal y otra antinatural, atendiendo en el impulso orientado normalmente a su carácter irresistible, y en el orientado antinaturalmente a si «como consecuencia de su antinaturalidad altera de tal modo al autor en su to-

---

[52] *Langelüddeke-Bresser*, Gerichtliche Psychiatrie, pp. 215 s.; *Witter*, Handbuch Psychiatrie, t. II, pp. 966 ss., 995; *el mismo*, NJW, 1959, pp. 1573 s., 1574; *Kolle*, NJW, 1960, pp. 2223 ss., 2224; desde la perspectiva psicológica, *Wegener*, Einführung, pp. 101 s.

[53] Al respecto *Witter*, Handbuch Psyhiatrie, t. II, pp. 966 ss., 995.

[54] *Vid. Rasch*, NStZ, 1982, pp. 177 ss., 183.

[55] BGH, 14, pp. 31 ss., 32 s.; 23, pp. 176 ss., 182 ss., 190 s. De acuerdo con BGH, NJW, 1966, p. 1871, los «defectos de carácter» no disculpan. Las dos sentencias mencionadas en primer lugar se refieren a supuestos de desviaciones de los impulsos; de hecho se trata de un intento, formulado inhábilmente, de limitar la exculpación a los grupos de casos tratables por principio; *vid. Jakobs*, Schuld und Prävention, p. 11. Ampliamente sobre la sentencia mencionada en último lugar, *Burkhardt*, en: Vom Nutzen und Nachteil, t. I, pp. 87 ss.

[56] *Haddenbrock*, ZStW, 75, pp. 460 ss., 472; *Schreiber*, en: Begutachtung, pp. 3 ss., 25; *LK-Lange*, §§ 20 s., núm. marg. 40.

[57] Proyecto de 1962, Fundamentación del § 25, p. 141.

[58] *LK-Lange*, §§ 20 s., núm. marg. 44; *Schewe*, en: *Schwerd*, pp. 202 ss., 247; *Wegener*, Einführung, p. 103; *Langelüddeke-Bresser*, Gerichtliche Psychiatrie, p. 199; *Göppinger*, Kriminologie apartado III, 2.°, 124423; *Venzlaff*, en: Begutachtung, pp. 327 ss., 331 ss.; *Schreiber*, en: Begutachtung, pp. 3 ss., 26 ss.; en contra de la utilidad del concepto de monomanía, sobre todo de la cleptomanía, acertadamente *Glatzel*, StV, 1982, pp. 40 ss.

[59] BGH, 14, pp. 31 ss.; 19, pp. 201 ss., 204; 23, pp. 176 ss., 182 ss., 189 ss.; 28, pp. 357 ss.

[60] *Witter*, Handbuch Psyhiatrie, t. II, pp. 996 ss., 1073, 1075.

tal actitud básica interna y consiguientemente en la esencia de su personalidad que... es incapaz de desplegar las inhibiciones necesarias para vencer el impulso, aun cuando el impulso antinatural sólo sea de intensidad normal» [61]. Esta distinción sólo puede convencer en la medida en que la posibilidad de arreglárselas de un modo socialmente apropiado con un impulso orientado normalmente esté dado por lo general antes que en las perversiones (actitudes defectuosas). En el caso concreto, puede ocurrir también de modo distinto, y p. ej., un impulso orientado normalmente, de intensidad normal, por falta de posibilidad de satisfacerlo, alterar al autor en la esencia de su personalidad, etc., o p. ej., una orientación homosexual se puede desplegar pasando inadvertida socialmente [62]. En definitiva, serán seguras únicamente la caracterización y la medida del cuadro psíquico, pero no la dirección del impulso [63].

d') «El terreno del *abuso y la adicción* se encuentra situado entre las per- 23
sonalidades psicopáticas, por una parte, y los desarrollos psíquicos anormales, por otra, y aún hay, finalmente, en este terreno, un puente especial que conduce a las enfermedades psíquicas. La peculiaridad de la adicción frente a los demás estados condicionados psicopático-neuróticamente reside en que a las reacciones y propensiones psíquicas anormales se añade un tóxico, que puede conducir por su parte a psicosis fundamentadas somáticamente y a alteraciones de la personalidad condicionadas orgánico-cerebralmente» [64]. En la medida en que la adicción, como trastorno psico-somático, no anule la imputabilidad, la exculpación por inexigibilidad depende de si el adicto se puede remitir, en cuanto a la génesis de su adicción, a circunstancias de las que no es responsable. Para la exculpación de personas que fueron conducidas o hasta forzadas a la adicción en edad infantil, o siendo adolescentes, será importante esta posibilidad de remitirse a factores en constelación (aquí) externos [65].

e') De este concepto de adicción ha de distinguirse la *manía* (sexual), según *v. Gebsattel* y *Giese* [66], a los que la jurisprudencia recurre a fin de deter-

---

[61] BGH, 14, pp. 31 ss., 32; asumido literalmente en BGH, 23, pp. 176 ss., 182 ss., 190; BGH, NJW, 1982, pp. 2009. BGH, JR, 1990, p. 119.

[62] Controvertido; *vid. Lange*, §§ 20 s., núm. marg. 47, con bibliografía especializada de las ciencias psíquicas.

[63] Más bien orientado hacia la semejanza la patología, *LK-Lange*, §§ 20 s., núm. marg. 48; *Witter*, Lange-Festschrift, pp. 723 ss., 733; *Shewe*, en: *Schwerd*, pp. 202 ss., 247. Un ejemplo de apreciaciones especulativas en *Rauch*, Kurt Schneider-Festschrift, pp. 304 ss., 312 ss. Acerca de la competencia del perito psiquiatra, *vid.* la controversia entre, por una parte, *Täschner*, MonSchrKrim., 1980, pp. 108 ss. y, por otra, *Sigusch*, MonSchrKrim., 1981, pp. 229 ss.; *Schrosch* y *Pfäfflin*, MonSchrKrimm., 1981, pp. 234 ss., todos con bibliografía.

[64] *Witter*, Handbuch Psyhiatrie, t. II, pp. 429 ss., 500 (subrayados no del original); *el mismo*, Grundriß, pp. 128 s.

[65] Acerca de la exculpación, *vid.* BGH, JR, 1987, pp. 206 (la habituación por el consumo de hachís durante años no disminuye *per se* la culpabilidad), con referencias de la jurisprudencia precedente y comentario de *Blau*, loc. cit., pp. 206 ss.; más bien afirma la disminución de la culpabilidad BGH, StV, 1988, p. 198; sobre ambas sentencias *Kamischke*, StV, 1988, pp. 199 s.; BGH, NJW, 1989, pp. 2336 s.; *Ehrhardt*, en: *Ponsold*, pp. 116 ss., 127; *Schewe*, en: *Schwerd*, pp. 202 ss., 2333 ss.; *Schreiber*, en: Begutachtung, pp. 3 ss., 27.

[66] *Giese*, Psychopathologie der Sexualität, pp. 454 ss.; *el mismo*, Sexualität des Menschen, pp. 928 ss.; *v. Gebsattel*, MonSchrPsychiatrNeurol., 82 (1932), pp. 8 ss., 113 ss.; *Schrosch*, en: Begutachtung, pp. 279 ss., 309 s.; *vid.* asimismo *Mergen*, Sarstedt-Festschrift, pp. 189 ss.; *Rasch*, Psychiatrie, p. 228; críticamente, en contra, *Witter*, Handbuch Psyhiatrie, t. II, pp. 966 ss., 1070 ss.

minar el carácter patológico (conforme al Derecho anterior; hoy, la anomalía) [67]. Esta adicción se determina primariamente por fenómenos psicológicos (ciertas ideas concomitantes fantásticas se convierten en necesarias para la satisfacción; la frecuencia de la necesidad de satisfacción se incrementa al aumentar la superficialidad de las relaciones sexuales externas) y secundariamente por fenómenos somáticos (trastornos vegetativos).

Hasta ahora no se ha determinado con seguridad si el concepto de esta manía se puede limitar de tal manera que al aplicarlo en Derecho penal no se exculpen, como «maniacas», actitudes ubicuas (y por tanto de las que hay que responder) [68]. Otro tanto rige para la ludopatía [68a].

E. La consecuencia normativa (la capacidad de comprender y de obedecer)

24 1. De acuerdo con el tenor literal de la ley, la culpabilidad está excluida cuando, como consecuencia del diagnóstico sobre el estado psíquico, falta la capacidad del autor para comprender lo ilícito del hecho o de obrar de acuerdo con esa comprensión. La separación de capacidad de comprender y capacidad de obedecer puede no ser realizable en el caso concreto [69].

Por lo que se refiere a la capacidad de comprender, una teoría muy difundida, que interpreta la inculpabilidad desde un punto de vista psicológico, considera esta regulación como caso particular de la del error de prohibición del § 17 StGB [70]. Tal intento de unificar las regulaciones legales comporta pocas ventajas. En el error de prohibición del núcleo de las normas centrales también está indicado en el § 17 StGB un «estado psíquico anómalo», es decir, un déficit de socialización del autor (*infra* 19/7). Por eso la inculpabilidad con arreglo al § 17 StGB, en esta clase de error, está fundamentada del mismo modo que la inculpabilidad con arreglo al § 20 StGB: Al autor le falta, a causa de su motivación anómala, la competencia para cuestionar la validez de la norma. Otro tanto cabe señalar de la disminución de la culpabilidad: Al igual que en el § 21 StGB, se basa en la posibilidad de explicar el conflicto en parte por medio del estado psíquico anómalo, distanciando así del conflicto al autor que no

---

[67] BGH, 23, pp. 176 ss., 182 ss.

[68] *Vid.*, no obstante, *Krümpelmann*, ZStW, 88, pp. 6 ss., 32. *Vid.* también el catálogo de síntomas —concebido para todas las «anomalías no relacionadas con sustancias»— en *Schumacher*, Sarstedt-Festschrift, pp. 361 ss., 365 s.: 1) semejanza a la sintomatología neurótica, 2) compulsión repetitiva, 3) progrediencia, 4) desdiferenciación de la personalidad, 5) fenómenos de privación psíquica o psíquica.

[68a] *Vid.* BGH, NStZ, 1989, p. 113, con comentario favorable, desde la perspectiva psiquiátrica de *Kröber*, JR, 1989 pp. 380 ss.; *vid.* ya *el mismo*, Nervenarzt, 1985, pp. 593 ss.; *Leimkühler*, Forensia, 1987, pp. 223 ss.; *Meyer*, MonSchrKrim., 1988, p. 213 ss., 225.

[69] *Schwarz y Wille*, NJW, 1971, pp. 1061 ss., 1064; inviable por principio la considera *AK-Schild*, §§ 120, 21, núm. marg. 88.

[70] *H. Mayer*, AT, § 34, III, ante 1; *Dreher*, 1957, pp. 97 ss.; *Schröder*, GA, 1957, pp. 297 ss.; *Blei*, JA, 1970, pp. 205 s., 599 ss., 665 ss., 666 s.; *Armin Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 319 ss., 323 ss.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 20, núm. marg. 4, § 21, núm. marg. 6; *Lenckner*, Handbuch Psychiatrie, t. I, pp. 3 ss., 64, 107 s.; *vid.* asimismo *Otto*, ZStW, 87, pp. 539 ss., 595; de entre la jurisprudencia, *vid.* BGH, MDR, 1968, pp. 854 s.; BGH, GA, 1968, pp. 279 s.; BGH, en *Holz*, MDR, 1978, p. 984; *de otra opinión*, *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, pp. 166 ss.; *SK-Rudolphi*, § 17, núm. marg. 15 s., 29; como aquí, *Schreiber*, en: Begutachtung, pp. 3 ss., 28.

tiene que responder del estado psíquico. En el supuesto de error con mayor importancia práctica del § 17 StGB, consistente en el desconocimiento de una norma del ámbito no central, falta evidentemente un estado psíquico separable del error. La inculpabilidad o la culpabilidad disminuida no se basan entonces tampoco en la falta de responsabilidad del autor o en su condicionamiento por el estado psíquico, sino en que el autor no pone en tela de juicio, o no plenamente, el fundamento de validez de la norma en cuestión (*infra* 19/11). Lo más tarde en las medidas de seguridad, la unificación usual, desde el punto de vista psicológico, de las causas de inculpabilidad debe ceder ante una diferenciación: Sólo en los estados de los §§ 20 s. StGB son admisibles las medidas de seguridad (*vid.* §§ 63, 64, 65.3 y 69.1 StGB); sería discutible la ampliación a los supuestos del § 17 StGB, en los que fundamento de la inculpabilidad (parcial) es un déficit de socialización, pero no la ampliación a los supuestos del error de prohibición sin anomalía psíquica.

2. *a)* Por capacidad no ha de entenderse una cualidad que tenga o no el autor respectivo y que se pueda verificar —con auxilio incluso de la Psiquiatría o de la Psicología—. La capacidad es, más bien, como la propia culpabilidad, una atribución, es decir, que se lleva a cabo de un modo dirigido normativamente [71]. Al autor se le atribuye la capacidad si la remisión al estado psíquico anómalo —en su caso en conexión con la posibilidad de imponer medidas de seguridad y corrección— no basta para solucionar el conflicto. Este, a su vez, es el caso cuando el estado psíquico, por su aparición ubicua o por su semejanza con estados ubicuos, no distingue al autor de cualquier otra persona (*supra* 18/5). En los casos de (in-)exigibilidad, tiene lugar abiertamente la determinación por medio del baremo, sin mediación del concepto de capacidad u otro semejante. 25

La cuestión de la capacidad no se puede, pues, formular así: ¿Pudo al autor comportarse de otro modo o no?, sino más bien así: ¿Es responsable el autor de no haberse comportado de otro modo? [72]. La respuesta depende en primer lugar de la intensidad del diagnóstico; cuanto más sólido sea el diagnóstico, tanto más separará al autor de cualquier otro. La respuesta depende, en segundo lugar, de la clase de diagnóstico; cuanto menos discutible sea la responsabilidad del autor por un estado psíquico de ese género, antes dejará de atribuirse la culpabilidad. Así, p. ej., la oligofrenia innata puede excluir la imputabilidad a un nivel en el que como consecuencia de embriaguez, quede aún imputabilidad (y en caso de responsabilidad por la embriaguez —por lo general dada— tampoco conduzca a la inexigibilidad). En tercer lugar, la respuesta depende también de la claridad del concepto empleado para el diagnóstico; los conceptos precisos pueden separar con precisión incluso pequeñeces y por eso

---

[71] Según una conocida expresión de un psiquiatra, el Derecho penal presupone «que hay culpabilidad, que ésta es comprobable y —dentro de ciertos límites— mensurable» (*Ehrhardt* y *Villinger*, Psychologie der Gegenwart[1], t. III, pp. 181 ss., 206). Y precisamente este punto de vista está trastocado: El Derecho penal no toma una culpabilidad «dada» de antemano, sino que la construye él mismo. Como aquí, *Rasch*, Psychiatrie, pp. 59 ss.

[72] *Sarstedt*, Justiz, 1962, pp. 110 ss., 115; en términos semejantes, *Streng*, Leferenz-Festchrift, pp. 397 ss., 408 s. *De otra opinión*, *Albrecht*, GA, 1983, pp. 193 ss., 215: En todo caso en alteraciones de la consciencia y en anomalías sería posible «dilucidar científicamente los presupuestos de los ámbitos de libertad de la decisión y de la motivación»; *Schreiber*, en: Begutachtung, pp. 3 ss., 29 s.

determinar que sea pequeña la diferencia entre el autor y cualquier otra persona. También en ello se basa la exclusión de la culpabilidad que tiene lugar convencionalmente casi por entero en algunas psicosis determinables con exactitud con pronóstico de evolución seguro, sin tener en cuenta el respectivo estadio del padecimiento [73].

26 *b)* La atribución de la capacidad puede verificarse dependiendo de qué ámbito de rendimiento de la persona se vea afectado (capacidad de culpabilidad parcial) [74]. Así, la comisión de un delito configurado situacionalmente de modo simple y conocido por todos (lesiones) puede que no se pueda explicar mediante una oligofrenia leve, pero sí mediante una alteración pasional, mientras que, a la inversa, la génesis motivacional de una receptación en cadena se puede explicar en la oligofrenia a través de la falta de orientación, pero casi nunca a través de la alteración pasional.

27 *c)* Como la capacidad es consecuencia de la trascendencia, del tipo y de la delimitación conceptual del estado psíquico (en caso de inexigibilidad, además, consecuencia de la responsabilidad por la causa del defecto), en el dictamen sobre la capacidad de culpabilidad también el experto debe manifestarse sólo sobre el estado psíquico y sobre sus propiedades. La interpretación errónea tan extendida —obtenida por introspección psicológicamente— de la capacidad como dato psíquico, en el que dentro de un área de dispersión (*Streubreite*) del comportamiento el autor puede elegir alternativas, ha conducido a una enérgica controversia. La posibilidad de un enunciado asegurado científica o incluso empíricamente, sobre los presupuestos [75] de la libertad de elección, la niega la posición agnóstica [76], mientras que la llamada posición gnóstica [77] considera posible tales enunciados. La controversia es paralela, en el terreno psiquiátrico y psicológico, a la polémica jurídico-penal en torno al libre albedrío (*supra* 17/23). El concepto de culpabilidad aquí desarrollado sólo se corresponde con la posición agnóstica. Naturalmente, en la medida en que, se-

---

[73] *LK-Lange*, §§ 20 s., núm. marg. 51 s., 65, con bibliografía.

[74] BGH, 14, pp. 114 ss., 116; *Lenckner*, Handbuch Psychiatrie, t. I, pp. 3 ss., 107. La posibilidad de capacidad de culpabilidad parcial en las psicosis no es segura; *vid. Lenckner*, loc. cit.; demasiado genéricamente, *LK-Lange*, §§ 20, núm. marg. 50.

[75] Tendría que estar fuera de discusión que se trata de presupuestos y que quien formula el dictamen no tiene que subsumir por sí mismo bajo el concepto jurídico de capacidad; BGH, 8, pp. 113 ss., 118 s.

[76] *K. Schneider*, Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit, pp. 19 s.; *De Boor*, Motivisch unklare Delikte, pp. 184 ss.; *el mismo*, Bewußtsein und Bewußtseinsstörungen, pp. 282 ss.; ampliamente, con rica bibliografía, *Haddenbrock*, Handbuch Psychiatrie, t. II, pp. 863 ss.; *el mismo*, NJW, 1967, pp. 285 ss.; *el mismo*, JZ, 1969, pp. 121 ss.; *el mismo*, Nervenarzt, 32, pp. (1961), pp. 145 ss.; *el mismo*, MonSchrKrim., 1968, pp. 145 ss.; *el mismo*, ZStW, 75, pp. 460 ss.; *Leferenz*, ZStW, 88, pp. 40 ss.; *Witter*, Grundriß, pp. 140 ss.; *el mismo*, Lange-Festchrift, pp. 723 ss., 729; *el mismo*, MonSchrKrim., 1983, pp. 253 ss., 255 ss.: *Langelüddeke-Bresser*, Gerichtliche Psychiatrie, pp. 268 ss.; *Göppinger*, Kriminologie, apartado III, 2.128; con restricciones, *Janzarik*, Handbuch Psychiatrie, t. I, pp. 588 s., 645 ss.; ecléctico, *Rasch*, StV, 1984, pp. 264 ss., 267.

[77] *V. Baeyer*, Nervenarzt, 28 (1957), pp. 337 ss.; *el mismo*, Nervenarzt, 32 (1961), pp. 225 ss.; *Ehrhardt* y *Villinger*, Psychiatrie der Gegenwart[1], t. III, pp. 181, 206 ss.; *Ehrhardt*, en: *Frey* (ed.), Schuld, pp. 227 ss., 255 s.; *el mismo*, MonSchrKrim., 1967, pp. 233 ss.; *Foerster*, NJW, 1983, pp. 2049 ss., 2052 s.; *Thomae* y *Schmidt*, Handbuch Psychologie, t. IX, pp. 326 ss.; *Undeutsch*, en: *Ponsold*[2], pp. 130 ss.; *Venzlaff*, Psychiatrie der Gegenwart[2], t. III, pp. 883 ss., 901 ss., 905; *Wegener*, Einführung, pp. 106 s.

gún la posición gnóstica, los enunciados sobre la capacidad sólo son indicaciones sobre en qué área de dispersión se observan alternativas de comportamiento de acuerdo con la experiencia en el estado psíquico anómalo en cuestión [78], se trata materialmente de la trascendencia, hallada estadísticamente, del estado psíquico [78a]; la contraposición no es entonces sino una prolongación de la polémica sobre qué determinantes, aparte de las psicosis, constituyen estados psíquicos en el sentido del § 20 StGB.

III. La llamada capacidad de culpabilidad disminuida (inexigibilidad parcial) del § 21 StGB

28 A. En la llamada capacidad de culpabilidad disminuida [78b] sigue siempre subsistiendo un sujeto capaz de evitar el delito, es decir, la norma se le puede dirigir con tal que se haga con el suficiente énfasis. En todo el ámbito del § 21 StGB se trata, pues, de la delimitación de exigibilidad e inexigibilidad, pero no de la delimitación entre imputabilidad e inimputabilidad [78c].

En relación con los estados psíquicos anómalos, el precepto se remite al § 20 StGB. Por eso no hay ni estados psíquicos que en virtud de la ley siempre excluyan plenamente la culpabilidad ni otros que en virtud de la ley disminuyan la culpabilidad como máximo parcialmente [78d]. Incluso el prototipo de todos los estados psíquicos anómalos, la psicosis, puede que en el caso concreto, p. ej., en intoxicaciones leves o alteraciones arterioescleróticas, no conduzca a la plena exculpación.

29 B. La regulación de la atenuación de la pena deja subsistentes varios problemas:

1. Presupuesto de la atenuación es un menoscabo considerable de la capacidad de comprender lo ilícito o de obrar de acuerdo a esta comprensión. Como ya en relación con el § 20 StGB, también en relación con el § 21 StGB importa en la capacidad [78e] no un estado psíquico anómalo comprobable, sino la atribución [78f]. Esta se rige a su vez por la intensidad del estado psíquico, por

---

[78] Así, p. ej., *Wegener*, *Ehrhardt*, *Venzlaff*, todos *op. cit.*; asimismo, *Albrecht*, GA, 1983, pp. 193 ss., 215 s.

[78a] Así *Schewe*, en: Handlungsanalyse, pp. 1 ss., 19: Se puede atender «a la magnitud de la desviación con respecto a lo "normal en promedio", por una parte, y a la aproximación a lo inequívocamente patológico, por otra».

[78b] Acerca de la historia, pormenorizadamente *Rautenberg*, Schuldfähigkeit, pp. 2 a 179, con amplia bibliografía; *AK-Schild*, §§ 20, 21, núm. marg. 12 ss.

[78c] *Jakobs*, en: Handlungsanalyse, pp. 21 ss., 29 s.

[78d] *Schreiber*, en: Begutachtung, pp. 3 ss., 34. En otro sentido —la anomalía psíquica grave determinaría a lo sumo capacidad de culpabilidad disminuida—, el § 25 del Proyecto de 1962; en contra, con bibliografía, *H. Kaufmann*, JZ, 1967, pp. 139 ss.

[78e] Los menoscabos de la inteligencia, de acuerdo con BGH, NStZ, 19845, pp. 375 s., no primarían *ceteris paribus* sobre los de la capacidad de obedecer la norma; dado que obviamente la situación comparativa no sólo depende de la medida del menoscabo, sino también de la tolerabilidad social de la exculpación, una regla así tiene escaso significado.

[78f] Desde una análisis psicologizante se desprenden las siguientes y curiosas implicaciones: 1) Si falta la comprensión, y tal falta no cabe achacarla al autor «—incluso cuando se da capacidad de comprensión en sí sólo disminuida—, no será aplicable el § 21 StGB, sino el § 20 StGB» (BGH, NStZ, 1985, p. 309; BGH, NStZ, 1990, pp. 333 s.). Lo cual sólo es correcto en cuanto al resulta-

su tipo y por la precisión del diagnóstico (*supra* 8/25). La trascendencia del diagnóstico está dada cuando la motivación del autor es al menos tan semejante a la de una persona plenamente incapaz de culpabilidad como a la de una persona plenamente capaz de culpabilidad.

30 2. La exigibilidad —a diferencia de la imputabilidad— es cuantificable [78g]; la relevancia del menoscabo se extiende desde lo justamente ya relevante hasta lo ya casi inexigible, es decir, hasta el umbral de la incapacidad de culpabilidad. A ello se opone que en ocasiones la atenuación a que da pie el § 49, párrafo 1, núm. 3, StGB, deja subsistentes límites mínimos de la pena incrementados (salvo en el último grupo). Ejemplo: El que un homicidio en estado de capacidad de culpabilidad considerablemente disminuida haya de castigarse hasta casi llegar a la plena exculpación al menos con pena privativa de libertad de dos años (§§ 212, 21, y 49, párrafo 1, núm. 3, StGB) y entonces, llegando a la plena exculpación, bruscamente ya no, no constituye una valoración adecuada de un objeto cuantificable sin solución de continuidad. Por eso hay que admitir. frente al tenor literal, en los casos situados en el límite con la inexigibilidad plena, también una atenuación de la penalidad con arreglo al § 49.2 StGB [79]. La aplicación del § 49.2 StGB se verifica además de la del § 49.1 StGB, ya que sólo mediante esta acumulación se hacen descender los límites *superiores* de las penas. La importancia práctica de esta solución es escasa, dado que la situación no podrá por lo general determinarse con precisión en el límite de la culpabilidad plenamente excluida, de modo que con arreglo al principio *in dubio pro reo* ha de suponerse la plena exclusión de la culpabilidad (*vid.* acerca del problema análogo en el § 17 StGB, *infra* 19/50).

31 3. Cuando —a diferencia de la opinión que aquí se propugna (*supra* 18/24)— la regulación de la capacidad de culpabilidad, en lo que se refiere a la capacidad de comprensión, se considera como caso particular de la regulación del error de prohibición (§ 17 StGB), surge el problema de armonizar ambos preceptos: El § 21 StGB admite la atenuación del § 49.1 StGB sólo en caso

---

do: Si el autor es irresponsable de la falta de fidelidad a la norma debido a uno de los estados mencionados en los §§ 20 y 21 StGB, entonces esto *es* la *in*capacidad del § 20 StGB, y no sólo, p. ej., una capacidad disminuida en función de las reglas (¿por qué?) del § 20 StGB. 2) Si, a pesar de su menoscabo, el autor ha llegado a la comprensión, hay que distinguir: Si la comprensión se basa en que el menoscabo se superó mediante condiciones, afortunadamente combinadas, situadas *fuera* de la responsabilidad del autor, no existe ninguna disminución de la capacidad *en las condiciones dadas* (sólo en cuanto al resultado en el mismo sentido, BGH, loc. cit., con referencias jurisprudenciales, y BGH, 21, pp. 27 ss.). Si la comprensión se basa en un especial esfuerzo del autor, no impide la disminución de la culpabilidad (en otro sentido, la doctrina completamente mayoritaria —psicologizante—), pues un autor que se esfuerza allí donde el no esforzarse encontraría indiligencia, no puede resultar peor parado que otro que no se esfuerza. *Vid.* asimismo *infra*, 19/30 sobre la consciencia del injusto. En tanto que se trata de un juicio de pronóstico que grava al autor (así, en el supuesto de medida del § 63 StGB, *vid.* BGH, 21, pp. 27 ss.), hay que atender a si éste va a aportar en el futuro esfuerzos especiales en la conformación de su comprensión y además va a extraer la consecuencia jurídica de esa comprensión (es decir, la evitación del comportamiento contrario a la norma); faltando esto, la medida es adecuada.

[78g] *Schreiber*, en: Begutachtung, pp. 3 ss., 33. Con respecto a la determinación del grado de gravedad, *Schöch*, MonSchrKrim., 1983, pp. 333 ss.

[79] También la aplicación múltiple de la atenuación en los términos del § 49.1 reporta una solución que incluso presenta la ventaja de hacer descender también las penas máximas, pero el inconveniente de fingir una seudoexactitud del marco penal.

de menoscabo relevante; el § 17 StGB, de acuerdo con su tenor literal, no prevé vinculación alguna con la relevancia. Ahora bien, naturalmente sería menos plausible tener en cuenta ya el error de prohibición, en caso de conocimiento sólo obstaculizado irrelevantemente, pasando al marco penal reducido con arreglo al § 49.1 StGB. La relevancia del § 21 StGB es, pues, un elemento que ha de interpretarse incluido [80] de todos modos en el § 17, inciso 2.°, StGB, y el menoscabo irrelevante, en tanto que disminuya la culpabilidad, hay que tenerlo en cuenta dentro del marco penal de referencia, tanto en la capacidad de culpabilidad [80a] como en el error de prohibición.

Sin embargo, tampoco esta armonización debe hacer olvidar el hecho de que la causa de la disminución de la culpabilidad en el principal ámbito de aplicación del error de prohibición evitable es otra que en la capacidad de culpabilidad disminuida y que por tanto no coinciden completamente los criterios de la inculpación y de la exculpación [81].

4. *a)* Objeto de viva polémica es el significado de la atenuación sólo fa- 32
cultativa; el ser sólo facultativa da lugar a que, a pesar del menoscabo relevante, se pueda imponer una pena no atenuada, en su caso incluso cadena perpetua [82]. A tenor de su origen [83], el precepto facultativo constituye más bien un exponente del «principio de protección (*Schutz*)» que del «principio de culpabilidad (*Schuld*)» [84]. Se temía que de preverse una atenuación obligatoria en algunos casos (pensándose sobre todo en los psicópatas) se impusiera una pena ya no satisfactoria desde el punto de vista preventivo-especial, sin que estuviesen disponibles como apoyo medidas de seguridad idóneas [85]. Hoy se rechaza esta orientación preventivo-especial [86], ya que la agravación de la pena por consideraciones de prevención especial más allá de lo adecuado a la culpabilidad supone una infracción del principio de cupabilidad (*supra* 17/29 ss.).

En ocasiones —refiriéndose a psicópatas— se ha argumentado que la capacidad de culpabilidad disminuida es posible compensarla mediante un esfuerzo especial de la voluntad, y que la falta de estos esfuerzos puede hacer aparecer como inapropiada la atenuación de la penalidad [87]. Ello no es sino la idea de

---

[80] *De otra opinión* la doctrina dominante, que concede la primacía al § 17 StGB, «favorable al autor»; *Dreher*, GA, 1957, pp. 97 ss., 99; *Lenckner*, Handbuch Psychiatrie, t. I, pp. 3 ss., 127: *Schröder*, GA, 1957, pp. 297 ss., 304; *Schreiber*, en: Begutachtung, pp. 3 ss., 35; *Stree*, en: Einführung, pp. 34 ss., 44 ss., 55; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 35, núm. marg. 74; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 21, núm. marg. 7.

[80a] BGH, NStZ, 1984, p. 259.

[81] En eso como aquí *LK-Lange*, § 20, núm. marg. 79 s.

[82] BVerfG, NJW, 1979, pp. 207 s.

[83] § 51.2 StGB, redacción antigua, desde la Ley contra delincuentes habituales peligrosos y sobre medidas de seguridad y corrección de 24 de noviembre de 1933, RGBl., I, p. 995.

[84] *Vid. Mezger*, Kohlrausch-Festchrift, pp. 180 ss., 190 ss.

[85] RG, 71, pp. 179 ss., 181; RG, DR, 1942, p. 329; del mismo modo, desde la perspectiva psiquiátrica, *Aschaffenburg*, RG-Festsgabe, t. V, pp. 242 ss.; en general contra la creación de una culpabilidad disminuida, precisamente debido a reparos político-criminales, desde el punto de vista psiquiátrico, *Wilmanns*, Die verminderte Zurechungsfähigkeit, pp. 247 ss., 250 ss.; más bibliografía en *Bruns*, Strafzumessungsrecht, pp. 517 s.

[86] BGH, 7, pp. 28 ss., 30 s. (al respecto *Schneidewin*, JZ, 1955, p. 505; *Spendel*, NJW, 1956, pp. 775 ss.) BGH, 20, pp. 264 ss., 266 s., doctrina dominante. Amplia exposición y crítica de las posturas que se propugnan actualmente (incluida la de aquí) en *Landgraf*, Schuldfähigkeit, pp. 15 ss., 102 ss.

[87] RG, 71, pp. 179 ss., 182; RG, pp. 217 ss., 218.

la responsabilidad por el estado psíquico llevada a un círculo vicioso; tal idea informa la atenuación facultativa, pero precisamente no se ajusta a los psicópatas. Referido a éstos, el argumento encubre, al hablar de culpabilidad, la incertidumbre acerca de cómo habría que tratar convenientemente a estas personas. El propio argumento de que se debe poder compensar una sensibilidad frente a la pena, en su caso reducida [88], no sirve de ayuda cuando sobre la sensibilidad frente a la pena tendría que conocerse previamente algo seguro; pues dado que, por lo demás, no hay ningún marco penal propio para las personas poco sensibles a la pena, un marco así sería arbitrario precisamente en los casos del § 21 StGB. La sensibilidad ante la pena es relevante a lo sumo —si es que lo es de algún modo— dentro de un marco que ha de escogerse sin consideración a ella [89].

33 *b)* En la medida en que la atenuación facultativa no se interpreta convirtiéndola en atenuación obligatoria [90], hay dos intentos de armonizar el carácter facultativo de la atenuación con la dependencia de la pena con respecto a la culpabilidad [91].

a') Por una parte, se entiende que de una «valoración global» resulta que la atenuación concebida en sí como indicada está compensada por otros factores que aumentan la culpabilidad [92], si bien no cabe definir como factores que aumentan la culpabilidad aquellos que son precisamente consecuencia del estado psíquico [93]; ejemplo: Justamente la alteración pasional en el sentido del § 21 StGB condiciona el proceder sin escrúpulos del autor; no constituye un factor que aumente la culpabilidad. A pesar de tal limitación, el argumento es incorrecto y confunde modos de proceder heterogéneos de determinación de la pena [93a]: Si no hay estado psíquico anómalo, pero sí, no obstante, concurren factores que aumenten la culpabilidad, la pena ha de tomarse del marco penal de referencia; es decir, en el supuesto básico, los factores que aumentan la culpabilidad son fundamentos de determinación de la pena, pero no determinan el marco penal. Así pues, tampoco existe motivo alguno para, a tenor del § 21 StGB, tener en cuenta en la elección del marco penal los factores que aumentan la culpabilidad; los factores hay que tenerlos en cuenta dentro del marco

---

[88] *Welzel*, Strafrecht, §34 I 3 *a* beta; BG en *Dallinger*, MDR, 1953, pp. 1346 s.

[89] *Lenckner*, Handbuch Psychiatrie, t. I, pp. 3 ss., 131; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 546.

[90] *H. Mayer*, AT, § 35. III, 3; *el mismo*, Studienbuch, § 25, II, 2; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 546; *Schmidhäuser*, AT, 20/34, *Baumann*, AT § 25, III, 1; *SK-Rudolphi*, § 21, núm. marg. 5; *Wolfslast*, JA, 1981, pp. 464 ss., 470; *Landgraf*, Schuldfähigkeit, pp. 140 ss.; con concesiones a la «prevención general» (en la embriaguez), *Rautenberg*, Schuldfähigkeit, pp. 180 ss., 193, 201; vacilante, *Lenckner*, Handbuch Psychiatrie, t. I, pp. 3 ss., 127 ss., 136; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 21, núm. marg. 14 ss.

[91] Aparte de la jurisprudencia que se mencionará después, *Bruns*, Strafzumessungsrecht, pp. 511 ss.; resumiendo, *el mismo*, Leitfaden, pp. 174 ss.; *Dreher-Tröndle*, § 21, núm. marg. 6; *Jescheck*, AT, § 40, IV, 2; *LK-Lange*, §§ 20 s., núm. marg. 75 ss.; *Lackner*, § 21, nota 3; *Welzel*, Strafrecht, § 34, I, 3 *a* β; *Blei*, AT, § 104, II, 2 *c*. Indiscutiblemente, las dudas sobre la concurrencia del estado psíquico no deberían comportar la negación de la atenuación; BGH, StV, 1984, p. 69.

[92] BVerfG, NJW, 1979, pp. 207 s., 208; BGH, 7, pp. 29 ss., 30; BGH, NJW, 1981, pp. 1221, con más referencias jurisprudenciales; BGH, NStZ, 1985, pp. 357 s.; OLG Köln, NStZ, 1982, pp. 250 s.

[93] BGH, 16, pp. 360 ss., 365 s., BGH, NStZ, 1989, p. 18.

[93a] *Schreiber*, en: Begutachtung, pp. 3 ss., 37.

penal, análogamente a en el supuesto básico, de nuevo como fundamentos de determinación de la pena.

b') Por otra parte, y sólo esta idea puede servir de apoyo a la naturaleza facultativa de la atenuación, se considera que hay que tener en cuenta la «culpa» por la situación defectuosa [94]; expresado con más precisión: En la medida de la responsabilidad del autor por su estado psíquico se aumenta el rigor del baremo. Lo cual posee importancia práctica en relación con la alteración pasional, la embriaguez y la adicción [95]. No se trata aquí de la *actio libera in causa,* sino de la posibilidad de explicar el estado psíquico, como condición del conflicto, al margen del autor (*vid. supra* acerca de la exigibilidad en general 17/69 ss., y sobre la exigibilidad en el marco del § 20 StGB 18/5, 14 ss.). Ejemplo: Quien se embriaga «de modo relevante» y en ese estado injuria a otro o lo lesiona dolosamente, no sólo responde por un delito doloso plenamente culpable, si ha previsto, o pudo prever sus hechos en estado de embriaguez, sino también si ni siquiera pudo prever el contacto social que condujo a la infracción penal, en la medida en que p. ej., este contacto no le fue impuesto y el autor tuvo que conocer el efecto de embriaguez. 34

c) A la inversa, esta solución significa que, faltando la responsabilidad, la culpabilidad está disminuida de modo relevante y, por tanto, hay que disminuir el marco penal con arreglo al § 49.1 StGB; lo que se aplica sobre todo a psicópatas y autores que obran impulsivamente (pero no a los simples «hábitos»), con tal que estas personas, por su parte, no se hayan colocado en una situación de tentación. Junto a la pena pueden aparecer las medidas de seguridad y corrección. 35

d) Con arreglo al § 7 WStG, no se puede atenuar la pena en virtud de los §§ 21 y 49 StGB en caso de embriaguez «culpable» si el hecho constituye un 35a

---

[94] BGH, en *Dallinger*, MDR, 1972 p 16 y, p. 570; BGH, MDR, 1960, pp. 938; BGH, en *Holtz*, MDR, 1984, p. 89, y 1987, p. 444 (deber de no armarse además, si es inminente que se caiga en un estado pasional); BGH, StV, 1985, pp. 102 s.; BGH, 34, pp. 29 ss., 33, así como BGH. 35, pp. 143 ss., 145 (en un supuesto de previsibilidad del hecho e infracción reprochable del deber de refrenarse), con comentario de *Blau*, JR, 1988, pp. 514 ss., que pretende aplicar las reglas de la *actio libera in causa* (p. 516), y *Frisch*, NStZ, 1989, pp. 263 ss.; *el mismo*, ZStW, 101, pp. 538 ss., que para estimar hecho doloso requiere previsibilidad real más infracción de deber, lo que desemboca igualmente en las reglas de la *actio libera in causa* (la mera previsibilidad de un hecho doloso no podrá impedir la reducción del marco penal con arreglo al § 21 StGB, pero sí ser relevante para la determinación de la pena a partir del marco penal reducido, ZStW, 101, pp. 571 ss., 574; contra este planteamiento *supra* 17/nota 106 *a*); BVerfG, NJW, 1979, pp. 207 s., 208. De acuerdo con la postura aquí defendida, no se trata de previsibilidad, sino de responsabilidad. Ejemplo: Quien al ver a su rival cae en un estado pasional, no tiene ya culpabilidad disminuida si su disposición hasta ahora le era desconocida, ni si le era conocida, pero no podía prever un encuentro con el rival porque se le informó fiablemente de que éste estaba de viaje. Lo único relevante es que cada uno es responsable por el motivo «rivalidad» en tanto que este motivo se mantiene dentro del marco de los fenómenos omnipresentes. Cualquier otra interpretación no alcanza a compaginar el § 21 con el § 213 StGB. Críticamente sobre la jurisprudencia, *Landgraf*, Schuldfähigkeit, pp. 107 ss. El hecho de que al coincidir el alcohol con estados pasionales, trastornos de la personalidad y anomalías de los impulsos puedan surgir combinaciones inaclarables de las distintas secuencias de génesis, no impide —en contra *Schewe*, JR, 1987, pp. 179 ss., 183— la solución de que hay que decidir *in dubio pro reo*.

[95] *Terhorst*, MDR, 1982, pp. 368 ss.; demasiado estricto (embriaguez), *Rautenberg*, Schuldfähigkeit, p. 193.

delito militar con infracción de las normas internacionales de guerra o se comete en acto de servicio. El precepto tiene sólo por función prescribir la responsabilidad del autor por la embriaguez en los hechos mencionados. No existen más peculiaridades frente al tratamiento apropiado a los demás casos de hechos en estado de embriaguez [96].

[96] *Hirsch*, suplemento, ZStW, 1981, pp. 2 ss., 6; *vid.* asimismo OLG Köln, NJW, 1963, pp. 775 s.

APARTADO 19

La consciencia de lo ilícito y el error de prohibición

BIBLIOGRAFIA: *G. Arzt*, Zum Verbotsirrtum beim Fahrlässigkeitsdelikt, ZStW, 91, pp. 857 ss.; *J. Baumann*, Zur Teilbarkeit des Unrechtsbewußtseins, JZ, 1961, pp. 564 ss.; *H. Bindokat*, Bewußtsein und Rechtswidrigkeit, NJW, 1962, pp. 185 ss.; *el mismo*, Zur Frage des doppelten Irrtums, NJW, 1963, pp. 745 ss.; *P. Bockelmann*, Comentario a OLG Köln, NJW, 1950, pp. 551 ss., loc. cit., pp. 830 ss.; *el mismo*, Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1967 ; *R. Busch*, Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, 1949; *el mismo*, Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, Mezger-Festschrift, pp. 165 ss.; *J. Cerezo Mir*, Die Regelung des Verbotsirrtums im spanischen Strafrecht, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 473 ss.; *el mismo*, Die Fortschritte in der Verwirklichung des Schuldprinzips in der Teilreform des spanischen Strafgesetzbuchs von 1983, SchwZStr., 107 (1990), pp. 1 ss.; *A. Graf zu Dohna*, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4.ª ed. 1950; *A. Donatsch*, Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum, SchwZStr., 102 (1985), pp. 16 ss.; *U. Ebert*, Der Überzeugungstäter in der neueren Rechtsentwicklung, 1975, *G. Endruweit* y *H.-J. Kerner*, Unrechtsbewußtsein und soziale Norm, en: *Hassemer* y *K. Lüderssen* (ed.), Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, t. III, 1978, pp. 67 ss.; *K. Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *el mismo*, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW, 70, pp. 566 ss.; *M. Foerster*, Das Adressatenproblem im Strafrecht und die Sozialmoral, JZ, 1988, pp. 10 ss.; *W. Gallas*, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW, 67, pp. 1 ss.; *D. Geerds*, Der vorsatzausschließende Irrtum, Jura, 1990, pp. 421 ss.; *G. Geilen*, Unterlassene Verbrechensanzeige und ernsthafte Abwendungsbemühung, BGHSt., 19, 295, JuS, 1965, pp. 426 ss.; *D. Geerds*, Der vorsatzausschließende Irrtum, Jura, 1990, pp. 421 ss.; *O. A. Germann*, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, 1942; *el mismo*, Gehört das Unrechtsbewußtsein zur Strafbarkeit wegen eines vorsätzlichen Delikts?, SchwZStr., 68 (1953), pp. 371 ss.; *K. H. Gössel*, Comentario a HansOLG Hamburg, JR, 1978, pp. 291 s., loc. cit., pp. 292 ss.; *E. W. Hanack*, Zur Frage geminderter Schuld der vom Unrechtsstaat geprägten Täter, Verhandlungen 46. DJT, t. II (C), pp. 53 ss.; *el mismo*, Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher, JZ, 1967, pp. 297 ss., 329 ss.; *el mismo*, Comentario a LG Hamburg, NJW, 1976, pp. 1756 ss., loc. cit., pp. 1758 s.; *W. Hardwig*, Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit, ZStW, 78, pp. 1 ss.; *el mismo*, Grundprobleme der allgemeinen Straftatlehre, 1984; *F. Hartung*, Zweifelsfragen des Verbotsirrtums, JZ, 1955, pp. 663 ss.; *G. Herdegen*, Der Verbotsirrtum in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, BGH-Festschrift, pp. 195 ss.; *R. D. Herzberg*, Abergläubische Gefahrabwendung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotsirrtums, Jura, 1990, pp. 16 ss.; *R. v. Hippel*, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, VDAT, t. III, pp. 373 ss.; *el mismo*, Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, 1924; *E. E. Hirsch*, Rechtserheblichkeit des Normirrtums in soziologischer Sicht, Schelsky-Festschrift, pp. 211 ss.; *H. J. Hirsch*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; *N. Hoerster*, Das Adressatenproblem im Strafrecht und die Sozialmoral, JZ, 1989, pp. 10 ss.; *E. Horn*, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit. Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie, 1969; *J. Hruschka*, Cons-

cientia erronea und ignorantia bei Thomas von Aquin, Welzel-Festschrift, pp. 215 ss.; *H. Jäger*, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, 1967; *G. Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *el mismo*, Schuld und Prävention, 1976; *el mismo*, Über die Aufgabe der subjektiven Deliktseite im Strafrecht, en: *H. Witter* (ed.), Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht, 1987, pp. 271 ss.; *el mismo*, Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern, ZStW, 101, pp. 516 ss.; *G. Jenny*, Tatbestands- und Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht, SchwZStr., 107 (1990), pp. 241 ss.; *H. H. Jescheck*, Comentario a BGHSt., 10, pp. 35 ss., JZ, 1957, pp. 551 s.; *Armin Kaufmann*, Lebendige und Tote in Bindings Normentheorie, 1954; *el mismo*, Der dolus eventualis im Deliktsaufbau, ZStW, 70, pp. 64 ss.; *el mismo*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *el mismo*, Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 319 ss.; *el mismo*, Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, ZStW, 80, pp. 34 ss.; *Arthur Kaufmann*, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949; *el mismo*, Das Schuldprinzip, 2.ª ed., 1961; *el mismo*, Die Parallelwertung in der Laiensphäre, 1982; *el mismo*, Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum, Lackner-Festschrift, pp. 185 ss.; *D. Kienapfel*, Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum, ÖJZ, 1976, pp. 113 ss.; *H. Köhler*, Gesetzesauslegung und «gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung», JR, 1984, pp. 45 ss.; *E. Kohlrausch*, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903; *el mismo*, Die Schuld, en: *P. F. Aschrott* y *F. v. Liszt* (ed.), Die Reform des Reichstrafgesetzbuchs, 1910, pp. 179 ss.; *W. Kramer* y *M. Trittel*, Zur Bindungswirkung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit des § 17 StGB, JZ, 1980, pp. 393 ss.; *D. Krauß*, Das Unrechtsbewußtsein, en: *Boor et al.* (ed.), Unrechtsbewußtsein, 1982, pp. 30 ss.; *J. Krümpelmann*, Stufen der Schuld beim Verbotsirrtum, GA, 1968, pp. 129 ss.; *el mismo*, Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, separata ZStW, 1978, pp. 6 ss.; *L. Kuhlen*, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum, 1987; *K-L. Kunz*, Strafausschluß oder -milderung bei Tatveranlassung durch falsche Rechtsauskunft?, GA, 1983, pp. 457 ss.; *E.-J. Lampe*, Täterschaft bei fahrlässiger Straftat, ZStW, 71, pp. 579 ss.; *D. Lang-Hinrichsen*, Zur Problematik der Lehre vom Tatbestands- und Verbotsirrtum, JR, 1952, pp. 184 ss.; *el mismo*, Tatbestandslehre und Verbotsirrtum, JR, 1952, pp. 302 ss., 356 ss.; *el mismo*, Die Schuld- und Irrtumslehre, Materialien, t. II (1), pp. 381 ss.; *el mismo*, Zur Frage der Schuld bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten (kriminellem Unrecht und Verwaltungsunrecht), GA, 1957, pp. 225 ss.; *el mismo*, Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, Verhandlungen des 43. DJT, t. I, Teil 3 (B), pp. 5 ss.; *R. Lange*, Zum Denunziantenproblem, SJZ, 1948, pp. 302 ss.; *el mismo*, Reseña bibliográfica, ZStW, 63, pp. 456 ss.; *el mismo*, Nur eine Ordnungswidrigkeit?, JZ, 1957, pp. 233 ss.; *el mismo*, Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, JZ, 1956, pp. 73 ss.; *el mismo*, Die Magna Charta der anständigen Leute, JZ, 1956, pp. 519 ss.; *W. Langer*, Das Sonderverbrechen, 1972; *el mismo*, Vorsatztheorie und strafgesetzliche Irrtumsregelung, GA, 1976, pp. 193 ss.; *M. E. Leistner*, Der Irrtum über das Verbotensein der Tat im südafrikanischen Strafrecht, 1985; *K. Lüderssen*, Der Universalitätsanspruch der modernen Rechtssoziologie, en: *el mismo*, Kriminalpolitik auf verschlungenen Wegen, 1981, pp. 80 ss.; *W. Maihofer*, Zur Systematik der Fahrlässigkeit, ZStW, 70, pp. 159 ss.; *F. Mattil*, Gewissensanspannung, ZStW, 74, pp. 201 ss.; *M. Maiwald*, Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, 1984; *R. Maurach*, Das Unrechtsbewußtsein zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 301 ss.; *H. Mayer*, Der Bundesgerichtshof über das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, MDR, 1952, pp. 392 ss.; *P. Merkel*, Grundriß des Strafrechts, Parte I, Parte general, 1927; *J. Meyer*, Verbotsirrtum im Ordnungswidrigkeitenrecht, OLG Düsseldorf, NStZ, 1981, 444, JuS, 1983, pp. 513 ss.; *E. Mezger*, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950; *el mismo*, Rechtsirrtum und Rechtsblindheit, Kohlrausch-Festschrift, pp. 180 ss.; *H. Müller-Dietz*, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967; *W. Niese*, Finalität,

Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951; *P. Noll*, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW, 77, pp. I ss.; *el mismo*, Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, H. Mayer-Festschrift, pp. 219 ss.; *F. Nowakowski*, Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz, ZStW, 65, pp. 379 ss.; *D. Oehler*, Die mit Strafe bedrohte tarvorsätzliche Handlung im Rahmen der Teilnahme, 41. DJT-Festschrift, pp. 255 ss.; *H.-U. Paeffgen*, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97 b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979; *el mismo*, Fotografieren von Demonstranten durch die Polizei und Rechtfertigungsirrtum, JZ, 1978, pp. 738 ss.; *W. Platzgummer*, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage, 1964; *C. Roxin*, Die Behandlung des Irrtums im Entwurf, 1962, ZStW, 76, pp. 582 ss.; *el mismo*, Reseña de bibliografía, ZStW, 78, pp. 214 ss.; *el mismo*, «Schuld» und «Verantwortlichkeit» als strafrechtliche Systemkategorien, Henkel-Festschrift, pp. 171 ss.; *el mismo*, Täterschaft und Tatherrschaft, 5.ª ed., 1990; *el mismo*, Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW, 96, pp. 641 ss.; *H.-J. Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969; *el mismo*, Comentario a KG, JR, 1977, pp. 379 ss., loc. cit., pp. 80 ss.; *el mismo*, Affekt und Schuld, Henkel-Festschrift, pp. 199 ss.; *el mismo*, Die Verbotsirrtumsregelung des § 9 StGB im Widerstreit von Schuld und Prävention, JurBl., 1981, pp. 289 ss.; *el mismo*, Das virtuelle Unrechtsbewußtsein als Strafbarkeitsvoraussetzung im Widerstreit zwischen Schuld und Prävention, en: *W. de Boor et al.* (ed.), Unrechtsbewußtsein, 1982, pp. 1 ss.; *el mismo*, Comentario a BayObLG, JR, 1989, pp. 386 ss., loc. cit. pp. 387 ss.; *W. Sauer*, Tatbestand, Unrecht, Irrtum und Beweis, ZStW, 69, pp. 1 ss.; *F. Schaffstein*, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, OLG Celle-Festschrift, pp. 175 ss.; *G. Schewe*, Bewußtsein und Vorsatz, 1967; *J. Schick*, Die Vorwerfbarkeit des Verbotsirrtums bei Handeln auf falschen Rat, en: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, núm. 8, 1981, pp. 105 ss.; *E. Schmidhäuser*, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, H. Mayer-Festschrift, pp. 317 ss.; *el mismo*, Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht, Gallas-Festschrift, pp. 81 ss.; *el mismo*, Unrechtsbewußtsein und Schuldgrundsatz, NJW, 1975, pp. 1807 ss.; *el mismo*, Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz (§ 16, I, Satz 1 y § 17 StGB), JZ, 1979, pp. 361 ss.; *el mismo*, Schlußwort, JZ, 1980, pp. 396; *el mismo*, Form und Gehalt der Strafgesetze, 1988; *Eb. Schmidt*, Comentario a OLG Oldenburg, SJZ, 1950, pp. 834 ss., loc. cit., pp. 837 ss.; *M. Schmidt-Klügmann*, Das Bewußtsein der Fremdexistenz als Voraussetzung für ein Unrechtsbewußtsein, 1975; *Chr. Schöneborn*, Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion des strafrechtlichen Schuldprinzips, ZStW, 92, pp. 682 ss.; *H. Schroder*, Die Irrtumsrechtsprechung des BGH, ZStW, 65, pp. 178 ss.; *B. Schünemann*, Ungelöste Probleme bei der Bestrafung nationalsozialistischer Gewalttaten, Bruns-Festschrift, pp. 223 ss.; *H.-W. Schünemann*, Verbotsirrtum und faktische Verbotskenntnis, NJW, 1980, pp. 735 ss.; *W. Schumacher*, Psychologische Mechanismen bei der Manipulation des Rechtsbewußtseins in totalitären Systemen, en: *K. Lüderssen* y *F. Sack* (ed.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, t. I, 1980, pp. 169 ss.; *H. Schumann*, Comentario a BGH 35, pp. 347 ss., NStZ, 1990, pp. 32 ss.; *G. Stratenwerth*, Verantwortung und Gehorsam. Zur strafrechtlichen Wertung hoheitlich gebotenen Handelns, 1958; *el mismo*, Reseña bibliográfica, ZStW, 85 pp. 469 ss.; *el mismo*, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977; *el mismo*, Reseña bibliográfica, ZStW, 91, pp. 902 ss.; *el mismo*, Vermeidbarer Schuldausschluß, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 485 ss.; *D. Strauss*, Verbotsirrtum und Erkundigungspflicht, NJW, 1969, pp. 1418 ss.; *K. Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; *el mismo*, Zur legislatorischen Behandlung des Verbotsirrtums im Ordnungswidrigkeiten und Steuerstrafrecht, ZStW, 81, pp. 869 ss.; *el mismo*, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, t. I, 1976; *G. Timpe*, Strafmilderung des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983; *el mis-*

mo, Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums, GA, 1984, pp. 51 ss.; *W. G. Tischler*, Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 1984; *G. Warda*, Die Verbotsirrtumsregelung des § 31 WiStG in ihrer Abgrenzung gegen die allgemeine Irrtumsbestimmung des § 59 StGB, JR, 1950, pp. 546 ss.; *el mismo*, Tatbestandsbezogenes Unrechtsbewußtsein, NJW, 1953, pp. 1052 ss.; *el mismo*, Zur gesetzlichen Regelung des vermeidbaren Verbotsirrtums, ZStW, 71, pp. 252 ss.; *el mismo*, Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewußtsein, Welzel-Festschrift, pp. 499 ss.; *el mismo*, Vorsatz und Schuld bei ungewisser Tätervorstellung über das Vorliegen strafbarkeitsausschließender, insbesondere rechtfertigender Tatumstände, Lange-Festschrift, pp. 119 ss.; *H. v. Weber*, Grundriß des deutschen Strafrechts, 1946; *H. Wekel*, Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung, SJZ, 1947, pp. 409 ss.; *el mismo*, Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns, SJZ, 1948, parágrafos 368 ss.; *el mismo*, Schuld und Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, MDR, 1951, pp. 65 ss.; *el mismo*, Nochmals der Verbotsirrtum, NJW, 1951, pp. 577 ss.; *el mismo*, Wie würde sich die finalistische Lehre auf den Allgemeinen Teil eines neuen Strafgesetzbuchs auswirken? Materialien, t. I, pp. 45 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, 2, pp. 194 ss., JZ, 1952, pp. 340 ss.; *el mismo*, Arten des Verbotsirrtums, JZ, 1953, pp. 266 ss.; *el mismo*, Aktuelle Strafrechtsprobleme, 1953; *el mismo*, Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem, ZStW, 67, pp. 196 ss.; *el mismo*, Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht, JZ, 1956, pp. 238 ss.; *el mismo*, Diskussionsbemerkungen zum Thema «Die Irrtumsregelung im Entwurf», ZStW, 76, pp. 619 ss.; *J. Wolter*, Schuldhafte Verletzung einer Erkundigungspflicht, Typisierung beim Vermeidbarkeitsurteil und qualifizierte Fahrlässigkeit beim Verbotsirrtum - OLG Celle, NJW, 1977, 1644, JuS, 1979, pp. 482 ss.; *U. Ziegert*, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987; *A. Zielcke*, Völkermord ohne Unrechtsbewußtsein? Zur strafrechtlichen Selektion der Ergebnisse empirischer Analysen, en: *K. Lüderssen* y *F. Sack* (ed.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, t. I, 1980.

I. PANORAMA DE LOS MODELOS DE REGULACION. LA TRAYECTORIA DE LA JURISPRUDENCIA

A. Conceptos básicos y evolución histórica

1 1. La delimitación del dolo con respecto a la imprudencia se verifica en conexión *rígida* con un hecho psíquico: Sin conocimiento de la realización del tipo está excluido el dolo, según el § 16 StGB, con independencia de en qué se base tal desconocimiento, lo que quiere decir con independencia de lo que se pone de manifiesto en el comportamiento en caso de desconocimiento: También el desconocimiento achacable al sujeto excluye el dolo (con detalle, *infra* 5/5). De modo distinto procede el § 17 StGB en la regulación de la falta de consciencia de realizar algo ilícito. Si falta esa consciencia, no se excluye la culpabilidad en todo caso. Como pone de manifiesto la atenuación facultativa del § 17, inciso 1, StGB, la medida de la culpabilidad se ha de determinar según consideraciones axiológicas que se comportan *elásticamente* en relación con el hecho psíquico de la consciencia o de la falta de ésta: la falta de consciencia puede, pero no tiene por qué, ser indicio de culpabilidad disminuida. Ello es aplicable, naturalmente, sólo en el marco de la comprensión del injusto ausente evitablemente o condicionada de modo evitable. Si concurre la consciencia del injusto y es incondicionada, nunca —prácticamente— estará disminuida la

culpabilidad. Si la consciencia del injusto falta inevitablemente, no hay culpabilidad.

El modelo de la culpabilidad en que se basa la solución legal es la teoría 2
de la culpabilidad, ya que, a tenor suyo, el entendimiento del injusto es elemento de la culpabilidad y no ya elemento de dolo e imprudencia. La denominación sólo como teoría de la culpabilidad no es exacta. Se podría desde luego concebir también una teoría de la culpabilidad —y en parte se reclama— según la cual ciertamente se separasen conocimiento de la antijuricidad y dolo, pero se tuviera que disminuir obligatoriamente la medida de la culpabilidad cuando faltara el conocimiento actual; ésta sería una teoría de la culpabilidad rígida (es decir, vinculada rígidamente a un hecho psíquico), mientras que la ley positiviza una *teoría de la culpabilidad elástica* (acerca de la distinción entre teoría de la culpabilidad estricta y limitada, *vid. supra*, sobre el aspecto subjetivo de la justificación 11/45, 49).

Cuando en ocasiones se considera preferible lo opuesto a la teoría de la culpabilidad, es decir, la *teoría del dolo*, ello afecta a la separación —equivocada, según la teoría del dolo— entre conocimiento del tipo y consciencia de lo ilícito. La teoría del dolo —al igual que la teoría de la culpabilidad puede ser rígida o elástica (Derecho vigente)— puede ser a su vez una teoría del dolo rígida y apuntar hacia un tratamiento de la consciencia de la antijuricidad a través del § 16 StGB, o puede ser una teoría del dolo elástica y por consiguiente abrir el dolo a consideraciones axiológicas.

Todas las versiones mencionadas (teoría de la culpabilidad y teoría del dolo, bien sean rígidas o elásticas) tienen en común que en definitiva la consciencia de la antijuricidad es relevante para la responsabilidad: La falta inevitable de conocimiento excluye la culpabilidad.

2. *a)* De otro modo decidía el *Reichsgricht*. A tenor de su jurisprudencia, 3
había que distinguir entre error de Derecho y error de hecho. Mientras que el error de hecho (no error sobre el tipo) siempre había de excluir el tipo según el § 59 StGB, versión antigua, el error de Derecho se consideró en principio irrelevante [1]. Más tarde se distinguió dentro del error de Derecho: El «error sobre el Derecho penal» debía ser irrelevante (*error iuris nocet* [2]; «el desconocimiento no escuda de la pena»), mientras que por el contrario el «error sobre el Derecho extra-penal» se debía equiparar al error de hecho [3]. En una cadena argumental con un punto de partida erróneo, no el resultado, sino el «origen» debía decidir sobre la catalogación del error como «jurídico-penal» o «extra-penal». Ejemplo [4]: Si los padres permiten a su hija mantener relaciones sexuales con su prometido en la creencia de que, de conformidad con los usos del país, ello está permitido, este error no impide, según la jurisprudencia del *Reichsgericht*, la punición por proxenetismo grave (en la regulación anterior); pero si los padres creen que el prometido tiene, por la promesa de matrimo-

[1] RG, 2, pp. 268 ss., 269; 8, pp. 182 ss., 183.

[2] El adagio se remonta al Digesto (D.22.6.9; al respecto *Kohlrausch*, Irrtum, pp. 84 s.), pero ahí se refiere, obviamente, al error sobre las consecuencias jurídicas en Derecho civil.

[3] RG, 42, pp. 138 ss., 139; 42, pp. 142 ss., 144; 53, pp. 81 ss., 85; 58, pp. 247 ss., 249; 62, pp. 289 ss., 297, entre otras. Sobre la reasunción de esta distinción por *Kohlen*, *supra* 8/nota 109.

[4] Más ejemplos en *v. Hippel*, Strafrecht, t. II, § 25, VI, 3, con nota 4.

nio, derecho de prueba prematrimonial, este error será «de Derecho civil» y, según la jurisprudencia del *Reichsgericht*, decaerá el dolo. Aisladamente, pero no de modo coherente, se equiparaba el «error de Derecho penal» al error de hecho si en el precepto penal en cuestión se mencionaba el elemento «antijurídico» o semejante; esta mención se concebía como regulación legal expresa —en un positivismo sólo supuestamente consecuente— de que la consciencia de lo ilícito pertenecía en este caso al hecho doloso [5].

4 *b)* Esta jurisprudencia del *Reichsgericht* ha encontrado el rechazo prácticamente unánime de la doctrina [6], y no se ha llegado a entender por parte de los Tribunales de instancia [7] por no ser comprensible desde dos puntos de vista: Ni la delimitación entre error de hecho y error de Derecho, ni la delimitación entre el error de Derecho «penal» y «extrapenal» afectan a los ámbitos problemáticos: Por una parte, se trata de la delimitación entre error de hecho y error de Derecho; que el conocimiento del tipo y el conocimiento de los hechos no son idénticos se pone de manifiesto en los elementos normativos del tipo (en detalle acerca del tipo subjetivo 8/57 ss.; sobre la tentativa, 25/37, y en torno a la omisión, 29/90). Por otra parte, han de separarse la ignorancia del injusto que exonera de responsabilidad y la que no lo hace, lo que no se puede conseguir a través de la distinción entre error de Derecho «penal» y «extrapenal», ya que se puede errar sobre el Derecho penal del modo «más disculpable» y sobre otras normas del modo «más temerario» [8]. Además, no existe la contraposición entre imágenes mentales «sobre el Derecho penal» y «extrapenales» allí donde tanto normas penales como extrapenales regulan conjuntamente un hecho de la vida. Ejemplo: Una cosa ajena se puede definir igualmente tanto (jurídico-penalmente) mediante la prohibición de hurtarla, garantizada con pena, como (extrapenalmente) mediante la prohibición no garantizada con pena y, por último (extrapenalmente), como a través de la competencia del propietario sobre la cosa.

Dada esta situación, es evidente la suposición de que el *Reichsgericht* decidía con arreglo al «sentimiento jurídico», considerando «extrapenal» el error «sentido» como disculpante y «jurídico-penal» el inculpante («planteamiento de la cuestión de si el sujeto es un facineroso») [9]. En cualquier caso, para la teoría del error de prohibición merece destacarse que el *Reichsgericht* es de la opinión de que existe la posibilidad de un error sobre el injusto inevitable en el instante del hecho y sin embargo no exculpante. Ello presupone una determinación de la culpabilidad no desde el punto de vista psicológico. No debe

---

[5] RG. pp. 304 ss.; 19, pp. 209 ss., 210 s.; 20, pp. 393 ss., 394; 37, pp. 139 ss., 142; 58, pp. 247 ss., 249. *En otro sentido*, no obstante, RG, 4, pp. 124 ss., 126; 4, pp. 328 ss., 329 s.; 11, pp. 90 ss., 94; 19, pp. 298 ss., 301 s.; 58, pp. 247 ss., 249 s.; 62, pp. 289 ss., 295 ss.; en relación con esta confusa situación, *vid. Kohlrausch*, Irrtum, pp. 72 ss.

[6] *Kohlrausch*, Irrtum, pp. 84 ss., 118 ss., 178 ss.; *v. Hippel*, Strafrecht, t. II, § 25, VI; *el mismo*, VDAT, t. III, pp. 373 ss., 547 ss.; *el mismo*, Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, *passim*; *Mezger*, Strafrecht, § 44, II, 4; *Olshausen*[12], § 59, notas 15 ss.; todos con bibliografía. Exposición amplia de la evolución dogmática en la época del *Reischgericht* en *Tischler*, Verbotsirrtum, pp. 40 ss., 45 ss.

[7] *Vid. Maurach-Zipf*, AT, I, § 37, núm. marg. 8 s.

[8] *V. Hippel*, Strafrecht, t. II, § 25, VI, 2.

[9] *Wegner*, Strafrecht, p. 162; *vid.* ya *v. Hippel*, Strafrecht, t. II, § 25, VI, 3; en términos semejantes aún para la actual doctrina del error, *Tischler*, Verbotsirrtum, pp. 349 ss., 366.

atenderse a de qué es capaz el autor en la situación fáctica, sino a lo que evidencia como actitud ante la norma. En caso de conocimiento actual de la antijuricidad o de ignorancia evitable, el sujeto evidencia un desprecio actual por la norma en cuestión; en caso de ignorancia inevitable de «normas penales» evidencia, según la doctrina del *Reichsgericht*, un déficit de conocimiento de normas tan elementales que —en este sentido la teoría del *Reichsgericht*— sólo él puede ser responsable de ello y por eso no se le exculpa.

c) La jurisprudencia que sigue a la del *Reichsgericht* ha roto en seguida con esta doctrina del error. Tras la vanguardia que constituyeron algunos *Oberlandesgerichte* [10] y después de que varias leyes penales especiales hubiesen reconocido la relevancia para la culpabilidad del error de prohibición inevitable [11], el *Bundesgerichtshof* se decidió en 1952 en favor de la teoría de la culpabilidad en su versión elástica [12]. Hasta 1975 rigió esa regulación como Derecho de creación judicial. 5

B. Bosquejo de la teoría del error de prohibición en un concepto funcional de culpabilidad 6

1. Este cambio profundo de la jurisprudencia se trata no tanto de un refinamiento de la sensibilidad psicológica (el incapaz de conocer es incapaz de obedecer) como de un cambio de la expectativa acerca de lo que hay que regular y decidir. Mientras que el *Reichsgericht*, con la irrelevancia del error de Derecho penal, pretende valorar el error sobre el núcleo de las normas centrales, importa ahora un abanico, más acentuadamente diferenciado, de manifestaciones heterogéneas del error.

a) Error sobre los fundamentos: Si al autor le falta la consciencia de la antijuricidad en una infracción situada en el núcleo de las normas centrales, es decir, de aquellas normas que sólo se pueden revocar mediante un acto de revolución estatal o social, la inevitabilidad de este error sólo cabe concebirla en personas pertenecientes a otras culturas [12a]. En todo caso, no es el error solo lo que fundamenta la inculpabilidad: Se añade un estado psíquico que presenta el parecer del autor (es decir, la socialización «exótica») de modo que éste no puede servir de norma [13]. De hecho, se trata de un caso extremo de inimputabilidad; el autor está motivado de modo diferente a cualquiera. Ejemplo: El que un autor haya supuesto que por principio la alta traición, la coacción al Parlamento o el homicidio, las lesiones o incluso los daños están permitidos, es aceptable sólo si el autor muestra como estado psíquico una socialización ex- 7

[10] OGH, 1, pp. 217 ss., 226; OLG Köln, NJW, 1950, pp. 551 s.; OLG Freiburg, JZ, 1951, 85 s.; OLG Oldenburg, SJZ, 1950, párrafos 834 ss., con comentario de *Eb. Schmidt*, loc. cit., párrafos 837 ss.

[11] Reglamento *(Verordnung)* del *Bundesrat* referido a las disposiciones de excepción en tiempo de guerra de 18 de enero de 1917, RGBl., I, p. 58; § 395, ReichsAO, 1931, RGBl., p. 161; § 31, WirtschaftsstrafG, WiGBl., 1949, p. 193; § 12, OWiG, 1952, BGBl., I, p. 177.

[12] BGH, GS, 2, pp. 194 ss.

[12a] *Vid. Hruschka*, Welzel-Festschrift, pp. 115 ss., 148; *Leistner*, Irrtum, 2, pp. 194 ss.

[13] *Timpe*, GA, 1984, pp. 51 ss., 53 s. *Vid.* la descripción de casos en *E. E. Hirsch*, Schelsky-Festschrift, pp. 211 ss., 213 ss.; al respecto, *Lüderssen*, Kriminalpolitik, pp. 80 ss., 87 s.

traña, al igual que en el § 20 StGB debe concurrir determinado estado psíquico. Otro tanto cabe afirmar de las ideas delirantes o descabelladas sobre la justificación (*infra* 11/37).

8 Si falta un estado psíquico de esa índole en un autor por lo demás imputable, el error sobre los fundamentos es entonces evitable, pues en el error de prohibición se da la evitabilidad si el autor es responsable del error, y del conocimiento del núcleo de las normas centrales todo imputable es por principio responsable por sí mismo. La evitabilidad de este error, con arreglo al nuevo Derecho, constituye, en esta medida, sólo una nueva formulación de la irrelevancia del error según la jurisprudencia del *Reichsgericht*. Ejemplo: El padre que abusa sexualmente de su hija de diecisiete años (§ 17, párrafo 1, núm. 3, StGB) en caso de hábito prolongado y con la seguridad de que no va a ser descubierto, no reparará siempre actualmente, aunque sea sin reflexionar, en el injusto, pero el error no deja de ser evitable.

9 En la medida en que el autor pueda aportar razones especiales por las que se le dificulta la comprensión —mediante socialización en parte extraña— de lo ilícito, el error puede exculpar; de lo contrario, no. Un caso en que cabe exculpar se da en la posibilidad de, en delitos cometidos durante el dominio nacional-socialista, achacar a ese régimen de injusticia las instigaciones y apoyos realizados por el propio régimen —hasta tratar los hechos como legales—; aquí el autor ha obrado bajo condiciones sociales que, si bien pueden haber dejado subsistente el conocimiento de la antijuricidad, sin embargo han dificultado el conocimiento del significado de la infracción de la norma [14], o más exactamente: El autor es en parte no responsable de la falta de conocimiento. Este desplazamiento parcial de responsabilidad presupone, naturalmente, una distancia con respecto al dominio nazi, que posibilita separar las compulsiones del sistema y los que ejercían el dominio en el sistema (o al menos los que lo ejercían subordinadamente). Para ello el sistema debe haber sido algo ajeno. En la medida en que las compulsiones aún son posiblemente virulentas actualmente, la exculpación parcial equivaldría a reconocer que la resistencia contra instigaciones continuas no es plenamente cosa de cualquiera, y se perturbaría así el efecto preventivo-general del juicio de culpabilidad y de la pena. De hecho este resultado de atenuación de la pena lo ha conseguido subrepticiamente la jurisprudencia en muchos casos considerando a la ejecución del hecho de propia mano no como autoría, sino como complicidad. Ello afecta también a los hechos realizados por orden de otros regímenes totalitarios [15].

10 Lo que es un error sobre los fundamentos se determina no sólo con arreglo a la norma en cuestión, sino también con arreglo al ámbito vital en que duran-

[14] En este sentido fundamental *Hanack*, Verhandlungen, 46.°, DJT, apartado C, pp. 53 ss.; *el mismo*, JZ, 1967, pp. 297 ss., 298 s.; *el mismo*, NJW, 1976, pp. 1758 s.; conectando con ello LG Hamburg, 1976, pp. 1756 ss. (sentencia casada por el BGH; presentado recurso de inconstitucionalidad, el BVerfG, NJW, 1980, pp. 1943 ss., decidió que no existe *obligación* de los tribunales de lo penal de desarrollar una circunstancia atenuante consistente en «verse envuelto en un sistema injusto»); *vid.* además *Schünemann*, Bruns-Festschrift, pp. 223 ss., 242 ss.; *Zielcke*, en: Vom Nutzen und Nachteil, t. I, p. 230 ss., 218 ss.; *Roxin*, Täterschaft, pp. 616 s.; desde la perspectiva de la Psciología profunda, *Schumacher*, en: Vom Nutzen und Nachteil, t. I, pp. 169 ss.; negativamente, *Jäger*, Verbrechen, pp. 173 ss., 175 s.; *Baumann-Weber*, AT, § 29, III, 2 *in fine*.

[15] BGH, 18, pp. 87 ss.; caso Stachinskij; al respecto *infra* 21/31.

te mucho tiempo se ha desenvuelto el autor. Ello rige sobre todo para las normas reguladoras de la profesión. Así, p. ej., se incluirá entre los fundamentos la prohibición de aceptación de dádivas (§ 331 StGB) para todo funcionario, la prohibición de vulnerar el secreto profesional relativo a los tributos (§ 355 StGB) para todo funcionario de Hacienda y la prohibición de cazar en período de veda para todo cazador, etc.

b) Error en el ámbito disponible: En el error sobre los fundamentos sólo existe la oportunidad de renunciar al veredicto de culpabilidad si es posible presentar al autor —al igual que en la inimputabilidad— como alguien que no puede servir de norma; la renuncia parcial sólo es posible en la medida en que se pueda achacar a otro sistema el resto no solucionado del conflicto. De modo distinto ocurre en el error en el ámbito disponible: Aquí el contenido de la norma se retira para dar paso a su fundamento de validez. En la medida en que un simple error pueda excluir o disminuir la culpabilidad —sin especial estado psíquico y sin posibilidad de culpar a otro—, ya no se trata de la estabilización de normas con contenidos en atención a esos contenidos, pues el error sobre el contenido se considera que cabe perdonarlo sin estado psíquico especial. Sólo se puede tratar de la estabilización de una relación que —a diferencia del contenido de la norma— quien sufre el error no cuestiona, desde luego no plenamente o ni siquiera en absoluto. Se estabiliza sólo el fundamento de validez de la norma, es decir, la obligatoriedad propia de todas las normas dictadas, por haberse promulgado en el procedimiento previsto a tal efecto [15a]. 11

De este reconocimiento del fundamento de validez con carácter previo a reconocer el contenido de la norma se trata en aquellas normas cuyo contenido no está ya establecido por medio de los principios básicos del ordenamiento, las cuales, por tanto, son modificables en un proceso de evolución. Estas normas tampoco hace falta que las acepte el destinatario por su contenido, sino por su fundamento de validez, es decir, por la decisión del legislador dentro del procedimiento previsto; en su caso, ha de aceptarse también la derogación de la norma. El que el destinatario de la norma se sujete al contenido de ésta, interiorizándolo, es algo incluso no deseado, ya que así se dificultarían los cambios de contenido. Otro tanto cabe afirmar en relación con el ámbito no central de las normas fundamentales, p. ej., en el ámbito marginal de las coacciones [16] o de la justificación mediante legítima defensa en caso de homicidio, lesiones, etc.

En el ámbito de estas normas, el autor no puede —a diferencia de en el ámbito de las normas básicas— deducir por sí mismo el contenido de las normas, al presuponer que aún está tomando parte en la vida social en una medida normal. Puede que, más bien, se equivoque, por falta de información o por información incorrecta, sobre si el legislador ha decidido algo, y en qué sentido, pudiendo desde luego reconocer que al legislador le compete la decisión vinculante. De este error sólo será responsable si se ha comportado de modo 12

[15a] Hay que rechazar la afirmación de que «toda absolución basada en un error de prohibición» debilite «indirectamente la validez de la norma en cuestión» (*AK-Neumann*, § 17, núm. marg. 5, con bibliografía): La inobservancia inevitable de cualquier norma no debilita la necesidad de la mayor obsevancia posible del Derecho positivo; no se trata precisamente de la cognoscibilidad de determinados contenidos, sino de respeto del fundamento de validez.

[16] Al respecto BGH, 2, pp. 194 ss.

que ponga en peligro excesivamente la realización de lo perseguido con el fundamento de validez, es decir, que prevalga el Derecho *modificable*. La medida aún tolerable se determina —análogamente a como se hace en el riesgo permitido (*supra* 7/35 ss.)— con arreglo a la ponderación de los intereses y a lo que es usual.

13 2. Los límites entre el error sobre los fundamentos y el error en el ámbito disponible no cabe determinarlos con exactitud. Dado que pueden concurrir ambas causas de inculpabilidad o de disminución de la culpabilidad, las superposiciones carecen de importancia. De todos modos, no importa qué capacidades se puedan verificar en el autor en el momento del hecho desde un punto de vista psicológico, sino de qué es éste responsable [17].

II. CRITICA DE LOS MODELOS RIGIDOS Y DE LOS MODELOS PROPIOS DE LA TEORIA DEL DOLO

14 A. La *teoría del dolo* [18], que en su forma *rígida* concibe la consciencia actual de la antijuricidad como presupuesto del dolo (dolo como *dolus malus*), no se debe seguir, según el concepto de culpabilidad aquí desarrollado: la culpabilidad no es sólo un derivado de procesos psíquicos [19], sino que más bien se equiparan un proceso psíquico (consciencia de la antijuricidad no condicionada) y su falta, si se da la responsabilidad. Cuando la teoría del dolo argumenta que «con mayor justicia» la «punibilidad por hecho doloso sólo es adecuada cuando el autor se ha situado conscientemente al margen del Derecho» [20], no abarcaría adecuadamente al autor que, p. ej., por indiferencia o egoísmo ni siquiera repara en el Derecho, pues el Derecho no espera que se

---

[17] Actualmente en el mismo sentido *Timpe*, Strafmilderungen, pp. 238 ss.; *el mismo*, GA, 1984, pp. 51 ss., 61 ss. Así ya en cuanto al planteamiento, pero aún formulado psicologistamente, *Jakobs*, Schuld und Prävention, p. 18; *vid. el mismo*, ZStW, 101, pp. 516 ss., 533 ss.; críticamente al respecto *Stratenwerth*, Zukunft, pp. 33 s.; *el mismo*, ZStW, 91, pp. 902 ss., 915 ss., 917; *Schöneborn*, ZStW, 92, pp. 682 ss., 686; en parte ecléctica mente *Rudolphi*, en: Unrechtsbewußtsein, pp. 1 ss., 6 s., 12, 14; *Roxin*, Henkel-Festschrift, pp. 171 ss., 188, desarrolla un modelo de error sobre la norma, de cuño preventivo-especial.

[18] *Schmidhäuser*, AT, 10/64; *el mismo*, NJW, 1975, pp. 1807 ss.; *el mismo*, JZ, 1979, pp. 361 ss.; *el mismo*, Studienbuch, 7/88 ss.; *Langer*, Sonderverbrechen, pp. 356 ss.; *el mismo*, GA, 1976, pp. 193 ss.; *Hardwig*, Grundprobleme, pp. 25 ss.; como «teoría del dolo modificada» en *Otto*, AT, § 7, V; § 13, IV, 1; *Geerds*, Jura, 1990, pp. 421 ss., 429 s.; *vid.* asimismo 19/nota 28. Además, sobre el Derecho anterior, *Baumann*, AT[5], § 27; *Schönke-Schröder* [17], § 59, núm. marg. 76 ss., 81 ss.; *LK-Mezger* [8], § 59, notas II 14 ss., 17 (pp. 492 ss.); *Lang-Hinrichsen*, JR, 1952, pp. 184 ss., 302 ss., 356 ss.; *el mismo*, Verhandlungen, 43. DJT, I, 3.ª parte (B), pp. 5 ss., 102 ss.; *Oehler*, 41. DJT-Festschrift, pp. 255 ss., 259, todos con bibliografía.

[19] Sólo por eso es posible la culpabilidad en la imprudencia en la que la representación del autor relativa al injusto de la acción concreta es siempre una *tabula rasa*. Niegan la posibilidad de culpabilidad en la imprudencia (inconsciente) *Bockelmann*, Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze, pp. 87 ss., 99 s.; *el mismo*, loc. cit., pp. 194 ss., 212 s.; *vid.*, no obstante, también loc. cit., pp. 221, nota 44; *Germann*, Verbrechen, pp. 88 s.; *Horn*, Verbotsirrtum, pp. 150 s.; *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, pp. 156 ss., 223 ss.; *el mismo*, Unrechtsbewußtsein, pp. 27 ss., Reform, en: Reform, pp. 179 ss., 184, 197, 215; *Sauer*, Allgemeine Strafrechtslehre, § 22, I, 1; *vid.* asimismo *Lang-Hinrichsen*, Materialien, t. II, pp. 381 ss., 407 s.; en contra, *vid. Jakobs*, Studiejn, pp. 13 ss., con más bibliografía; *Stratenwerth*, ZStW, 85, pp. 469 ss., 482 ss.

[20] *Schmidhäuser*, AT, 10/64; *el mismo*, Studienbuch, 7/89.

produzcan determinados procesos psíquicos (situarse conscientemente al margen) si ya un comportamiento, sin este proceso, cuestiona su validez [21].

Naturalmente, los partidarios de la teoría del dolo argumentarán que sólo tiene sentido atender al conocimiento del tipo, es decir, al dolo, cuando éste es la base del juicio de la antijuricidad; quien no completa el dolo de tipo con la consciencia del injusto se queda a mitad de camino [22]. Lo que es correcto en esta objeción, sin embargo no afecta a la segunda etapa del camino (a la culpabilidad), sino a la primera (al dolo). No es ya axiológicamente correcto, en el caso concreto, en relación con el dolo, el que se atienda al conocimiento actual del tipo, sino que el límite entre dolo e imprudencia, según el Derecho vigente, se ha ligado al hecho psíquico del conocimiento sólo por razones de seguridad jurídica (*supra* 8/5 s.); para el autor ciego ante los hechos, el tratarlo como autor imprudente constituye un beneficio que se le concede sólo en aras de la seguridad jurídica. La teoría rígida del dolo no es la teoría más justa, sino «la más sólida».

Además, la punibilidad por la comisión imprudente del hecho en el StGB no está orientada en absoluto a los supuestos de error sobre la norma. Así, todo el mundo sabe que el homicidio y las lesiones están prohibidos, de modo que los §§ 222, 230 StGB (donde se regulan el homicidio y las lesiones por imprudencia) están reservados principalmente para la imprudencia de hecho, mientras que en los delitos en los que puede ocurrir con más facilidad un error normativo, como p. ej., las coacciones (§ 240 StGB) [23], la extorsión (§ 253 StGB), la omisión de prestar socorro (§ 323 *c* StGB) [24], etc., la imprudencia es impune.

Si la teoría rígida del dolo no es tampoco deseable *de lege ferenda*, aún me- 15
nos adecuado es intentar introducirla mediante interpretación en el Derecho vigente [25]. Bien es verdad que se propugna que el § 16.1 StGB rige para el tipo *y el injusto*, de modo que para el § 17 StGB sólo queda como ámbito de aplicación la «imprudencia» jurídica debida a desconocimiento de la antijuricidad [26]; sin embargo, esta interpretación conduce a suponer que el legislador ha

---

[21] *Welzel* (Strafrecht, § 22, II, *in fine*) lo ha expresado con la acertada fórmula de que el «principio del conocimiento» (psicologizante) de la teoría del dolo se opone al «principio de la responsabilidad» (normativo) de la teoría de la culpabilidad. Contra la utilidad de la antítesis entre ética de la actitud interna/ética de la responsabilidad, a la que *Welzel*, recurría al principio (*Welzel*, SJZ, 1947, párrafos 409 ss.; *el mismo*, Aktuelle Strafrechtsprobleme, pp. 15 ss.), *vid. Schmidhäuser*, AT, 10/64, con nota 42; *el mismo*, Gallas-Festschrift, pp. 81 ss., 87, con nota 19; *Engisch*, ZStW, 70, pp. 566 ss., 578 ss.; *Gallas*, Niederschriften, t. II, pp. 161.

[22] *Schmidhäuser*, NJW, 1975, pp. 1807 ss., 1810.

[23] BGH, 2, pp. 194 ss.; igualmente el supuesto sobre el que recayó la sentencia del Tribunal Constitucional, BVerfG, 41, pp. 121 ss.

[24] BGH, 2, pp. 297 ss.

[25] Lo que desde luego, a pesar de la sentencia BVerfG, 41, pp. 121 ss., no está descartado desde la perspectiva constitucional; *Schmidhäuser*, JZ, 1979, pp. 361 ss.; *el mismo*, JZ, 1980, p. 396. En opinión de *Kramer* y *Tittel*, JZ, 1980, pp. 393 ss., 395 s., con la sentencia del Tribunal Constitucional, quedaría trasnochado el argumento de que la teoría de la culpabilidad infringe el principio constitucional de culpabilidad.

[26] *Schmidhäuser*, NJW, 1975, pp. 1807 ss., 1813; *el mismo*, JZ, 1979, pp. 361 ss., 369; *el mismo*, Studienbuch, 7/90; *Langer*, GA, 1976, pp. 193 ss., 216 s.; *vid.* ya *Sauer*, ZStW, 69, pp. 1 ss., 10; en contra, *Kuhlen*, Unterscheidung, pp. 275 ss.

regulado mal objetos no necesitados de regulación. Desde luego, con esta interpretación el § 17, inciso 1, StGB se convierte en una regulación redundante (el que la inevitabilidad excluye la imprudencia es seguro, de todos modos), pero el § 17, inciso 2, StGB adquiere un contenido altamente incoherente: Si se considera que la imprudencia de hecho y la «imprudencia» jurídica al parecer ya se regulan juntas, no tendría que haber precisamente ninguna regulación especial de la «imprudencia» jurídica. La afirmación esgrimida en favor de tal regulación especial, en el sentido de que la medida de la «imprudencia» jurídica puede descender por debajo de la de la imprudencia de hecho, es sin más incorrecta: la imprudencia («imprudencia») sea en la forma que sea se puede minimizar hasta caer en la bagatela.

16 B. Al igual que es incorrecta la teoría rígida del dolo, también lo sería la *teoría rígida de la culpabilidad*: También la interpretación modificadora de la atenuación facultativa del § 17, inciso 2, StGB como atenuación obligatoria convierte a la culpabilidad en un mero derivado de procesos psíquicos: Cuando desde amplios sectores se afirma que por lo general cuando falta la consciencia del injusto se debe (como mínimo) atenuar la pena [27], ello no está demostrado en tanto que aserto estadístico, y es incorrecto en tanto que aserto sobre una relación material regla-excepción: No es el desconocimiento sólo lo que indica ya (al menos) una atenuación que a lo sumo podría no producirse en situaciones especiales, sino que se debe (al menos) atenuar sólo en caso de desconocimiento del que el autor no es responsable. No obstante, esta ausencia de responsabilidad no constituye la regla cuya excepción sea la responsabilidad, sino que la ausencia de responsabilidad es simplemente el reverso de la responsabilidad. Acerca del aspecto rígido de la regulación jurídico-positiva del § 17 StGB, es decir, de la falta de posibilidad de atenuación en caso de conocimiento del injusto, *vid. infra* sobre la consciencia condicionada del injusto 19/30.

17 C. Los resultados de la teoría elástica de la culpabilidad se pueden alcanzar también mediante una *teoría elástica del dolo*, siendo la principal característica de esta teoría que la consciencia de la antijuricidad ausente por indiferencia ante el Derecho no excluiría el dolo, pero sí la ausencia de consciencia debida a motivos aceptables [28]. Sin embargo, el Derecho vigente no cabe compaginarlo con esta teoría, al menos terminológicamente, no sólo por el § 17

[27] Sobre todo *Krümpelmann*, separata ZStW, 1978, pp. 6 ss., 39 s.; *vid.* además *Jescheck*, AT, § 41, I, 1 y II, 2 *e*; *SK-Rudolphi*, § 17, núm. marg. 48; *Rudolphi*, JurBl., 1981, pp. 289 ss., 294 s.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 600 (pena completa sólo en casos extremos); *Roxin*, ZStW, 76, pp. 582 ss., 604 s.; *Warda*, ZStW, 71, pp. 252 ss., 273 s.; *vid.* asimismo *LK-Schroeder*, § 127, núm. marg. 4; con respecto al Derecho español, *Cerezo Mir*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 473 ss., 477 ss.; *el mismo*, SchwZStr., 107 (1990), pp. 1 ss., 11 ss.

[28] *Vid.* al respecto las propuestas —de distinto alcance— en *LK*[8]*-Mezger*, § 59, notas II, 17, I *a* y *b* (pp. 498 ss.) y notas II, 17, III, *d* (p. 504; «teoría restringida del dolo»); *el mismo*, Kohlrausch-Festschrift, pp. 180 ss., 183 s.; *el mismo*, Moderne Wege, p. 43; *Gallas*, Niederschriften, t. II, pp. 41 ss., 42; *Oehler*, 41. DJT-Festschrift, pp. 25 ss., 266; *vid.* asimismo OLG Freiburg, JZ, 1951, pp. 85 s.; *Engisch*, Untersuchungen, pp. 234 ss.; *Frank*, § 59, III, 2 (p. 187). Resultados semejantes cabría alcanzarlos con regulaciones especiales de la «imprudencia» de Derecho; *vid.* al respecto *Schröder*, ZStW, 65, pp. 178 ss., 199; *Schönke-Schröder*[15], § 59, núm. marg. 114. Contra propuestas de este género, desde la perspectiva de la teoría de la culpabilidad, sobre todo *Welzel*, Strafrecht, § 22, II, α y β; *el mismo*, NJW, 1951, pp. 577 ss.; *Lange*, ZStW, 63, pp. 456 ss., 465 ss., 469; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 37, núm. marg. 14; BGH, 2, pp. 194 ss., 206.

StGB, sino también por la regulación de la participación (§§ 26 s., 29 StGB) [28a]. Además, es preferible, con la teoría de la culpabilidad, separar terminológicamente el ámbito que ha de tratarse rígidamente (dolo, imprudencia) del que ha de tratarse elásticamente (consciencia de la antijuricidad y su ausencia).

III. LA TEORIA ELASTICA DE LA CULPABILIDAD

A. La *teoría de la culpabilidad* en su forma *elástica* ya se reconocía mayo- 18
ritariamente antes de introducirse la regulación del § 17 StGB [29]. Pero incluso hasta hoy se discute si la teoría de la culpabilidad no habrá de limitarse el ámbito del Derecho penal central y habrá que abandonarla, en el Derecho penal especial y en el Derecho de las contravenciones, en favor de la teoría del dolo [30], aun cuando el § 17 StGB también rige para el Derecho penal especial según el artículo 1, párrafo 1, EGStGB, y el § 11.2 OWiG contiene una regulación análoga. La exigencia de limitar la teoría de la culpabilidad al Derecho penal central se fundamenta del modo siguiente: En el Derecho penal central se considera que con el conocimiento de la realización del tipo está dado también el conocimiento de una —a lo sumo tolerable en conexión con una causa de justificación— perturbación social, pudiéndose extraer del conocimiento una conclusión al menos sobre la posibilidad de injusto. Por el contrario, en el De-

---

[28a] No obstante, el Derecho positivo no excluye la solución de *Ziegert*, Vorsatz, pp. 168, y *passim*, en el sentido de que el § 17 StGB ha de considerarse una regulación para la *culpabilidad* dolosa que deja intacto el *injusto* doloso; consecuencia: «Si el tipo subjetivo tiene la forma de dolo y la decisión se adoptó en error evitable de prohibición, el delito consiste en una combinación de injusto doloso y culpabilidad imprudente. El § 17 StGB declara aplicable a esta forma mixta el marco penal del delito doloso.»

[29] *A. Merkel*, Lehrbuch, pp. 67 ss.; *M. E. Mayer*, AT, cap. V, C, III, 1 *a* ψ; *v. Hippel*, Strafrecht, t. II, § 25, VII, 2 y 3; *Frank*, § 59, nota III, 2; *P. Merkel*, Grundriß, pp. 144 ss.; *Dohna*, Aufbau, pp. 49 ss., 50 s.; *Kohlrausch-Lange*, § 59, nota II, 2 *h*; *v. Weber*, Grundriß, § 16, III, 1; *Niese*, Finalität, pp. 33 ss.; *Busch*, Moderne Wandlungen, pp. 9 ss.; *el mismo*, Mezger-Festschrift, pp. 165 ss., 168 s.; *Hirsch*, Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, *passim*; *Bockelmann*, NJW, 1950, pp. 839 ss.; *Schaffstein*, OLG Celle-Festschrift, pp. 175 ss.; *Eb. Schmidt*, SJZ, 1950, párrafos 838 s.; *Warda*, JR, 1950, pp. 546 ss.; *Gallas*, ZStW, 67, pp. 1 ss., 45 ss., con nota 89; *Maurach*, AT 4, § 37, II, A; *Jescheck*, AT 2, § 41, I, 1 a 3; *Stratenwerth*, AT[1], núm. marg. 612; pero sobre todo *Welzel*, Strafrecht, § 22, III; *el mismo*, SJZ, 1948, párrafos 368 ss.; *el mismo*, MDR, 1951, pp. 65 ss.; *el mismo*, NJW, 1951, pp. 577 ss.; *el mismo*, ZStW, 67, pp. 196 ss.; *el mismo*, ZStW, 76, pp. 619 ss.; *el mismo*, Materialien, t. I, pp. 45 ss., 46 ss.; De entre la jurisprudencia, *vid.* sobre todo BGH, 2, pp. 194 ss.; 9, pp. 358 ss., 362; 13, pp. 135 ss., 138; 21, pp. 18 ss., 20 s., y *supra* 19/nota 10. De acuerdo con BVerfG, 41, pp. 121 ss., la atenuación sólo facultativa no infringe derchos fundamentales.

[30] En este sentido —distinguiendo de modo distinto los ámbitos— *Lange*, SJZ, 1948, párrafos 302 ss., 310; *el mismo*, JZ, 1956, pp. 73 ss.; *el mismo*, JZ, 1956, pp. 519 ss.; *el mismo*, JZ, 1957, pp. 233 ss.; *Tiedemann*, Tatbestandsfuntionen, pp. 298 ss., 326 s., 330, y *passim*; *el mismo*, ZStW, 81, pp. 869 ss., 876 s., con nota 22; *el mismo*, ZStW, 81, pp. 869 ss., 876 s., con nota 22; literalmente, *el mismo*, Wirtschaftsstrafrecht, t. I, pp. 212 s.; *Hardwig*, ZStW, 78, pp. 1 ss., 21; *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, pp. 136 s.; *el mismo*, Unrechtsbewußtsein, pp. 168 ss.; *el mismo*, Lackner-Festschrift, pp. 185 ss., 189 s.; *Lampe*, ZStW, 71, pp. 579 ss., 585 s.; *Maihofer*, ZStW, 70, pp. 159 ss., 193 s.; *Noll*, ZStW, 77, pp. 1 ss., 6; *el mismo*, H. Mayer-Festschrift, pp. 219 ss., 229; *Lang-Hinrichsen*, GA, 1957, pp. 225 ss., 228; *Schmidhäuser*, H. Mayer-Festschrift, pp. 317 ss., 329; *el mismo*, AT, 10/73; *Roxin*, ZStW, 96, pp. 641 ss., 658; *Ziegert*, Vorsatz, pp. 156 ss.; *Jenny*, SchwZStr., 107 (1990), pp. 241 ss., 251 ss.

recho penal especial y en el de contravenciones se considera el suceso ético-socialmente sin color, neutro, de modo que del conocimiento del tipo no se deriva una línea de conducta, y ni siquiera se puede deducir como posiblemente dada, sino que ésta sólo cabe extraerla a partir del conocimiento del mandato de la norma —no deducible a partir del tipo.

19 B. Esta distinción ya se introdujo aquí mediante la separación entre error sobre los fundamentos y error en el ámbito disponible, pero no conduce al abandono de la teoría de la culpabilidad para el ámbito disponible por las siguientes razones:

La separación no se puede realizar claramente; sobre todo, no son disponibles todas las normas penales positivadas fuera del Código penal (StGB). Así, p. ej., los preceptos de Derecho penal tributario central son tan indisponibles como lo es el tipo de estafa. Además, en el Derecho penal especial hay fundamentos que son relativos a personas; ejemplo: Al menos para los hosteleros, la prohibición de expender licores a niños y adolescentes (§ 20, núm. 2 JöSchG), o bebidas alcohólicas a personas con embriaguez ostensible (§ 20, núm. 2 GaststättenG) pertenecerá a los fundamentos. En gran número de regulaciones supuestamente neutras ético-socialmente para el experto será evidente que las regulaciones resultan necesarias en el estado dado, como ocurre especialmente con las regulaciones de Derecho administrativo económico. Así pues, el único error problemático es el del bisoño sobre este ámbito.

20 2. Además, en algunas normas en blanco del Derecho penal especial los tipos adquieren coloración ético-social cuando —como ya se expuso en relación con el dolo en las leyes en blanco— en aquellas que protegen la existencia del efecto regulador de la norma complementaria, este efecto regulador se atribuye al tipo. Se trata principalmente de normas que protegen la propiedad, los derechos reales de garantía, los derechos de apoderamiento, los embargos, etc. (*vid. supra* 8/55 s., con ejemplos).

21 3. Pero incluso en el ámbito restante de normas disponibles, en los que del conocimiento del tipo no es propio ni siquiera un efecto regulador razonable, la teoría de la culpabilidad conduce a resultados adecuados. Así, aventaja a la teoría del dolo en que no hay que tratar al indiferente jurídicamente con mayor indulgencia que a la persona cuidadosa con el Derecho. Por lo demás, ante todo hay que sustraerse a la idea de que, en caso de que se dé el dolo del tipo, la llamada que parte de este dolo hable siempre en favor de la «capacidad» del autor de comprender el injusto, o más exactamente: en favor de su responsabilidad por el error, y que en la imprudencia falte siempre esa llamada. Más bien, un tipo puede ser *per se* neutro y sólo llegar a ser socialmente relevante a través de la regulación legal (así, p. ej., la prohibición de conducir por la izquierda), al igual que, a la inversa, ya antes del dolo de tipo, de los rudimentos de conocimiento puede partir la llamada (del conocimiento de que un autor tiene los frenos defectuosos, parte la llamada de no utilizar el vehículo, en orden a proteger la vida y la integridad física). Por eso, en el caso concreto el desconocimiento de la antijuricidad puede ser más perdonable que el desconocimiento del tipo. Que el baremo del error de prohibición tenga que ser en general más estricto que el de la imprudencia es, pues, incorrecto [31] (con

[31] Con respecto a la opinión de *Arzt*, ZStW, 91, pp. 857 ss., en el sentido de que habría que unificar los baremos, *vid. supra* en relación con la imprudencia 9/nota 7.

más detalles acerca del baremo, *infra* 19/38 ss.). El argumento tan difundido de que el conocimiento del tipo que queda, cuando se desconoce la antijuridad, no admite el tratamiento como hecho *doloso*, confunde dolo de tipo y *dolus malus* en el sentido de la teoría del dolo, careciendo por ello de trascendencia dogmática [32]. Gráficamente: Un hecho doloso en error de prohibición inevitable no importa nada en la cupabilidad, y por tanto menos que el hecho imprudente más leve, dándose la posibilidad de conocimiento de la antijuricidad. Se aplican, pues, las reglas de la teoría de la culpabilidad en su forma elástica, pudiendo de todos modos la ley establecer en el caso concreto la limitación de la punibilidad al supuesto en que se dé la consciencia de la antijuricidad (así, p. ej., en el § 32, párrafo 3, núm. 1, MarktorganisationsG) [33], o crear regulaciones especiales para la «imprudencia» de Derecho [34].

IV. LA CONSCIENCIA DE LO ILICITO

El autor tiene consciencia de lo ilícito cuando (A) lo ilícito le es (B) cono- 22
cido (C) actualmente en el momento del hecho y (D) de modo especificado, aun cuando sólo sea (E) «condicionadamente».

A. Objeto de la comprensión o conocimiento es lo ilícito o injusto. No es 23
necesario el conocimiento de la punibilidad, aun cuando a menudo sólo como injusto punible quepa concebir acertadamente la importancia del injusto [35]. El injusto se destaca, frente a otros hechos disvaliosos, porque de ser descubierto, se contrarresta *ex officio* —en su caso a instancia de parte—. Esta posibilidad de reacción oficial pertenece al objeto de la comprensión o consciencia, de modo que el conocimiento de una infracción contra los principios ético-sociales

---

[32] Si se toma el desconocimiento del injusto únicamente como hecho dado, el límite entre dolo de tipo e imprudencia de tipo se convierte en jurídicamente aleatorio. Para un autor que no conozca el injusto, éstos no son modelos de orientación relevantes en relación con los cuales concebir su conducta. Ejemplo: El que un fabricante de productos alimenticios no conozca la prohibición de añadir determinados compuestos químicos a los alimentos, dándose cuenta del hecho de que se le añaden, porque ha leído —p. ej., por interés sin finalidad definida o por aburrimiento— el análisis químico de los aditivos empleados, o el que no perciba la adición —menos interesado por la Química, o menos aburrido—, no constituye un punto de partida idóneo para una valoración jurídicamente diferenciada, en tanto que el desconocimiento fáctico del injusto se asuma simplemente, y no se defina como algo por lo que el autor puede ser responsable [sólo a eso atiende *Jenny*, SchwZStr., 107 (1990), pp. 241 ss., 253 ss., al criticar la postura que aquí se defiende]. Sin embargo, si se considera al autor en tanto que responsable —es decir, si se considera evitable el error de prohibición—, es asunto suyo establecer la conexión entre conocimiento (o cognoscibilidad) del tipo y conocimiento del injusto, es decir, escoger un modelo de orientación, y la distinción entre dolo e imprudencia tiene sentido en la medida en que lo tenga un límite psicologizante; éste fracasa en quien rechaza ejecutar la orientación, es decir en los casos de ceguera ante los hechos; al respecto *supra* 8/5.

[33] BGBl., I, 1972, p. 1617.

[34] *Welzel*, Strafrecht, § 22, III, 4; Jescheck, AT, § 41, II, 2 *c*.

[35] *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 568; por lo general no se percibe la significación indiciaria de la punibilidad; *vid.* BGH, 2, pp. 194 ss., 202; 10, pp. 35 ss., 41; 15, pp. 377 ss., 382 s.; *Müller-Dietz*, Grenzen, p. 85; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, p. 63; en favor de requerir conocimiento de la punibilidad, *LK-Schroeder*, § 17, núm. marg. 7.

o contra las buenas costumbres o contra la decencia [36] no basta para fundamentar la consciencia del injusto, y ni siquiera el conocimiento de un incumplimiento contractual. El límite del conocimiento del injusto con respecto al conocimiento de una contravención o de una infracción disciplinaria [37] discurre con poca precisión, porque ambos ámbitos de regulación se solapan a veces (*supra* 3/1 ss., 11 ss.). Los intentos de la teoría rígida del dolo para hacer bastar como objeto del conocimiento incluso los hechos disvaliosos, porque, según esta teoría, de lo contrario, el ámbito del dolo posible se quedaría reducido a los supuestos de criminalidad sólida, se han visto superados por la decisión legal en favor de la teoría elástica de la culpabilidad.

24 B. 1. Conocimiento del injusto es algo más que simple conocimiento de la contrariedad a Derecho, o sea, es también conocimiento del fundamento material de la antijuricidad, de la perturbación social. Este conocimiento del injusto no queda excluido, evidentemente, porque el autor —sobre todo por íntima convicción discrepante— crea que, en un orden social tal como él considera ideal, no se da perturbación social alguna. Basta con que conozca la importancia de la norma en cuestión para el ordenamiento del que surge, aun cuando considere equivocado tal ordenamiento [38]. Así pues, se trata del conocimiento de la perturbación social en relación con un ordenamiento conocido (no necesariamente reconocido). Ejemplo [39]: El partidario de la confesión de los Testigos de Jehová que, tras rechazar realizar el servicio militar, se niega a cumplir la prestación civil sustitutoria, conoce la perturbación social que ocasiona su negativa, y por ello tiene conocimiento del injusto con arreglo al § 53.1 de la Ley sobre la prestación civil sustitutoria [40] si le son conocidas la contrariedad a Derecho de la negativa y la significación del servicio militar obligatorio general para la República Federal en su forma actualmente existente; el que no apruebe esta forma no impide la consciencia de lo ilícito. El mero conocimiento de infringir una ley promulgada de conformidad con la Constitución, sin poder comprender su significación para el ordenamiento, deja subsistente el conocimiento de un injusto de desobediencia inespecífico, no constituyendo, pues. una plena consciencia del injusto, en todas las normas que no existen sólo por mor de su mera obediencia.

---

[36] Acertadamente BGH, GA, 1969, p. 61; *de otra opinión*, *Arthur Kaufmann*, Unrechtsbewußtsein. pp. 143 ss. (dañosidad social; no obstante, restrictivamente *el mismo*, Parallelwertung, p. 22); *el mismo*, Schuldprinzip, pp. 130 ss.; *Schmidhäuser*, H. Mayer-Festschrift, pp. 317 ss., 329 (vulneración de los valores colectivos que han de considerarse como exigencias básicas de la convivencia); *el mismo*, Form, pp. 45 ss. (en contra, *Hoerster*, JZ, 1989, pp. 10 ss.); *el mismo*, AT, 10/72; más bibliografía en *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, pp. 56 ss.; *AK-Neumann*, § 17, núm. marg. 11 ss.

[37] En general a favor del carácter inseparable, *SK-Rudolphi*, § 17, núm. marg. 6; *de otra opinión*, *Schönke-Schröder-Cramer*, § 127, núm. marg. 5; un ejemplo del ámbito de solapamiento lo proporciona OLG Celle, NJW, 1987, pp. 78 ss.

[38] *De otra opinión Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, pp. 44 ss., 60 s., 181 ss.; *SK-Rudolphi*, § 17. núm. marg. 4, que considera necesaria la comprobación de la valoración del ordenamiento, pero en el delincuente de conciencia atiende al valor de ordenamiento del Derecho positivo, que tendría que ser siempre verificable. Contra *Rudolphi* , *vid. Stratenwerth*, ZStW, 85, pp. 469 ss., 488 ss., 490 ss.; *LK-Schroeder*, § 17, núm. marg. 21. De entre la jurisprudencia, como aquí, BGH, 4. pp. 1 ss., 3; *vid.* además *infra* con respecto al delincuente de conciencia, 20/20 ss.

[39] De *Stratenwerth*, ZStW, 85, pp. 469 ss., 488 ss., 491.

[40] De 16 de julio de 1965, BGBl., I, p. 984.

El conocimiento del autor será por lo general el propio del profano, sirviendo, pues, las consideraciones hechas, en el dolo, en relación con la valoración paralela (*supra* 8/49).

2. Si el autor supone que una norma es nula por infringir «Derecho superior», ello únicamente impide la consciencia del injusto si el autor considera, a la vez, que las instancias llamadas a decidir sobre la validez se *darán* cuenta igualmente (no sólo que tendrían que darse cuenta). Dado que «las leyes penales... no tienen vida propia, es decisiva su interpretación y la aplicación práctica continuada por parte de los tribunales llamados a realizarla» [41]. En la consciencia del injusto se trata, pues, de la consciencia de aquello que es injusto sobre la base del ordenamiento jurídico que se aplica. Las interpretaciones esotéricas de la Constitución o la exploración suprapositiva en busca del Derecho no constituyen indicios de que falte la consciencia de lo ilícito, sino sólo de que falta la conformidad con el ordenamiento que se aplica [42]. Otro tanto sucede cuando el autor cree que, merced a una situación de emergencia sobrenatural, deja de regir cierta norma, en general o en determinados ambitos [42a]: El Derecho no puede sobrepasar el marco del mundo tal como se le concibe en general, porque de lo contrario —en su contenido o en los presupustos fácticos de su aplicación— perdería su predecibilidad y con ello su funcionalidad. Pero que la norma es aplicable si únicamente se tienen en cuenta los fenómenos naturales lo sabe el autor, incluso si cree con firmeza invencible en lo sobrenatural; así pues, conoce el injusto (acerca del error indirecto de prohibición, *vid. supra* 11/37). 25

C. La consciencia del injusto ha de referirse al momento del hecho. No tiene que consistir en una reflexión consciente, pero sí al menos en una experiencia liminar (*Miterleben*) del injusto del comportamiento, lo cual se puede deducir p. ej., de la configuración clandestina del hecho, o del cerciorarse de no ser descubierto. La consciencia del injusto actual, pero no reflexiva, es menos importante para la teoría elástica de la culpabilidad, ya que, a causa de la atenuación sólo facultativa, una consciencia ausente, pero ya actualizable dado un insignificante interés por la norma, se debería tratar por lo general del mismo modo que la consciencia actualmente experimentada liminarmente y que la consciencia actual reflexiva. Sin embargo, el límite inferior de la consciencia actual es de gran importancia para la teoría rígida del dolo, ya que separa el dolo de la «imprudencia» de Derecho. El interés, que guía el conocimiento, existente en la consideración conceptual del límite inferior como lo «consciente liminarmente» [43] o como algo consciente «en su imagen mental conceptual» aun 26

[41] Así BGH, 15, pp. 156 ss.; 158, en el problema paralelo de la vinculación de la Fiscalía a la jurisprudencia de los tribunales superiores.

[42] BGH, 4, pp. 1 ss., 5 s.; OLG Hamburg, pp. 285 s.; OLG Hamm, NJW, 1968, pp. 212 ss., 214; *Ebert*, Überzeugungstäter, p. 54; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, pp. 184 ss., con amplia bibliografía; *el mismo*, JurBl., 1981, pp. 289 ss., 292; *el mismo*, en Unrechtsbewußtsein, pp. 1 ss., 8 s.; *Welzel*, JZ, 1953, p. 266 ss., 267 s.; *Jescheck*, AT, § 41, I, 3 *a; Lackner*, § 17, nota 2 *a; LK-Schroeder*, § 17, núm. marg. 18; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 17, núm. marg. 31. *De otra opinión, Armin Kaufmann*, ZStW, 80, pp. 34 ss., 40 ss., con la acertada consideración de que su postura es incompatible con la «razón de Estado». *Vid.* además *Tiedemann*, ZStW, 81, pp. 869 ss., 873, nota 11 *e infra* con respecto al delincuente por convicción 20/20 ss.

[42a] *Vid.* BGH, 35, pp. 347 ss., 349 s.; acertadamente *Schumann*, NStZ, 1990, pp. 32 ss., 35; *Herzberg*, Jura, 1990, pp. 16 ss., 18.

[43] *Platzgummer*, Bewußtseinsform, pp. 81 ss.

cuando no «en su imagen mental lingüística» [44] es justamente la ampliación del ámbito del dolo para hacer practicable la teoría rígida del dolo [45]. En definitiva, con esta evolución la polémica entre la teoría rígida del dolo y la teoría elástica de la culpabilidad ha quedado obsoleta en algunos ámbitos, pero no en su totalidad. Pues no puede satisfacer la vinculación, consecuente para todas las teorías rígidas, de la medida de responsabilidad con la medida de lo experimentado conscientemente [46], ni se puede demostrar (ni aun suponer) una vivencia liminar actual del injusto en todos los casos de plena responsabilidad del autor por la infracción de la norma, ni siquiera en el Derecho penal central: De darse la seguridad de no ser descubierto y la comisión habitual, no se podría experimentar liminarmente el injusto al realizar el comportamiento, p. ej., en los malos tratos habituales en el seno de la familia (§ 223 *b* StGB), los incumplimientos del deber de cuidar y educar (§ 170 *d* StGB), las injurias (§§ 185 ss. StGB), el rufianismo (§ 181 *a* StGB), los actos homosexuales (§ 175 StGB), el incesto (§ 173 StGB), la deslealtad (§ 266 StGB), la usura (§ 302 *a* StGB) y en numerosos delitos de omisión [47]. Incluso en los delitos cometidos bajo alteración pasional no se podría a veces determinar nada en relación con la consciencia del injusto. Acerca de los pormenores, cabe aplicar lo dicho sobre del dolo (*supra* 8/10 ss.).

27 D. Consciencia del injusto significa conocimiento del injusto específico, no de cualquier injusto. El que el autor sea responsable de una infracción normativa o el que se pueda distanciar de ella, ha de decidirse para cada norma en concreto: en esto consiste la llamada divisibilidad de la consciencia del injusto [48]. Así pues, tampoco en la consciencia del injusto se da el *versari in re illicita*: A un autor no se le atribuyen ya todas las infracciones normativas al cometer un hecho si le es conocida, o evitablemente desconocida, una sola infracción normativa. Ejemplo [49]: Quien mantiene relaciones sexuales con su hijastra menor de edad y sabe acerca del injusto del abuso sexual de personas sujetas a la propia custodia (§ 174 StGB), por este conocimiento y por la responsabilidad, dada a través de dicho conocimiento, a causa de la infracción de la norma conocida, no es ya responsable por el incesto impropio —en el Derecho anterior ilícito y punible—; si el autor proviene, p. ej., de un país en que el incesto impropio no constituye una relación sexual prohibida, puede distanciársele de esta infracción normativa. También el injusto cualificante se puede

---

[44] *Schmidhäuser*, H. Mayer-Festschrift, pp. 317 ss., 322 s.; *el mismo*, AT, 10/54; *el mismo*, NJW, 1975, pp. 1807 ss., 1811.

[45] Lo cual no es válido para la monografía de *Schewe*, Bewußtsein, que se esfuerza por una amplia revisión de la «Psicología» en Derecho penal; acerca de los supuestos problemáticos de consciencia del injusto, *vid.* ahí, pp. 147 ss. *Vid.* además *Horn*, Verbotsirrtum, p. 43; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, pp. 163 ss.; *Kienapfel*, ÖJZ, 1976, pp. 113 ss., 115 s.; *Roxin*, ZStW, 78, pp. 214 ss., 248 ss., 257 s.

[46] *Vid.* al respecto especialmente *Platzgummer*, Bewußtseinsform, p. 93.

[47] *Jakobs*, Studien, p. 111.

[48] Desde BGH, 10, pp. 35 ss. (con comentario favorable de *Jescheck*, JZ, 1957, pp. 551 s.) doctrina completamente dominante; BGH, 15, pp. 377 ss., 382 s.; 22, pp. 314 ss., 317 s.; BGH, 15, pp. 377 ss., 382 s.; 22, pp. 314 ss., 317 s.; BGH, StV, 1982, p. 218 s.; *Engisch*, ZStW, 70, pp. 566 ss., 569 s.; *Warda*, NJW, 1953, pp. 1052 ss.; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, pp. 78 ss., con más bibliografía. Ya superado BGH, 3, pp. 343n s. *De otra opinión*, *Hirsch*, Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, pp. 226 ss., 229 ss.; *Horn*, Verbotwsirrtum, pp. 152 ss.

[49] BGH, 10, pp. 35 ss., 39 ss.

separar del injusto del tipo básico [50]. Ejemplo: En los casos límites de asalto a conductores (§ 316 *a* StGB), el autor puede que no sea consciente de lo peligroso y por ello de lo injusto del aprovechamiento de las circunstancias especiales del tráfico rodado.

Desde una consideración psicológica consecuente, el conocimiento de la prohibición debería ser indivisible y un error de prohibición parcial debería conducir sólo a limitar la medida de responsabilidad con arreglo a la importancia del injusto conocido o evitablemente no llegado a conocer. Además, incluso la suposición inevitablemente errónea de una norma objetivamente no existente, dado el desconocimiento inevitable de la norma objetivamente existente (el llamado error de prohibición doble), debería anular la responsabilidad. El autor es en tales casos «capaz» de observar la norma conocida o imaginada y así de evitar el injusto verdadero [51]. Ejemplo de error de prohibición doble: El autor dispara a un pájaro en la errónea suposición de que se trata de una especie susceptible de caza y que tiene período de veda, pero sin saber que en el lugar en que se encuentra no puede utilizar armas de fuego. Si en tales casos la opinión dominante no atiende a todo lo evitable, de haber observado la norma, sino a lo evitable, de haber sido consciente del injusto, se pone de manifiesto que de todas las facultades del autor psicológicamente averiguadas al Derecho penal sólo le interesan aquellas de cuya utilización el autor es además responsable. En relación con las normas ignoradas inevitablemente, o incluso imaginadas, no hay responsabilidad. Al igual que los principios de la imputación objetiva dan una nueva forma al naturalismo de la causalidad, mejorándolo, así los principios de la imputación a título de culpabilidad hacen lo propio con las consecuencias forzosas del psicologicismo. 28

E. 1. La consciencia del injusto no sólo concurre cuando el autor conoce el injusto y ya no tiene dudas sobre si su comportamiento no será conforme a Derecho, sino ya cuando —paralelamente al límite del dolo [52] (*supra* 8/23)— considera seriamente que su comportamiento puede ser contrario a la norma. Ejemplo (sobre el § 201 StGB): Tiene consciencia del injusto condicionada un autor que graba secretamente una llamada telefónica al encargado del caso en una institución oficial, sin saber exactamente si también en las conversaciones 29

---

[50] *Warda*, NJW, 1953, pp. 1052 ss., 1053; *Baumann*, JZ, 1961, pp. 564 ss.; *Bindokat*, NJW, 1962, pp. 185 ss., 186; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 38, núm. marg. 40: *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, pp. 80 ss.; *LK-Schroeder*, § 17, núm. marg. 15; *de otra opinión*, *Hirsch*, Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, pp. 232 ss.; BGH, 8, pp. 321 ss., 324; 10, pp. 35 ss., 42; 15, pp. 377 ss., 383 s.; *vid.* asimismo *Schmidhäuser*, AT, 10/68.

[51] En este sentido también *Horn*, Verbotsirrtum, pp. 152 ss., con la a su vez consecuente limitación de la responsabilidad en función de la importancia de la norma imaginada; *Hirsch*, Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, p. 229; en contra, *Bindokat*, NJW, 1963, p. 745 ss., 748.

[52] BGH, 4, pp. 1 ss., 4; 27, pp. 197 ss., 202; BGH, JR, 1952, p. 285; BGH, JZ, 1978, pp. 762 s., 763; *LK-Schroeder*, § 17, núm. marg. 23; *SK-Rudolphi*, § 17, núm. marg. 12; *Lackner*, § 17, nota 2 *c*; *Dreher-Tröndle*, § 17, núm. marg. 5; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, pp. 118 ss.; *Jescheck*, AT, § 41, I, 3 *b*; *Schmidhäuser*, AT, 10/70; *Welzel*, Strafrecht, § 22, III, 1 *g*; *Kienapfel*, ÖJZ, 1976, pp. 113 ss., 116 s. Dudas legítimas en torno a la relevancia de un componente *volitivo* —de acuerdo con la doctrina dominante, no necesario ya para el dolo— en la consciencia del injusto manifiestan *Armin Kaufmann*, Normentheorie, pp. 221 s.; *el mismo*, ZStW, 70, pp. 64 ss., 83 ss.; y *Horn*, Verbotsirrtum, pp. 34 ss.

con funcionarios la grabación sólo está permitida si media un permiso especial, pero de todos modos no considerándolo, seriamente, improbable.

30 2. No obstante, no cabe tratar toda consciencia del injusto condicionada como consciencia incondicionada [53]. Y ello por las siguientes razones: En el límite del dolo, no interesa el motivo por el que se da o falta el juicio serio; importa el hecho psíquico de la realización del juicio. Pero ello es diferente en el límite entre la consciencia del injusto y su ausencia: La falta de la consciencia es equiparable a su concurrencia si el autor es responsable de dicha falta. El enjuiciamiento normativo de la falta de consciencia permite, incluso cuando se da la consciencia, en una interpretación configuradora de sistema, corregir normativamente el hecho psíquico de esta consciencia mediante consideraciones sobre la responsabilidad o incumbencia. Si el autor deduce la consciencia del injusto —aquí casi siempre condicionada— [54] a partir de circunstancias que no fundamentan su responsabilidad por la infracción normativa de todos modos (con o sin consciencia), la consciencia no grava al autor. Lo cual significa que la consciencia condicionada sólo cabe tratarla como consciencia del injusto cuando la falta de consciencia constituiría un error de prohibición evitable; en otro caso, la consciencia condicionada se equipara a un error de prohibición no enteramente evitable, es decir, no excluye la atenuación con arreglo al § 17, inciso 2, StGB. Ejemplo: Si varios *Oberlandesgerichte* tratan determinado comportamiento como permitido en su jurisprudencia reiterada durante años, y el autor conoce esa jurisprudencia, no obra con error de prohibición (enteramente) evitable, aun cuando después su comportamiento lo defina como prohibido el *Bundesgerichtshof,* y ello con independencia de si el autor considera seriamente que no es improbable un cambio en la jurisprudencia o si ni siquiera ha reflexionado sobre ello; a la inversa, responderá plenamente si actúa de conformidad con una consulta jurídica abiertamente poco seria, con independencia de si tranquiliza prematuramente sus dudas sobre lo ilícito pensando en la consulta, o de si mantiene una consciencia del injusto condicionada.

31 3. En caso de dudas insalvables sobre una norma contradictoria (¿hay que enarbolar la bandera, o está prohibido?) o en caso de conflicto entre una norma y los propios intereses del autor (¿hay que talar sólo los arbustos atacados visiblemente por parásitos, o todos los arbustos de la plantación?), el autor está disculpado, a pesar de su consciencia de la antijuricidad condicionada, si no tie-

---

[53] Controvertido; *vid.*, con muy distinta argumentación en cada caso, *Armin Kaufmann*, ZStW, 70, pp. 64 ss., 86; *Warda*, Welzel-Festschrift, pp. 499 ss., 526 ss.; *el mismo*, Lange-Festschrift, pp. 119 ss., 126; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, pp. 118 ss.; *el mismo*, JurBl., 1981, pp. 289 ss.; 293 s.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 586; *Blei*, AT, § 59, III; *Timpe*, Strafmilderungen, pp. 253 ss.; *el mismo*, GA, 1984, pp. 51 ss., 62, 68; *Paeffgen*, JZ, 1978, pp. 738 ss., 745 s.; *H.-W. Schünemann*, NJW, 1980, pp. 735 ss., 739.

[54] En términos estrictos, la problemática no se deriva de la consciencia *condicionada* del injusto, sino de la heterogeneidad del hecho psíquico «entendimiento» y de la evitabilidad, determinada normativamente. En la práctica, no obstante, no va a producirse un entendimiento del injusto *incondicionado* a pesar de faltar la responsabilidad. Ejemplo rebuscado: Un pesimista impenitente está convencido (sin fundamento, pero plenamente) del pronto cambio de determinada jurisprudencia del Tribunal Supremo, reiterada durante décadas, que permite determinada conducta, lo que se produce al enjuiciar el comportamiento de ese pesimista.

ne que responder de la situación de duda y se comporta de acuerdo con las reglas aplicables al conflicto de deberes [55].

V. LA AUSENCIA DE CONSCIENCIA DEL INJUSTO (ERROR DE PROHIBICION), FORMAS DE ERROR

A. A semejanza de la ausencia del dolo de tipo, así también la ausencia [56] 32
de consciencia del injusto se puede mostrar de dos formas: El autor puede suponer erróneamente que su comportamiento no constituye injusto (idea equivocada positiva) o puede no pensar en absoluto en el injusto (ausencia de idea). Ambas formas han de tratarse del mismo modo, ya que lo esencial es el elemento común de la ausencia de la idea correcta sobre el injusto existente.

B. La incumbencia o responsabilidad por el error la denomina el § 17 33
StGB evitabilidad del error. El concepto de evitabilidad se ha escogido desafortunadamente desde dos puntos de vista. Por una parte, no es suficiente con que el autor evite el error. Con sólo evitar el error, ejecutaría el injusto en estado de conocimiento de la prohibición, en lugar de en error de prohibición, y no se habría adelantado nada en favor de la validez de la norma [57]. Pero no se trata de la evitabilidad del error como fin en sí mismo, sino que se alude a la evitabilidad del comportamiento injusto a través de la evitabilidad del error. Por otra parte, el concepto de la evitabilidad conduce a la asociación a un ámbito de libertad entendido psicológicamente, como el concepto de capacidad en los §§ 20 ss. StGB. Pero tampoco se trata de eso, sino de la determinación de con cuántos imperativos sociales se pueden gravar al que se equivoca (en esa medida es evitable el error) y qué grado de ignorancia del autor se puede aceptar por parte del Estado y de la sociedad sin que se resienta la respectiva función de prevención general del Derecho penal. Por eso, la evitabilidad es —como la propia culpabilidad— un concepto dependiente del fin de la pena.

C. El autor de delito imprudente se encuentra siempre en error de pro- 34
hibición, pues quien no sabe con qué consecuencias se comporta, tampoco tiene idea efectiva de que es injusto comportarse con determinadas consecuencias. Ejemplo: Quien no considera seriamente que por su embriaguez está a punto de causar un accidente de tráfico con resultado de lesiones, tampoco tiene ante su vista una imagen actual del injusto de su conducta de lesiones. Naturalmente, el autor puede tener una idea del injusto abstracta o referida a injusto hipotético. Así, en el ejemplo acabado de indicar, el autor puede reflexionar que constituiría injusto si cometiese unas lesiones imprudentes, o que en general es injusto comportarse imprudentemente ocasionando lesiones; en todo

---

[55] Controvertido y poco aclarado; acerca del problema *vid. Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, p. 139; *SK-Rudolphi*, § 17, núm. marg. 13; *Warda*, Welzel-Festschrift, pp. 499 ss., 529 s.; *Kunz*, GA, 1983, pp. 457 ss., 469 s.

[56] También con respecto a la forma de error consistente en un dolo de tipo que no se queda por detrás de la realidad, sino que va más allá de ella, es decir, con respecto al dolo de tentativa, hay un correlato en el injusto: la suposición errónea, en el delito putativo, de que un suceso —objetivamente no antijurídico— constituye injusto; *infra* 25/37.

[57] *Horn*, Verbotsirrtum, pp. 65 ss., 105 ss., *vid.* asimismo *infra* sobre el «deber de informarse» 19/41.

caso, la relación con el suceso real está ausente por falta de conocimiento actual, efectivo, del suceso. Este error de prohibición sólo condicionado por el error sobre el tipo no será importante, ya que es común a toda imprudencia. Pero pueden añadirse otras razones para que falte la consciencia del injusto y, consiguientemente, para la naturaleza no evitable del comportamiento injusto. La responsabilidad por estas razones ulteriores se rige por las reglas generales, que se desarrollarán después. Ejemplo: Quien al conducir un automóvil no se preocupa de la velocidad, ni sabe que la velocidad máxima permitida para vehículos de la clase del utilizado está fijada en la mitad de la que él lleva, se equivoca, con independencia de su desconocimiento del tipo, sobre la existencia del injusto; pero por este error puede ser responsable el autor (supuesto común) o no (un extranjero ha recibido en la frontera una hoja informativa de la policía con una errata sobre este particular) (acerca de la relación entre imprudencia y error de prohibición, *vid.* ya *supra* 19/21).

VI. EL CONCEPTO DE EVITABILIDAD DEL ERROR DE PROHIBICION

A. La evitabilidad como responsabilidad por el defecto

35 1. El error es evitable cuando el autor es responsable de él. Por lo que se refiere al error sobre los fundamentos, puede faltar la evitabilidad cuando el sujeto muestra un cuadro de déficit de socialización (*supra* 19/7 ss.). Más difícil es evaluar la responsabilidad por el error en el ámbito disponible. En todo caso, el error da cuenta de que el autor estaba psíquicamente dispuesto al error y a no evitar el injusto. La evitabilidad, en esta situación, no constituye un problema psicológico [58], sino normativo: Se trata de responder a la pregunta de cuáles de los factores psíquicos existentes en grado suficiente para el error los puede invocar el autor y por cuáles debe responder él mismo, siendo el error de su incumbencia. Ejemplo: Al igual que en la culpabilidad, en general nin-

[58] *Timpe*, Strafmilderungen, pp. 225 ss., 232 ss.; *el mismo*, GA, 1984, pp. 51 ss., 61 ss.; *AK-Neumann*, § 17, núm. marg. 53; *Hruschka*, AT, p. 319. Desde luego, cabría reformular el problema en términos psicológicos, preguntando en primer lugar qué disposiciones psíquicas habría que haber cambiado en el autor para que hubiera entendido y evitado el injusto; a continuación se puede, en tanto que responsable de la evitación, definir al autor como capaz de evitar, y en otro caso como incapaz de hacerlo. La referencia a la norma se encuentra entonces en el concepto de capacidad. Ello es válido incluso para el modelo de evitabilidad más psicologizante, el de *Horn*, Verbotsirrtum, pp. 87 ss., conforme al cual ha de preguntarse «"de dentro hacia fuera" por la capacidad de conocer» y evitar el injusto (p. 87); lo cual conduce al resultado de que el autor tendría que hacerse «al menos una idea de la posibilidad de que el proyecto de acción está prohibido de algún modo» (p. 106). Sin embargo, así no se llega a eludir la referencia normativa (*vid. Jakobs*, Studien, pp. 130 ss.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 588; *el mismo*, ZStW, 85, pp. 469 ss., 482 ss., 484; *Timpe*, Strafmilderungen, pp. 222 ss.; *el mismo*, GA, 1984, pp. 51 ss., 56 ss.), pues para el autor la idea de la posibilidad del injusto no *es* motivo para evitar su proyecto de acción, como lo demuestra el que comete el delito; en tanto que evitando del injusto habría dispuesto de otro modo. Dada esta situación, no existe motivo para concebir como disposición alternativa sólo la motivación para obedecer normas que ya se han percibido como posiblemente válidas (lo que beneficia al indiferente, a aquel al que el Derecho no le interesa). Más bien, cabe concebir la disposición alternativa también en el sentido de que el autor está dispuesto incluso a darse cuenta de normas que aún «no se ha echado a la cara». Cuál de las «capacidades» resultantes de estas hipótesis es jurídicamente relevante sólo cabe decidirlo en función del objetivo de la imputación.

gún autor puede invocar que en cuanto al realizar el hecho ha estado en una disposición en la que ha sentido ganas de realizar el comportamiento injusto, así tampoco ningún autor puede escudarse en que ha sentido desinterés por la regulación legal, lo que impidió que apareciera la consciencia del injusto en el momento del hecho.

2. *a)* El autor no puede invocar un déficit, realmente existente, en las 36
condiciones psíquicas de la observancia de la norma, si es que se quiere que el Derecho penal garantice que no haya que contar con un déficit de esa clase, es decir, si se protege la confianza en que toda persona imputable no va a dejar que se produzca tal situación deficitaria. Como el Derecho penal debe estatuir la confianza general en la norma, todo autor es responsable de tal déficit de lealtad a la norma. Tal es la perspectiva normativa. El que concurra o no la responsabilidad cabe averiguarlo comparando la situación psíquica real con la siguiente situación hipotética: Si el autor hubiese desplegado suficiente disposición a observar la norma (lo que evidentemente no ha realizado), entonces habría hecho presente a su consciencia la norma en la que no ha reparado efectivamente, y la habría respetado. No se supone que el autor conozca la norma en cuestión, sino que sólo se supone que quiere obedecer toda norma, sea cual sea. La disposición a observar la norma sólo puede, pues, surtir efecto cuando queda en el autor, en el momento del hecho, un resto de conocimiento de la norma, actualizable y concretable [58a].

La medida de la (ir-)responsabilidad del autor por el error no depende únicamente de los procesos que tengan lugar (o no) en la mente del autor en el momento del hecho, sino también de los motivos de estos procesos (o de su ausencia). Si hay que compensar un déficit sumamente grande de disposición a observar la norma, esta circunstancia no disminuye la culpabilidad cuando esa gran medida no es consecuencia de (p. ej.) enfermedad u ofuscación, sino de hostilidad o indiferencia al Derecho precedentes.

Con arreglo a este esquema, el autor no puede escudarse, pues, en que no ha podido desplegar más disposición a observar la norma, pero sí que deja de ser responsable cuando le falta un resto de conocimiento de la norma latente, que se pudiera actualizar y concretar mediante la disposición a observar la norma.

b) a') Esta situación conduce —al parecer— a contradicciones valorati- 37
vas en los casos en que falta un resto, latente, de conocimiento de la norma por motivos que son achacables al autor (lo que puede ser el caso sobre todo en los delitos de peligro abstracto y en los delitos mediante los que se atacan bienes jurídicos difusos, p. ej., la eficacia de la Adminstración). Ejemplo: Un médico, encargado de las radiografías, no se sigue preocupando de actualizar su formación y por eso no puede ni sospechar que un determinado modo de emplear los rayos X que hasta entonces pasaba por completamente inocuo, lo ha prohibido una norma de peligro abstracto, sobre la base de nuevas investigaciones de resultados sorprendentes. *En* la situación, de nada le sirve al autor su óptima disposición a observar la norma, ya que tal disposición se queda sin

[58a] Lo cual lo pasa por alto BayObLG, NJW, 1990, pp. 2328 s., 2333 (p. 2329, columna derecha: El inculpado estaba «firmemente convencido» de que su comportamiento era conforme al ordenamiento jurídico; si esta convicción era *objetivamente* seria, excluye la evitabilidad).

objeto por falta de una base cognoscitiva; pero *antes* de la situación, el autor podría haberse procurado el conocimiento. Antes del hecho, no realiza, lógicamente, el tipo en cuestión, ni aun en *actio libera in causa* (*supra* 17/64 ss.), ya que ni siquiera pudo entonces prever la evolución de los acontecimientos con un grado suficiente de concreción. Para tales casos se propugna que se determine con relación al comportamiento precedente no sólo la medida de la responsabilidad del autor, sino también el que la haya o no. Se tratará entonces de un «reproche de culpabilidad fundamentado en la conducta de vida» [59], que sólo se puede realizar en los ámbitos de aquellas actividades especialmente reguladas jurídicamente en las que cabe esperar de quien las ejerce que se informe sobre la situación jurídica.

b') No hace falta recurrir a la culpabilidad por la conducta de vida para alcanzar el resultado acabado de esbozar, pues no es forzoso suponer que sólo las faltas de voluntad son imperdonables, y en cambio las faltas de conocimiento siempre perdonables. Más bien, a efectos de perdonar o no hay que atender al fin de la pena. En un Derecho penal que tuviese, p. ej., que estatuir la conformidad del comportamiento con roles estandarizados, también las faltas de conocimiento pertenecerían a la culpabilidad. Evidentemente, el Derecho vigente sólo garantiza la lealtad a la norma y no conocimientos mímimos: Pretende desautorizar al culpable abarcando los distintos roles. El culpable no sólo ha fracasado en un lugar que requiere conocimientos especiales, sino que ha evidenciado un déficit que en ninguna parte se puede aceptar (y que sólo se pasa por alto, en su caso, en relaciones caracterizadas por el afecto o la simpatía). El Derecho puede permitirse perfectamente la renuncia a reprochar la falta de conocimiento. Y es que las faltas de conocimiento son por lo general señal de falta de competencia o responsabilidad; en particular, las consecuencias pueden redundar en contra del propio autor (como sucede en el ejemplo mencionado, si la reforma se encamina a la protección del personal del servicio). No existe, pues, peligro alguno de que la limitación a la exigencia de lealtad al Derecho induzca a una actitud en la que se deslicen por doquier lagunas de conocimiento [60]. En ausencia de la necesidad de reacción jurídico-penal no hace falta la fundamentación de la culpabilidad por la conducta de vida (al respecto, *supra* 7/74 ss.) o por el reproche de faltas de conocimiento. La ausencia de lealtad al Derecho *antes* del hecho constituye únicamente culpabilidad en el delito —no positivado— de convertirse en incompetente, el cual, si hubiera que positivarlo, se configuraría según el modelo del § 323 *a* StGB. Cualquier otra vía está cerrada en un Derecho penal que no castiga por la deslealtad al Dere-

[59] *SK-Rudolphi*, § 17, núm. marg. 44 s.; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, pp. 254 ss.; *el mismo*. Henkel-Festschrift, pp. 199 ss., 207 ss.; *Stratenwerth*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 485 ss., 488 ss. (que pretende ampliarlo a principio general de la imputación, p. 495); *Schönke-Schröder-Cramer*, § 17, núm. marg. 17; también *Krümpelmann*, separata ZStW, 1978, pp. 6 ss., 37; *vid.* asimismo BayObLG, OLGSt., § 2.2, Ordenanza sobre carne picada, pp. 1 ss., 6; OLG Oldenburg, OLGSt., § 48, Ley de Pesos y Medidas, pp. 1 ss., 6; OLG Hamm, VRS, 10, pp. 358, pp. 358; OLG Hamm, DAR, 1958, pp. 307 s.; OLG Köln, GA, 1956, pp. 327 s.

[60] *Jakobs*, en: Der Sachverständige, pp. 271 ss., 274 s.; *el mismo*, ZStW, 101, pp. 516 ss., 533 ss.; acerca de la relación entre exención de pena en el error de prohibición y fin de la pena *vid.* asimismo *Roxin*, Henkel-Festschrift, p. 171 ss., 187 s.; en otro sentido (falta de conocimiento como culpabilidad) prefacio 19/37; *Timpe*, Strafmilderungen, pp. 225 ss., 271, y *passim*; *el mismo*, GA, 1984, pp. 51 ss., 65.

cho que se traduzca de cualquier modo en hechos, sino por la deslealtad al Derecho al realizar el tipo (*vid. supra* 8/6 *in fine* y 17/58).

B. Pormenores

1. La responsabilidad del autor por el error se ha de determinar según que 38
de su conducta se deduzca claramente o no un grado insuficiente de reconocimiento del Derecho positivo. Lo que es suficiente reconocimiento depende del respectivo ámbito de regulación. El Derecho positivo sólo cabe imponerlo, en determinados ámbitos, si el propio destinatario es quien lo averigua. Ejemplo: El abogado especialista en Derecho tributario es responsable de lo correcto de su asesoramiento; debe informarse sobre la legislación y la jurisprudencia en fuentes de primera mano. Para ello hay formas distintas, y explicables por su tradición, de hasta qué punto el Estado facilita al destinatario del Derecho la averiguación, más allá de la publicación en el *Boletín Oficial* (colecciones oficiosas de sentencias, hojas informativas de Hacienda, anuncios oficiales y notas oficiales en los medios de comunicación, etc.) o incluye en sus planes que sean terceros quienes lo faciliten (colegios profesionales, prensa, etc.). En las pruebas de acceso, desde el permiso de conducir como requisito para participar en el tráfico rodado hasta el *Assessorexamen* como requisito para el ejercicio de la abogacía, se pone de manifiesto que en el respectivo ámbito vital son necesarios determinados conocimientos especiales, que quien desempeña la actividad debe mantener al día. En los ámbitos que están abiertos a todos, sin necesidad de examen de sus conocimientos jurídicos, el destinatario del Derecho no tiene que realizar averiguaciones, sino que puede confiar en la persistencia de las normas aprendidas en su socialización (en todo caso, siempre que no se declare un estado de excepción) [61] mientras que no se hayan anunciado reformas inequívocamente. Ejemplo: Se puede confiar en que subsiste la libertad de desplazamiento, que se puede seguir cultivando o desperdiciando alimentos, etc. Al destacar la jurisprudencia que el baremo de lo «suficiente» es más riguroso que el del riesgo permitido en la imprudencia [62], olvida la diferencia existente entre ambos ámbitos de regulación. Bien es verdad que, p. ej., la suposición errónea de que no se va a lesionar a otro es en la práctica disculpable con mayor frecuencia que el suponer que se puede lesionar a otro sin motivo. Pero no es correcto tratar por eso con mayor rigor el desconocimiento de los deberes que se derivan, p. ej., de las regulaciones para facilitar la estadística sobre la economía de la RFA que el descuido en una intevención quirúrgica. Al igual que en el riesgo permitido, todo depende de la ponderación en el concreto ámbito del supuesto y del tratamiento que haya llegado a ser tradicional.

Esta distinción con arreglo a ámbitos vitales [62a] no significa que toda per- 39
sona tenga que juzgar continuamente en qué ámbito se mueve y qué exigencias

[61] *Vid.*, con respecto a la protección del medio ambiente, OLG Düsseldorf, NStZ, 1981, p. 444; la sentencia olvida la significación de los elementos normativos del tipo (acertadamente crítico, *Meyer*, JuS, 1983, pp. 513 ss., 514 s.).

[62] BGH, 4, pp. 237 ss., 242 s.; 21, pp. 18 ss., 20 s.; *de otra opinión*, *Lackner*, § 17, nota 4 *a*.

[62a] Al respecto *Timpe*, Strafmilderungen, pp. 242 ss.; asimismo *Donatsch*, SchwZStr., 102 (1985), pp. 16 ss., 28.

se imponen en éste. Más bien, la calificación jurídica de un comportamiento se convierte, en todos los modos de conducta que se ejecutan conforme a la costumbre, en propiedad del comportamiento, que se experimenta liminarmente, siempre que exista una orientación sobre la conducta. Cuando la jurisprudencia señala que toda persona tiene que «ser consciente en todo lo que está a punto de hacer, de si ello se encuentra en concordancia con los principios del deber jurídico» [63], afirma algo exagerado en lo que se refiere a la consciencia, y, por lo demás, si no constituye una exigencia excesiva es sólo porque la cualidad jurídica de un comportamiento no hay que deducirla en la mayor parte de los casos, sino que es consciente liminarmente mediante estereotipos, o inconscientemente llega a ser consciente liminarmente mediante estereotipos. En relación con el injusto estereotipado, existe la responsabilidad del autor en caso de error, pero no así en relación con lo que se considera lícito estereotipadamente, si el juicio estereotipado se dispuso con el suficiente cuidado [63a]. Por lo demás, la disposición descuidada fundamenta la responsabilidad (en la práctica si acaso raramente, porque en un juicio incorrecto se suelen producir contrainformaciones que impiden la habituación; acerca de los posibles grupos de supuestos, *vid. supra* 19/26).

40 2. *a)* El hecho de que la responsabilidad del autor por un error (en la práctica) sólo se plantee en el ámbito de lo lícito de modo no estereotipado, se suele formular diciendo que para que se dé la evitabilidad ha de existir un *motivo* para reflexionar sobre la situación jurídica, o algo semejante [64], lo que significa, interpretando el motivo con arreglo al fin de la imputación: Existe un motivo siempre que el comportamiento del autor es incompatible con la vigencia del Derecho positivo y el error no se puede atribuir a la casualidad ni tampoco a otro sistema. No es correcto con carácter general, frente a lo que afirma una opinión difundida [65], que un motivo en este sentido exista en los delitos de comisión más bien que en los de omisión, y ello no es cierto con carácter general debido, por una parte, al paralelismo entre los delitos de dominio y las posiciones de garante en virtud de responsabilidad por organización (*supra* 7/56 ss.), y, por otra parte, debido a los delitos de infracción de deber, forma que abarca comisión y omisión (*supra* 7/70 s.). Evidentemente, el abuso de los delitos de omisión, es decir, la jurisprudencia desbordante en la cuestión de las posiciones del garante [66], y la positivación de oscuros delitos de omisión propia, igualmente desbordante, que tiene lugar en el Derecho penal especial, conduce en estos ámbitos no centrales a la acumulación de errores de prohibición inevitables.

---

[63] BGH, GS, 2, pp. 194 s., 201.

[63a] Ejemplo: AG Lübeck, StV, 1989, pp. 348 s.

[64] Así entendiendo en sentido distinto cada uno qué debe ser una ocasión, *Welzel*, JZ, 1956, pp. 238 ss., 241; *H. Mayer*, MDR, 1952, pp. 392 ss., 393; *SK-Rudolphi*, § 17, núm. marg. 30 ss.; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, pp. 207 ss.; *el mismo*, JurBl., 1981, pp. 289 ss., 295; *Horn*, Verbotsirrtum, pp. 84 ss.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 585 s.; *Mattil*, ZStW, 74, pp. 201 ss., 216 s.

[65] BGH, 16, pp. 155 ss., 160; BGH, NJW, 1964, pp. 1330 s., 1331; *Geilen*, JuS, 1965, pp. 426 ss.; *Baumann-Weber*, § 27, II, 3 *e; LK-Schroeder*, § 17, núm. marg. 31; más favorable al autor (en la omisión tiene que haberse «alcanzado el límite del conocimiento»), *Jescheck*, ART, § 4, II, 2 *b*.

[66] Así, en la sentencia BGH, 16, pp. 155 ss., en la que se acentúa la posibilidad de error de prohibición, no concurría ya posición de garante; *vid. infra* 29/32 ss., 45, nota 185.

b) a') Existiendo un motivo, el autor puede convertirse en no responsa- 41
ble del error si antes del hecho se comporta de manera que su error quepa deplazarlo a otro sistema, en su caso al propio legislador, o se puede considerar como casualidad. Se discute cómo se ha de adoptar esta decisión. La jurisprudencia exigía al principio que el autor debía poner en tensión sus facultades intelectivas [67]. Naturalmente, en el ámbito de las normas disponibles ello casi nunca conducirá a claros resultados; además, la tensión de las facultades intelectivas, en personas religiosas intensa e irreflexivamente, o muy ideologizadas, será inapropiada para representarse las normas del Derecho vigente. Por eso es mejor atender a lo que de información externa le es accesible al autor, sobre todo mediante indagaciones en fuentes fiables [68]. No se trata, en el marco de los delitos de comisión —frente a la terminología tan usual de la jurisprudencia—, de un deber de procurarse información (el autor obra también conforme a Derecho cuando omite la acción, sin haber cumplido el «deber», por simple comodidad), sino que importa la información como presupuesto de la irresponsabilidad por el error [69].

b') La fiabilidad de una fuente depende de si su utilización es compatible 42
con la validez del Derecho positivo. Un error del autor sobre la fiabilidad no le inculpa si el fundamento del error, por su parte, no afecta al reconocimiento del Derecho positivo [70].

c') Por lo demás, importa en este ámbito si, p. ej., hay que preguntar a 43
una autoridad [71], o a un abogado o a cualquier otro jurista [72], o —por parte

---

[67] BGH, GS, 2, pp. 194 ss., 201, 209; no obstante, *vid.* también ya loc. cit., p. 201 («informarse»); asimismo BGH, 4, pp. 80 ss., 86; 4, pp. 237 ss., 243; ahora (pero en conexión con «la tensión de todas las potencias mentales de conocimiento») de nuevo BGH, StV, 1984, pp. 461 s., y BGHZ, NJW, 1985, pp. 134 ss., 135. Críticamente en torno a la utilidad de la tensión de la conciencia, *Mattil*, ZStW, 74, pp. 201 ss., 214 s., y *passim*; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, pp. 224 ss.; *Welzel*, JZ, 1952, pp. 340 ss.; *H. Mayer*, MDR, 1952, pp. 392 ss., 393; *H.-W. Schünemann*, NJW, 1980, pp. 735 ss., 741; *Donatsch*, SchwZStr., 102 (1085), pp. 16 ss., 34.

[68] Certeramente BGH, 4, pp. 1 ss., 5; 5, pp. 284 ss., 289; 20, p. 343 ss., 372; 21, pp. 18 ss., 20 s. etcétera.

[69] En los delitos de omisión, el deber de informarse cabe derivarlo del mandato de actuar, es decir, cuando sólo al precisar la situación del mandato está el autor fácticamente en condiciones de cumplir el deber. Ejemplo: Quien sabe que tiene que transmitir una señal entre diez disponibles y que sólo puede transmitir una, pero no sabe cuál tiene que transmitir, tiene deber de informarse. En contra de la sustitución del deber de obedecer cierta norma por el deber de averiguarla, *Armin Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 319 ss., 330 s.; *el mismo*, Unterlassungsdelikte, p. 146; *Horn*, Verbotsirrtum, pp. 60 ss., 65 ss.; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, pp. 196 ss.; *Jakobs*, Studien, pp. 13 ss.; *Wolter*, JuS, 1979 pp. 482 ss., 484, todos con bibliografía.

[70] La jurisprudencia refiere la fiabilidad, en primer término —continuando el punto de partida incorrecto situado en la consciencia— a la medida, que cabe exigir individualmente, de tensión de la consciencia (se alude a aquello que se impone); BGH, GS, 2, pp. 194 ss., 201; 4, pp. 80 ss., 86; 5, pp. 284 ss., 289. A continuación, se trata de lo concienzuda que ha de ser, conforme a lo que se exige individualmente, la información en fuentes externas; BGH, 21, pp. 18 ss., 20 s.; OLG Hamburg, JR, 1981, pp. 31 ss., 32.

[71] BayObLG, NJW, 1965, pp. 1924 ss.; GA, 1966, pp. 182 ss.; OLG Frankfurt, VRS, 29, pp. 423 ss.

[72] BGH, 20, pp. 343 ss., 372; 21, pp. 18 ss., 21; BGH, GA, 1959, pp. 87 s.; BGH, NJW, 1989, pp. 409 s., 410; OLG Hamburg, NJW, 1977, pp. 1831 s., con comentario crítico de *Gössel*, JR, 1978, pp. 292 s., 293; AG Frankfurt, NJW, 1989, pp. 1745b s.; contra la idoneidad del «abogado de la familia» («es parcial»), OLG Stuttgart, NJW, 1977, pp. 1408 s., 1409; acertadamente distinguiendo según la categoría de la información, OLG Bremen NStZ, 1981, pp. 265 s., 266; du-

de un abogado— si éste ha de preguntar al Colegio de Abogados [73], o de si basta la lectura de una revista especializada o fuente semejante [74].

44 *d')* Si la fuente determinante no es fiable por motivos de los que el autor es responsable —el abogado es obviamente distraído o recomienda eludir la ley mediante «burdas maquinaciones» [75]; el propio funcionario de Hacienda declara que él no es un representante experimentado— no se exculpa al autor. Si el conocimiento se procura por la vía correcta y la respuesta es que el comportamiento en cuestión está permitido, el autor no es responsable de su error, aun cuando todavía albergue un resto de duda. El error ha de achacarse entonces a la falta de claridad de la ley, o a la fuente de información, o bien hay que definirlo como fortuito. Si el resultado de la información no es claro, le incumbe al autor informarse en una instancia «superior». Cuando ello sea imposible, debe seguir la posición jurídica que determinará previsiblemente el enjuiciamiento de su comportamiento. Ejemplos: Una regulación legal tiene prevalencia en tanto que no se haya establecido la nulidad de la ley, o al menos esté determinada entre los expertos [76]; la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo prevalece sobre las opiniones jurídicas [77] hasta tanto éstas no se impongan de manera que quepa esperar un cambio drástico de la jurisprudencia [78]. Si, dadas sentencias contradictorias del mismo rango, no está claro lo incorrecto de una de ellas, de modo que cabe contar con que continúe la contradicción, concurre una situación de indeterminación de la que el autor no tiene que responder; el autor está disculpado si se comporta de acuerdo con las reglas del conflicto de deberes [79] (*vid.* ya *supra* acerca de la consciencia de la antijuricidad condicionada 19/31).

---

dando en general de la utilidad de las indagaciones jurídicas, *Kunz*, GA, 1983, pp. 457 ss., 462, quien olvida que por el riesgo de inutilidad no siempre es responsable el destinatario de las normas.

[73] BGH, 18, pp. 192 ss., 197; consultar con el socio bastaría, según BGH, NJW, 1962, pp. 1831 s.; acertadamente a favor de que un abogado experimentado pueda apreciar por sí mismo el límite de la infidelidad (prevaricación) para con su cliente, BGH, 15, pp. 332 ss., 341; la ignorancia del Colegio de Abogados (*Anwaltskammer*) no exonera al abogado de la exigencia de activar su mejor saber (*vid.* OLG Hamburg, JZ, 1979, pp. 275 ss., 278).

[74] Más referencias jurisprudenciales en *Dreher-Tröndle*, § 17, núm. marg. 9; *LK-Schroeder*, § 17, núm. marg. 41 ss.

[75] KG, JR, 1977, pp. 379 s., 380, con comentario de *Rudolphi*, loc. cit., pp. 380 ss.

[76] *SK-Rudolphi*, § 17, núm. marg. 36; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, pp. 235 ss.; *Stratenwerth*, Verantwortung, pp. 123 ss.

[77] *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, pp. 104 ss.; *SK-Rudolphi*, § 17, núm. marg. 37; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 17, núm. marg. 20. Con respecto a la polémica paralela en Derecho civil, *vid. Köhler*, JR, 1984, pp. 45 ss.

[78] *LK-Schroeder*, § 17, núm. marg. 34, con bibliografía.

[79] Controvertido; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 594; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 38, núm. marg. 36, en este caso desplazan la responsabilidad a la ley y a la jurisprudencia, porque de lo contrario toda sentencia incorrecta perjudicaría el ámbito de libertad. Pero tampoco toda decisión incorrecta puede otorgar al autor una libertad que deje desprotegida a la víctima. Un amplio sector atiende a lo que es exigible al autor (lo cual está dogmáticamente sin asegurar; los ejemplos legales de exclusión de la exigibilidad, sobre todo el § 35 StGB, no proporcionan principios de decisión para los problemas de que aquí se trata); OLG Bremen, NJW, 1960, pp. 163 ss., 164; OLG Frankfurt, NJW, 1964, pp. 508 s., 509; OLG Stuttgart, NJW, 1967, p. 122; OLG Braunschweig, NJW, 1976, pp. 60 ss., 62; *Warda*, Welzel-Festschrift, pp. 499 ss., 526 s.; *Kunz*, GA, 1983, pp. 457 ss., 468 ss.; *Schönke-Schröoder-Cramer*, § 17, núm. marg. 21; *LK-Schroeder*, § 17, núm. marg. 39.

c) Si el autor no se procura información alguna, aun cuando existan el motivo y la posibilidad de llevarlo a cabo, cabe concebir el supuesto de que a éste, de haberse instruido, se le habría reafirmado incorrectamente la conformidad a Derecho de su comportamiento. La significación de esta información incorrecta hipotéticamente ha de juzgarse del modo siguiente [80]: 45

a') Si la información habría sido incorrecta porque la fuente en concreto habría fallado imputablemente o bien fortuitamente (el abogado no habría trabajado convenientemente; en el *Boletín Oficial* se ha deslizado una errata; la fuente de información que el autor considera óptima erróneamente, por motivos de los que él no es responsable, es objetivamente inapropiada), el autor sigue siendo responsable, pues no se ha llegado a la posibilidad de resolver el conflicto porque han fallado otras personas o por la casualidad [81] (*vid. supra* en torno a las causas hipotéticas del daño, 7/73, 92 ss.).

b') Pero si la información habría sido incorrecta porque la propia cuestión debatida no se puede decidir correctamente ni con la fuente de información objetivamente mejor, el autor no es responsable, ni siquiera en caso de conciencia del injusto condicionada, pues el comportamiento es, sin que el autor lo sepa, lícito conforme a estereotipos objetivos. Ejemplo: Un abogado al que se hubiera preguntado habría aducido una jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo que permitía la conducta, la cual sólo años después, con motivo de una sentencia del Tribunal Constitucional, que por esas fechas trabajaba con material aún no conocido, se convertiría en insostenible.

VII. CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL ERROR DE PROHIBICION

A. Siempre que el autor no sea responsable del error, no responde, por falta de culpabilidad: § 17, inciso 1 StGB. Ello es aplicable también a la consciencia del injusto condicionada, en lo que se refiere a la responsabilidad por la duda, mientras que el autor se comporte conforme a las reglas del conflicto de deberes (*supra* 19/31, 44). 46

---

[80] La jurisprudencia reciente atiende preferentemente —sin esmero desde la perspectiva de la lógica de las normas— al incumplimiento de un «deber de informarse» y no pregunta por la causalidad del «informarse»; BGH, 21, pp. 18 ss., 21; BayObLG, NJW, 1960, pp. 504 y 1320; NJW, 1965, pp. 1924 ss.; OLG Köln, NJW, 1974, p. 1830 ss., 1831 (en otro sentido la jurisprudencia más antigua; BGH, VRS, 14, pp. 30 ss., 31; 15, pp. 123 ss., 124 s.). La doctrina (y de entre la jurisprudencia reciente OLG Celle, NJW, 1977, pp. 1644 s.; BayObLG, JR, 1989, pp. 386 s., con comentario favorable de *Rudolphi*, loc. cit., pp. 397 ss.) tiene en cuenta sobre todo la causalidad hipotética; *Roxin*, Henkel-Festschrift, pp. 171 ss., 188; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, pp. 250 ss. (subrayando que sólo se trata de las indagaciones fiables); *Strauss*, NJW, 1969, pp. 1418 ss.; *Stratenwerth*, ZStW, 85, pp. 469 ss., 488 ss., 494; *H.-W. Schünemann*, NJW, 1980, pp. 735 ss., 741; *Wolter*, JuS, 1979, pp. 482 ss., 484 s., con amplia bibliografía en p. 483, nota 9; *Baumann-Weber*, AT, § 27, III, 3 *e; Dreher-Tröndle*, § 17, núm. marg. 9; *Lackner*, § 17, nota 4 *a; SK-Rudolphi*, § 17, núm. marg. 42 s.; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 17, núm. marg. 22; *Welzel*, Strafrecht, § 22, III, 2 *in fine*; *LK-Schroeder*, § 127, núm. marg. 17, etc.

[81] En términos semejantes, *Donatsch*, SchwZStr., 102 (1985), pp. 16 ss., 32 s. Del mismo modo, el autor no es responsable si habría podido indagar en una fuente de información considerada óptima con fundadas razones, pero objetivamente inadecuada, y casualmente habría recibido una respuesta correcta.

47 B. Si el autor es en sí responsable del error (o, en la consciencia del injusto condicionada, de la duda) conforme a las reglas mencionadas, la culpabilidad depende de la medida de la responsabilidad dada. La medida a su vez depende de: 1) con qué claridad el autor se haya separado del ámbito de lo lícito estereotipadamente o de con qué claridad su comportamiento posibilita o excluye el desplazamiento del conflicto o explicarlo como fortuito, y 2) por qué razón motivacional sucede esto; teniendo en cuenta la razón motivacional, puede incluso decaer la responsabilidad en sí dada.

48 1. En el ámbito marginal de lo aún lícito estereotipadamente, ya un pequeño déficit de lealtad al Derecho puede explicar el error; por eso en este ámbito la culpabilidad suele estar disminuida, no atendiéndose, en las desviaciones mínimas con respecto a lo lícito, a cuál es el motivo real de la deslealtad al Derecho. Ejemplo: Quien poco después de haber entrado en vigor un cambio mínimo en los deberes del conductor —p. ej., relativo al uso del intermitente— se comporta automáticamente una vez más de acuerdo con la anterior regulación, obra —en tanto que el automatismo es susceptible de mejora— con culpabilidad disminuida. De otro modo hay que decidir ya si de la observancia de la modificación —p. ej., la preferencia de paso o la preferencia de los peatones, etc.— depende la vida y la integridad física, de modo que la persona leal al Derecho realizará un ajuste consciente a la nueva regulación; aquí, al menos aquel que, por indiferencia, no se preocupa de una posible modificación, tiene plena culpabilidad.

Del mismo modo, desciende la culpabilidad si el autor pasa por alto indicios menores de la escasa fiabilidad de la fuente a la que ha recurrido para procurarse instrucción. Aquí el ajuste del autor a su vez llega a ser relevante sólo si de la norma depende la existencia de bienes importantes.

49 2. Si el desacato del Derecho positivo es inequívoco, decae la posibilidad de que disminuya la culpabilidad cuando el autor observa una actitud de indiferencia o incluso de hostilidad al Derecho. En otro caso, la culpabilidad puede estar disminuida e incluso anulada, y tanto antes cuanto con mayor fuerza el autor no pueda sino incumplir la norma por razones motivacionales que hacen aparecer cualquier otro comportamiento como limitadamente exigible o no exigible en absoluto: El autor se ha equivocado en un estado de necesidad existencial, o comprensible de cualquier otro modo, por confusión o por miedo, etc., sin ser por su parte responsable de este condicionamiento de su psique. En tales casos, el autor muestra un estado psíquico que se puede definir como razón de la inobservancia de la norma. Los estados psíquicos relevantes a estos efectos no son sólo los del género de los condicionamientos psíquicos (presuntos) de los §§ 33, 35 StGB, pues el estado psíquico, en el error de prohibición —a diferencia de en los preceptos mencionados—, sólo tiene que explicar el error de prohibición. Así, p. ej., también el miedo «no culpable» a la pérdida de importantes bienes materiales puede disminuir o anular la responsabilidad por el error de prohibición condicionado por el miedo.

50 C. Cualquier atenuación de la responsabilidad conduce a una atenuación de la culpabilidad y por tanto a una atenuación de la pena. El que haya que hacer descender al marco penal con arreglo a los §§ 17, inciso 2, 49.1 StGB,

depende de la medida de la disminución [82], pudiéndose atender únicamente a motivos referidos al error; la «consideración global» de todas las causas de determinación de la pena no puede justificar la modificación del marco penal [83].

Dado que la responsabilidad es cuantificable en progresión continua, los límites inferiores de la pena que quedan al atenuar meramente con arreglo al § 49, párrafo 1, núm. 3, StGB (salvo en el último grupo) pueden ser inadecuados en supuestos de responsabilidad extremadamente disminuida. El problema es aquí, ciertamente, menos relevante que en los casos análogos del § 21 StGB (*supra* 18/30; allí también acerca de la aplicación múltiple del § 49.1 StGB por *un* motivo), pero para los casos de error de prohibición indirecto (*supra*, acerca de la justificación 11/36 ss.) no sólo de naturaleza teórica. Por eso —frente al tenor literal— también es admisible la aplicación del § 49.2 StGB [84], cumulativamente a la aplicación del § 49.1 StGB, ya que sólo mediante tal acumulación cabe hacer descender los límites *superiores* de las penas.

Es incorrecto que haya que restringir el límite inferior de la pena para el hecho doloso en error de prohibición evitable, impidiendo que sobrepase por debajo el —materialmente desde luego erróneo (y en la práctica tampoco existente)— límite inferior para el hecho imprudente [85]: La imprudencia en conocimiento, inmediatamente actualizable, de la prohibición puede ser más grave que el dolo en error de prohibición, dándose responsabilidad sólo insignificante del autor por el error.

VIII. EL ERROR EXCULPANTE SOBRE EL CARACTER VINCULANTE DE UNA ORDEN [86]

BIBLIOGRAFIA: *H. Arndt*, Grundriß des Wehrstrafrechts, 2.ª ed., 1966; *el mismo*, Die strafrechtliche Bedeutung des militärischen Befehls, NZWehrr., 1960, pp. 145 ss.; *P. Fuhrmann*, Der höhere Befehl als Rechtfertigungsgrund im Völkerrecht, 1963; *E. W. Hanack*, Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher, JZ, 1967, pp. 297 ss., 329 ss.; *D. Oehler*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des militärischen Untergebenen für Handeln auf Befehl im französischen Recht, Stock-Festschrift, pp. 237 ss.; *B. Schirmer*, Befehl und Gehorsam, 1965; *J. Scholz* y *E. Lingens*, Wehrstrafgesetz, 3.ª ed., 1988; *K. Schwaiger*, Der Anwendungsbereich des § 5 WStG, NZWehrr., 1961, pp. 64 ss.; *H. G. Schwenck*,

---

[82] Acerca de las intenciones de los intervinientes en el proceso legislativo, en relación con la cláusula de atenuación de la pena, *vid. LK-Schroeder*, § 17, núm. marg. 48, con bibliografía.

[83] *Schönke-Schröder-Cramer*, § 17, núm. marg. 26; *vid. infra* con respecto al problema análogo en la tentativa, con bibliografía 25/77 ss.; ahí también acerca de la posibilidad de acumular causas de atenuación adecuadas genuinamente de por sí.

[84] *Paeffgen*, Verrat, pp. 175 s.; en otro sentido la doctrina dominante; *de lege ferenda* en favor de la posibilidad de renunciar a la pena, *Welzel*, Niederschriften, t. II, pp. 5 ss., 9 s.; *Krümpelmann*, GA, 1968, pp. 129 ss., 147; *vid.* asimismo *LK-Schroeder*, § 17, núm. marg. 49; *SK-Rudolphi*, § 17, núm. marg. 50; Proyecto de 1962 Fundamentación relativa al § 21, p. 135.

[85] BayObLG, MDR, 1957, p. 434; *LK-Schroeder*, § 17, núm. marg. 49; *Lackner*, § 17, nota 4 *b;* como aquí, *Dreher-Tröndle*, § 17, núm. marg. 12; *SK-Rudolphi*, § 17, núm. marg. 50.

[86] En relación con los ordenamientos extranjeros, *vid. Stratenwerth*, Verantwortung, pp. 27 ss.; *Fuhrmann*, Der höhere Befehl, pp. 56 ss., 127 ss.; *v. Weber*, MDR, 1948, pp. 34 ss.; *Würtenberger*, MDR, 1948, pp. 271 ss.; *Jescheck*, AT, § 46, III; específicamente sobre el Derecho francés, *Oehler*, Stock-Festschrift, pp. 237 ss.

Wehrstrafrecht im System des Wehrrechts und in der gerichtlichen Praxis, 1973; *E. Schwinge*, Befehl und Gehorsam. Bemerkungen zur Frage der Neugestaltung des § 47 MStGB, ZAkDR, 1938, pp. 147 ss.; *G. Stratenwerth*, Verantwortung und Gehorsam. Zur strafrechtlichen Bewertung hoheitlich gebotenen Handelns, 1958; *H. v. Weber*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl, MDR, 1948, pp. 34 ss.; *Th. Würtenberger*, Der Irrtum über die Völkerrechtsmäßigkeit des Höheren Befehls im Strafrecht, MDR, 1948, pp. 271 ss.

51 A. Si una orden afecta a un ilícito que no constituye infracción penal, es vinculante, y el que ha de ejecutarla actúa de modo justificado; esta solución se basa en una ponderación generalizadora entre el deber de obediencia y el deber de no cometer ningún ilícito punible (discutido, *vid. supra* acerca de la justificación 16/14). Si la orden afecta a un ilícito punible, no es vinculante (§ 11.2 SoldatenG, §22 WStG, §§ 55 s. BBG, §§ 37 s. BRRG y las leyes correspondientes de los *Länder*), pero evidentemente el subordinado puede obrar sin culpabilidad o con culpabilidad disminuida.

52 B. El tratamiento del error del subordinado sobre que justifique ya una orden precisamente por ser una orden, se rige por las reglas generales. Tal error es posible en tres formas. En primer lugar, el autor puede considerar que una orden (o bien al menos una orden militar, o si acaso una orden militar en el curso de maniobras, etc.) justifica *per se* también la realización de un tipo de delito; ésta es una suposición errónea de una causa de justificación no reconocida jurídicamente, y se resuelve por las reglas del error de prohibición (§ 17 StGB) [87] (*supra* 11/36). En segundo lugar, el subordinado puede advertir que su base de juicio es más exacta que la del superior y equivocarse sobre la necesidad —dada— de advertírselo (*vid. supra* en torno a la justificación 16/15) por motivos jurídicos. Finalmente, concurre un error con arreglo al § 17 StGB [88] cuando el autor desconoce que la orden tiene un objeto que —con independencia de su calificación como injusto— no pertenece a la esfera de competencias del superior. Ejemplos: Un jefe superior de policía ordena a su subordinado requisar víveres, un oficial ordena a su subordinado alterar el orden en una vista judicial, etc.

53 C. 1. Si el subordinado no ignora el significado de la orden como tal, sino el carácter antijurídico del objeto de la orden, la ley suaviza la regulación del error del § 17 StGB [89], para los soldados, en el § 11, párrafo 2, inciso 2, SoldatenG, § 5.1 WStG, y para los agentes ejecutivos en el § 7, párrafo 2, inciso 2, UZwG (así como en los preceptos paralelos de las leyes de los *Länder*)

---

[87] BGH, 22, pp. 224 ss., 226; *Hanack*, JZ, 1967, pp. 297 ss.; 329 ss., 337. En otro sentido, BGH, 2, pp. 252 ss., 257, sentencia según la cual la promesa de «obediencia ciega» sería jurídicamente irrelevante, lo que en sí es correcto, pero no da cuenta de la suposición errónea de la relevancia jurídica: *vid.* asimismo *LK-Schroeder*, § 17, núm. marg. 55.

[88] *Vid.* BGH, 19, pp. 231 ss., 233 s. Se da un error sobre el tipo de justificación (*supra* 11/42 ss.) cuando el subordinado se representa erróneamente una situación en la que, de ser ésta verdad, habría que haber cumplido la orden sin advertencia al superior.

[89] Controvertido; en ocasiones se entienden los preceptos que a continuación se mencionarán en el texto como regulaciones *sui generis*; *Jescheck*, AT, § 46, I, 4; *Schölz-Lingens*, WStG, § 5, núm. marg. 1; *Schwenck*, Wehrstrafrecht, p. 90; como aquí, *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 121, ante § 32; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 34, núm. marg. 20 (no obstante, *vid.* también loc. cit., § 38, núm. marg. 28).

considerando que tales sujetos sólo actúan culpablemente si conocen el injusto o éste es manifiesto [90]. Ello demuestra el carácter funcional del concepto de culpabilidad, pues la exculpación no se produce sólo (y ya) cuando al subordinado no le es ya cognoscible el injusto desde el punto de vista psicológico, sino cuando el conflicto cabe desplazarlo al superior (que, si tiene el conocimiento necesario, es autor mediato, *infra* 21/96). Este desplazamiento es posible en los soldados y en los agentes ejecutivos antes que en otros subordinados [91], porque en dichos ámbitos ya no importa sólo la jerarquía en funcionamiento, sino también la rapidez en la ejecución de decisiones; si los soldados y los agentes ejecutivos se viesen gravados con el riesgo de error según las reglas generales, la necesaria aclaración, en cada caso, de la situación jurídica por parte del subordinado a menudo imposibilitaría la ejecución de medidas enérgicas.

2. El error afectará por lo general al carácter de injusto; en el caso límite 54
puede que el subordinado sepa también que la orden tiene por objeto algo injusto, pero identificando este injusto, sin embargo —en una valoración paralela en la conciencia del autor (*supra* 8/49; 19/24)—, no como «hecho antijurídico», sino como hecho que realiza el tipo [92]. De todos modos, según los preceptos mencionados sólo hay error si el subordinado advierte el hecho antijurídico —así pues, no ya si duda de que está ante un hecho antijurídico [93]— o si el hecho antijurídico, con arreglo a las circunstancias conocidas por él, es manifiesto [94]. Esto último significa que —junto al conocimiento— el desconocimiento debido a hostilidad o indiferencia hacia el Derecho excluye que se desplace el conflicto al superior [95].

D. En caso de culpabilidad que, «teniendo en cuenta la situación espe- 55
cial» del subordinado, sea insignificante, cabe disminuir el marco penal del

---

[90] De acuerdo con el § 47 MStGB, existía culpabilidad sólo cuando el subordinado *conocía* la circunstancia de que la orden *pretendía* un crimen o un delito; *vid.* al respecto *Schwinge*, ZAkDR, 1938, pp. 147 ss. Sobre la aplicación del precepto a los delitos del período nacional-socialista, *vid. Hanack*, JZ, 1967, pp. 297 ss., 329 ss., 336 s. El § 47 MStGB, con arreglo al Decreto de 17 de octubre de 1939, era aplicable, debidamente interpretado, a los miembros de las SS y a las instituciones policiales en misión especial (BGH, 5, pp. 239 ss., 240 s.). Referencias a la reciente jurisprudencia acerca del § 47 MStGB en *LK-Schroeder*, § 17, núm. marg. 53; *Jescheck*, AT, § 36, II, 3 *b*, con nota 9.

[91] Para éstos rigen las reglas generales, en lo que se refiere a delitos. Constituyen ejemplos la cooperación de médicos en la acción eutanásica de la época nacional-socialista (OLG Frankfurt, SJZ, 1947, párrafo 621 ss., 627 s.), o de la Gestapo en las deportaciones de judíos (BGH, 2, pp. 234 ss., 238 ss.). En los demás casos de injusto, por lo general es posible la exculpación tras haber intentado infructuosamente que el superior rectifique, *vid.*, § 56, párrafos 2 y 3 BBG, § 38, párrafos 2 y 3 BRRG; aisladamente se encuentra en leyes de los *Länder* la limitación de la culpabilidad a los supuestos en los que el «injusto» era manifiestamente cognoscible (§ 69, párrafos 2 y 3 LBG, Baden-Württemberg).

[92] *Schölz-Lingens*, WStG, § 5, núm. marg. 11; *Arndt*, Wehrstrafrecht, pp. 117 ss., 118; *LK-Schroeder*, § 17, núm. marg. 52.

[93] BGH, 5, pp. 239 ss., 244 (con respecto al § 47 MStGB); 19, pp. 231 ss., 232, 234; 22, pp. 224 ss., 225; *Arndt*, Wehrstrafrecht, pp. 117 ss., 118; *el mismo*, NZWehrr., 1960, pp. 145 ss., 150 s.; *Schölz-Lingens*, WStG, § 5, núm. marg. 8; controvertido.

[94] *Vid.* al respecto *Schirmer*, Befehl, pp. 92 ss., con ejemplos; *Schwaiger*, NZWehrr., 1961, pp. 64 ss.

[95] BGH, NStZ, 1986, pp. 313 s.

§ 49.1 StGB, según el § 5.2 WStG, y tratándose de un delito menos grave, renunciar a la pena. Una «situación especial» será sobre todo un estado psíquico anómalo del que el subordinado no sea responsable, como p. ej., fatiga, o agotamiento intenso, o instigación por parte del superior. Se trata, pues, de disminución de la culpabilidad por haber disminuido la exigibilidad.

APARTADO 20

La inexigibilidad

BIBLIOGRAFIA: *A. Arndt*, Comentario a OLG Kiel, SJZ, 1947, pp. 323 ss., loc. cit., parágrafos 330 ss.; *K. Bernsmann*, Zum Handeln von Hoheitsträgern aus der Sicht des «entschuldigenden Notstands» (§ 35 StGB), Blau-Festschrift, pp. 23 ss.; *el mismo*, «Entschuldigung» durch Notstand, 1989; *P. Bockelmann*, Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, 1949; *el mismo*, Zur Schuldlehre des Obersten Gerichtshofs, ZStW, 63, pp. 13 ss.; *A.-E. Brauneck*, Der strafrechtliche Schuldbegriff, GA, 1959, pp. 261 ss.; *Drost*, Die Zumutbarkeit bei vorsätzlichen Delikten, Archiv für Strafrecht (GA) 77 (1933), pp. 175 ss.; *W. Gallas*, Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, Mezger-Festschrift, pp. 311 ss.; *el mismo*, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW, 67, pp. 1 ss.; *E.-W. Hanack*, Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher, JZ, 1967, pp. 297 ss., 329 ss.; *H. Henkel*, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Prinzip, Mezger-Festschrift, pp. 249 ss.; *J. Hruschka* y *J. C. Joerden*, Supererogation: Vom deontologischen Sechseck zum deontologischen Zehneck, ARSP, 73 (1987), pp. 93 ss.; *H. Jäger*, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft. Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität, 1967; *G. Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *W. Küper*, nuevamente, Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung, JuS, 1971, pp. 474 ss.; *Th. Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, 1965; *el mismo*, Das Merkmal der «Nicht anders-Abwendbarkeit» der Gefahr in den §§ 34, 35 StGB, Lackner-Festschrift, pp. 95 ss.; *K. Marcetus*, Der Gedanke der Zumutbarkeit, 1928; *U. Neumann*, Zurechnung und «Vorverschulden», 1985; *C. Roxin*, «Schuld» und «Verantwortlichkeit» als strafrechtliche Systemkategorien, Henkel-Festschrift, pp. 171 ss.; *el mismo*, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, Bockelmann-Festschrift, pp. 279 ss.; *el mismo*, Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW, 96, pp. 641 ss.; *el mismo*, Der entschuldigende Notstand nach § 35 StGB, JA, 1990, pp. 97 ss., 137 ss.; *H.-J. Rudolphi*, Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. der § 52, 53, Abs. 3, und 54 StGB straflbar?, ZStW, 78, pp. 67 ss.; *el mismo*, Notwehrexzeß nach provoziertem Angriff - OLG Hamm, NJW, 1965, 1928, JuS, 1969, pp. 461 ss.; *el mismo*, Die Bedeutung des Gewissensentscheides für das Strafrecht, Welzel-Festschrift, pp. 605 ss.; *E. Schmidhäuser*, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958; *W. Stree*, Rechtswidrigkeit und Schuld, en: *C. Roxin, W. Stree, H. Zipf, H. Jung*, Einführung in das neue Strafrecht, 2.ª ed., 1975, pp. 34 ss.; *G. Timpe*, Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983; *el mismo*, Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 StGB) und zum Notwehrexzeß (§ 33 StGB), JuS, 1984, pp. 859 ss., JuS, 1985, pp. 35 ss., 117 ss.; *K. Ulsenheimer*, Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens bei Gefahr eigener Strafverfolgung, GA, 1972, pp. 1 ss.; *Th. Vogler*, Der Irrtum über Entschuldigungsgründe im Strafrecht, GA, 1969, pp. 103 ss.; *H. v. Weber*, Vom Diebstahl in rechter Hungersnot, MDR, 1947, pp. 78 ss.; *el mismo*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl, MDR, 1948, pp. 34 ss.

I. EL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE (§ 35 StGB)

A. Teorías sobre el estado de necesidad

1 1. Se discute por qué la ley, en las situaciones de necesidad mencionadas en el § 35, párrafo 1, inciso 1, StGB, declara inexigible la observancia de la norma. El fundamento de la exculpación se trata de encontrar en las circunstancias que se expondrán a continuación [1].

a) Con arreglo a una solución psicologizante, es la presión psíquica que surge de la situación la que fundamenta la exculpación; paralelamente a la regulación de la capacidad de culpabilidad, se considera al miedo un estado psíquico anómalo que excluye la capacidad de observancia de la norma [1a]. Evidentemente, es éste un aserto incompleto: Con él no se puede determinar ni por qué no se concede la exculpación en caso de «ocasionamiento» o de obligación especial (§ 35, párrafo 1, inciso 2, StGB), ni por qué el miedo debe tener por contenido la conservación de determinados bienes y por qué no cuenta un miedo igualmente intenso acerca de otros bienes ni, finalmente, por qué la ley presume el miedo en la situación de necesidad (acerca del esquema que, por la presunción, separa de la culpabilidad una responsabilidad objetivadora, *vid.* ya *supra* 17/39 ss.).

2 *b)* Frente a la solución psicologizante, la solución normativa atiende a la valoración de la actitud que se pone de manifiesto en el hecho. Esta no debe ser, en el supuesto de estado de necesidad, hostil ni indiferente hacia el Derecho (en caso de dolo) ni temeraria o descuidada (en la imprudencia), ya que la situación de necesidad también desborda al ciudadano normal [2]. De este modo, no se hace sino desplazar el problema desde la culpabilidad a la actitud; por qué, p. ej., en un peligro «ocasionado» queda una actitud hostil al Derecho, mientras que falta si el peligro no es «ocasionado» (si es que no existe otra obligación especial), es una pregunta a la que no cabe responder mediante el concepto de actitud (contra la utilidad de este concepto, *vid.* ya *supra* 17/17).

3 *c)* De acuerdo con una teoría que va ganando adeptos, el estado de necesidad exculpante se basa en una doble disminución de la culpabilidad: La culpabilidad se ve disminuida por un conflicto anímico y por un injusto reducido. La reducción del injusto tiene lugar porque el autor actúa para conservar un bien (valor de acción positivo), lo que en el supuesto básico incluso se alcanza

---

[1] Exposición detallada, en *Timpe*, Strafmilderungen, pp. 275 ss.; *el mismo*, JuS, 1984, pp. 859 ss., 860 ss.; *el mismo*, JuS, 1984, pp. 859 ss., 860 ss.; *Roxin*, JA, 1990, pp. 97 ss.

[1a] RG, 66, pp. 222 ss., 225; 66, pp. 397 ss., 398 s.; *Schönke-Schröder*, 17, § 52, núm. marg. 1; *Brauneck*, GA, 1959, pp. 261 ss., 269; *Frank*, nota II, ante §§ 51 s., § 52 nota I (ante 1); *Henkel*, Mezger-Festschrift, pp. 249 ss., 291 s.; *Baumann-Weber*, AT, § 29, I, 4, *c; Horstkotte*, Protokolle Sonderausschuß, V, pp. 1839 ss., 1847, 1857; *vid.* asimismo BT-Drucksache, V/4095, p. 16 («sobrepresión que infuye sobre la motivación»). En contra, ampliamente, *Marcetus*, Zumutbarkeit, p. 61 ss.

[2] *Gallas*, Mezger-Festschrift, pp. 311 ss., 323; *el mismo*, ZStW, 67, pp. 1 ss., 45; en términos semejantes *Schmidhäuser*, AT, 11/2, con especificaciones acertadamente orientadas a la prevención, loc. cit., 11/4; *el mismo*, Gesinnungsmerkmale, pp. 178 ss.; *Jescheck*, AT, § 43, III, 2 *b* (junto a una disminución del injusto); *Bockelmann*, Verhältnis, p. 58.

(disminución del desvalor de resultado mediante el valor de resultado) [3]. En ocasiones, por la disminución del injusto incluso se excluirá la posibilidad de participación accesoria en un hecho cometido en estado de necesidad exculpante, o bien, si hay participación, se considera necesario atenuar la pena [4]. A esta solución se opone el que la doble disminución de la culpabilidad no puede explicar la exculpación completa cuando la disminución simple de la cupabilidad mediante la disminución del injusto (p. ej., en el hecho del causante del peligro o de una persona que le es allegada) no conduce ni siquiera a una reducción del marco penal. Además, a esta solución se opone el que la ley no exige ningún «valor de resultado», sino que se contenta con el valor de acción (también disculpa la tentativa de librarse del estado de necesidad existencial, necesaria *ex ante*, pero *ex post* fallida). Sobre todo, no cabe armonizar la disminución del injusto con los principios generales de determinación del injusto: Si el autor, a fin de conservar los propios bienes, destruye varias veces su valor en bienes ajenos, bien es verdad que concurre un valor de acción positivo y en su caso también un valor de resultado, pero el desvalor igualmente concurrente llega a contrapesarlo e incluso lo sobrepasa. Ejemplo: Si, entre otras razones, hay que exculpar por la disminución del injusto, a quien para conservar su propia vida mata a varias personas, tendría que estar exculpado quien, para conservar su patrimonio, lesiona gravemente a una sola persona, pues en este último caso se salvaguarda *proporcionalmente* al menos tanto como en el primero [4a].

d) Conforme a una «teoría específica del bien jurídico», habría que atender a un «pronunciamiento radical del valor de la vida» [4b]. Pero evidentemente, las excepciones a la exculpación contenidas en el § 35, párrafo 1, inciso 2, StGB, ponen de manifiesto que el Derecho vigente se ocupa desde luego no de la conservación del «valor de la vida», sino al menos también de hacer valer los intereses generales (si es que no predomina esto último); esta teoría no aporta, pues, una aclaración completa [4c].

---

[3] *Welzel*, Strafrecht, § 23, ante I; *Armin Kaufmann*, Dogmatik, pp. 156 ss.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 11, ante § 32; *Küper*, JuS, 1971, pp. 474 ss., 477; *Lenckner*, Notstand, pp. 35 ss.; *SK-Rudolphi*, § 35, núm. marg. 3 ss.; *Rudolphi*, ZStW, 78, pp. 67 ss., 81 ss.; *el mismo*, JuS, 1969, pp. 461 ss., 462; *el mismo*, Welzel-Festschrift, pp. 605 ss., 631; *Vogler*, GA, 1969, pp. 103 ss., 105; *Ulsenheimer*, GA, 1972, pp. 1 ss., 23; *LK-Hirsch*, núm. marg. 193, ante § 32 y § 35, núm. marg. 3 s.; *Jescheck*, AT, § 43, III, 2 b (junto a una valoración de la actitud). Crítica pormenorizada en *Neumann*, Zurechnung, pp. 209 ss.; *Roxin*, JA, 1990, pp. 1990, pp. 97 ss., 98 s.; *Bernsmann*, «Entschuldigung», pp. 204 ss.

[4] *SK-Rudolphi*, § 35, núm. marg. 21; *Rudolphi*, ZStW, 78, pp. 67 ss., 76 ss., 90; *Welzel*, Strafrecht, § 23, III, 2 *in fine; vid.* asimismo *Maurach*, Schuld und Verantwortung, pp. 59 ss. Acerca de las especialidades de la inducción (al respecto *Baumann-Weber*, AT, § 29, I, 4 *b*) *vid.* ya *supra* 17/41, en torno a la distinción entre culpabilidad y responsabilidad. La ilustración verídica acerca de la situación jurídica al autor exculpado no constituye inducción ni complicidad, sino un supuesto de prohibición de regreso; *infra* 24/17.

[4a] Críticamente *Neumann*, Zurechung, p. 217, nota 38.

[4b] *Bernsmann*, «Entschuldigung», pp. 306 ss., 308.

[4c] *Bernsmann*, pretende no reconocer un deber, garantizado penalmente, de soportar la defensa que puede llegar a ser mortal, ni siquiera para el que ataca antijurídicamente, «Entschuldigung», pp. 420 s.: «La legítima defensa puede "legitimar" la muerte de una persona, pero con ello aún no se ha afirmado que la ejecución de ese "derecho" se pueda fomentar con una conminación penal; el poder de regular penalmente una acción que supone (también) la salvación de la (propia) vida del autor no se le ha atribuido al legislador». Así pues, el atacante que sólo puede defenderse

4 2. *a)* En concordancia con el concepto funcional de culpabilidad, cabe obtener una explicación de la exculpación teniendo en cuenta el fin de la pena [5]. La motivación del autor se puede definir como reacción apropiada a la situación cuando el autor no es responsable de ella: El conflicto anímico y la disminución del injusto, presente en su caso, sólo dan lugar a exculpación si el conflicto es posible solucionarlo como fortuito o achacarlo a terceros. Con este punto de partida cabe aclarar las excepciones a la exculpación en caso de «ocasionamiento» y en las relaciones jurídicas especiales: Estas situaciones no admiten el desplazamiento del conflicto ni su solución como fruto de la casualidad. El punto de partida explica también la limitación de los bienes a la vida, la integridad y la libertad: La pérdida de otros bienes, singularmente de todo el patrimonio, debe tolerarse por lo general, sin obligación especial o «causación», si es que estos bienes han de gestionarse ordenamente desde el punto de vista jurídico. Así, p. ej., en una quiebra —incluso no culpable— nadie puede comportarse dañosamente con el patrimonio del vecino sin culpabilidad. En casos aislados es conveniente una atenuación de la pena, en los bienes no mencionados (sobre ello, *infra* 20/9). El punto de partida se ajusta, finalmente, también a la *presunción* legal de conflicto anímico. En la medida en que el comportamiento, en una consideración general, no es conforme a Derecho, pero sí socialmente adecuado, se puede renunciar a un análisis detallado de la motivación (acerca de ello, *infra* 120/11). El punto de vista rector es siempre el de si en la exculpación concreta el ámbito vital respectivo sigue siendo jurídicamente organizable, con otras palabras, el aspecto de prevención general. Acerca de las regulaciones especiales (§ 139, párrafo 3, inciso 1, §§ 157, 258.6 StGB) *vid. supra* 10/19 e *infra* 29/nota 192, así como 31/43 con nota 89.

b) En el caso de que el autor actúe en favor de un allegado, la regulación legal estabiliza la relación de los allegados, reconociendo su intensidad. Lo cual no es válido cuando el autor redistribuya de un allegado a otro, desde luego no en la redistribución entre los parientes mencionados como allegados en la ley. Ejemplo: El padre, tras el naufragio, arroja de la tabla de salvación a su hija para aupar a su hijo; comportamiento culpable. Pero sería admisible el desplazamiento del conflicto desde *uno mismo* a personas allegadas, incluso a aquellas por las que el autor tiene que cuidar como garante institucional, pues la institución no exige la autoinmolación con la firmeza jurídica.

---

contra la defensa previsiblemente mortal del atacado matándolo a su vez ¿puede matarlo impunemente, a saber, en estado de necesidad exculpante? *Vid.* loc. cit., p. 421 con nota 456. *Bernsmann* mantiene a medias lo señalado por *Hobbes (Leviathan,* cap. 28.°) articulando el carácter irrenunciable del derecho a preservar la propia vida, sin el Derecho penal del estado natural que el hombre se reserva, no cediéndolo al soberano.

[5] *Jakobs*, Schuld und Prävention, pp. 20 ss.; *Timpe*, Strafmilderungen, pp. 297 ss.; *el mismo*, JuS, 1984, pp. 859 ss., 862 s.; JuS, 1985, pp. 35 ss., 117 ss.; en cuanto al planteamiento igualmente *Roxin*, Henkel-Festschrift, pp. 171 ss., 182 s.; *el mismo*, Bockelmann-Festschrift, pp. 279 ss., 282 s.; *el mismo*, ZStW, 96, pp. 641 ss., 655; *el mismo*, JZ, 1990, pp. 97 ss., 98 s.; *Schünemann*, en: Straftatsystem, pp. 153 ss., 1689 s. Con respecto a la solución de *Neumann*, Zurechnung, pp. 231 ss., *vid.* ya *supra* 17/58 con nota 106 *b*; críticamente *Bernsmann*, «Entschuldigung», pp. 225 ss., 378 s.

B. Requisitos de la exculpación

1. El concepto de peligro ha de determinarse, al igual que en el estado de necesidad justificante, objetivamente *ex ante*. El peligro puede ser de origen «natural», p. ej., surgir de una explosión de grisú [6] o del estado ruinoso de una edificación [7]. Pero también puede ser controlable por una persona: Un pariente amenaza con suicidarse [8]; un padre tiraniza a su familia [9]; un niño no recibe los cuidados adecuados en una institución [10]; desde una multitud dedicada al pillaje amenazan producirse actos de violencia [11]. Si el que controla los acontecimientos es autor mediato del acto de liberarse (o, por falta de especial cualificación, sólo partícipe), la situación se denomina estado de necesidad coactivo: Se amenaza de muerte a quien está obligado a prestar juramento si declara la verdad [12]; se determina al hecho al instrumento humano mediante la amenaza de muerte [13]. 5

2. También la actualidad del peligro ha de interpretarse como en el estado de necesidad justificante. Ello es aplicable además a la falta de otra posibilidad de evitación (la necesidad), naturalmente con el matiz de que una persona solidaria, al intervenir en los bienes de terceros, sólo está exculpada cuando en otro caso tendría que sacrificar bienes propios de la categoría indicada en el § 35 StGB [13a]. Ejemplo: Quien para conservar la mano de un pariente no quiere sacrificar su propio dedo, no puede sacrificar en su lugar los de terceros y mucho menos las manos de éstos, pero quien, en una estado de necesidad en el mar, posee un chaleco salvavidas, sí puede mantenerlo y quitárselo a un tercero en favor de un pariente. Un peligro puede ser actual continuamente (peligro permanente), como p. ej., en vejaciones continuas a la familia por parte del padre. Siempre que un comportamiento lícito [14] o menos ilícito [15] también elimine el peligro, éste se considera evitable de otro modo. 6

3. El peligro debe amenazar *al autor o a un pariente o a una persona que le es allegada*. En relación con los parientes (§ 11, párrafo 1, núm. 1, StGB) puede que en realidad falte la relación afectiva, pero ésta se presume. Las personas allegadas son aquellas cuyo bienestar le importa al autor realmente tanto como por lo general el suyo propio o, idealmente, el de sus parientes. Generalmente, esta relación se apoyará en un vínculo (informal): amistad, amor. 7

---

[6] RG, 72, pp. 244 ss., 249.

[7] RG, 59, pp. 69 ss., 70 s.; en el supuesto en cuestión —incendio de un refugio en ruinas— el peligro tendrá que haber sido evitable de otro modo.

[8] *Jescheck*, AT, § 44, I, 2; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 32, núm. marg. 11; no obstante, el allegado responsable por lo general ha «causado» el peligro.

[9] RG, 60, pp. 318 ss.; BGH, NJW, 1966, pp. 1824 s.

[10] RG, 41, pp. 214 ss., 216.

[11] RG, 60, pp. 118 ss., 119 s.; en el supuesto en cuestión el peligro afectaba sólo a la propiedad.

[12] BGH, 5, pp. 371 ss., 373 s.; RG, 66, pp. 222 ss., 226 s.

[13] RG, 64, pp. 30 ss., 31.

[13a] *Lenckner*, Lackner-Festschrift, pp. 95 ss., 107; *LK-Hirsch*, § 35, núm. marg. 45.

[14] BGH, 2, pp. 242 ss., 245; BayObLG, DAR, 1956, pp. 15 s., 16; BayObLG, GA, 1973, pp. 208 ss., 209.

[15] RG, 66, pp. 222 ss., 227: negativa antijurídica a prestar juramento, en lugar de perjurio.

etc. La relación no hace falta que exista recíprocamente [15a], pero la otra persona debe haber dado motivo para una vinculación personalísima (así p. ej., en la deuda de gratitud, unilateral por definición).

8 4. A tenor del § 35, párrafo 1, inciso 1, StGB, sólo concurre una situación exculpante cuando existe peligro para la *vida* (también la de un feto) [15b], la *integridad corporal* (incluida la integridad sexual) [15c] o la *libertad* (libertad de movimientos, no la libertad general de ejecutar la propia voluntad, en el sentido del § 240 StGB). La integridad corporal y la libertad han de estar en peligro en una medida tal que se pueda entender que el autor ya no se ande con miramientos con los bienes de otras personas [16]. La medida depende de la constitución psíquica del autor, siempre que éste no sea responsable de esa constitución débil (de los jóvenes cabe exigir menos que de los adultos), así como de la importancia de la intervención liberadora (quien debido a la amenaza de recibir una gran paliza presta falso testimonio en una pequeña causa civil, está exculpado, pero no quien, dado el mismo peligro, determina el ingreso en prisión durante años de otra persona mediante el falso testimonio) [17]. Si amenaza producirse la pérdida de la vida o importantes menoscabos de la libertad o de la salud, no hace falta recurrir a la proporcionalidad; así, se puede exculpar la muerte de varias personas para conservar la vida de una persona [18].

9 En caso de peligro para otros bienes distintos a la vida, la integridad o la libertad, la total falta de miramientos ya no es comprensible [19]. Evidentemente, una atenuación del marco penal por analogía con el § 35, párrafo 1, inciso 2, semiinciso 2.°, en conexión con el § 49.1 StGB, no contradice la idea básica del § 35 StGB, si el bien puesto en peligro se aproxima en importancia a los bienes mencionados, para la persona en peligro (sobre todo en relación con bienes insustituibles, que constituyen la obra de la vida de su poseedor: obras de carácter económico, científico y artístico) y el autor no es responsable de tener que soportar la pérdida [19a]. Ejemplo: Un labrador estará parcialmente exculpado si en un incendio salva al ganado antes de despertar al mozo, que sufre por eso graves lesiones en las llamas; pero en caso de incendio «causado», o al evitar una quiebra o en caso de estado de necesidad general, etc., no se exculpa parcialmente [20]. Acerca del autor por motivos de conciencia, *vid. infra* 20/20 ss.

10 5. De acuerdo con el tenor literal del § 35, párrafo 1, inciso 1, StGB, el autor sólo puede estar exculpado cuando actúa *para evitar el peligro*. Sin embargo, no hay que verificar la pureza del motivo por el que el autor quiere evi-

---

[15a] *De otra opinión*, *Roxin*, JA, 1990, pp. 97 ss., 102.

[15b] Controvertido; *de otra opinión*, *LK-Hirsch*, § 35, núm. marg. 12.

[15c] Controvertido; *de otra opinión*, *LK-Hirsch*, § 35, núm. marg. 13 (ciertos ámbitos de la integridad sexual se incluirían, no obstante, en la libertad, núm. 15).

[16] BGH, DAR, 1981, p. 226.

[17] *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 608; *Jescheck*, AT, § 44, II, 1; *LK-Hirsch*, § 35, núm. marg. 63; *Timpe*, JuS, 1984, pp. 859 ss., 864 s.

[18] BGH, NJW, 1964, pp. 730 s.

[19] RG, 66, pp. 397 ss., 399; ampliando, sin límites, la exculpación, OLG Hamm, NJW, 1976 pp. 721 ss. Críticamente con respecto a la delimitación de bienes que aquí se lleva a cabo, *Bernsmann*, «Entschuldigung», pp. 229 ss.; *Roxin*, JA, 1990, pp. 97 ss., 100 s.

[19a] *Timpe*, 1984, pp. 859 ss., 863 s.

[20] *Vid. Stratenwerth*, AT, núm. marg. 606; *Stree*, en: Einführung, pp. 34 ss., 57.

tar el peligro, ni la medida del conflicto que experimenta. Ejemplo: También está exculpado quien salva a su esposa de un peligro mortal no por cariño, sino porque teme perder consideración social si no interviene [21]. Dada la voluntad de evitación, el conflicto anímico se presume [22].

11 La interpretación no puede detenerse en esta conclusión. Como ya se indicó en el marco de las causas de justificación, acerca del problema análogo de la tendencia a la justificación (*supra* 11/18 ss.), a la solución que no sólo requiere conocimiento de la situación de necesidad, sino también que se obre para evitar el peligro, se le presenta la siguiente dificultad: La imputación del hecho depende de algo interno no exteriorizado; por eso, en esta solución también hay que imputar al autor que obra en conocimiento de la situación de necesidad y del efecto de evitación de su comportamiento, pero no para evitar, aun cuando tal autor, mediante un cambio interno de motivación, con el mismo comportamiento externo, podría suprimir la imputación. Ello contradice el principio del hecho. Por consiguiente, contra el tenor literal del § 35, párrafo 1, inciso 1, StGB, hay que exigir sólo conocimiento de la situación de necesidad y del efecto de evitación, pero no que se obre para evitar [22a]. Lo mismo es aplicable también al estado de necesidad ante una orden (*Befehlsnotstand*): Quien obra para cumplir una orden, pero aprobando las intenciones de quien ordena, está ya exculpado si sabe que si se niega a cumplir la orden —lo que, naturalmente, ni siquiera se le pasa por la imaginación— tendría que contar con graves represalias. La orden, más la amenaza, posibilitan la inculpación del que da la orden y con ello la exculpación del subordinado. Por el contrario, la jurisprudencia y la doctrina dominante [23] atienden al motivo de la acción, para privar al autor del subterfugio de que ha concurrido un estado de necesidad ante una orden y que éste no se ha podido evitar de otro modo. Naturalmente, hasta ahora no se ha puesto de manifiesto la necesidad de exigir (en el estado de necesidad demostrable, siendo asimismo demostrable la ausencia de posibilidad de evitar de otro modo) para la exculpación nada más que el conocimiento de esta situación. La solución opuesta —como ya en la tendencia a la justificación, y allí sobre todo en relación con el deber de examen— desemboca en desplazar, en perjuicio del autor, la carga de la prueba sobre el análisis de la motivación.

---

[21] *Jescheck*, AT, § 44, II, 2; *v. Weber*, MDR, 1948, pp. 34 ss., 40 s.; *Baumann-Weber*, AT, § 29, II *a*; *Lackner*, § 35, nota 2 *d; de otra opinión* (se requiere actuar por constreñimiento psíquico), *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 35, núm. marg. 16.

[22] Así, acertadamente *Dreher-Tröndle*, § 35, núm. marg. 8; *LK-Hirsch*, § 35, núm. marg. 39: *vid.* asimismo *Schmidhäuser*, Studienbuch, 8/20.

[22a] *Timpe*, 1984, pp. 859 ss., 862; críticamente *Bernsmann*, «Entschuldigung», pp. 104 s.; *Roxin*, JA, 1990, pp. 97 ss., 102 s.

[23] *Vid. supra*, 20/nota 1, y OGH, 1, pp. 310 ss., 313; BGH, 3, pp. 272 ss., 275 s.; 18, pp. 311 s.; *LK-Hirsch*, § 35, núm. marg. 38; con respecto a la problemática del estado de necesidad, ante una orden en los delitos de la época nacional-socialista, *vid. Jaeger*, Verbrechen, pp. 89 ss.; *Hanack*, JZ, 1967, pp. 297 ss., 329 ss., 334 ss.

C. Impedimento a la exculpación en caso de responsabilidad del autor por el conflicto

12 1. ¡ Aun cuando se cumplan los requisitos mencionados, no se exculpa al autor «siempre que quepa exigirle que asuma el peligro» (§ 35, párrafo 1, inciso 2, semiinciso 1.° StGB). Esta formulación de la ley incurre en círculo vicioso: La determinación de lo exigible no se puede llevar a cabo sirviéndose del concepto de exigibilidad. En realidad, se quiere decir que el cumplimiento de los requisitos sólo exculpa si el autor no es responsable por la situación de conflicto [23a].

13 2. *a)* La responsabilidad se rige por los criterios ya especificados en general para la exigibilidad (*supra* 17/69 ss.; *vid.* allí asimismo en relación con el problema de las distintas responsabilidades del autor y del beneficiado por el hecho, 17/75). También se puede derivar de un deber institucional o de un deber en responsabilidad por la organización. Los *deberes institucionales* vienen en consideración sobre todo cuando una organización necesaria no es posible garantizarla de otro modo. Tal es el caso en determinados grupos de profesiones que presentan peligros específicos, estando el deber especial en parte formulado legalmente. Dicha postivización es desde luego tan escasamente constitutiva como lo es en las posiciones de garante en virtud de responsabilidad institucional [23b]. Ejemplos de grupos de profesiones: soldados (§ 6 WStG) y objetores que realizan la prestación civil sustitutoria (§ 27.3 ZivildienstG), agentes de policía en acto de servicio (§§ 29, párrafo 3, 30 ss., 106, 109 SeemannsG), bomberos. El deber especial no se extiende a los peligros que no están predeciblemente unidos a la actividad profesional, sino que sólo surgen con ocasión de ésta. Ejemplo [24]: Si un policía es constreñido por un superior a cometer una infracción penal, no existe deber especial alguno de doblegarse a la coacción. Institucionalmente obligados están también —de nuevo paralelamente a la situación en las posiciones de garante— las personas que han fundamentado una especial confianza en su capacidad de resistencia, como p. ej., los vigilantes (también los particulares) o los supervisores del nivel de grisú en la mina [25] o los equipos de salvamento en el mar (también los particulares), pero sobre todo el personal médico y asistencial en hospitales abiertos al público.

14 *b)* El caso más importante en la práctica de aplicación de responsabilidad en virtud de deber institucional reside en las personas internadas conforme a un proceso penal (aun cuando en el caso concreto lo sean injustamente desde el punto de vista material) preventivamente o en cumplimiento de una pena. El deber especial es, para estas personas, la contrapartida de la inadecuación de todas las medidas no conformes al procedimiento en el estado de necesidad justificante [26] (*supra* 13/36 ss.). En general los procedimientos reglados de so-

---

[23a] *Timpe*, Strafmilderungen, pp. 304 ss.

[23b] *De otra opinión*, *Bernsmann*, Blau-Festschrift, pp. 23 ss., 39 ss.

[24] BGH, NJW, 1964, p. 730; *vid.* además *Jescheck*, AT, § 44, III, 2 *b* nota 19; *Bockelmann*, ZStW, 63, pp. 13 ss., 43; *Timpe*, JuS, 1985, pp. 35 ss.

[25] RG, 72, pp. 246 ss., 249 s.

[26] RG, Recht, 1915, núm. 1222; RG, 54, pp. 338 ss., 341; OLG Kiel, SJZ, 1947 párrafos 323 ss., 330; si el procedimiento no satisface los principios del Estado de Derecho, ello comporta

lución de conflictos indican, fuera del procedimiento previsto, el deber especial de soportar el peligro. Por eso, en caso de situación de necesidad general están todos obligados a contentarse con los subsidios que se les han atribuido, en la medida en que el Estado lleva a cabo aún la gestión de la situación de necesidad [27]. La exclusión de la exculpación se aplica, naturalmente, sólo para aquellas medidas de autoabastecimiento que perturban el sistema estatal de distribución. En la medida en que faltan procedimientos en los conflictos planeables, cada cual debe soportar el peligro. Ejemplo: El pariente de un enfermo de los riñones no está exculpado si sustrae con violencia un riñón donado. También las causas de justificación regulan taxativamente el deber de soportar; la resistencia contra las intervenciones justificadas no es sólo antijurídica, sino que ni siquiera puede exculparse por el § 35 StGB [28].

c) En ocasiones se afirma el deber de soportar también sin tener en cuenta las condiciones de la organización del ámbito respectivo, cuando la institución tiene por contenido una configuración de la vida común al que se encuentra en situación de necesidad y a la víctima de la intervención; así, p. ej., los padres no se pueden salvar, si quieren estar exculpados, a costa de sus hijos, ni el cónyuge a costa del otro cónyuge [29]. La decisión es dudosa; en todo caso, está excluida la equiparación plena (a causa de lo débil de la relación, no necesaria para la institución) con las relaciones jurídicas especiales necesarias para la institución; por eso debe al menos atenuarse *obligatoriamente* el marco penal. 15

3. *a)* La «causación» del peligro, es decir, la *fundamentación de la responsabilidad por un comportamiento precedente* no constituye sino un supuesto particular de las relaciones jurídicas especiales. La «causación» ha de interpretarse más estrictamente que en la posición de garante en virtud de responsabilidad por organización: El ejercicio de derechos especiales, también en caso de motivo valorable positivamente, convierte al sujeto en obligado a asegurar y a salvar, pero sólo en el marco de lo que se puede llevar a cabo sin sacrificar bienes existenciales. Ejemplo: Quien en auxilio al estado de necesidad agresivo, justificante, penetra en una propiedad ajena y allí viene a parar a una situación del § 35 StGB, en la liberación del estado de necesidad no actúa culpablemen- 16

---

ya la justificación, y no sólo la exculpación; controvertido, *vid.* BGH, LM, § 52, núm. 8; BGH, ROW, 1958, pp. 33 s.; *Arndt*, SJZ, 1947, párrafos 330 ss.; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 34, núm. marg. 10. *Jescheck*, AT, § 44, III, 3; *LK-Hirsch*, § 35, núm. marg. 60.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 35, núm. marg. 9, con la importante excepción, en loc. cit., núm. marg. 26, de que en caso de juicio erróneo dictado de conformidad con los principios del Estado de Derecho, la liberación del condenado estará exculpada (¿y por qué no justificada?), siempre que se lleve a cabo sin dar muerte a nadie.

[27] *Vid. v. Weber*, MDR, 1947, pp. 78 ss.; *LK-Hirsch*, § 35, núm. marg., 18 s.; OLG Celle, HESt., 1, pp. 139 ss., 140; *de otra opinión*, en caso de peligro de muerte, OLG Kiel, SJZ, 1947, párrafos 674 s.; OLG Neustadt, NJW, 1951, p. 852. Es errónea la objeción de *Bernsmann*, «Entschuldigung», pp. 228 s., en el sentido de que la teoría que aquí se defiende sólo valdrá para bienes para los que no hay peligros cotidianamente. Lo cotidiano hay que soportarlo —¡y queda como exculpable el actuar en una situación especial! *Bernsmann*, loc. cit., pp. 359 ss. señala, desde luego acertadamente, que el Estado no proporciona en grado suficiente los procedimientos para repartir las posibilidades escasas de tratamiento en el ámbito médico.

[28] *Schrönke-Schröder-Lenckner*, § 35, núm. marg. 32; en lo esencial también *Jescheck*, AT, § 44, III, 3; en parte divergente, *Welzel*, Strafrecht, 14, IV (p. 92).

[29] *SK-Rudolphi*, § 35, núm. marg. 18; *Jescheck*, AT, § 44, III, 4; *Schrönke-Schröder-Lenckner*, § 35, núm. marg. 32; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 613.

te por su comportamiento precedente, sino que cabe explicar el conflicto por los mismos motivos que la situación del estado de necesidad justificante. Así, quedan como «causaciones» el comportamiento antijurídico precedente (por lo que se refiere a las consecuencias en especial de su antijuricidad, *supra* 17/74), el asumir riesgos especiales sin motivo jurídicamente razonable [30] y la asunción; *vid. supra* acerca de la exigibilidad en general, 17/72 ss., 74.

17 *b)* Un amplio sector doctrinal exige que la creación del peligro y de la situación de necesidad, es decir, sobre todo también la solución del conflicto por medio de la intervención en bienes ajenos, tiene que haber sido previsible, y contraria a deber, si ha de decaer la exculpación [31]. Ello está sesgadamente formulado; no se trata de previsibilidad, sino de exigibilidad. El autor tampoco se ve protegido en sus expectativas de solución del conflicto, solución a la que no tiene pretensión alguna, si sorprendentemente no se produce la solución y por eso se convierte en necesaria la intervención en estado de necesidad. Ejemplo: Quien, en una excursión por la montaña, poco razonable, se ve envuelto en una situación del § 35 StGB, tampoco está exculpado si ha contado con su salvación por los equipos de salvamento, cuyos miembros, sin embargo, están sorprendentemente todos enfermos (o embriagados). Además, las posibilidades de solución imprevisibles no abren la posibilidad de exculpación si el autor sigue siendo responsable. Ejemplo: Si en el supuesto acabado de describir la salvación sólo es posible porque la persona que se ha expuesto al peligro poco razonablemente encuentra sorprendentemente en la montaña a otro excursionista, al que le quita su equipo, no ha podido prever esta forma de solución del conflicto, y no puede explicarla a través de la responsabilidad de terceras personas o como casualidad, de modo que él mismo sigue siendo responsable.

18 *c)* En la asunción, se trata de supuestos en los que precisamente la asunción de salvamentos, aun con peligro de pérdida de bienes existenciales propios, ha conducido al abandono de una protección efectiva. Tal será el caso muy raramente. En expediciones, etc., ha de verificarse en el caso concreto si el éxito de la empresa, tal como se acordó, debe prevalecer sobre la existencia de un miembro.

D. La atenuación de la pena

19 Si cabe «exigirle» al autor que asuma el peligro (más exactamente, si el conflicto no se puede desplazar a otros sistemas, ni aclarar como fortuito), se puede atenuar el marco penal a tenor del § 35, párrafo 1, inciso 2, en conexión

---

[30] En favor de considerarlo comportamiento contrario a deber, igualmente, *LK-Hirsch*, § 35, núm. marg. 49, con bibliografía sobre el estado del debate. *Vid. Hruschka*, AT, pp. 289 ss.; *el mismo* y *Joerden*, ARSP, 73 (1987), pp. 93 ss., 122 s. En caso de actividad política ilegal en un Estado totalitario, hay que distinguir: Si la actividad entraña para la población en represalias al menos tanto como le supone de libertad, el activista ilegal debe soportar los peligros de su actividad sin la posibilidad de, estando exculpado, desplazarlo hacia terceros (*vid.* OLG Freiburg, HESt. 2, pp. 200 ss., 202 s.; OGH, 3, pp. 121 ss., 130), y en otro caso no le compete deber alguno —por lo razonable de hacer uso de derechos.

[31] *SK-Rudolphi*, § 35, núm. marg. 16; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 35, núm. marg. 20; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 611 entre otros; como aquí, *Timpe*, JuS, 1985, pp. 35 ss., 37 s.; en lo esencial también *Roxin*, JA, 1990, pp. 137 ss., 140 s.

con el § 49.1 StGB. De acuerdo con el tenor literal, la regulación está excluida en caso de responsabilidad en virtud de una relación jurídica especial. Tal exclusión es errónea [31a]. La relación jurídica especial abarca a la «causación», pues «causación» es la fundamentación de un deber especial en virtud de responsabilidad por organización que, si no, también puede fundamentarse por responsabilidad institucional. La posibilidad de atenuación puede, pues, afectar a todas las formas de responsabilidad, o bien a ninguna.

Las causas de atenuación son análogas a las del delito de omisión según el § 13.2 StGB (*infra* 29/124 s.) [31b]. Por consiguiente, también en relaciones jurídicas especiales, necesarias para la organización, ha de atenuarse, en contra del tenor literal, en los casos en que la institución que hay que organizar ya no está intacta materialmente y por este defecto (también) deben responder los gestores de la institución. Ejemplo: La deserción de un ejército pésimamente regido, de modo evitable, se puede exculpar parcialmente. En los deberes especiales no necesarios para la organización, en los que ya en el supuesto básico a lo sumo cabe atenuar el marco penal con arreglo al § 49.1 StGB (matrimonio, etc.), ha de aplicarse el § 49.2 StGB en los supuestos correspondientes (el matrimonio está deshecho, etc.) y por cierto —para hacer descender los límites superiores de la pena— además de aplicar el § 49.1 StGB. En todos los deberes especiales se puede tener en cuenta como atenuante el fracaso en situaciones sorprendentemente complejas. Sobre todo en los deberes especiales en virtud de responsabilidad por organización (es decir, en las «causaciones») procede atenuar cuando el comportamiento precedente es antijurídico, pero está motivado de modo perdonable (p. ej., porque por su parte se cometió en una situación de necesidad), o bien cuando se ejecutó un comportamiento lícito sin motivo jurídicamente razonable, pero no obstante en una ocasión perdonable (así p. ej., la arriesgada excursión por alta montaña de una persona de dieciséis años por inconsciencia juvenil).

II. LA EXIGIBILIDAD EN EL AUTOR POR CONVICCION (AUTOR POR MOTIVOS DE CONCIENCIA)

BIBLIOGRAFIA: *A. Arndt*, Comentario a BVerfG, 19, pp. 135 ss., NJW, 1965, pp. 2195 s.; *el mismo*, Comentario a BVerfG, 23, pp. 127 ss., NJW, 1968, pp. 979 s.; *R. Bäumlin*, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, WDStL, 28 (1970), pp. 3 ss.; *H. Blei*, Gewissen, Religion und rechtliche Handlungspflichten, JA, 1972, pp. 231 ss., 303 ss., 369 s.; *P. Bockelmann*, Das Problem der Zulässigkeit von Schwangerschaftsunterbrechungen, Berliner Universitätstage, 1964, pp. 211 ss.; *el mismo*, Das Strafrecht des Arztes, en: *A. Ponsold* (ed.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3.ª ed., 1967, pp. 1 ss.; *el mismo*, Zur Problematik der Sonderbehandlung von Überzeugungsverbrechern, Welzel-Festschrift, pp. 543 ss.; *el mismo*, Reseña bibiográfica, GA, 1976, pp. 314 ss.; *E.-W. Böckenförde*, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStL, 28 (1970), pp. 33 ss.; *U. Bopp*, Der Gewissenstäter und das Grundrecht der Gewissensfreiheit, 1974; *H.-J. Bruns*, Strafzumessungsrecht, 2.ª ed., 1974; *el mismo*, Leitfaden des Strafzumessungsrechts, 1980; *K. Deubner*, Comentario a BVerfG, 32, pp. 98 ss., NJW, 1972, pp. 814; *E. Dreher*, Comentario a

[31a] *De otra opinión*, *Roxin*, JA, 1990, pp. 137 ss., 141.

[31b] En lo esencial asimismo *Timpe*, Strafmilderungen, p. 316.

BVerfG, 32, pp. 98 ss., JR, 1972, pp. 342 ss.; *G. Dürig*, Art. 103 III GG und die «Zeugen Jehovas». Zur Mehrfachbestrafung der Ersatzdienstverweigerer aus Gewissensgründen, JZ, 1967, pp. 426 ss.; *U. Ebert*, Der Überzeugungstäter in der neueren Rechtsentwicklung, 1975; *W. Gallas*, Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, Mezger-Festschrift, pp. 3 ss.; *J. Chr. Gödan*, Die Rechtsfigur des Überzeugungstäters, 1975; *K. Händel*, Comentario a BVerfG, 32, pp. 98 ss., NJW, 1972, pp. 327 s.; *E. Heinitz*, Der Überzeugungstäter im Strafrecht, ZStW, 78, pp. 615 ss.; *M. Herdegen*, Gewissensfreiheit und Strafrecht, GA, 1986, pp. 97 ss.; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, ZStW, 80, pp. 34 ss.; *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 1961; *D. Lang-Hinrichsen*, Der Überzeugungstäter in der deutschen Strafrechtsreform, JZ, 1966, pp. 153 ss.; *N. Luhmann*, Die Gewissensfreiheit und das Gewissen, AöR, 90 (1965), pp. 257 ss.; *el mismo*, Rechtssoziologie, t. II, 1972; *H. Müller-Dietz*, Gewissensfreiheit und Strafrecht, Peters-Festschrift, pp. 91 ss.; *J. Nagler*, Der Überzeugungsverbrecher, GS, 94, pp. 48 ss.; *C. Nestler-Tremel*, Zivildienstverweigerung aus Gewissensgründen, StV, 1985, pp. 343 ss.; *P. Noll*, Der Überzeugungstäter im Strafrecht, ZStW, 78, pp. 638 ss.; *K. Peters*, Überzeugungstäter und Gewissenstäter, H. Mayer-Festschrift, pp. 257 ss.; *el mismo*, Bemerkungen zur Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zur Wehrersatzdienstverweigerung aus Gewissensgründen, JZ, 1966, pp. 457 ss.; *el mismo*, Abschließende Bemerkungen zu den Zeugen-Jehovas-Prozessen, Engisch-Festschrift, pp. 468 ss.; *el mismo*, Comentario a BVerfG, 32, pp. 98 ss., JZ, 1972, pp. 85 s.; *el mismo*, Reseña bibliográfica, ZStW, 89, pp. 103 ss.; *el mismo*, Comentario a BayObLG, JR, 1981, pp. 171 s., loc. cit., pp. 172; *G. Radbruch*, Der Überzeugungstäter, ZStW, 44, pp. 34 ss.; *el mismo*, Verhandlungen 34. DJT, t. II, pp. 352 ss.; *O. Ranft*, Hilfspflicht und Glaubensfreiheit in strafrechtlicher Sicht, Schwinge-Festschrift, pp. 111 ss.; *C. Roxin*, «Schuld» und «Verantwortlichkeit» als strafrechtliche Systemkategorien, Henkel-Festschrift, pp. 171 ss.; *el mismo*, Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund, Maihofer-Festschrift, pp. 389 ss.; *H.-J. Rudolphi*, Die Bedeutung eines Gewissensentscheides für das Strafrecht, Welzel-Festschrift, pp. 605 ss.; *E. Schmidhäuser*, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958; *B. Schünemann*, Politisch motivierte Kriminalität, en *W. de Boor* (ed.), Politisch motivierte Kriminalität - echte Kriminalität?, 1978, pp. 49 ss.; *R. Schulte* y *E. Träger*, Gewissen im Strafprozeß, BGH-Festschrift, pp. 251 ss.; *W. Stree*, Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960; *E. Struensee*, Comentario a OLG, Celle, JZ, 1985, pp. 954 s., loc. cit., pp. 955 ss.; *K. Tiedemann*, Der Gewissensbegriff in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, DÖV, 1984, pp. 61 ss.; *H. Weber*, Ersatzdienstverweigerung aus Gewissensgründen?, NJW, 1968, pp. 1610 s.; *H. Welzel*, Gesetz und Gewissen, DJT-Festschrift, t. I, pp. 383 ss.; *P. Wittig*, Der übergesetzliche Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit in verfassungsrechtlicher Sicht, JZ, 1969, pp. 546 ss.; *E. Wolf*, Verbrechen aus Überzeugung, 1927.

A. Las formas de la convicción

20 1. En general, toda persona es responsable de su propia organización interna; ello es válido en relación con la organización de los impulsos de actuar, pero también en relación con la organización de las convicciones relevantes para el comportamiento. Esto último se basa, en sociedades que se conciben a sí mismas como liberales, en la suposición de que al individuo se le deja por lo general una medida de alternativas tan alta que le es posible compaginar su conducta y su identidad personal, a menos que esté orientado justamente a un conflicto con el Estado y con la sociedad. El conflicto entre la convicción y las normas jurídicas, aun cuando tenga una intensidad considerable, es *per se* cau-

sa de exculpación en tan escasa medida como, p. ej., un impulso de realizar el hecho (en el marco de los §§ 20 s. StGB) o una situación amenazante existencialmente (en el marco del § 35 StGB): Dada la responsabilidad del autor por la situación de conflicto, no se exculpa.

2. *a)* El problema del autor por convicción no se presenta en todo com- 21
portamiento antijurídico que resulta de una convicción. Si el autor puede compaginar un comportamiento alternativo conforme a Derecho con su identidad, el conflicto entre la convicción y el Derecho es resoluble, y se tratará únicamente de valorar su convicción como motivo de la acción, en el marco de la determinación de la pena [32]. Ejemplos: Un médico, que considera superada cualquier reglamentación de la interrupción del embarazo; un activista político, para quien la democracia es una forma de Estado decadente y que ha de superarse; un cazador, que opina que los períodos de veda para la caza mayor son erróneos desde el punto de vista ecológico, etc., cometen delitos, desde luego sin considerarse imperativamente obligados a hacer valer el orden mejor según su parecer. Que estos *autores por convicción «blandos»* crean obrar en favor de un orden deseable, disminuye su culpabilidad si el orden perseguido cabe valorarlo positivamente desde el punto de vista jurídico, lo cual se deduce de aplicar las reglas generales de determinación de la pena.

b) Por el contrario, en el *autor por convicción «duro»* [33] (autores por mo- 22
tivos de conciencia o, mejor, autores en conflicto: *Konflikttäter*), el conflicto

---

[32] *Ebert*, Überzeugungstäter, pp. 74 ss.; *de otra opinión*, BVerfG, 32, pp. 98 ss., 106 s.

[33] Cómo tratar al delincuente por convicción es controvertido desde todos los puntos de vista: así, se juzga de distintos modos sobre si ha de atenderse a la intensidad de la convicción o a su contenido, sobre si desempeña algún papel el modo de comportamiento (hacer u omitir), sobre si se trata de un problema del hecho punible (¿exclusión del tipo en la omisión? ¿justificación o exculpación?) o —a lo sumo— de la consecuencia jurídica, y sobre si son adecuadas las consecuencias jurídicas generales o hay que sustituirlas *de lege ferenda* por una privación de libertad no discriminatoria. Acerca de la evolución histórica, ampliamente, *Gödan*, Überzeugungstäter, pp. 18 ss., 37 ss.; *Schünemann*, en: Politisch motivierte Kriminalität, pp. 49 ss., 69 ss. Del debate en el período de la República de Weimar hay que destacar a *Radbruch*, ZStW, 44, pp. 34 ss.; *el mismo*, Verhandlungen, 34. DJT, t. II, pp. 352 ss., 354 ss. (*Radbruch* se opone sobre todo a calificar la convicción como «honrosa» o «deshonrosa»); *E. Wolf*, Verbrechen aus Überzeugung *passim*; *Nagler*, GS, 94, pp. 48 ss. Acerca de los trabajos previos al Proyecto de 1962, *vid.* Niederschriften, t. I, pp. 94 ss. Lo esfuerzos por procurar al delincuente por convicción la posibilidad de una *custodia honesta* (en latín en el original, N. de los T.) (ya *Radbruch*, loc. cit.; *Lang-Hinrischsen*, JZ, 1966, pp. 153 ss.; *Welzel*, DJT-Festschrift, t. I, pp. 383 ss., 399 s.; *el mismo*, Strafrecht, § 22, IV; críticamente en contra sobre todo *Heinitz*, ZStW, 78, pp. 615 ss., 633 ss.) no han salido adelante; *vid.* al respecto también la reciente propuesta de vincular a la disminución de culpabilidad y a la atenuación de la pena en el delincuente por convicción peligroso, con el internamiento aseguratorio; en tal sentido *Schünemann*, en: Politisch motiverte Kriminalität, pp. 49 ss., 107 ss., 109 ss. En época reciente aprecian algunos autores error de prohibición (*Armin Kaufmann*, ZStW, 80, pp. 34 ss., 40 s.; en contra *supra*, 19/24 s.) o incluso justificación (*Peters*, H. Mayer-Festschrift, pp. 257 ss., 276; *el mismo*, JZ, 1972, pp. 85 s.; *vid.* también *el mismo*, ZStW, 89, pp. 103 ss.). En lo esencial, conectando con BVerfG, 32, pp. 98 ss. (con respecto a esta sentencia, *vid.* asimismo *infra* 10/nota 41), una teoría reciente afirma la posibilidad de exculpación, con distintas fundamentaciones y restricciones; *Ebert*, Überzeugungstäter, pp. 50 ss.; *Bopp*, Gewissenstäter, pp. 241 ss.; *Schulte* y *Träger*, BGH-Festschrift, pp. 251 s., 263; *Wittig*, JZ, 1969, pp. 546 ss., 547; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 7, ante § 19; *Rudolphi*, Welzel-Festschrift, pp. 605 ss.; *Müller-Dietz*, Peters-Festschrift, pp. 605 ss.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 616 ss.; *Baumann-Weber*, AT, § 129, III. 2. *De otra opinión*, en contra, la doctrina dominante, que descarta la exculpación, pero naturalmente considera posible la disminución de culpabilidad así como la atenuación de la pena con motivo de

entre convicción y Derecho es irresoluble; si no hace caso a su convicción, daña a su persona [33a]. De acuerdo con una definición, generalmente aceptada, del Tribunal Constitucional, la decisión en virtud de convicción («decisión de conciencia») consiste en «toda decisión ética seria, es decir, orientada a las categorías de "lo bueno" y "lo malo"... que el individuo experimenta internamente en una determinada situación como forzosa e incondicionalmente obligatoria para él, de modo que no podría actuar en contra de ella sin un grave conflicto de conciencia» [34]. Así pues, no existe delito en situación de conflicto ya porque la convicción del autor sea en sí completamente consecuente; precisamente la falta de fisuras en máximas de conducta rigurosas puede constituir una señal de falta de relación con la realidad. Pero la convicción tiene que mantenerla el autor aun cuando le inculpe. Precisamente en la disposición a soportar también los costos de la convicción se muestra la vinculatoriedad de ésta. Distinguir, dentro de las convicciones vinculantes, entre las convicciones «auténticas»

---

una decisión en conciencia (BayObLG, JR, 1981, pp. 171 s., con comentario favorable de *Peters*, loc. cit., p. 172; *Bruns*, Leitfaden, 4.ª parte, capítulo 4.°, apartado 3.°, VII; *el mismo*, Strafzumessungsrecht, 4.ª parte, capítulo 4°, § 4 III; *Stree*, Deliktsfolgen, pp. 66, entre otras). El argumento más extendido en esta doctrina, en el sentido de que, en caso de conflicto entre ley y convicción, aquélla no puede rendirse, sólo es adecuado cuando la renuncia a la punición del delito, que sigue siendo antijurídico, perjudica a la existencia de la norma, lo que requiere un enjuiciamiento diferenciado; al respecto, en seguida en el texto; *vid.* en relación con la doctrina dominante, BGH, GS, 2, pp. 194 ss., 202; 4, pp. 1 ss., 3; 8, pp. 162 ss., 164; BGH en *Dallinger*, MDR, 1973, p. 901; *Bockelmann*, Welzel-Festschrif, pp. 543 ss.; *Weber*, NJW, 1968, pp. 1610 ss.; *Heinitz*, ZStW, 78, pp. 615 ss.; *Noll*, ZStW, 78, pp. 638 ss.; *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, pp. 1347 ss.; *Gallas*, Mezger-Festschrift, pp. 311 ss., 319 s.; *Schmidhäuser*, Gesinnungsmerkmale, p. 185, nota 70; *Jescheck*, AT, § 37, II, 3; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 119 s., ante § 35; *LK-Hirsch*, núm. marg. 209 ss., ante § 32; *Welzel*, Strafrecht, § 22, IV; *el mismo*, DJT-Festschrift, pp. 383 ss.; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 35, núm. marg. 16 C, II, 4 *b*. En términos comparables al planteamiento funcional del que aquí se parte, argumenta *Roxin*, Maihofer-Festschrift, pp. 389 ss., 298 ss.: Las condiciones de existencia del Estado como garante de la libertad de conciencia serían resistentes a la conciencia. Con excepciones de escasa importancia, ello sería válido también para los bienes jurídicos individuales (pp. 400 ss.). En el ámbito marginal de los bienes públicos seguiría siendo posible la exención de pena, siempre que la decisión de conciencia no perturbe el ordenamiento (p. ej., no pase de ser «estadísticamente exigua», p. 399). *Roxin* articula estas reflexiones funcionales como contenido no de la culpabilidad (que *siempre* se daría en el delito de conciencia), sino de la responsabilidad, importando si la pena es necesaria o bien la renuncia a ella es «tolerable desde la perspectiva de la prevención» (p. 411; *el mismo*, Henkel-Festschrift, pp. 171 ss., 195 s.; al respecto *supra* 17/nota 45).

[33a] Lo cual se pone de manifiesto, tras un hecho contrario a la conciencia, en la vergüenza que siente el convencido. De acuerdo con *P. Tiedemann*, DÖV, 1984, pp. 61 ss., 64 s., ello sería consecuencia de una neurosis compulsiva (*vid.* además *Herdegen*, GA, 1986, pp. 97 ss., 111); así cabe despachar cualquier imperativo categórico. Una hecho en conflicto sólo se da cuando no hay equivalente alguno de la vía delictiva (*Roxin*, Maihofer-Festschrift, pp. 389 ss., 397 s.). Ejemplos: El deber de conciencia que compele a protestar contra el Gobierno no fuerza necesariamente también a protestar mediante un corte antijurídico de la circulación; el deber de conciencia de remediar a quien sufre grandes dolores mediante una muerte rápida no tiene que cumplirse siempre necesariamente matando directamente (§ 216 StGB), sino muchas veces también mediante auxilio al suicidio. Bien es verdad que bajo la presión de la conciencia algunas diferencias entre el comportamiento legal y el ilegal aparecen como cuestiones marginales, no decisivas; no obstante, no hay principio jurídico alguno que permita sacrificar, *de modo evitable*, pequeñeces sólo porque esté en juego también algo importante.

[34] BVerfG, 12, pp. 46 ss., 55. Con respecto a la cuestión de si el autor tiene que considerar generalizable su convicción, *vid.* afirmativamente, BVerfG, DÖV, 1982, pp. 675 s.; totalmente decidido, *P. Tiedemann*, DÖV, 1984, pp. 61 ss., con bibliografía.

y las meras «ideologías» no resulta posible [35], lo que desde luego no significa que sea irrelevante el contenido de la convicción, pues el que el autor sea responsable o no del conflicto (y en qué medida) depende de las posibilidades de desplazarlo a otros sistemas. Las posibilidades, a su vez, se rigen por la medida en la que el conflicto puede dañar al orden normativo. El que se pueda mantener en favor del sectario esotérico lo que surte efecto inculpatorio sobre el terrorista agresivo, es decir, la inquebrantabilidad de la convicción [36], constituye una señal inequívoca en favor de la naturaleza funcional del concepto de culpabilidad, y no ha de ocultarse vergonzantemente, sino desplegarse abiertamente. Se trata de averiguar si el autor, al no poder compaginar su convicción y el ordenamiento jurídico, manifiesta, desde el punto de vista del ordenamiento, un déficit de socialización, y por eso cabe exculparlo cuando este hallazgo —paralelamente a la situación en la capacidad de culpabilidad o en error de prohibición en el ámbito central— se puede explicar al margen del autor sin merma para el ordenamiento jurídico; si falta esta posibilidad, el autor no está exculpado ni siquiera cuando el conflicto adopta para él una magnitud existencial [37].

3. Aun cuando es evidente que toda persona sólo puede gobernar sus convicciones dentro de un marco estrecho, existen muy pocas posibilidades de explicar un conflicto, sin merma para el ordenamiento jurídico, al margen del autor, pues el Derecho no puede soportar en general el riesgo de que una forma- 23

[35] *Bockelmann*, GA, 1976, pp. 314 ss., 317 s.; *el mismo*, Welzel-Festschrift, pp. 543 ss., 550 s.; *Schünemann*, en: Politisch motivierte Kriminalität, pp. 49 ss., 887 (no obstante, *vid.* también, p. 107); *Roxin*, Maihofer-Festschrift, pp. 389 ss., 392 s.; *de otra opinión*, *Bopp*, Gewissenstäter, pp. 55 ss., *vid.* sin embargo, también *Schulte* y *Träger*, BGH-Festchrift, pp. 251 ss.

[36] *Vid.* al respecto *Schünemann*, en: Politisch motivierte Kriminalität, pp. 49 ss., 80.

[37] *De otra opinión*, *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 616 ss., 618, que pretende aplicar analógicamente el § 35 StGB, no teniendo en cuenta, por una parte, que el autor puede ser responsable del conflicto, es decir, que puede haber «causado» el conflicto, y, por otra, que puede ser no responsable incluso en conflictos de dimensión no existencial. Si no se tiene en cuenta la responsabilidad del autor, en esta solución habría que aplicar analógicamente también el § 34 StGB: p. ej., la negativa (también) a realizar la prestación civil obligatoria, por motivos de conciencia, sería lícita. Obviamente, la ley valora tal solución del conflicto como inadecuada, como lo pone de manifesto la fundamentación del deber de realizar la prestación civil en la Constitución. En la negativa a la prestación civil, acertadamente también en contra de la exculpación, BVerfG, 19, pp. 135 ss. (con comentario desfavorable de *Arndt*, NJW, 1965, pp. 2195 s.); 23, pp. 127 ss. (con comentario desfavorable de *Arndt*, NJW, 1965, pp. 1932 ss.; OLG Stuttgart, NJW, 1963, pp. 776 s.; OLG Karlsruhe, JZ, 1964, pp. 761 ss. No obstante, la negativa continuada a la prestación civil, en virtud de *una* decisión de conciencia, constituirá un delito en el sentido del artículo 103.3 GG (sin embargo, se trata de hechos posteriores copenados, *vid. infra* 31/34 s); BVerfG, 23, pp. 191 ss.; BVerfG, NJW, 1984, pp. 1675 (auto de admisión); BayObLG, StV, 1984, pp. 369 ss.; OLG Celle, JZ, 1985, pp. 954 s., con comentario crítico de *Struensee*, loc. cit., pp. 955 ss. (no hay identidad del hecho en los no reconocidos como objetores; muy dudoso, ya que no existe el reconocimiento como «objetor total»; la posibilidad de repetir la punición determinará que no caduque el procedimento de reconocimiento); OLG Düsseldorf, NJW, 1985, pp. 2429; LG Duisburg, NJW, 1985, pp. 814 s.; AG Stade, StV, 1985, pp. 143 ss.; con respecto a la jurisprudencia, *vid. Peters*, JZ, 1966, pp. 457 ss.; *el mismo*, Engisch-Festschrift, pp. 3468 ss.; *Dürig*, JZ, 1967, p. 426 ss.; *Herdegen*, HA, 1986, pp. 97 ss., 102 s. En favor de la posibilidad de exculpación plena de la negativa a la prestación civil sustitutoria, con una fundamentación demasiado psicologizante, y por tanto descuidando las condiciones existenciales del ordenamiento, AG Lüneburg, StV, 1984, pp. 64 s., y *Nestler-Tremel*, StV, 1985, pp. 343 ss., 350. Acerca de las consecuencias para la determinación de la pena de la negativa reiterada, OLG Oldenburg, NJW, 1989, p. 1231.

ción de identidad no se lleve a cabo de conformidad a Derecho. Otra solución presupondría que la formación de identidad es controlada y en su caso corregida puntualmente, lo que resultaría incompatible con una Constitución en alguna medida de libertades. El deber de responder, por lo general existente en el individuo, representa el reverso de la libertad de formar su personalidad.

B. Los requisitos de la exculpación

24 1. Las explicaciones del conflicto al margen del autor son posibles de los tres modos —¡acumulables!— siguientes:

a) La explicación —completa o parcial— sin perjuicio para el ordenamiento jurídico y al margen del autor es posible siempre que el conflicto se pueda considerar entre los costes necesarios de un principio irrenunciable. El Derecho no puede renunciar al principio de comportamiento conforme a convicciones, ya que sin un firme contenido de normas «internas» de los sujetos es imposible una integración social fiable [38]. El principio del comportamiento conforme a convicciones —como cualquier otro principio— se puede, por eso, gravar con el hecho de que en su realización también se pueden producir algunos fallos fortuitos. Si el Derecho no puede renunciar a que los destinatarios de la norma desarrollen convicciones, puede también tolerar el riesgo de que ese desarrollo produzca a veces resultados perturbadores. Evidentemente, ello basta como explicación sólo cuando el Derecho, con el reconocimiento del fallo fortuito, no capitule: Sólo puede tratarse de los autores por convicción que, reconociendo el Derecho en sus rasgos esenciales, infringen una norma aislada. Ejemplos: Un padre no impide una agresión antijurídica a la salud de su hijo menor de edad, porque sólo podría hacerlo matando —justificadamente— al agresor, pero rechaza por convicción todo empleo de violencia que pueda destruir la vida; el niño sufre por ello lesiones graves. Un médico inyecta un líquido letal a su amigo, enfermo mortal, porque se lo había prometido hacía tiempo y el enfermo no lo libera de su promesa. En ambos casos es dudosa la posibilidad de exculpación más que parcial.

25 *b)* El déficit de socialización del autor puede, asimismo, explicarse plena o parcialmente, al margen del autor y sin perjuicio para el ordenamiento jurídico, si se puede presentar como culpa de terceras personas, es decir, si el autor se puede remitir a que le han educado incorrectamente o que ha sido inducido a una situación de labilidad comprensible. Incluso una negación de sectores esenciales del ordenamiento jurídico cabe solucionarla al menos parcialmente de esta manera. Ejemplo: Una persona de veintiún años, educada con todos los medios de un Estado totalitario, se considera a sí mismo, en la época de la Segunda Guerra Mundial, obligado a participar en la aniquilación de judíos (acerca del hecho de verse envuelto en un régimen de injusticia, *vid.* ya *supra* 19/9).

26 *c)* Finalmente, una explicación, al menos parcial, al margen del autor es posible cuando a éste —sea o no responsable de su convicción— se le puede

[38] *Vid. Luhmann*, AÖR, 90, pp. 258 ss., 264 y *passim*; *el mismo*, Rechtssoziologie, t. II, p. 224; *Böckenforde*, VVDStL, 28, pp. 50 ss., 85; *Bäumlin*, VVDStL, 28, pp. 15 ss., 30.

distanciar de la situación en la que la convicción, hasta entonces sólo referida a supuestos hipotéticos, llega a traducirse en un conflicto real. Este es el caso en los deberes institucionales en los que por una parte para el autor no existen alternativas de organización de la institución, y por otra, no obstante, la organizabilidad de la institución no depende del deber [39]. Ejemplo: La negativa de los padres a procurar asistencia médica a sus hijos en caso de grave enfermedad haría convertirse al derecho «natural» a educar en algo demasiado peligroso; pero la convicción de que, p. ej., las consecuencias del rayo y otras catástofes naturales poco frecuentes han de aceptarse como designio de la Providencia, se refiere a casos tan aislados que el principio de prestar asistencia no se ve destruido [40]. Al autor se le puede, asimismo, distanciar de la situación cuando la persona potencialmente beneficiada acepta la reducción de su protección. Ejemplo: Quien se casa con una persona que está convencida de lo inadmisible de toda transfusión de sangre, en caso de necesidad debe renunciar a la firmeza jurídico-penal contra su cónyuge si éste no cuida de que se le realice una transfusión sanguínea [41].

---

[39] En la negativa de un médico, en virtud de convicción, a cooperar en una interrupción de embarazo justificada, hay que distinguir: *a)* Si no amenazan a la embarazada ni muerte ni graves daños para su salud, ya por el artículo 1, párrafos 1 y 2, de la 5.ª Ley de Reforma del Derecho Penal (StrRG) de 18 de junio de 1974 (BGBl., I, p. 1297), no existe deber de cooperar alguno (pormenores en *Schönke-Schröder-Eser*, § 218 *a*, núm. marg. 68 ss.). *b)* Pero si se trata de evitar los daños mencionados, el médico tiene por lo general la posibilidad de comportarse a tiempo de tal modo que no llegue a quedar fundamentada su posición de garante. Si no ha optado por esa posibilidad, es responsable del conflicto. Si excepcionalmente no cabía optar por esa posibilidad (lo que sólo puede producirse en la posición de garante en virtud de confianza especial), será adecuada la exculpación plena o parcial. Siempre en favor de la justificación, *Peters*, JZ, 1972, pp. 85 s., 86 con bibliografía; *el mismo*, ZStW, 89, pp. 103 ss., 110 s.; en favor de la responsabilidad cuando sobre la realización del peligro decide tan sólo el auxilio del médico, *Rudolphi*, Welzel-Festschrift, pp. 605 ss., 625; en términos semejantes a los de aquí (atendiendo a la asunción), *Bockelmann*, Berliner Universitätstage, 1964, pp. 211 ss., 232; *el mismo*, en: *Ponsold*, pp. 1 ss., 8 s.

[40] En otro sentido en caso de negativa a ocuparse en absoluto de una transfusión de sangre necesaria; OLG Hamm, NJW, 1968, pp. 212 ss. En todo caso, sigue siendo antijurídico, y constituyendo un abuso de la patria potestad, el privar a los hijos de tratamiento médico. Si los padres niegan su aprobación, ésta ha de reemplazarse por la de los Tribunales tutelares de menores o —si la situación es apremiante— de acuerdo con las reglas del consentimiento presunto (*supra* 15/16 ss.). Así pues, para los padres sólo existe objetivamente situación de conflicto cuando éstos creen que deben impedir por motivos de convicción las medidas que cabe emprender con independencia de su aprobación, o cuando sólo ellos son capaces de evitar el daño y por tanto sin su cooperación no se efectúa auxilio alguno. *Vid. Roxin*, Maihofer-Festschrift, pp. 389 ss., 396 s.

[41] *De otra opinión*, con respecto a este tipo de supuestos, *Schönke-Schöder-Lenckner*, núm. marg. 120 120, ante § 32; *Rudolphi*, Welzel-Festschrift, pp. 605 ss., 627. El Tribunal Constitucional Federal ha apreciado un «efecto irradiante» del derecho fundamental del artículo 4.1 GG, lo que impediría la punición por el § 323 *c* StGB (BVerfG, 32, pp. 98 ss., 106 ss.; *vid.* asimismo BVerfG, 33, pp. 23 ss., 33 s.); sin embargo, dado que en el supuesto en cuestión también la víctima (la esposa) rechazaba por su parte la transfusión de sangre, faltaba ya el derecho a hacer ejecutar medidas médicas, de modo que la resolución debió basarse en el derecho a la libre determinación y no en el «efecto irradiante»; *vid.* acerca de esta sentencia, *Blei*, JA, 1972, pp. 231 ss., 303 ss., 369 s.; *Deubner*, NJW, 1972, pp. 814; *Dreher*, JR, 1972, pp. 342 ss.; *Ranft*, Schwinge-Festschrift, pp. 111 ss.; *Händel*, NJW, 1972, pp. 327 s.; *Peters*, JZ, 1972, pp. 85 s.; *Roxin*, Maihofer-Festschrift, pp. 389 ss., 401 s. Naturalmente, el marido estaba obligado, frente a los hijos de ambos —por falta de otro tipo, con arreglo al § 323 *c* StGB—, a hacer, mostrándole vivamente las consecuencias de la negativa, que su esposa consintiera en el tratamiento médico, para ahorrar a sus hijos la catástrofe de la muerte de su madre; no habiendo cumplido ese deber, la convicción puede determinar la disminución de la culpabilidad.

En los deberes en virtud de responsabilidad por organización, es imposible distanciar al autor de situaciones predecibles: Debe soportar las consecuencias de su libertad organizativa. Ejemplo: A quien da comienzo a una empresa arriesgada y pretexta, si se da un supuesto de injerencia, que su convicción le veda toda participación, por alejada que sea, en una transfusión de sangre, no se le hará caso, como tampoco al autor que destruye las reservas del banco de sangre que se necesitan con urgencia. Evidentemente, si el conflicto es tan raro que se encontrará dentro del marco del riesgo permitido aun cuando no se adopte ninguna precaución por si se produce, el distanciamiento del autor con respecto a la situación no puede afectar a la vinculación, en el terreno de los principios, entre libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias, en caso de que el comportamiento de organización del autor no se refiera específicamente a este riesgo. En tales supuestos, la convicción puede tener eficacia atenuatoria sobre la culpabilidad. Ejemplo: Un «canguro» que no auxilia al niño herido por el rayo porque cree que no debe alterar los designios divinos, puede tener culpabilidad disminuida si no ha asumido el cuidado expresamente también para este supuesto de catástrofe, y si no perturba las acciones de salvamento que tienen lugar con independencia de su organización.

27 2. No existe diferencia alguna de las modalidades de explicación entre la comisión y la omisión [42], y tal diferencia no se podría mantener en el ámbito de la competencia organizativa debido a la intercambiabilidad del hacer y del omitir. Naturalmente, los supuestos de falta de responsabilidad por la situación serán a menudo los de omisión. Además, la situación de conflicto surgirá antes en los deberes de obrar que en los deberes de omitir, pues la manifestación de la propia persona mediante una acción (es decir, mediante la observancia de un mandato) será con frecuencia más inequívoca que la realizada mediante omisión (es decir, mediante observancia de una prohibición); sobre todo, el ámbito en el que a pesar de la causalidad no se imputa un resultado a una acción es más reducido en la práctica que aquel en que, a pesar de la capacidad para evitar el resultado por medio de acción, no se produce la imputación del resultado [43].

III. EL EXCESO EN LA LEGITIMA DEFENSA

BIBLIOGRAFIA: *G. Arzt,* Comentario a BGH, JR, 1980, pp. 210 s., *op. cit.,* pp. 211 ss.; *A. Coenders*, Comentario a RG, JW, 1925, pp. 963 s., *op. cit.*, p. 963; *G. Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *el mismo*, Schuld und Prävention, 1976; *B. Müller-Christmann*, Der Notwehrexzeß, JuS, 1989, pp. 717 ss.; *H. Otto,* Grenzen der straflosen Überschreitung der Notwehr, § 33 StGB, Jura, 1987,

[42] *Roxin*, Welzel-Festschrift, pp. 605 ss., 628 s.; *Ebert*, Überzeugungstäter, pp. 19 s. y *passim*; *Roxin*, Maihofer-Festschrift, pp. 389 ss., 393 s.; *de otra opinión*, *Schulte*, y *Träger*, BGH-Festschrift, pp. 251 ss., 263; *Jescheck*, AT, § 59, VIII, 2, entre otros.

[43] El que «el orden social se puede acomodar mejor a una omisión antijurídica, a que no tengan lugar prestaciones, que al hacer antijurídico agresivo» (*Luhmann*, AÖR, 90, pp. 257 ss., 282 s.), en el aspecto de la omisión, sólo afecta al ámbito en que de todos modos falta la imputabilidad del resultado, es decir, allí donde falta ya el deber; por lo demás, el argumento ignora que la responsabilidad, tanto por comisión como por omisión, se refiere igualmente a la libertad de organizarse y a instituciones; *vid.* al respecto *supra* 7/56 ss., 70 s.

pp. 604 ss.; *C. Roxin*, Über den Notwehrexzeß, Schaffstein-Festschrift, pp. 105 ss.; *el mismo*, «Schuld» und «Verantwortlichkeit» als strafrechtliche Systemkategorien, Henkel-Festschrift, pp. 171 ss.; *el mismo*, Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW, 96, pp. 641 ss.; *H. Rudolphi*, Notwehrexzeß nach provoziertem Angriff, OLG Hamm, NJW, 1965, 1928, JuS, 1969, pp. 421 ss.; *J. Sauren*, Zur Überschreitung des Notwehrrechts, Jura, 1988, pp. 567 ss.; *H. Schröder*, Notwehrüberschreitung und Putativnotwehr, ZAkDR, 1944, pp. 123 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, JR, 1962, pp. 186 s., *op. cit.*, pp. 187 ss.; *Steininger*, Der Putativnotwehrexzeß, ÖJZ, 1986, pp. 747 ss.; *G. Timpe*, Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35, Abs. I, StGB) und zum Notwehrexzeß (§ 33 StGB), JuS, 1984, pp. 859 ss., JuS, 1985, pp. 35 ss., 117 ss.

A. La teoría que lo considera causa de exculpación

28 Según el § 33 StGB, no se pune al autor que sobrepasa los límites de la legítima defensa por ofuscación, miedo o temor. La regulación se refiere únicamente a los casos en los que tiene lugar un exceso evitablemente (dolosa o imprudentemente), y por parte de un autor capaz de culpabilidad, así como que no se encuentra en error de prohibición inevitable, es decir, en sí culpable; la punibilidad y la impunidad en los demás casos se rigen por las reglas generales. El exceso en la legítima defensa hace decaer la culpabilidad por falta de exigibilidad: Si el agredido pierde los estribos, sin que su comportamiento revele rasgos drásticamente delictivos (p. ej., en caso de confusión, etc.), el agresor debe atribuirse a sí mismo las consecuencias. La inculpabilidad no es únicamente consecuencia de la desorientación psíquica del agredido ni de la circunstancia de que esta desorientación quepa atribuírsela al agresor —así podría ser también, en tanto que terceros no intervinientes han de sufrir bajo la defensa excesiva—, sino que se basa en la posibilidad de remitir a la víctima de la defensa precisamente a su propia autoría culpable (*supra* 12/16 ss.) por la situación [44].

[44] *Jakobs*, Schuld und Prävention, pp. 23 s.; *Roxin*, Schaffstein-Festschrift, pp. 105 ss., 116 s., 120; *vid.* también *el mismo*, Henkel-Festschrift, pp. 171 ss., 189 s.; *el mismo*, ZStW, 96, pp. 641 ss., 656; *Timpe*, JuS, 1985, pp. 117 ss., 119. Ello es tan controvertido como el concepto funcional de culpabilidad. Sin tener en cuenta la posibilidad de desplazar el conflicto hacia el atacante no cabe interpretar el § 33 StGB; rechazando, consecuentemente («a la imputación, la obra más fina de la Administración de Justicia, se le da jaque mate mediante una burda regla»; el precepto es una «grosera causa personal de exclusión de la pena»), *M. E. Mayer*, AT, pp. 282 s.; me desdigo de *mi* aprobación al respecto (Studien, pp. 1345 s.), aun cuando también la interpretación funcional fracasa en los supuestos de reacción pasional intensísima, ante un ataque mínimo. *Schröder* considera al precepto como mera regla de prueba (ZAkDR, 1944, pp. 123 ss.; *Schönke-Schröder*, 17, § 53, núm. marg. 36), lo que desde luego no aclara por qué ha de encontrarse una regla en tal sentido precisamente para el exceso en la legítima defensa. De acuerdo con *Schmidhäuser* (AT 11/26), el precepto es superfluo, pues en los casos relevantes cabrá negar la culpabilidad ya según principios generales; no obstante, la afirmación de que el exceso en la legítima defensa tiene lugar siempre de modo que el autor se equivoca inevitablemente —si se limita el § 33 StGB a los casos de exceso inconsciente, es decir, erróneo— no es demostrable ni plausible. Una teoría reciente aprecia una combinación de injusto de acción y de resultado disminuidos en virtud de la defensa de un bien, y además culpabilidad disminuida en virtud de ofuscación, etc. (*Rudolphi*, JuS, 1969, pp. 461 ss., 462 s.; *Jescheck*, AT, § 45, II. 2; *Triffterer*, Strafrecht, p. 127), lo que igualmente tendría que ser válido, obviamente, en caso de perjuicio a terceros no involucrados o en el exceso en el estado de necesidad, etc., y además, en lo que se refiere al injusto de resultado, desde luego no es cierto: Dado que la defensa no es necesaria, el resultado se realiza «en vano». Por otra parte, se encuen-

B. Requisitos de la exculpación

29 A partir de la mencionada *ratio* del precepto, en relación con su ámbito de aplicación se deduce:

1. Sólo disculpa el comportamiento debido a [45] los llamados estados pasionales asténicos: ofuscación, miedo o terror; en los estados pasionales esténicos —ira, rabia, ganas de pelea, furor homicida— sigue dándose la responsabilidad en el marco de las reglas generales, ya que la imputación al agresor sólo es posible cuando el agredido no se comporta de forma drásticamente delictiva. Sin embargo, como muestra el § 213 StGB, la culpabilidad puede estar disminuida. Junto al impulso al hecho condicionado por el estado pasional asténico pueden producirse otros impulsos sin que decaiga la exculpación [46]. La exculpación es contraria al sistema cuando el agredido llega a estar en estado de confusión, etc., ya por un peligro mínimo, o sufriendo una ofuscación mínima sobrepasa considerablemente la defensa necesaria, ya que entonces no prepondera la imputación al agresor. La posibilidad de actuar a causa de los estados pasionales mencionados no decae ya porque el que se excede pudiera prever y evitar el caso de exceso [47].

30 2. El exceso en la legítima defensa puede tener lugar consciente o inconscientemente [48]; esta equiparación de consciencia y error no sólo se corresponde con el tenor literal del § 33 StGB y con la voluntad del legislador [49], sino que también es adecuada axiológicamente: El que quien se defiende en una situación de arrebato no enjuicie la medida necesaria de la defensa, o del juicio obtenido no extraiga consecuencias para la configuración de la defensa, se podrá a menudo valorar del mismo modo, e incluso la variante del error —p. ej., en caso de concentración egoísta del que se defiende en sus propios bienes— puede inculpar en sí antes (*vid.* acerca de la ceguera ante los hechos, 8/5). Ejemplo: Quien, presa del miedo, repele de forma especialmente violenta una agre-

---

tran soluciones que implican a la capacidad de culpabilidad (*H. Mayer*, Studienbuch, § 22, V; § 25, III. *a)* o al error de prohibición (*Bockelmann*, AT, 2, § 16, D, IV; en otro sentido —exigibilidad— *el mismo*, AT [3], loc. cit.). Todas las soluciones que pretenden exculpar también en la legítima defensa putativa (*infra* 20/33) se basan en una interpretación psicologizante. Con respecto a las consecuencias de Derecho civil, *vid. LK-Spendel*, § 32, núm. marg. 77 ss.

[45] Y no «en»; la defensa excesiva tiene que ser consecuencia del estado pasional (y éste tiene que ser consecuencia del ataque); *vid.* BT-Drucksache, V/4095, p. 15.

[46] BGH, 3, pp. 195 ss., 198 s.

[47] BGH, JR, 1980, pp. 210 ss., 211; *de otra opinión*, *Arzt*, JR, 1980, pp. 211 ss., 212 s. La *actio libera in causa* sólo vendría en consideración cuando fuese cometido del que se ha defendido en exceso evitar ya la situación en que se le atacó; pero tal no es el caso conforme a las reglas de la imputación objetiva.

[48] Controvertido; como aquí, RG, 21, pp. 189 ss., 191; 56, pp. 33 s., 34; RG, JW, 1935, p. 431; BGH, NStZ, 1987, pp. 20 s.; NStZ, 1989, pp. 474 s.; BayObLGSt., 1949/51, pp. 362 ss., 364; *Roxin*, Schaffstein-Festschrift, pp. 105 ss., 107 ss.; *Rudolphi*, JuS, 1969, pp. 461 ss., 463; *Timpe*, JuS, 1985 p. 117; *LK-Spendel*, § 33, núm. marg. 52 ss.; *Jescheck*, AT, § 45, II, 3; *Otto*, Jura, 1987, pp. 604 ss., 606; *Müller-Christmann*, JuS, 1989, pp. 717 ss., 719; doctrina dominante. *De otra opinión* (sólo inconscientemente) *Binding*, Handbuch, p. 753; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 33, núm. marg. 6; *Schröder*, ZAkDR, 1944, pp. 123 ss.; *Welzel*, Strafrecht, § 14, II, 5.

[49] BT-Drucksache V/4095, pp. 14 s.; ampliamente *Roxin*, Schaffstein-Festschrift, pp. 105 ss., 108 s., con bibliografía.

sión repentina, que tiene lugar con los puños, para que (conscientemente) no sólo cese en ese momento el ataque, sino a fin de que el atacante siga siendo pacífico en lo sucesivo, es equiparable a quien a ciegas (inconscientemente) emprende más de lo que es necesario para eliminar el ataque actual.

3. Está disculpada la defensa excesiva en el estado pasional asténico que **31**
sobreviene en el curso de una agresión actual (exceso intensivo), así como la que tiene lugar en estado pasional asténico previo o posterior a la actualidad de un ataque (exceso extensivo) [50]. En relación con la defensa posterior, lo dicho cabe fundamentarlo indicando que el exceso, incluso estando retrasado, sigue siendo aún consecuencia de la drástica puesta en peligro representada por la agresión anteriormente actual. En la defensa prematura, el agresor debe haber hecho preparativos perceptibles (al menos verbales) para la agresión, que según su representación deben desembocar en un ataque actual sin solución de continuidad; sin esta limitación ya no se podría concebir el § 33 StGB como exculpación específicamente frente a un agresor, sino solo como exculpación general debida al miedo. Con las limitaciones mencionadas, el estado pasional asténico, con sus consecuencias, se puede explicar a partir del comportamiento agresivo del que ejecutó o planeó el ataque. Ejemplo: La exculpación le es aplicable a una persona temerosa si dispara a un boxeador mientras que éste, para aumentar al efecto agresivo, calienta los músculos, como también al que le tira una piedra al que ya le ha golpeado para que no vuelva a hacerlo. Ni siquiera un doble sobrepasar los límites de la legítima defensa excluye la exculpación. Ejemplo: La realización de una agresión aún no actual se impide con un medio que interviene en una medida ya no necesaria en los bienes del que prepara la agresión.

4. *a)* La exculpación no se limita a las situaciones de legítima defensa, **32**
sino que se aplica análogamente a la detención con arreglo al § 127.1 StPO y al autoauxilio del § 229 BGB, siempre que el motivo de la detención o del autoauxilio sea un comportamiento culpable, así como en la legítima defensa se presupone una agresión antijurídica y culpable *(supra* 12/16 ss.). Sin culpa del causante, la imputación a éste sería más leve que la imputación al que se excede, y no cabría desplazar el conflicto al causante.

b) En general, no cabe exculpar el exceso en el *estado de necesidad*, por analogía con el § 33 StGB, debido a la falta de culpa de la víctima de la intervención. Una excepción —con importancia práctica— la constituyen los supuestos en que la víctima de la intervención ha causado culpablemente el estado de necesidad. Ejemplo: Tras un incendio culpable por parte del vecino, los que

---

[50] Muy controvertido; *Roxin*, Schaffstein-Festschrift, pp. 105 ss., 111 ss.; *el mismo*, Henkel-Festschrift, pp. 171 ss., 189 s.; *Schröder*, ZAkDR, 1944, pp. 123 ss., 125; *Timpe*, JuS, 1985, pp. 117 ss., 120 s.; *Müller-Christmann*, JuS, 1989, pp. 717 ss., 719 s.; *Baumann-Weber*, AT, 6, §§ 21, II, 1 *d*; 29, II, 3; *Blei*, AT, § 62; *Schönke-Schöder-Lenckner*, § 33, núm. marg. 7; excluyendo el exceso prematuro, también *LK-Spendel*, § 33, núm. marg. 4 ss.; *Otto*, Jura, 1987, pp. 604 ss., 606; *de otra opinión* (sólo exceso intensivo) la jurisprudencia y la doctrina dominantes; RG, 54, pp. 36 s., 37; 61, pp. 216 ss., 217; 62 pp. 76 ss., 77; OGH, 3, pp. 121 ss., 124; *Jescheck*, AT, § 45, II, 4; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 488; *Schmidhäuser*, AT, 11/27; *Kohlrausch-Lange*, § 53, nota X; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 34, núm. marg. 27; *Dreher-Tröndle*, § 33, núm. marg. 3; *Lackner*, § 33, nota 2; *Triffterer*, Strafrecht, pp. 127 s.; *Sauren*, Jura, 1988, pp. 567 ss., 571 s.; flexiblemente (también en caso de ataque que va cesando), BGH, NStZ, 1987, pp. 20 s.

colaboran en la extinción destruyen innecesariamente, en su confusión, unos establos del vecino para así poder luchar mejor, supuestamente, contra el incendio; por analogía con el § 33 StGB, exceso en el estado de necesidad exculpado (*vid.* también *supra* 12/nota 33).

33 5. *a)* La exculpación existe siempre únicamente en relación con la lesión de bienes del causante culpable [51]. Quien en el curso de la defensa excesiva lesiona al mismo tiempo bienes de un no partícipe, responde por ello según las reglas generales [52].

b) En la legítima defensa putativa —en el sentido de que la agresión ni va a producirse, ni existe, ni ha existido— no puede exculparse el exceso, ya que la defensa excesiva ya no afecta a un causante culpable [53]. Evidentemente, una agresión aparente, imputable, constituye una agresión no sólo putativa en el sentido del § 32 StGB [54] (*vid. supra* acerca de los elementos de la justificación prospectivos 11/7 ss.). Ejemplos: El paseante del parque considera erróneamente como atacante a la persona que se le acerca, y sobrepasa la medida de la defensa necesaria; no hay exculpación por el § 33 StGB, sino a lo sumo por las reglas generales del error inevitable. Unos bromistas asaltan a un paseante en una zona de mala fama con la intención de darle un susto; el engaño resulta creíble y el engañado sobrepasa la defensa necesaria por estado pasional asténico; exculpación por el § 33 StGB.

34 6. Dado que en la provocación, en el sentido de causación culpable de la agresión, tanto el provocador como el provocado (agresor) obran culpablemente (*vid. supra* 12/53), no cabe considerar como única causa del conflicto a la agresión culpable. Con ello decae la posibilidad de imputar el conflicto primariamente al agresor y a lo sumo en segundo término al que reacciona en estado pasional asténico, de modo que no cabe aplicar el § 33 StGB [55].

---

[51] RG, 54, pp. 36 s., 37.

[52] *De otra opinión*, BGH, NStZ, 1981, p. 299: exculpación también del uso de armas con arreglo al § 53, párrafo 1, núm. 7, WaffG en la defensa excesiva de un atacante por medio de arma de fuego.

[53] RG, JW, 1936, p. 512; RG, 54, pp. 36 ss., 37; 61, pp. 216 s., 217; BGH, NJW, 1962, pp. 308 s., 309; BGH, NJW, 1968, p. 1885; BGH NStZ, 1983, p. 453; *Roxin*, Schaffstein-Festschrift, pp. 105 ss., 118 ss.; *Timpe*, JuS, 1985, pp. 117 ss., 121 s.; *Wessels*, AT, § 11, III, 1; *Jescheck*, AT, § 45, II, 4; *LK-Spendel*, § 33, núm. marg. 32; *de otra opinión*, las soluciones psicologizantes; *Schröder*, ZAkDR, 1944, pp. 123 ss., 125; *Schönke-Schröder*, 17, § 53, núm. marg. 36; *Coenders*, JW, 1925, p. 963; *Steiniger*, ÖJZ, 1986, pp. 747 ss., 750 (para el Derecho austríaco); en favor de la exculpación en caso de error objetivamente incognoscible *Rudolphi*, JuS, 1969, pp. 461 ss., 463; *SK-Rudolphi*, § 33, núm. marg. 6; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 33, núm. marg. 8; *Dreher-Tröndle*, § 32, núm. marg. 27.

[54] *Timpe*, JuS, 1985, pp. 117 s., 122; en definitiva para el § 33 StGB igualmente *Roxin*, Schaffstein-Festschrift, pp. 105 ss., 118 ss., 120.

[55] Por lo general se distingue —partiendo de un concepto de provocación más amplio que el que aquí se propugna— en función de si el derecho a la legítima defensa decae (entonces no hay exculpación por el § 33 StGB) o no (entonces queda también la protección del § 33 StGB para quien se defiende); *vid. Roxin*, Schaffstein-Festschrift, pp. 105 ss., 122 ss.; *Müller-Christmann*, JuS, 1989, pp. 717 ss., 719 s.; *Jescheck*, AT, § 45, II, 5; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 33, núm. marg. 9; *SK-Rudolphi*, § 33, núm. marg. 5; *el mismo*, JuS, 1969, p. 461 ss.; *Schröder*, JR, 1962, pp. 187 ss.; en favor de descartar el § 33 StGB en caso de meros preparativos de defensa, *Arzt*, JR, 1980, pp. 211 ss., 212 s. La jurisprudencia se ha decidido por ampliar el concepto de provocación y por restringir la exculpación del exceso: BGH, NJW, 1962, pp. 308 s., 309 (en contra, *Schröder*, loc. cit.); OLG Hamm, NJW, 1965, pp. 1928 s. (en contra, *Rudolphi*, loc. cit.); *vid.* no obstante asimismo BGH JR, 1980, pp. 210 s., 211 (en contra, *Arzt*, loc. cit.).

IV. PARTICULARIDADES DE LA EXIGIBILIDAD EN EL DELITO IMPRUDENTE

BIBLIOGRAFIA: *M. Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen, 1974; *K. Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *H. Henkel*, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Mezger-Festschrift, pp. 249 ss.; *R. D. Herzberg*, Die Schuld beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jura, 19, pp. 402 ss.; G. *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; F. *Nowakowski*, Zur Theorie der Fahrlässigkeit, JurBl., 1953, pp. 506 ss.; *B. Schünemann*, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA, 1975, pp. 435 ss., 511 ss., 575 ss., 715 ss., 787 ss.

A. Los presupuestos de la culpabilidad y de la exculpación rigen todos 35
también para el comportamiento imprudente. A la culpabilidad pertenecen, pues: el injusto, la imputabilidad, la responsabilidad por desconocer la norma (evitabilidad del desconocimiento de la norma) y, en su caso, especiales elementos de la culpabilidad (*supra* 17/47 ss.). La culpabilidad está excluida (o disminuida) cuando el autor actúa en una disposición exculpante o en un contexto exculpante (*supra* 17/53 ss.). Ejemplo: Quien está exculpado cuando, como solución necesaria de un conflicto existencial, mata a otra persona (§ 35 StGB), también lo estará si en el comportamiento necesario para resolver el conflicto no repara, evitablemente, en la consecuencia de muerte.

B. 1. Dentro de la inexigibilidad plena o parcial hay una región de es- 36
trechos contornos [56] reservada al comportamiento imprudente. Se trata de supuestos en los que el autor imprudente, para evitar el comportamiento antijurídico, debe realizar algo que el autor doloso siempre ha realizado ya: La identificación de los elementos del comportamiento, en su caso incluidas sus consecuencias. En estos supuestos, cabe que el autor pueda remitirse a que no ha alcanzado tal identificación debido a un bloqueo de su motivación, mientras que la no evitación del comportamiento, de haberse realizado la identificación

---

[56] *Vid.* asimismo *infra* con respecto a la imprudencia en el delito de omisión 29/93, 100. La solución es controvertida; en ocasiones —al separar deber objetivo y subjetivo de cuidado— se señala que se trata de la limitación del deber de cuidado que compete personalmente al autor (OLG Frankfurt, VRS, 41, pp. 33 ss., 35; *Jescheck*, AT, § 57, IV; *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 198 ss.; *el mismo*, Wiener Kommentar, § 6, núm. marg. 101 ss.), lo que es cuando menos poco claro, debido a la pertenencia de los deberes no al ámbito del injusto, sino al de la culpabilidad (*vid.* ya, con respecto a la «norma de deber» en *Goldschmidt*, *supra* 17/9). Además, se encuentra la ubicación del problema en el cuidado objetivo (*H. Mayer*, AT, §19, C, II, 2; *el mismo*, Studienbuch, § 31, III, 1; *Henkel*, Mezger-Festschrift, pp. 249 ss., 286), así como en diversas regulaciones de aspectos de la culpabilidad, como el § 20 StGB y el § 35.2 StGB (*Maurach-Gössel*, AT, II, § 44, núm. marg. 50; *LK*[8]*-Mezger*, nota 12 e ante § 51) o el § 17 StGB (*AK-Zielinski*, §§ 15, 16, núm. marg. 135). Como aquí, en favor del tratamiento como supuesto de exigibilidad no regulado legalmente («*supra*legal»), *Jakobs*, Studien, pp. 141 ss.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1136; *SK-Samson*, § 16 apéndice, núm. marg. 36; asimismo *Herzberg*, Jura, 1984, pp. 402 ss., 413 s.; *Nowakwski*, JurBl., 1953, pp. 506 ss., 509 s.; en términos semejantes, pero sin respetar el estricto límite que aquí se traza, *Welzel*, Strafrecht, § 23, II, 2 *a* y *b*; *Schmidhäuser*, AT, 11/34 ss.; *Bockelmann-Volk*, AT, § 20, IV, 2 *c*; *Baumann-Weber*, AT, § 29, III, 2; *Engisch*, Untersuchungen, pp. 441 ss.; críticamente, *Maurach-Gössel*, loc. cit.; *Schünemann*, JA, 1975, pp. 435 ss., 787 ss., 791 s.; *Blei*, AT, § 82, II, 3 *b*; *LK-Hirsch*, núm. marg. 194, ante § 51.

(es decir, mediando dolo), sería imperdonable. Se trata, pues, de la virtualidad de trastornos de la consciencia, sólo posible en la imprudencia (*vid. supra* acerca del § 20 StGB, *supra* 17/18 s.). Ejemplo: Un trabajador averigua, mientras está llevando a cabo trabajos de soldadura, la noticia de un grave accidente de su hijo; aterrado, suelta la soldadora, aún encendida, lo que rápidamente da lugar a un incendio (§ 309 StGB). Con la motivación dominante de no cometer incendios, no se habría producido el comportamiento; por eso es imprudente. Pero a partir de la situación por la que el autor no tiene que responder se puede hacer comprensible que no esté motivado dominantemente por la evitación de incendios, sino que se preocupe dominantemente de la desgracia que le acaban de referir, aun cuando sería imperdonable que en caso de dolo no estuviera motivado dominantemente hacia la evitación.

37 2. La ausencia de una motivación dominante cabe explicarla, sin menoscabo para la norma, a partir de la situación, sólo si el autor no es responsable por su bloqueo de la motivación, sobre todo porque el interés del autor se ve absorbido por un acontecimiento en relación con el cual es propia una preocupación intensa, desde una valoración jurídica [57]. Dada una ocasión jurídicamente importante, cabe incluso presumir la dificultad en la motivación. Pero quien ya por una ocasión jurídicamente irrelevante pierde el discernimiento, responde a pesar de la pérdida, si es que no es irresponsable excepcionalmente por la alta valoración de lo irrelevante, p. ej., a consecuencia de inmadurez o de miedo [57a]. No importa, pues, la medida del trastorno psíquico, sino la (ir-)responsabilidad por la motivación dominante de evitar. Ejemplo: Un hincha de un equipo de fútbol, acalorado ante el error que acaba de cometer el árbitro, golpea con una botella de cerveza en la cabeza al espectador que se encuentra al lado, sin reparar en las consecuencias; ocasiones, tan ubicuamente posibles, para la exaltación no son relevantes jurídicamente. A un conductor le revela su compañera, de buenas a primeras, que está embarazada; el conductor frena bruscamente, en una calzada resbaladiza, el vehículo patina, etc.; la exaltación permite explicar la conducta defectuosa al menos en parte.

38 3. Gran parte de la doctrina extiende la exigibilidad en el delito imprudente a casos de ponderación de riesgos, lo que conduce a una ampliación inadmisible del catálogo de los bienes mencionados en el § 35 StGB, y de todos modos no es ningún problema específico de la imprudencia: El que el riesgo se perciba efectivamente o sólo sea cognoscible no indica nada sobre cuándo cabe tolerar su desplazamiento [58]. Ejemplos [59]: Un cochero conduce con un caballo que tiende a desbocarse sólo porque teme que si se niega lo despedirán; se produce un accidente con secuela de lesiones [60]; falta un bloqueo de la motivación, y el puesto de trabajo no está en el catálogo de bienes según el § 35. Un

---

[57] *Jescheck*, AT, § 58, IV; *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 198 ss., 200 s.; *Welzel*, Strafrecht, § 23, II, 2 *b*; *LK-Hirsch*, núm. mag., 194 s., ante § 32; *Herzberg*, Jura, 1984, pp. 402 ss., 413; *Jakobs*, Studien, pp. 144 ss.

[57a] *Herzberg*, Jura, 1984, pp. 402 ss., 413 s.

[58] En ocasiones se abusa de la exigibilidad para resolver también supuestos de prohibición de regreso, como en BGH, 3, pp. 203 ss.; RG, DR, 1944, pp. 442 s.; *vid. Schönke-Schröder-Cramer*, § 15, núm. marg. 204.

[59] *Vid.* además RG, 36, pp. 78 ss.; 74, pp. 195 ss.

[60] RG, 30, pp. 25 ss.; «caso del caballo que atrapaba las riendas» (*Leinenfängerfall*); muy ilustrativo al respecto *Fischer*, en: *Noll*, p. 220, 226.

barquero, en el río Memel, intenta trasladar a la otra orilla a algunos pasajeros que se lo ruegan encarecidamente, a pesar de las peligrosas condiciones de la corriente, después de que los pasajeros hayan puesto en duda su arrojo; se produce un accidente en el que perecen ahogadas varias personas [61]; no se trata de inexigibilidad, sino de consentimiento en un riesgo (*vid. supra* 7/126 ss.; 14/12).

V. LA EXCULPACION EN EL CONFLICTO DE INTERESES (EL LLAMADO ESTADO DE NECESIDAD SUPRALEGAL EXCULPANTE)

BIBLIOGRAFIA: *P. Bockelmann*, Zur Schuldlehre des Obersten Gerichtshofs, ZStW, 63, pp. 13 ss.; *A.-E. Brauneck*, Der strafrechtliche Schuldbegriff, GA, 1959, pp. 261 ss.; *H. End*, Existentielle Handlungen im Strafrecht, 1959; *W. Gallas*, Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, Mezger-Festschrift, pp. 311 ss.; *H.-L. Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *F. Hartung*, Comentario a OGH, NJW, 1950, pp. 151 ss., loc. cit., pp. 151 ss.; *H. Henkel*, Zumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Mezger-Festschrift, pp. 249 ss.; *H. J. Hirsch*, Strafrecht und rechtsfreier Raum, Bockelmann-Festschrift, pp. 89 ss.; *Arthur Kafmann*, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, Maurach-Festschrift, pp. 327 ss.; *W. Küper*, Grundund Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979; *el mismo*, Die dämonische Macht des «Katzenkönigs» oder: Probleme des Verbotsirrtums und Putativnotstandes an den Grenzen strafrechtlicher Begriffe, JZ, 1989, pp. 617 ss.; *D. Lang-Hinrichsen*, Epoche und Schuld. Über den von strafrechtlicher Schuld ausgeschlossenen Raum, Bärmann-Festschrift, pp. 583 ss.; *G. Mangakis*, Die Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts, ZStW, 84, pp. 447 ss.; *D. Oehler*, Die Achtung vor dem Leben und die Notstandshandlung, JR, 1951, pp. 489 ss.; *H. Otto*, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 3.ª ed., 1978; *K. Peters*, Zur Lehre von den persönlichen Strafausschließungsgründen, JR, 1949, pp. 496 ss.; *el mismo*, Die Tötung von Menschen in Notsituationen, JR, 1950, pp. 742 ss.; *J. Rödig*, Zur Problematik des Verbrechensaufbaus, Lange-Festschrift, pp. 39 ss.; *Eb. Schmidt*, Comentario a OGH, I, pp. 321 ss., SJZ, 1949, pp. 559 ss.; *G. Spendel*, Der Conditio-sine-qua-non-Gedanke als Strafmilderungsgrund, Engisch-Festschrift, pp. 509 ss.; *el mismo*, Der hypothetisch gleiche oder schwerere Deliktserfolg als Strafmaßproblem, Bruns-Festschrift, pp. 249 ss.; *H. v. Weber*, Die Pflichtenkollision im Strafrecht, Kiesselbach-Festschrift, pp. 233 ss.; *H. Wekel*, Comentario a OGH, I, pp. 321 ss., MDR, 1949, pp. 373 ss.; *el mismo*, Zum Notstandsproblem, ZStW, 63, pp. 47 ss.

A. No existe el conflicto de *deberes* sin salida justificada sino sólo con una 39
solución exculpatoria, ya que el Derecho no puede exigir un comportamiento y simultáneamente considerarlo antijurídico sin contradecirse a sí mismo [62]. Si

[61] RG, 57, pp. 172 ss.

[62] *Blei*, AT, § 63, II; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 17, ante § 32. *De otra opinión, Jescheck*, AT, § 47, I, 2; *Welzel*, Strafrecht, § 23, III, 1; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 627 s.; *Gallas*, Mezger-Festschrift, pp. 311 ss., 312, 328 ss.; *v. Weber*, Kiesselbach-Festschrift, pp. 233 ss., 247 ss. y la doctrina dominante. En contra del intento de interpretar las contradicciones, al margen del Derecho, apreciando un «ámbito exento de Derecho», sin solucionarlas jurídicamente (*Arthur Kaufmann*, Maurach-Festschrift, pp. 327 ss., 31 ss.), *vid. Hirsch*, Bockelmann-Festschrift, pp. 89 ss., 96 ss. En favor de un «ámbito exento de culpabilidad» en caso de conflicto supuesto de deberes, *Lang-Hinrichsen*, Bärmann-Festscrift, pp. 583 ss., 600 ss.

el ordenamiento jurídico escrito contiene contradicciones en su tenor literal, resolverlas es cometido de la interpretación. El ejemplo casi siempre citado de supuesto conflicto de deberes es el de un caso extraído de la acción-«eutanasia» del período nacional-socialista [63]: Algunos médicos de instituciones psquiátricas habían abandonado a la muerte a algunas de las personas confiadas a su cuidado a fin de no verse sustituidos por colegas complacientes que habrían entregado a todos los pacientes. Conflicto de deberes existiría sólo si las personas salvadas hubiesen tenido derecho a la salvación por parte de los médicos no sólo en el marco de la conducta legal de éstos, sino derecho a la propia salvación mediante el abandono de los demás a la muerte. Sin embargo, tal derecho —y el deber paralelo de los médicos— no existía, ya que a las víctimas no se les exigía jurídicamente dejarse quitar los mínimos de su existencia en favor de las personas a salvar, o sacrificar activamente esos mínimos por su parte. Tal exigencia sólo se origina en casos de especiales responsabilidades (p. ej., frente al agresor en una situación de legítima defensa).

40 B. Como en la situación concreta sólo tiene existencia *jurídicamente un* deber en conflicto, la infracción de este deber dominante por cumplir el deber que debería pasar a segundo plano puede estar a lo sumo exculpada. La exculpación cabe —al margen de los supuestos regulados en el § 35 StGB— fundamentarla del modo siguiente:

41 1. Si la pérdida de un bien no depende en definitiva del autor, porque aun cuando el bien está perdido mediante su comportamiento, sin embargo sin tal comportamiento se perdería de todos modos, el comportamiento del autor, a pesar de ser causal del resultado, se aleja de la lesión y se aproxima a la puesta en peligro abstracta, y con una conminación penal reducida en esos términos (*supra* 7/92 ss.). En relación con bienes no existenciales, la imposibilidad fáctica de detener la pérdida puede conducir a evaluar el interés por el bien en tan escasa medida que su sacrificio en favor de un bien idéntico *ceteris paribus* según el § 34 StGB esté justificado. Ejemplo: Si los bomberos derriban un edificio que de todos modos no cabe salvar, para poder luchar eficazmente contra el fuego en otro edificio, el hecho está justificado. Distinto es el caso en los bienes importantes existencialmente: Sin responsabilidad especial del titular del bien nunca se puede reclamar su sacrificio. Pero, no obstante, el sacrificio oportuno del bien existencial, que de todos modos se perderá, en una situación de necesidad, constituye un comportamiento tan adecuado a la situación (es decir, no arbitrario), como lo sería el soportar —exigido jurídicamente (!)— la pérdida de todos los bienes puestos en peligro. El hecho puede, por eso, explicarse a partir de la situación de necesidad y al margen del autor.

42 2. Son requisitos de la exculpación [64]:

a) También el interés salvado debe tener trascendencia existencial; ejemplo: No está exculpada la muerte de una persona cuya vida de todos modos no

[63] BGH, NJW 583 ss., 600 ss.

BGH, NJW, 1953, pp. 513 s.; OGH, 1, pp. 321 ss., 331 ss.; 2, pp. 117 ss., 122 ss.

[64] La decisión es sumamente controvertida. La jurisprudencia sólo aprecia una causa personal de exclusión de la pena; OGH, 1, pp. 321 ss., 331 ss. (con comentario acertadamente desfavorable de *Eb. Schmidt*, SJZ, 1949, párrafos 559 ss., 569; *Welzel*, MDR, 1949, pp. 373 ss., 375; hay que atender a la gravedad delictiva del hecho, no a causas extrapenales de exención de la pena; *Welzel*, loc.cit.: para la crítica, *vid.* asimismo *Bockelmann*, ZStW, 63, pp. 13 ss., 44 ss.); 2, pp. 117 ss.,

cabe conservarla, a fin de salvar bienes patrimoniales, ya que el simple (es decir, irrelevante para la existencia del resultado) tabú ante la muerte prima sobre el interés patrimonial.

b) El interés lesionado debe estar perdido de todos modos, y desde luego no por un contexto de catástrofe sobrenatural (esto último es únicamente relevante para los supuestos de error, *vid. supra* 11/37). En caso de una nueva distribución de riesgos que afecta a bienes antes no puestos en peligro, seguirá habiendo, a lo sumo, exculpación con arreglo al § 35 StGB. Ejemplo [65]: Si un tren de mercancías amenaza colisionar con un tren de viajeros completamente lleno, y un guardagujas lo desvía a una vía secundaria donde resulta muerto un trabajador del ferrocarril, tal maniobra está exculpada por la fatalidad [66],

---

122 ss.; asimismo, *Oehler*, JR, 1951, pp. 489 ss., 493; *Peters*, JR, 1949, pp. 496 ss., 498 s.; *el mismo*, JR, 1950, pp. 742 ss., 745; asimismo, *End*, Existentielle Handlungen, pp. 71 ss., 86, 95. De acuerdo con BGH, 35, pp. 347 ss., 350 s., la causa de exculpación, «si es que existe en absoluto», a lo sumo podrá incidir tras «examen concienzudo»; distinguiendo, al respecto, *Küper*, JZ, 1989, pp. 617 ss., 627 s. La doctrina dominante afirma una causa de exculpación, casi siempre no —como aquí— en virtud de la adecuación objetiva del desplazamiento del conflicto, sino en virtud de la concurrencia de deberes jurídicos o de deberes jurídicos y morales; *Welzel*, MDR, 1949, pp. 373 ss., 375; *el mismo*, ZStW, 63, pp. 47 ss., 54; *el mismo*, Strafrecht, § 23, III, 1; *Henkel*, Mezger-Festschrift, pp. 249 ss., 300 s.; *Hartung*, NJW, 1950, pp. 151 ss., 153 ss.; *Eb. Schmidt*, SJZ, 1949, párrafos 559 ss., 569; *v. Weber*, Kiesselbach-Festschrift, pp. 223 ss., 248 ss.; *LK-Hirsch*, núm. marg. 203 ss., ante § 32; *Dreher-Tröndle*, ante § 32, núm. marg. 15; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 632; *Küper*, Grund- und Grenzfragen, pp. 52 ss., con amplia bibliografía; *Bockelmann-Volk*, AT, § 16 E; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 33, núm. marg. 18 ss.; *vid.* asimismo LG Köln, NJW, 1952, pp. 358 ss., 359. En ocasiones se argumenta —reconociendo causa de exculpación— que para la exculpación no hay que exigir que el autor haya elegido el «mal menor», ya que la consideración meramente numérica fracasa de todos modos; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 8, ante § 19; *Gallas*, Mezger-Festschrift, pp. 311 ss., 326 s., 332 s.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 117, ante § 32; *Jescheck*, AT, § 47, I, 3. No obstante, la solución del conflicto sólo es objetivamente adecuada en el marco de lo necesario; si se sobrepasa lo necesario, la intervención sólo cabe explicarla arbitrariamente, decayendo la exculpación. En favor de la justificación (en contra, *vid. supra* con respecto al estado de necesidad agresivo, 13/23), *Brauneck*, GA, 1959, pp. 261 ss., 271; *Otto*, Pflichtenkollision, pp. 108 s.; *Rödig*, Lange-Festschrift, pp. 39 ss., 58 con nota 44; *Mangakis*, ZStW, 84, pp. 447 ss., 476 s. De acuerdo con *Günther*, Strafrechtswidrigkeit, pp. 333 ss., el injusto (!) desciende por debajo del umbral de lo que merece punición. En favor de afirmar la culpabilidad y a lo sumo atenuar la pena, ya que a los médicos les queda la posibilidad de oposición —si bien inútil—, *Spendel*, Engisch-Festschrift, pp. 509 ss., 518 ss., 519, 523 ss.; *el mismo*, Bruns-Festschrift, pp. 249 ss., 251 ss.

[65] De *Welzel*, ZStW, 63, pp. 47 ss., 51.

[66] Lo que es manipulacion de la fatalidad no se decide en función de si el autor actúa u omite, sino de la responsabilidad por las consecuencias del comportamiento: ¿el ámbito de organización del afectado por el desplazamiento del peligro está organizado por parte de éste en dirección al resultado, o es la organización del que desplaza la que daña? Si en el ejemplo canónico del guardagujas, éste, en ejecución del plan de servicio, al acercarse un tren de mercancías, cambia las agujas para proteger a los viajeros del otro tren, tiene que hacerlo también aun cuando en la vía a la que dirige el tren de mercancías se hallen trabajadores ferroviarios. En esta medida, el guardagujas no actúa típicamente, es decir, lo hace lícitamente (y no está sólo exculpado). De otro modo, la solución del conflicto dependería de datos incidentales de la configuración técnica, así, p. ej., si las agujas se cambian automáticamente, pero el guardagujas puede accionar el cambio también manualmente. Si el guardagujas no ha cambiado las vías, pero amenaza caer sobre el mecanismo de cambio porque se ha resbalado, activando el mecanismo, en la medida en que pueda, tiene que evitar caerse. *Vid.* asimismo *supra*, con respecto a la comisión referida al garante y con respecto a la prohibición de regreso, 7/56 ss. Sólo con estas reglas de la imputación objetiva cabe solucionar adecuadamente también los problemas en la intervención de equipos de emergencia. Si quien di-

no ya por el saldo positivo de vidas humanas (*vid. supra* acerca de la justificación en estado de necesidad 13/23, con más ejemplos).

c) No debe haber otra posibilidad de preservar el interés salvado. Ejemplo: Un capitán impide que se hunda el barco haciendo cerrar unas compuertas; los marineros encerrados resultan ahogados, pero sin la medida adoptada habría muerto toda la tripulación; el hecho está exculpado, ya que es necesario para la salvación (aisladamente, se afirma la posibilidad de justificación en virtud de un deber especial; *vid. supra* 13/nota 51). No obstante, la exculpación decae si los marineros que se hallan tras las compuertas, de no haberlas cerrado, habrían podido ser puestos a salvo con auxilio de botes salvavidas que estaban disponibles, aun cuando los demás habrían entonces perecido igualmente.

d) El hecho de que el autor haya debido «perseguir subjetivamente la finalidad de salvar» [67] es aquí requisito de la exculpación en tan escasa medida como en el estado de necesidad exculpante (*vid. supra* 10/11); se opone al principio del hecho el exigir para la exculpación, en el ámbito subjetivo, más que el conocimiento de la situación de conflicto y del efecto de evitación del propio comportamiento.

VI. ¿LA INEXIGIBILIDAD INESPECIFICA COMO CAUSA DE EXCULPACION?

BIBLIOGRAFIA: *H. Achenbach,* Historische und dogmatische Grundlagen der Strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974; *el mismo,* Wiederbelegung der allgemeinen Nichtzumutbarkeitsklausel im Strafrecht, JR, 1975, pp. 492 ss.; *H. Blei,* Reseña bibliográfica, JZ, 1969, p. 546, y JA, 1969, pp. 665 s.; *Drost,* Die zumutbarkeit bei vorsätzlichen Delikten, Archiv für Strafrecht (GA), 77 (1933), pp. 175 ss.; *B. Freudenthal,* Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922; *H. Henkel,* Zumurbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Prinzip, Mezger-Festschrift, pp. 249 ss.; *Th. Lenckner,* Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, en: *H. Göppinger* y *H. Witter* (ed.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, t. I, 1972, pp. 3 ss.; *J. Lücke,* Der allgemeine Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit als methodisches und verfassungsrechtliches Problemen, JR, 1975, pp. 55 ss.; *P. Wittig,* Der übergesetzliche Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit in verfassungsrechtlicher Sicht, JZ, 1969, pp. 546 ss.

43 A. Desde la doctrina de la exigibilidad de *Freudenthal* [68] no deja de haber intentos aislados de atribuir la culpabilidad únicamente con la salvedad de la exigibilidad del comportamiento conforme a Derecho [69], debiéndose carac-

---

rige la intervención interrumpe una medida de auxilio con perspectivas de éxito (¡acción! Detención de la máquina u orden al subordinado), a fin de emplear el potencial salvador en otro lugar de modo más efectivo todavía, no actúa típicamente si no le incumbe deber de garante en mayor grado frente al receptor de la medida de salvación comenzada en primer lugar (p. ej., en virtud de confianza especial, *vid. supra* 13/23) que frente al beneficiario de la medida emprendida a continuación.

[67] *Welzel,* Strafrecht, § 23, III, 1 (requisito *c*); doctrina dominante.

[68] Schuld und Verantwortung, p. 7 y *passim.*

[69] *Vid.* ya *supra* 17/7 ss.; allí también con respecto a *Goldschmidt, v. Liszt,* etc. En general, *Drost,* Archiv für Strafrecht, t. II (GA, 1933), pp. 175 ss.; *Achenbach,* Grundlagen, pp. 143 ss.; *el mismo,* JR, 1975, pp. 492 ss.

terizar la situación de inexigibilidad a través de un constreñimiento definido en sentido psicológico. Al mismo resultado apunta el intento de hacer depender la culpabilidad de la capacidad del autor —a su vez, también definida en sentido psicológico— de obrar de acuerdo con su consciencia del injusto (actual o actualizable) [70]. También se encuentran posiciones en el sentido de que hay que reconocer una cláusula general de exigibilidad por motivos jurídico-constitucionales (principio de culpabilidad) [71] o sistemáticos (lagunas jurídicas) [72].

Desde luego, para el delito doloso de comisión (acerca de la imprudencia, *supra* 7/35 ss.; acerca de la omisión, *infra* 29/98, con nota 192), por el contrario, la doctrina con mucho dominante [73] niega la trascendencia de la cláusula general de exigibilidad y admite si acaso una extensión limitada de la cláusula de exigibilidad especial, legalmente regulada [74]; esta reserva se fundamenta en ocasiones diciendo que las causas de exculpación legalmente reguladas no son por lo general susceptibles de analogía [75], y en ocasiones se expresa el temor de que, teniendo en cuenta una cláusula general de exigibilidad, se perdiera toda seguridad jurídica [76]. Estas fundamentaciones no se mantienen consecuentemente, al menos en tanto que se reconocen concretas causas de exculpación «supralegales», sin anclaje en los supuestos legalmente regulados, como p. ej., en el conflicto de intereses exculpante.

B. Ni el postulado de una cláusula general de exigibilidad ni su rechazo 44
resuelven por completo el problema. Los partidarios de la cláusula se dan por satisfechos con la analogía entre la situación psíquica en los grupos de supuestos establecidos legalmente y en aquellos que los complementarían. Por el contrario, los opositores de la cláusula indican, con buen criterio, que, incluso en los supuestos regulados, la situación psíquica por sí sola no determina exculpación alguna, y que, además, el hecho ha de poder explicarse, sin detrimento de la norma, al margen del autor. Tal objeción contra la cláusula no justifica, evidentemente, que haya que rechazarla absolutamente, sino que más bien ha de limitarse su concepción psicologizante mediante la exigencia de que, sin detrimento de la norma, ha de ser posible la explicación del hecho al margen del autor. La falta de responsabilidad del autor por las condiciones del hecho ha de aceptarse, pues, como presupuesto de la inexigibilidad [77].

---

[70] Así *Arndt*, Sonderausschuß, V, 25.ª sesión, p. 478.

[71] *Wittig*, JZ, 1969, pp. 546 ss.

[72] *Lücke*, JR, 1975, pp. 55 ss.

[73] Desde RG, 66, pp. 397 ss., 398 s., también la jurisprudencia; tendencialmente en otro sentido sólo OLG Hamm, NJW, 1976, pp. 721 s. La jurisprudencia inicial del *Reichsgericht* reconocía una exigibilidad determinada en función de una medida generalizadora para ciertos grupos de casos; *vid.* BRG, 30, pp. 25 ss., 28; 36, pp. 78 ss.; 80 ss.; 57, p. 172 ss., 174; 58, pp. 97 s., 98; 58, pp. 226 ss., 227 s.; 60, pp. 101 ss., 103; 66, pp. 222 ss., 225.

[74] *Achenbach*, JR, 1975, pp. 492 ss., 495 s.; *Baumann-Weber*, AT, § 29, III, 2.

[75] *Jescheck*, AT, § 47, I, 2; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 33, núm. marg. 13 ss.; *Welzel*, Strafrecht, § 23, ante I; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 620; *Kohlrausch-Lange*, nota III, ante § 51; *vid.* asimismo *Blei*, AT, § 63, I; *el mismo*, JA, 1969, pp. 665 s. En contra de esta argumentación, no obstante, *Henkel*, Mezger-Festschrift, pp. 2549 ss., 295 ss., que pretende extraer una regulación general no de la exigibilidad, sino del concepto normativo de culpabilidad.

[76] *LK-Hirsch*, núm. marg. 184, ante § 32; *Bockelmann-Volk*, AT, § 16, D, V; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 122, ante § 32; *Lenckner*, Handbuch Psychiatrie, t. I, pp. 3 ss., 69.

[77] Paralelamente, el § 10.1 del StGB austriaco hace depender la exigibilidad allí regulada de lo que cabe «esperar» de una «persona atenta a los valores protegidos». Esta formulación aún es

En suma, puede darse una exclusión general de la culpabilidad en virtud de inexigibilidad con los siguientes requisitos: 1) Debe existir una situación de conflicto, 2) que hace aparecer el hecho, valorándolo objetivamente, como solución adecuada, 3) sin que el autor o el beneficiado sean responsables de la situación de conflicto. Teniendo en cuenta estas limitaciones, nada se opone a la analogía con los §§ 33, 35 StGB y tampoco hay que temer inseguridad jurídica alguna, pues una cláusula de exigibilidad así desarrollada está ajustada funcionalmente al concepto de culpabilidad.

Naturalmente, para una cláusula de exigibilidad tan caracterizada funcionalmente apenas queda ámbito de aplicación, ya que la regulación legal cubre de modo suficientemente elástico los ámbitos relevantes. Supuestos de inexigibilidad a los que ya no cabe integrar en el ámbito no central de la regulación legal (como p. ej., es posible en el exceso en la detención provisional tras un hecho culpable, *supra* 20/39) cabe encontrarlos en relación con el autor por convicción (*supra* 20/20 ss.) y con la inexigibilidad en la imprudencia (*supra* 20/36 ss.). Estos supuestos —salvo diferenciaciones de solución en el autor por convicción— también los reconocen los opositores a la cláusula general, sobre todo como regulaciones especiales. Hasta ahora no se han señalado otros ámbitos más en los que se cumplan las tres condiciones mencionadas; con arreglo al Derecho positivo actual, es ciertamente posible una cláusula general de exigibilidad, pero ésta carece de importancia práctica.

---

demasiado psicologizante, ya que permite interpretar la expectativa como cognoscitiva, no prescribiendo la determinación de la expectativa como algo normativo.

CAPITULO IV

Complemento a la realización del tipo: La participación

APARTADO 21

La autoría

I. ¿DISTINCION DE LOS INTERVINIENTES O AUTORIA UNITARIA?

BIBLIOGRAFIA: *R. Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; *P. Cramer*, Die Beteiligung an einer Zuwiderhandlung, NJW, 1969, pp. 1929 ss.; *el mismo*, Nochmals: Zum Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht, NJW, 1970, pp. 1114 ss.; *K. Detzer*, Die Problematik der Einheitstäterlösung. Eine Untersuchung im Lichte der Reform des StGB und des OWiG unter Berücksichtigung des italienischen und österreichischen Strafrechts, 1972; *E. Dreher*, Plädoyer für den Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht, NJW, 1970, pp. 217 ss.; *el mismo nuevamente*, Zum Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht, NJW, 1970, pp. 1116 ss.; *F. Exner*, Fahrlässiges Zusammenwirken, Frank-Festgabe, t. I, pp. 569 ss.; *W. Gallas*, Täterschaft und Teilnahme, Materialien, t. I, pp. 121 ss.; *E. Gohler*, Die «Beteiligung» an einer unvorsätzlich begangenen Ordnungswidrigkeit, wistra, 1983, pp. 242 ss.; *F. Höpfel*, Einige Fragen der subjektiven Tatseite bei Beteiligung mehrerer, ÖJZ, 1982, pp. 314 ss.; *D. Kienapfel*, «Beteiligung» und «Teilnahme», NJW, 1970, pp. 1826 ss.; *el mismo*, Der Einheitstäter im Strafrecht, 1971; *el mismo*, Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, en: *H. Müller-Dietz* (ed.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, pp. 21 ss.; *el mismo*, Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ss. und 32 ss. StGB, JurBl., 96 (1974), pp. 113 ss.; *el mismo*, Das Prinzip der Einheitstäterschaft, JuS, 1974, pp. 4 ss.; *el mismo*, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Einheitstäterschaft in der höchstrichterlichen Praxis, ÖJZ, 1979, pp. 90 ss.; *el mismo*, Zur Einheitstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht, NJW, 1983, pp. 2236 s.; *P. Lewisch*, Probleme der Einheitstäterschaft, JurBl., 1989, pp. 294 ss.; *M. Maiwald*, Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung, Bockelmann-Festschrift, pp. 343 ss.; *el mismo*, Reseña bibliográfica, ZStW, 93, pp. 864 ss.; *Eb. Schmidt*, Die mittelbare Täterschaft, Frank-Festgabe, t. II, pp. 106 ss.; *K. Schmoller*, Grundstrukturen der Beteiligung mehrerer an einer Straftat die objektive Zurechnung fremden Verhaltens, ÖJZ, 1983, pp. 337 ss., 379 ss.; *Chr. Schöneborn*, Kombiniertes Teilnahme- und Einheitstätersystem für das Strafrecht, ZStW, 87, pp. 902 ss.; *B. Schünemann*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA, 1985, pp. 341 ss., GA, 1986, pp. 293 ss.; *H. Schumann*, Zum Einheitstätersystem des § 14, OWiG, 1979; *G. Stra-*

tenwerth, Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale, v. Weber-Festschrift, pp. 171 ss.; *O. Triffterer*, Die österreichische Beteiligungslehre, 1983; *St. Trunk*, Einheitstäterbegriff und besondere persönliche Merkmale, 1987; *J. Welp*, Der Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht, VOR, 1972, pp. 299 ss.; *L. Zimmer*, Grundsätzliches zur Teilnahmelehre, ZStW, 49, pp. 39 ss.

1 A. En la determinación de autoría y participación se trata de comprobar en qué relación se encuentran las responsabilidades de varios intervinientes por un suceso delictivo. Para ello hay dos modelos de regulación [1], el modelo para los delitos de infracción de deber y el modelo para los delitos de dominio.

2 1. En algunos delitos sólo cabe fundamentar la responsabilidad plena, es decir, en concepto de autor, mediante la lesión de un deber asegurado institucionalmente, responsabilidad que también está fundamentada siempre mediante la lesión de ese deber. Tales deberes afectan sólo al titular de un determinado estatus; las personas no obligadas por sí mismas pueden ser a lo sumo partícipes (*delitos de infracción de deber*, *infra* 21/115 ss.).

3 2. No obstante, en la mayoría de los delitos, la responsabilidad no se vincula a un deber especial, sino a los actos organizativos del titular de un ámbito de organización (la organización en cuestión se suele denominar dominio del hecho, y por eso se llaman *delitos de dominio*). Existen las siguientes regulaciones de la responsabilidad en virtud de organización en los delitos de dominio:

a) Puede haber sólo una persona que organice el delito; ésta es siempre responsable, es decir, autor, y realiza la ejecución del hecho siempre *por sí mismo*, es decir, actúa *de propia mano* (§ 25, párrafo 1, 1.er grupo de casos StGB).

b) Puede haber varios que toman parte, coordinando mutuamente sus ámbitos de organización de tal modo que organizan conjuntamente *un* delito. Si ocurre esto —de un modo aún por concretar— mediante actos organizativos de la misma importancia, los partícipes son *coautores* (§ 25.2 StGB); si su organización presenta grados distintos, los que contribuyen con menor importancia se llaman partícipes, es decir, *inductores* (§ 26 StGB) o *cómplices* (§ 27 StGB), lo que desde luego en el Derecho vigente no siempre conduce a la atenuación de la responsabilidad (no en el § 26 StGB). De todos modos, en este grupo los actos de organización de distintas personas se unen en *un* hecho: Los que toman parte responden del mismo modo, si bien posiblemente por distintas «cuotas» [1a]. Ello conduce a una dependencia recíproca (accesoriedad) de las fases del hecho ya realizadas y de las aún por realizar, tanto desde el punto de vista cuantitativo (el hecho único se prepara, intenta y consuma) como cualitativo (todos los que toman parte son responsables por el injusto total).

A pesar de corresponder la organización a varias personas, sólo hay *un* comportamiento típico de ejecución que constituye injusto. La colaboración común en el ámbito previo a la realización del tipo no determina por sí misma, a falta de exteriorización, una perturbación social, sino sólo el fundamento para atri-

---

[1] Intenta reducirlos a *un* principio *Schünemann*, GA, 1986, pp. 293 ss., 331 ss.

[1a] No hay diferencia cualitativa entre autoría y participación (en otro sentido últimamente *Bloy*, Beteiligungsform, p. 368, con bibliografía); si la participación en un hecho ajeno aumenta suficientemente, el hecho se convierte en propio sólo sobre la base de ese aumento. Con respecto a los elementos específicos de los delitos especiales *vid. infra* 22/16.

buir el comportamiento de ejecución a cada uno de los que toman parte (*vid. infra* 21/8 a). La situación del ámbito previo es parangonable a la que se produce en Derecho civil al firmar un contrato de sociedad: Este contrato no constituye, al firmarlo, negocio alguno, desde la perspectiva de las relaciones exteriores, y tampoco llega a serlo después, pero sí forma el fundamento para atribuir a los socios los negocios que después se acuerden en las relaciones exteriores.

c) Finalmente, uno de los que toman parte puede someterse al ámbito de organización de otro; éste es entonces, independientemente de la responsabilidad del sometido, ya debido a tal sumisión, responsable prevalentemente, como autor mediato (§ 25 párrafo 2, 2.° grupo de casos StGB).

B. Se discute la conveniencia de la distinción entre la ejecución de un he- 4
cho propio y la cooperación en un hecho común. En el núcleo de la polémica sobre si hay que distinguir entre los que toman parte y sobre si la distinción reporta algo más que una graduación, con arreglo a la cantidad, del comportamiento delictivo, se encuentra la accesoridad.

1. El concepto unitario de autor niega en absoluto la trascendencia de la 5
accesoriedad [1b]: Todo aquel que toma parte ha de considerarse autor de un hecho antijurídico y culpable, sin tener en cuenta las cualidades delictivas de la contribución de los demás que toman parte (dolosa, imprudente, inevitable; culpable, inculpable) y sin más que un vínculo causal con el estado de desarrollo de las aportaciones de los otros (preparación, tentativa, consumación).

2. *a)* Esta solución, que se propone para el Derecho penal de la Repú- 6
blica Federal Alemana *de lege ferenda* [2], de aplicarse estrictamente, conduce a una ampliación lingüísticamente forzada de los conceptos con que se describe la acción ejecutiva en la Parte Especial [3], y por tanto sólo cabría compatibilizarla con la exigencia de taxatividad del artículo 103, párrafo 2 GG, y el § 1 StGB, si se reformulasen casi todos los tipos de la Parte Especial. Ejemplo: Aconsejar a otro que calumnie a un tercero no es por sí mismo afirmar o difundir hechos deshonrosos (en relación con el § 187 StGB).

b) Asimismo, el concepto unitario de autor amplía la punibilidad por tentativa en todo el ámbito del fomento de un delito en definitiva no realizado, sin que se ponga en evidencia su necesidad político-criminal. En el estadio de la preparación (antes de la cesura que señala el comienzo de la tentativa; p. ej., procurarse útiles para el robo), nadie considera la posibilidad de punir en general las acciones de preparación que han quedado aisladas en tanto que una sola persona debe ejecutar por sí sola todo lo necesario para el delito. Si se divide el trabajo (el primero que toma parte se ocupa de la preparación, el segundo de llevar el hecho a tentativa y a consumación), según el concepto unitario de autor, la acción preparatoria, sin embargo, se convierte en una aportación concluida al delito, que, sin exigencia de accesoriedad, tendría que ser punible como tentativa de delito, aun cuando después no ocurra nada más. Así

[1b] *Kienapfel*, JuS, 1974, pp. 1 ss.; *el mismo*, JurBl., 96 (1974), pp. 113 ss., 118; *el mismo*, ÖJZ, 1979, pp. 90 ss., 91 s.

[2] Por ejemplo *Kienapfel*, Erscheinungsformen, pp. 21 ss., 34 s.

[3] Especialmente burda sería la extensión en los delitos que presupone modalidades de ataque determinadas, como en los §§ 242 ss., 263 StGB; *vid. LK-Roxin*, núm. marg. 6, ante § 25.

pues, se transforman los actos preparatorios en tentativas. Por eso la solución del autor unitario llega cuantitativamente demasiado lejos.

c) Finalmente, y esto es decisivo, el concepto unitario de autor es cualitativamente en parte demasiado estrecho y al mismo tiempo en parte demasiado amplio. Si un delito se caracteriza, más allá de la causación de un resultado, por especiales elementos personales, es decir, especiales deberes, o por el requisito de que ha de ejecutarse de propia mano, estos elementos tendría que realizarlos todo autor unitario si no se quiere que la relación con el hecho ajeno, *y con ello la accesoriedad*, se convierta en fundamento de la pena. Ejemplo: También el cómplice en la prevaricación (§ 336 StGB) tendría que estar especialmente obligado como «autor unitario de prevaricación». Esto lo pasan por alto casi siempre los partidarios del concepto unitario de autor; se pretende, en estos casos, poder fundamentar la autoría a través de la producción del resultado lesivo. Pero un causante que no ostenta por sí mismo las cualidades necesarias de un autor sólo puede llegar a ser autor a través de la accesoriedad con respecto al injusto *ajeno* [4]. A la inversa, en el causante de una autolesión no abarcada típicamente (p. ej., la inducción a la automutilación), sólo cabe derivar la impunidad del causante a partir de la irrelevancia jurídico-penal del hecho del ejecutor, es decir, justamente no del causante [5], pues el inductor (causante) se convierte personalmente en productor de la lesión de otro, de modo que las cualidades presentes en su persona no impiden la responsabilidad.

d) El concepto unitario de autor no sólo se opone, pues, a la actual configuración (modificable) de los delitos de la Parte Especial, sino que desconoce la distinción entre la ejecución de un hecho y la influencia en la ejecución de otro interviniente [6]. En lugar de referir las aportaciones a la ejecución y determinar el injusto de la participación a partir del injusto de la ejecución del hecho, atomiza las causalidades que por sí solas no constituyen el comportamiento punible; la teoría del autor unitario no conoce una intervención *común*, sino sólo *aislada*. Esta falta en la determinación del alcance del tipo sólo muy imperfectamente cabe compensarla en la determinación de la pena [7].

7 3. Algunos ordenamientos jurídicos extranjeros han introducido en su regulación el concepto unitario de autor [8]; en los países de habla alemana, el CP austríaco en su § 12 [8a]. El concepto unitario de autor se encuentra asimismo en el § 14 OWiG, pero con limitaciones características: Los elementos personales especiales en uno solo de los que toman parte (en el sentido del § 14 OWiG) tiñen las aportaciones de todos los que toman parte, convirtiéndolas en contravenciones [9] (§ 14, párrafo 1, inciso 2, OWiG; *vid.*, asimismo el § 14

---

[4] Acertadamente, *Gallas*, Masterialien, t. I, pp. 121 ss., 122.

[5] Con buen criterio, *Maiwald*, Bockelmann-Festschrift, pp. 343 ss., 361 s.

[6] Resumen de la crítica en *Maiwald*, Bockelmann-Festschrift, pp. 343 ss.; *Bloy*, Beteiligungsform, pp. 149 s.

[7] *De otra opinión*, *Kienapfel*, JuS, 1974, pp. 4 ss., 7.

[8] Bibliografía en *Jescheck*, AT, § 61, VIII.

[8a] Exposición amplia de las posturas que se defienden al respecto, con bibliografía, en *Triffterer*, Beteiligungslehere, p. 48 ss.; *Schmoller*, ÖJZ, 1983, pp. 337 ss., 379 ss.; *vid.* asimismo *Lewisch*, JurBl., 1989, pp. 294 ss.

[9] ¡Accesoriedad! Pero una accesoriedad demasiado amplia, ya que este elemento no está ligado al ejecutor del hecho; *vid. Jescheck*, AT, § 61, II, 2 *c; Schumann*, Einheitstätersystem, pp. 38 ss.; *Trunk*, Einheitstäterbegriff, pp. 124 ss.

del CP austríaco), pero sólo para personas que «se involucran», es decir que cooperan dolosamente [10]. Para la punición por tentativa es necesaria la tentativa de la ejecución (no la mera inducción o el favorecimiento), aun cuando la participación se haya realizado ya enteramente (§ 14.2 OWiG) [11].

C. El *concepto extensivo de autor* [12] también presenta los defectos del con- 8
cepto unitario de autor (extensivo quiere decir: Los tipos de la Parte Especial abarcan toda forma de tomar parte; la regulación de la participación en la Parte General constituye una limitación de la responsabilidad). Según aquél, toda causación fundamenta autoría (en algunos tipos, toda causación por determinada vía), que luego, con arreglo a diversos *topoi*, mediante la *limitación* de la pena por el Derecho positivo, cabe reducirla a participación (y por eso no es concepto unitario de autor) [13]. Esta teoría se desarrolló para reparar las carencias del antiguo *concepto restrictivo de autor* [14] (restrictivo quiere decir: Los tipos de la Parte Especial comprenden sólo a la autoría; la regulación de la participación en la Parte General representa una extensión de la responsabilidad), ya que el concepto de ejecución del hecho, concebido en principio como ejecución de propia mano, excluía de la responsabilidad por autoría todo el ámbito de la autoría mediata. En lugar de concebir ahora la ejecución del hecho en sentido menos naturalístico y más con arreglo a la responsabilidad por el resultado, se la transformó en esta teoría, de modo más naturalístico aún, en mera causación del resultado. El concepto extensivo de autor sigue siendo aún hoy punto de partida de la teoría subjetiva [15]: En el ámbito objetivo, debido a su carácter causal, todos los que toman parte son autores potenciales; según esta teoría —que no tiene en cuenta lo que ocurre objetivamente, salvo la causalidad— sólo cabe diferenciar con arreglo a lo subjetivo.

D. Contra el concepto unitario de autor, contra el concepto extensivo de 8a
autor y contra los demás intentos de fundamentación sin recurrir a la accesoriedad (es decir, sin imputación de la acción ejecutiva realizada por otro) la responsabilidad del que no ejecuta por sí mismo o mediante un instrumento, habla también que todos estos esquemas se ven obligados a definir como ilícito un comportamiento *en el ámbito previo* a la exteriorización (a la realización del tipo) (*vid. infra* 25/1 ss.). El acuerdo de varias personas que, sin posterior eje-

[10] BGH, NStZ, 1983, pp. 416 s. (contra la resolución de propuesta discrepante del OLG Koblenz, VRS, 63, pp. 281 ss.), con comentario favorable en lo sustancial de *Göhler*, wistra, 1983, pp. 242 ss., y comentario desfavorable de *Kienapfel*, NJW, 1983, pp. 2236 s.; OLG Köln, VRS, 56, pp. 465 ss.; OLG Düsseldorf, NStZ, 1984, p. 29; *Göhler*, OWiG, § 14, nota 1 B; *Dreher*, NJW, 1970, pp. 217 ss., 221.

[11] Una restricción de esta solución, accesoria de la tentativa, se encuentra en el § 15.2 del StGB austríaco. Con respecto al § 14 OWiG, restrictivamente, *Cramer*, 1970, pp. 1114 ss.; *KKO-WiG-Rengier*, § 14, núm. marg. 5 ss.; eclécticamente, *Dreher*, NJW, 1970, pp. 217 ss.; *el mismo*, NJW, 1970, pp. 1116 ss.; *Schumann*, Einheitstätersystem, pp. 70 ss. (al respecto *Maiwald*, ZStW, 93, pp. 864 ss.); extensivamente, *Kienapfel*, NJW, 1970, pp. 1826 ss.; en favor del reconocimiento complementario de la autoría unitaria, *Schöneborn*, ZStW, 87, pp. 902 ss., 921 ss.

[12] Acerca de la relación del concepto unitario de autor con el concepto extensivo de autor, *vid. Kienapfel*, JurBl. 96 (1974), pp. 113 ss., 114.

[13] *Mezger*, Strafrecht, § 58, I; *Eb. Schmidt*, Frank-Festgabe, t. II, pp. 106 ss.; amplia exposición en *Bloy*, Beteiligungsform, pp. 115 ss.

[14] *Vid. Zimmerl*, ZStW, 49, pp. 39 ss.

[15] En este sentido también *Gallas*, Materialien, t. I, pp. 121 ss., 122; con respecto a la teoría subjetiva *vid. infra* 21/27.

cución, no tiene efectos exteriores algunos, debería estar libre de controles en un Estado de libertades; pero si se renuncia a la accesoriedad, sólo queda la vía de caracterizar como perturbación social el acuerdo de cometer el delito o el favorecimiento del delito psíquica o activamente, u otro comportamiento interno; es decir, no se respeta el principio del hecho. La situación cambia si se reconoce la accesoriedad: El comportamiento en el ámbito previo no constituye entonces injusto, sino que forma la comunidad que permite imputar a todos en común el comportamiento típico ejecutivo (*supra* 21/3). La formulación usual de que el que no ejecuta por sí mismo participa en el injusto ajeno es más bien equívoca, pues el comportamiento ejecutivo es el injusto de todos y cada uno de los partícipes, también del que no ejecuta por sí mismo.

II. PRESUPUESTOS DE LA AUTORIA EN SUPUESTOS ESPECIALES (LOS ELEMENTOS DE LA AUTORIA ESPECIFICOS DE DETERMINADOS DELITOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL REPRESENTANTE)

BIBLIOGRAFIA: *P. Blauth*, «Handeln für einen anderen» nach geltendem und kommendem Strafrecht, 1968; *H.-L. Bruns*, Können die Organe juristischer Personen, die im Interesse ihrer Körperschaften Rechtsgüter Dritter verletzen, bestraft werden?, 1931; *el mismo*, Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht, JZ, 1954, pp. 12 ss.; *el mismo*, Faktische Betrachtungsweise und Organhaftung, JZ, 1958, pp. 461 ss.; *el mismo*, Grundprobleme der strafrechtlichen Organ- und Vertreterhaftung, GA, 1982, pp. 1 ss.; *el mismo*, Die sog. «tatsächliche» Betrachtungsweise im Strafrecht, JR, 1984, pp. 133 ss.; *J.-M. Cadus*, Die faktische Betrachtungsweise, 1984; *W. Fleischer*, Vertreterhaftung bei Bankrotthandlungen einer GmbH, NJW, 1978, pp. 96 ss.; *H. Fuhrmann*, Die Bedeutung des «faktischen Organs» in der strafrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Tröndle-Festschrift, pp. 139 ss.; *W. Gallas*, Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW, 80, pp. I ss.; *K. H. Gössel*, Probleme notwendiger Teilnahme bei Betrug, Steuerhinterziehung und Subventionsbetrug, wistra, 1985, pp. 125 ss.; *R. D. Herzberg*, Die Problematik der «besonderen persönlichen Merkmale» im Strafrecht, ZStW, 88, pp. 68 ss.; *el mismo*, Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb, 1984; *A. Hoyer*, Comentario a OLG Düsseldorf, NStZ, 1988, pp. 368 s., loc. cit., pp. 369 s.; *J. C. Joerden*, Grenzen der Auslegung des § 84, Abs. 1, Nr. 2, GmbHG, wistra, 1990, pp. 1 ss.; *D. Kratzsch*, Das «faktische Organ» im Gesellschaftsrecht - Grund und Grenzen einer strafrechdichen Garantenstellung, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 1985, pp. 506 ss.; *W. Langer*, Zum Begriff der «besonderen persönlichen Merkmale», Lange-Festschrift, pp. 241 ss.; *P. Löffeler*, Strafrechtliche Konsequenzen faktischer Geschäftsführung, wistra, 1989, pp. 121 ss.; *K. Marxen*, Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung - eine Waffe im Kampf gegen die Wirtschaftskriminalität, JZ, 1988, pp. 286 ss.; *B. Rimmelspacher*, Strafrechtliche Organ-, Vertreter- und Verwalterhaftung, erörtert am Beispiel der Vollstreckungsvereitelung, JZ, 1967, pp. 472 ss.; *el mismo*, Schlußwort, JZ, 1967, pp. 700; *K. Schmidt*, Die Strafbarkeit «faktischer Geschäftsführer» wegen Konkursverschleppung als Methodenproblem, Rebmann-Festschrift, pp. 419 ss.; *R. Schmitt*, Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung, JZ, 1967, pp. 698 s.; *el mismo*, Nochmals: Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung, JZ, 1968, pp. 123 ss.; *B. Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979; *el mismo*, Die Bedeutung der «Besonderen persönlichen Merkmale» für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung, Jura, 1980, pp. 354 ss., 568 ss.,

575 ss.; *el mismo*, Besondere persönliche Verhältnisse und Vertreterhaftung im Strafrecht, ZSchwR, 1978, pp. 131 ss.; *K. Tiedemann*, Die strafrechtliche Vertreter- und Unternehmenshaftung, NJW, 1986, pp. 1842 ss.; *U. Weber*, Comentario a BGH. StV, 1987, pp. 14 ss., loc. cit., pp. 16 ss.; *A. Wiesener*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellvertretern und Organen, 1971.

A. Los elementos de la autoría específicos de determinados delitos

9 En todo autor deben concurrir siempre, además de los elementos generales de la autoría mencionados en el § 25 StGB, los elementos que caracterizan el delito. Entre los elementos que tipifican algunos delitos se encuentran, junto a la causación dolosa del resultado, en el delito de resultado, y al menos junto a la ejecución de un movimiento corporal, según la clase de delito:

1. Los *elementos de la autoría de los delitos especiales*, p. ej., la condición de funcionario, de especialmente obligado al servicio público, §§ 331 ss., 11 números 2 a 4, StGB, de quien está vinculado por una relación de confianza, § 266.1 StGB, de la persona perteneciente a determinados grupos profesionales, § 203.1 StGB (acerca del concepto de delito especial, *vid. supra* 6/91).

2. El *dolo (propósito) fundamentador del tipo* que va más allá de lo que es objetivamente necesario para la consumación, es decir, que lo «*trasciende*», como p. ej., el propósito dirigido contra la existencia de la República Federal Alemana en los delitos de sabotaje, §§ 87 ss. StGB, o la intención de apropiarse entre los componentes del dolo de desposeer, § 242.1 StGB [15a].

3. *Ejecutar el hecho de propia mano* en los delitos comisibles sólo de propia mano.

4. *Tipificaciones de la acción y del autor*; siempre que un bien cabe lesionarlo prácticamente de cualquier modo, pero delictivamente sólo si la lesión se produce por una determinada vía (delitos vinculados a determinados comportamientos, como p. ej., el § 242.1 StGB por lo que se refiere a la sustracción, o el 263.1 StGB en cuanto al engaño), o por parte de persona con determinadas cualidades (p. ej. ser varón, § 183.1 StGB) o en una determinada situación (p. ej., como tenedor de la posesión, § 246.1 StGB, o como persona que por medio de la sustancia estupefaciente ha perdido la aptitud para conducir, § 316.1 StGB), el autor tiene que realizar también estos elementos (lo que en algunas tipificaciones de autor puede tener lugar por la vía de la responsabilidad del representante y en las tipificaciones de la acción no tiene que ejecutarse de propia mano).

5. Todos los *especiales elementos subjetivos del delito*; ello es aplicable aun cuando esos elementos no afecten al injusto. Pues en la medida en que el tipo de un delito (o una cualificación) no sólo se individualiza mediante la mención del injusto, sólo puede ser autor de ese delito (o de esa cualificación) quien tam-

---

[15a] BGH, GA, 1986, pp. 417 s.; BGH, NJW, 1987, pp. 77 s. (al respecto, *Roxin*, Täterschaft, pp. 607 s.); BGH, StV, 1990, p. 160. Si por tráfico de estupefacientes se entiende un comportamiento *en beneficio propio* (interpretación obviamente dudosa), sólo puede ser autor quien trafica en beneficio propio; BGH, 34, pp. 124 ss., 126.

bién ostenta o realiza los demás elementos [16]. Este requisito no significa que para la autoría se requiera la actuación culpable. La autoría pertenece, en los casos en que se obra en solitario o con partícipes, al tipo de injusto (§ 29 StGB), de modo que también el que actúa inculpablemente con arreglo a los §§ 17, 19, 20, 33 o 35 StGB es autor idóneo. No se trata aquí especialmente de elementos de la culpabilidad, sino que los elementos pueden ser incluso neutros desde el punto de vista de la culpabilidad. Lo único que, más bien, es relevante es que sin estos elementos no cabe individualizar el delito de cuya autoría se trata.

B. La responsabilidad del representante

10 1. En tanto que autor de un delito de la Parte Especial puede serlo sólo una persona cualificada, el § 14 StGB (al igual que el § 9 OWiG) amplía el círculo de autores a personas que —sin estar ellas mismas cualificadas— actúan para quien sí lo está. Los requisitos de esta ampliación del círculo de autores deben estar abarcados, como el propio elemento de la autoría, por el dolo. La ampliación está limitada a algunas clases de obrar de la persona cualificada y a las cualificaciones que fundamentan la pena (excluyendo las que la incrementan). La exclusión de las cualificaciones que incrementan la pena debería tener por consecuencia una atenuación de la pena en el supuesto de los elementos que la fundamentan; en esta medida, la ley no es consecuente. El precepto es necesario para, en relación con las personas cualificadas que por motivos fácticos o jurídicos se ven imposibilitadas de cumplir sus deberes (personas jurídicas, personas físicas sin capacidad de acción, etc.), poder exhortar al representante, en vez de a la persona cualificada, a cumplir el deber mediante el énfasis jurídico-penal, y para poder evitar que, mediante la división del trabajo, se pierda la cualificación. Sería preferible una mención diferenciadora de los autores posibles en los tipos de la Parte Especial, en vez de la regulación niveladora de la Parte General. La responsabilidad del representante por el § 14 StGB no libera al directamente cualificado en tanto que éste sea capaz de cometer el delito.

11 2. *a)* El § 14 StGB se refiere a tipos en los que el autor se encuentra, según la descripción típica, en una posición especial. Si las tareas propias de esta posición las atiende otra persona, sin que llegue a situarse en la posición, este otro, cuando faltan reglas especiales, según los principios *generales*, no puede lesionar los deberes vinculados a la posición, al menos no en concepto de autor; el § 14 StGB forma reglas *especiales* para tales casos, y además de manera sencilla:

b) a') En primer lugar, aquel al que se le delegó la tarea de evitar la realización del tipo en lugar del titular de la posición, debe responder como autor (aun cuando no ocupe por sí mismo la posición de autor) si no cumple con su deber. El § 14 StGB amplía en esa medida un elemento de la autoría y *garantiza* así un deber, ya existente, como deber *penalmente típico*. Ejemplo: Quien ha sido encargado, como gerente de la empresa, por un comerciante también

[16] De acuerdo con la postura que aquí se defiende con respecto a los elementos subjetivos del injusto, el problema puede alcanzar trascendencia a lo sumo en sectores de los elementos de la actitud; *supra* 8/97 s.

de llevar los libros de contabilidad (§ 14, párrafo 2, núm. 1, StGB), si infringe el deber responde por el § 283 StGB, debido a la regulación del § 14 StGB, aun cuando sigue sin ser el comerciante obligado a llevar los libros de contabilidad.

b') En segundo lugar, el § 14 StGB debe garantizar que las personas a las que se delegó un sector esencial de las tareas vinculadas a la posición se tengan que preocupar también del cumplimiento de los deberes jurídico-penales vinculados a la posición aun cuando en relación con éstos no haya tenido lugar una delegación. El § 14 StGB *crea* en esta medida el deber y lo *garantiza* de modo penalmente típico. El precepto sobre la responsabilidad de los representantes regula, pues, en este ámbito de aplicación la transmisión de posiciones de garante, lo que sobre todo significa que se complementan las reglas de la asunción (*infra* 29/46 ss.) [17]. Ejemplo: A quien se le ha encargado dirigir con independencia una empresa está obligado también, de acuerdo con la regulación del § 14 StGB, a llevar libros de contabilidad si el mandante, con respecto a esto, no quiso cumplir por sí mismo ni delegar nada. Quien tiene que dirigir una piscina municipal es garante de la reglamentaria eliminación de aguas residuales porque le afecta a él —si falta una asunción—, de acuerdo con el § 14 StGB, el deber que le incumbe al municipio [18]. Naturalmente, es posible que el representante pueda confiar en que el mandante se ocupará de otro modo de cumplir los deberes; sin embargo, cuando esta confianza no es admisible debe cumplir él mismo los deberes o suspender su actividad como representante.

c) Dado que el § 14 StGB prescribe que un representante cualificado puede suplir el comportamiento del cualificado con iguales efectos, se suele señalar que no quedan abarcadas las posiciones con efectos personalísimos. El problema se ha aclarado escasamente: En su sentido más estricto, los deberes personalísimos (p. ej., deber de convivencia de los cónyuges) no están reforzados penalmente, ya que no se puede obligar a su cumplimiento. Por lo demás, en ocasiones estos deberes no se tienen que cumplir personalmente (los padres no tienen que educar a sus hijos ellos mismos; los deberes de asistencia no tienen por qué cumplirse de propia mano o sólo con el propio patrimonio) [18a]. En ocasiones, los deberes pueden transferirse según reglas jurídicas (al juez que se ha inhibido lo suple otro; el fiscal jefe puede delegar casos); en tales supuestos, el receptor de la transmisión adquiere en sí mismo la cualificación (acerca de ello, *infra* 21/14), que o bien permanece cumulativamente en el transmisor (así, en el ejemplo del fiscal jefe) o no (así en el supuesto del juez, de modo que aquí no se trata de representación). En la medida en que no se dan las condiciones de la transmisión, no se aplica el § 14 StGB. Ejemplo: Un Licenciado en Derecho en prácticas (*Referendar*) redacta una sentencia incorrecta que el

---

[17] Muy controvertido; casi siempre se considera que los deberes se han transferido desde luego al representante conforme a reglas generales, lo que será así con frecuencia en la práctica; *LK-Roxin*, § 14, núm. marg. 14; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 14, núm. marg. 6, ambos con bibliografía.

[18] OLG Köln, NJW, 1988, pp. 2119 ss., 2121.

[18a] Por ejemplo, el representante legal, § 14, párrafo 1, núm. 3, StGB, que no cumple deberes de prestar alimentos del representado, responde pues por el § 170 *b* StGB; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 14, núm. marg. 11; *Bruns*, GA, 1982, pp. 1 ss., 17 s.; *de otra opinión*, *Dreher-Tröndle*, § 14, núm. marg. 2.

juez encargado de su formación suscribe, según se esperaba, sin sospecharlo; no hay responsabilidad del *Referendar* por el § 336 StGB. Los elementos subjetivos no pertenecen a la posición del representante y por tanto no están abarcados; *vid. infra* 21/15.

d) En definitiva, en los especiales elementos personales (sobre todo las cualidades, condiciones o circunstancias personales) se trata, pues, de *descripciones típicas objetivas del autor, con efectos no personalísimos* (en sentido estricto) y de *posiciones de garante con efectos no personalísimos*. Constituyen ejemplos el verse afectado por una ejecución judicial sobre el propio patrimonio (§ 288.1 StGB), el endeudamiento excesivo o la insolvencia (§ 283.1 StGB; acerca de la insolvencia, *vid.* asimismo el § 283.1 StGB), el ser sujeto del deber de llevar libros de contabilidad (§ 283 StGB), así como diversas cualificaciones del autor, en el Derecho penal especial, como promotor del negocio, empleador, empresario, etc. [18b]. Los especiales elementos personales, pues, hay que interpretarlos de modo distinto que en relación con el § 28 StGB, en razón de la diferencia de ámbitos de regulación entre la representación y la participación [19].

12 3. El precepto no se extiende a todas las relaciones de representación, sino sólo a aquellas que confieren algo más que facultades aisladas (por eso falta la representación individual voluntaria) [19a] y que además aparecen con frecuencia en la vida económica (por eso falta la representación general voluntaria). Están comprendidas: 1) Los órganos de personas jurídicas (también de Derecho público) o sus miembros, los socios con derecho de representación de sociedades personales (colectivas y comanditarias), el representante legal de persona física (padres, incluso cada uno de los progenitores, tutor, cuidador, *vid.* §§ 1626, 1705, 1773 ss., 1909 ss. BGB; también el administrador de la masa de la quiebra, el albacea testamentario, otras «partes en virtud de cargo», etc.), así como (párrafo 2) mandatarios que han de dirigir una empresa (de carácter económico o no) en parte o enteramente, o que han de cumplir por propia responsabilidad deberes especiales del titular. Se equiparan los encargados de una posición de la Aministración pública; de esta equiparación se deduce que puede tratarse también, en esta medida, de actividades de Derecho privado (de carácter fiscal). El § 14.2 StGB no es correcto desde el punto de vista constitu-

---

[18b] Teniendo que determinarse a menudo el destinatario primario mediante interpretación; amplia e ilustrativamente, *Herzberg*, Verantwortung, pp. 13 ss.

[19] En definitiva, doctrina dominante; en favor de la reciprocidad, no obstante, *Blauth*, Handeln für einen anderen, pp. 52 ss., 92 ss., 109 ss.; *Gallas*, ZStW, 80, pp. 1 ss., 21 ss.; *Herzberg*, ZStW, 88, pp. 85 ss., 110 ss.; en lo sustancial como aquí, *LK-Roxin*, § 14, núm. marg. 165 ss.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 14, núm. marg. 8, todos con bibliografía; en favor de limitar el § 14 StGB a deberes (transferidos), *Langer*, Lange-Festschrift, pp. 241 ss., 254 ss. (igualmente con respecto al § 28 StGB); *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, pp. 127 ss., 131 ss., 138 (en otro sentido con respecto al § 28 StGB); *el mismo*, Jura, 1980, pp. 354 ss., 568 ss., 575 ss., 577; acertadamente crítico contra el carácter personal de este elemento, *Tiedemann*, NJW, 1986, pp. 1824 ss., 1843 s. Debido a su poco exacta determinación, aboga por una interpretación restrictiva *Marxen*, JZ, 1988, pp. 286 ss., 288.

[19a] El § 14 StGB parte, pues, de un género de representación en la que la posición del representado se pone de manifiesto desde la actuación del representante; ahí se basa la interpretación iniciada aquí *supra* 21/11 en el sentido de que con los derechos se transmiten también los deberes. Amplia exposición de las relaciones de representación comprendidas, en *AK-Marxen*, § 14, núm. marg. 35 ss.

cional (art. 103.2 GG, § 1 StGB), debido a la imposibilidad de delimitación en alguna medida exacta entre la dirección parcial de una actividad y la mera dirección de un departamento, así como de delimitación entre empresa y administración particular (p. ej., en empresas agrícolas).

No se requiere la eficacia jurídica del mandato (párrafo 3), sino que basta el ejercicio fáctico, de conformidad con la persona legitimada para delegar.

4. La acción del representante debe producirse «como representante» 13
(párrafo 1) o «con motivo» del mandato (párrafo 2). No se alude a la representación de Derecho civil (que falta siempre en los delitos de omisión, cuando se trate de actuación puramente fáctica y con los requisitos del párrafo 3), sino a una acción que —en los delitos de comisión— aparece o —en los delitos de omisión— aparecería como asunto del representado (relación funcional), lo cual no queda excluido porque se dé un interés propio del representante [20], pero sí falta la relación cuando el representante abusa de sus competencias derivadas de la relación *interna* en perjuicio del representado, o sea, sobre todo en caso de acción ilegítima del representante contra el representado. Ejemplo [21]: El gerente, que realiza desfalcos en una sociedad de responsabilidad limitada, ocasionándole la quiebra, no responderá por la regulación del § 14, de acuerdo con el § 283, párrafo 1, núm. 1, StGB, sino por gestión desleal (*Untreue*), § 266 StGB.

5. *a)* No hace falta recurrir al § 14 StGB para determinar la responsabi- 14
lidad (y por tanto queda sin efectos la limitación de la relación de representación en el § 14 StGB) cuando el representante ha adquirido la cualificación mediante la propia relación de representación. Ejemplos: El administrador fiduciario con arreglo al § 266 StGB delega el deber mediante contrato, en favor del administrado, a su empleado [22]. El empresario encargado de garantizar la seguridad del tráfico comisiona a su gerente el desempeño del deber, de un modo que fundamenta una posición de garante. La presidencia de una asociación organiza un juego de azar en los términos del 284 StGB [23].

b) Además, los partidarios de una «consideración fáctica» entienden que el § 14 StGB es superfluo [24] o que entraña una restricción excesiva [25]. En su lugar, pretenden determinar las cualificaciones de autoría con arreglo al comportamiento fácticamente ejercido [26]. Esta solución conduce en numerosos de-

[20] BGH, NJW, 1969, pp. 1494 s.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 14, núm. marg. 26, con bibliografía; *AK-Marxen*, § 14, núm. marg. 30 ss.; *Tiedemann*, NJW, 1986, pp. 1842 ss., 1844.

[21] BGH, 30, pp. 127 s., 129 s.; *vid.* asimismo BGH, 28, pp. 371 ss., 374; BGH, StV, 1988, pp. 14 s., con comentario de *Weber*, pp. 16 ss.

[22] BGH, 31, pp. 233 ss.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 14, núm. marg. 4 ss., § 266, núm. marg. 29.

[23] *LK-Roxin*, § 14, núm. marg. 11.

[24] *Wiesener*, Verantwortlichkeit, p. 148.

[25] *Bruns* JZ, 1954, pp. 12 ss., 15; *el mismo*, GA, 1982, pp. 1 ss., 29 s.; *el mismo*, JR, 1984, pp. 133 ss., con fundamentación metodológica de la «consideración fáctica».

[26] *Bruns*, JZ, 1958, pp. 461 ss., 464; *Wiesener*, Verantwortlichkeit, p. 172; en ese sentido también BGH, 11, pp. 103 ss., sentencia anterior a la introducción del § 50 *a* StGB —redacción antigua § 14 StGB—. Si de la interpretación de un elemento de la autoría se deduce que abarca a personas que ostentan determinada posición jurídica *o fácticamente*, no hace falta el § 14 StGB para fundamentar la responsabilidad (así, el concepto «gestor de negocios» del § 64, párrafo 1, inciso 1, § 81, párrafo 1, núm. 2, GmbHG abarcaría también al gestor de negocios de hecho: BGH, 31,

litos, si se aplica estrictamente, a una ampliación de los elementos de la autoría ya incompatible con el principio de legalidad [27], pues todo representante encargado de un solo comportamiento podría convertirse, según esta solución, en portador del elemento de la autoría; ejemplo: Quien por encargo de la dirección de la empresa ejecuta un encargo singular, se convertiría en director. Además, la consideración fáctica es problemática por equiparar el deber asumido fácticamente y el deber sancionado jurídico-penalmente [28]. Finalmente, esta teoría no tiene en cuenta que las expectativas específicas de roles (p. ej., lo que se espera de un director) no se pueden distribuir de cualquier modo, sino que si se reparten las tareas de portador del rol entre varias personas puede que acaben desapareciendo.

15 6. En la Parte General no se regula si también el *interés del delito* puede ser establecido por medio de un representante, sobre todo si también cabe que un representante persiga un «apropiarse» en el sentido del § 242.1 StGB [29] (*vid.* asimismo *supra* 8/37 ss.). También está sin regular quién puede representar a

---

pp. 118 ss., 122 s.; OLG Düsseldorf, NStZ, 1988, pp. 368 s., con comentario desfavorable de *Hoyer*, loc. cit., pp. 369 s.; restrictivamente —no hay responsabilidad del gestor de negocios de hecho que coopera con el encargado por ley para hacerlo— BGH, NJW, 1988, pp. 3166 s.; con respecto al concepto del gestor de negocios fáctico en la jurisprudencia, *Löffeler*, wistra, 1989, pp. 121 ss., 123 ss.). Comprender a la figura del gestor de negocios de hecho no infringe *per se* el artículo 103.2 GG y § 1 StGB (que establecen el principio de taxatividad: N. de los T.); *Führmann*, Tröndle-Festschrift, pp. 139 ss.; *vid.* no obstante el texto que sigue. Ahora bien, si la norma reforzada penalmente exige del autor que emprenda acciones jurídicas (así en el ejemplo mencionado: solicitar la declaración de quiebra), quien se encarga en la práctica de un ámbito de negocio sólo actúa antinormativamente cuando puede actuar de modo jurídicamente válido (sólo puede presentar declaración de quiebra por una sociedad de responsabilidad limitada —*GmbH*— quien puede realizar declaraciones de voluntad jurídicamente válidas en nombre de ese tipo de sociedades). Lo cual faltará cuando el que actúa de hecho no tiene capacidad de representación. (Capacidad de representación se atribuye en Derecho civil —sin verdadera fundamentación— al que actúa de hecho.) Sigue siendo posible la responsabilidad del que actúa de hecho si la norma requiere, en lugar de la acción jurídica, el ocasionamiento de hecho de tal acción, y siempre que el que actúa fácticamente tenga capacidad *para ello* (el gestor de negocios de hecho puede dar lugar a que quien está encargado por ley presente la declaración de quiebra). Esta equiparación entre acción jurídica y ocasionamiento de una acción jurídica no pasará casi nunca la prueba de los artículos 103.2 GG, § 1 StGB (de otra opinión el BGH, loc. cit.; *vid.* asimismo en seguida en el texto). A lo sumo, queda la posibilidad de participación del que actúa fácticamente en el hecho del encargado por ley. *K. Schmidt*, Rebmann-Festschrift, pp. 419 ss., 434, interpreta los §§ 64, 81, párrafo 1, núm. 2, GmbHG no como mandato de proponer, sino como prohibición de continuar gestionando el negocio (y suspender el negocio puede hacerlo también un gestor de hecho); pero esta prohibición no está fijada típicamente en grado suficiente (acertadamente *Joerden*, wistra, 1990, pp. 1 ss., 2 s.). Con respecto a los órganos de hecho, *Kratzsch*, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 1985, pp. 506 ss.

[27] Acertadamente *Bruns*, JZ, 1954, pp. 12 ss.; *vid.* asimismo en relación con el § 288 StGB la controversia entre *Rimmelspacher*, JZ, 1967, pp. 472 ss.; *el mismo*, JZ, 1967, p. 700, y *Schmitt*, JZ, 1967, pp. 698 s.; *el mismo*, JZ, 1968, pp. 123 ss.

[28] Acerca de la inclusión, que propugna esta doctrina, de toda representación voluntaria (*Bruns*, JZ, 1954, pp. 12 ss., 16; *el mismo*, JZ, 1958, pp. 461 ss., 463; *Wiesener*, Verantwortlichkeit, pp. 185 ss.), *vid. Blauth*, Handeln für einen anderen, pp. 162 ss.; amplia crítica de la «consideración fáctica» en *Cadus*, Betrachtungsweise, *passim*.

[29] Al respecto *Bruns*, Organe; *el mismo*, GA, 1982, pp. 1 ss., 30 ss., 35 s.; *Blauth*, Handeln für einen anderen, pp. 143 ss.; *Wiesener*, Verantwsortlichkeit, pp. 85 ss.; *LK-Roxin*, § 14, núm. marg. 20; OLG Düsseldorf, NJW, 1970, pp. 1387 s.

una persona *en calidad de víctima* (p. ej., a una sociedad por acciones que dispone patrimonialmente por error, en el delito de estafa, § 263 StGB) [29a].

III. TIPOS DE AUTORIA EN LOS DELITOS DE DOMINIO

BIBLIOGRAFIA:, *H. Auerbach*, Die eigenhändigen Delikte, 1978; *J. Baumann*, Die Tatherrschaft in der Rechtsprechung des BGH, NJW, 1962, pp. 374 ss.; *el mismo*, Beihilfe bei eigener voller Tatbestandserfüllung, NJW, 1963, pp. 561 ss.; *el mismo*, Täterschaft und Teilnahme, JuS, 1963, pp. 85 ss.; *el mismo*, Dogmatik und Gesetzgeber. Vier Beispiele, Jescheck-Festschrift, pp. 105 ss.; *K. Binding*, Das Subjekt des Verbrechens und die Satzungen des «Vorentwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch» über die Teilnahme, GS, 76, pp. 87 ss.; *V. Birkmeyer*, Teilnahme am Verbrechen, VDAT, t. II, pp. 1 ss.; *R. Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; *P. Bockelmann*, Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, 1949; *M. v. Buri*, Über Kausalität und Teilnahme, ZStW, 2, pp. 232 ss.; *el mismo*, Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885; *P. Cramer*, Teilnahmeprobleme im Rahmen des § 330 a StGB, GA, 1961, pp. 97 ss.; *el mismo*, Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, Bockelmann-Festschrift, pp. 389 ss.; *E. Dreher*, Comentario a BGH, MDR, 1964, pp. 337 s., *op. cit.*; *W. Gallas*, Täterschaft und Teilnahme, Materialien, t. I, pp. 121 ss.; *el mismo*, Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, separata ZStW, 1957, pp. 3 ss.; *F. Geerds*, Täterschaft und Teilnahme, Jura, 1990, pp. 173 ss.; *F. Haft*, Eigenhändige Delikte, JA, 1979, pp. 651 ss.; *F. Hartung*, Der «Badewannenfall», JZ, 1954, pp. 430 s.; *R. D. Herzberg*, Eigenhändige Delikte, ZStW, 82, pp. 896 ss.; *G. Jakobs*, Comentario a BGH, 33, pp. 50 ss., JR, 1985, pp. 342 s.; *J. C. Joerden*, Comentario a BGH, StV, 1985, pp. 328 s., *op. cit.*, pp. 329 s.; *el mismo*, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, 1988; *M. Maiwald*, Reseña bibliográfica, ZStW, 93, pp. 864 ss.; *J. Meyer*, Zur Täterschaft beim Bandendiebstahl, BGH, 33, 50, JuS, 1986, pp. 189 ss.; *U. Neumann*, Zurechnung und Vorverschulden, 1985; *C. Roxin*, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA, 1963, pp. 193 ss.; *el mismo*, Zur Dogmatik der Teilnahmelehre im Strafrecht, JZ, 1966, pp. 293 ss.; *el mismo*, Täterschaft und Tatherrschaft, 5.ª ed., 1989; *W. Sax*, Der Bundesgerichtshof und die Täterlehre, JZ, 1963, pp. 329 ss.; *H. Schall*, Auslegungsfragen des § 179 StGB und das Problem der eigenhändigen Delikte, KG, NJW, 1977, pp. 817, JuS, 1979, pp. 104 ss.; *F.-C. Schroeder*, Täterschaft und Teilnahme bei eigenhändiger Tatbestandsverwirklichung, ROW, 1964, pp. 97 ss.; *el mismo*, Der Täter hinter dem Täter, 1965; *U. Stein*, Die Strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988; *H. Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW, 58, pp. 491 ss.; *el mismo*, Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre, SJZ, 1947, pp. 645 ss.; *el mismo*, Abhandlun-

---

[29a] De acuerdo con *Gössel*, wistra, 1985, pp. 125 ss., la estafa y la elusión fiscal son delitos de encuentro (al respecto *infra* 24/8) en los que, cuando se trata de delitos contra personas jurídicas, ha de determinarse análogamente al § 14 StGB quién puede actuar en nombre de la persona jurídica (es decir, de modo condicionado por error). Con ello se descarta sobre todo la estafa mediante engaño al que dispone patrimonialmente en virtud de poder especial. La cuestión de la ubicación de los elementos de la *autoría* en quien actúa por una persona jurídica la mezcla *Gössel* infundadamente con la cuestión de quién puede efectuar un comportamiento de *víctima* necesario para la realización del tipo. Ni siquiera para determinar la concurrencia de culpa en la persona jurídica hay que atender al § 14 StGB, ya que personas que están suficientemente vinculadas a una persona jurídica como para ostentar sus elementos de la autoría, no tienen que ser idénticas a aquellas personas que están destinadas a ser baluartes para que la persona jurídica no llegue a ser víctima.

gen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975; *B. Winter*, Die Entwicklung der Mittäterschaft im 19. Jahrhundert, 1981.

A. Panorama de las formas de autoría

16 1. Las siguientes consideraciones se aplican a los delitos —la mayoría con mucho en el ámbito de la comisión— en los que quien interviene tiene con la víctima (potencial) una relación exclusivamente negativa: Quien toma parte debe mantener su ámbito de organización en tal estado que no tenga *output* alguno en detrimento del ámbito de organización ajeno. Estos delitos se llaman *delitos de dominio*, porque la responsabilidad surge de un acto organizativo.

17 2. *a)* El ejecutar el hecho de propia mano es condición suficiente —supuestos los elementos de la autoría específicos del delito— de la responsabilidad plena (autoría, dominio del hecho), pero en la mayoría de los casos no es además condición necesaria.

b) En la mayor parte de los delitos el autor puede servirse de otra persona instrumentalmente para la ejecución, y por eso ser responsable con prioridad sobre esa otra persona: autoría mediata, comisión mediante otro (§ 25, párrafo 1, 2.° grupo de casos StGB). La autoría mediata, hoy basada en la ley, se creó para salvar lagunas de punibilidad. El Derecho antiguo [30] presuponía en la participación (inducción o complicidad), según la doctrina antes dominante, un hecho principal (culpable) (accesoriedad extrema), de modo que la intervención en hechos de inculpables sólo era posible en forma de autoría. Además, en los delitos especiales en sentido estricto, no podía satisfacer que no se castigara al obligado especialmente que hace obrar para sí a un no cualificado.

c) Junto a la autoría mediata, que se caracteriza por la prevalencia del autor mediato sobre el ejecutor, aparece la posibilidad de autoría por la organización común y de la misma importancia, con la consecuencia de responsabilidad del mismo rango: coautoría, comisión conjunta de un hecho (§ 25.2 StGB). Esta forma de autoría no sólo tiene importancia en los delitos que únicamente se pueden cometer mediante ejecución conjunta (porque no bastan las fuerzas de una sola persona), ni tampoco sólo en los demás supuestos de distribución planificada de la acción ejecutiva del tipo entre varias personas, cada una de las cuales realiza el tipo en parte, pero no íntegramente (p. ej., el reparto del empleo de la violencia y de la sustracción en el robo), sino que es sobre todo importante en la fundamentación de responsabilidad a título de autoría en personas que no realizan ningún elemento del tipo de propia mano y tampoco, como en el autoría mediata, son superiores al ejecutor, a pesar de lo cual, sin embargo, no determinan el suceso delictivo en menor medida que el ejecutor, y por eso llegan a ser plenamente responsables en igualdad con el ejecutor.

18 3. La distinción entre inducción y autoría, así como entre las distintas formas de autoría, carece de trascendencia para los marcos penales a aplicar (*vid.* § 26 StGB). La distinción entre autoría e inducción, por una parte, y complicidad, por otra, es de importancia constitutiva para la penalidad en el ámbito de las acciones preparatorias que no siguen adelante (§ 30 StGB), y en los de-

[30] Hasta el Decreto de 29 de mayo de 1943, RGBl., I, p. 339.

más casos lo es de todos modos para los marcos penales. Más importante es desde luego la distinción, en caso de intervención de varias personas, cuando sólo uno de ellas ostenta un especial elemento de la autoría o un elemento subjetivo del delito. Si este interviniente no es autor, decae la posibilidad de toda participación, por falta de hecho principal. Además, la distinción implica consecuencias intrasistemáticas.

B. La problemática de los delitos de propia mano

19 1. Una vinculación especial de la autoría a una determinada acción ejecutiva existe en los (así llamados desde *Binding*) [31] delitos de propia mano; aquí el injusto lo constituye el emprender físicamente un acto reprobable, y lo constituye porque el acto indica una actitud defectuosa con respecto a obligaciones personalísimas o a tabúes. La naturaleza personalísima sitúa a los delitos de propia mano cerca de los delitos de infracción de deber. He aquí los delitos que se suelen mencionar: perjurio (§ 154 StGB), incesto (§ 173 StGB); prevaricación (§ 336 StGB); deserción (§ 16 WStG). El fundamento y la delimitación del carácter de delitos de propia mano son extremadamente polémicos [32] y dudosa la legitimación de que formen un grupo delictivo especial.

20 2. De los delitos de propia mano hay que distinguir los delitos sólo comisibles por uno mismo en virtud del Derecho positivo. Cuando p. ej., el tipo de la usurpación de funciones (§ 132 StGB), entre otros, menciona el ocupar*se* del ejercicio de un cargo, o el tipo de abusos sexuales de personas sujetas a custodia (§ 174 StGB), entre otros, menciona el hacer*se* practicar acciones sexuales, ello es así —aun asumiendo la posibilidad de lagunas— en aras de la plasticidad del tipo; estos delitos son, de acuerdo con su formulación, más reducidos de lo que podrían ser si se pretendiese la completa protección de bienes jurídicos [33].

21 3. Los delitos de propia mano sólo se pueden reconocer como tales cuando el desvalor de una acción no se deriva de alteraciones que ésta puede realizar (imputablemente), sino de la insuficiencia personal del autor puesta de manifiesto en el acto delictivo [34]. El falso testimonio no cabe entenderlo entonces como delito especial del obligado a declarar o a prestar juramento (de ahí que desde luego el § 160 StGB no sea superfluo) con puesta en peligro abstracto de la Administración de Justicia, sino como delito de inveracidad personal (de acuerdo con la concepción antigua: ante Dios); el incesto no como puesta en peligro abstracto de los roles familiares (ni como peligroso desde el punto de

---

[31] GS, 76, pp. 87 ss., 91.

[32] Exposición de las distintas teorías en *Roxin*, Täterschaft, pp. 399 ss., 662 ss.; *Auerbach*, Die eigenhändigen Delikte, pp. 9 ss., 24 ss. (al respecto *Maiwald*, ZStW, 93, pp. 864 ss., 871 ss.).

[33] *Vid. Roxin*, Täterschaft, p. 408, con respecto al § 132 StGB, muy controvertido; sobre el § 179 StGB, *vid.* KG, NJW, 1977, pp. 817 (totalmente de propia mano), y *Schall*, JuS, 1979, pp. 104 ss. (ni siquiera de propia mano en el Derecho positivo). Más bibliografía en *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 179, núm. marg. 15. Con respecto al § 176, redacción antigua, *vid.* Roxin Täterschaft, p. 417; BGH, 15, pp. 132 ss.; con respecto al § 184 *a* StGB, *vid.* BayObLG, JR, 1985, pp. 470 ss.

[34] Con respecto a los delitos jurídico-penales de autor en el Derecho antiguo, *vid. Roxin*, Täterschaft, pp. 410 ss.

vista eugenésico), sino como actuación personal *contra natura*; la prevaricación no como puesta en peligro abstracto de la Administración de Justicia, sino como actuación personal contraria a la Justicia; la deserción no como puesta en peligro de las fuerzas armadas, sino como deslealtad personal contra el país; dicho de otro modo, el desvalor de acción no se ha de determinar a partir del desvalor de resultado, sino en absoluto [35] (obsérvense los ejemplos: Dios, la naturaleza, la justicia, la patria). Según esta concepción, no importa la intensidad de la relación con un resultado, sino la medida de falta de principios.

22 4. El que estas interpretaciones no sólo hayan apadrinado a estos delitos en su origen, sino que sean aún hoy necesarias, es cuestión de la Parte Especial. En todo caso, de ellas se derivan las siguientes consecuencias [36], que se corresponden con las soluciones relativas a los delitos de infracción de deber (*vid. infra* 21/115 ss.):

a) La coautoría (§ 25.2 StGB) está excluida debido al carácter personalísimo de la infracción. Varias personas que delinquen conjuntamente (p. ej., varios desertores) son autores simultáneos (*Nebentäter*) y a lo sumo además cómplices e inductores mutuos.

b) También la autoría mediata (§ 25, párrafo 1, 2.° grupo de casos StGB) decae por la vinculación a determinado comportamiento: Sólo la ejecución de la acción descrita típicamente indica la insuficiencia personal. Ello rige incluso cuando el que actúa mediatamente posee en su persona la necesaria cualificación como autor; ejemplo: El hermano mayor fuerza al menor a mantener relaciones sexuales con su hermana. Si existe dolo en el instrumento, queda la participación.

c) Según el Derecho vigente, está excluida toda forma de participación en el delito no doloso de propia mano, si no media alguna disposición especial sobre la penalidad, como p. ej., la del § 160 StGB. Dado que el que actúa sin sospechar puede hacerlo descuidadamente, pero no está «corrompido», esta solución es también —al igual que en los delitos especiales en sentido estricto— adecuada si —como aquí ocurre— en los delitos comisibles por cualquiera se postula la posibilidad de participación en el hecho no doloso. Ejemplo canónico (de *v. Liszt*): La dueña de un burdel empareja a sabiendas a un hermano y una hermana que no se conocen; impunidad. En la medida en que en el Derecho antiguo se reconocía la posibilidad de participación en un hecho no doloso (en contra ahora, §§ 26, 27 StGB), era muy polémica la solución del supuesto [37]. Solución que, naturalmente, depende menos de la dogmática de la participación que de cómo se conciba la prohibición del incesto; interpretarla como «lesión de los vínculos familiares de naturaleza moral-espiritual» (*H. Ma-*

---

[35] Acerca de la problemática de la distinción entre injusto y culpabilidad en estos delitos, *vid. Roxin*, Täterschaft, pp. 425 s.

[36] En general, *vid.*, con bibliografía, *Roxin*, Täterschaft, pp. 399 ss., 662 ss.; *el mismo*, JZ, 1966. pp. 293 ss., 296 s.; *LK-Roxin*, § 25, núm. marg. 31 ss.; *Joerden*, Strukturen, pp. 2 ss.; sumamente discrepante, *Herzberg*, ZStW, 82, pp. 896 ss.; *Herzberg* distingue en los delitos de propia mano —en sentido amplio— entre delitos referidos al autor (p. ej., incesto), delitos con dependencia del menoscabo del bien jurídico con respecto a la persona del autor (p. ej., injurias) y delitos con vinculación procesal al propio comportamiento (p. ej., perjurio).

[37] Como aquí, *Bockelmann*, Verhältnis, pp. 16 s.; *H. Mayer*, AT, § 50, III, 1 y 2; *de otra opinión. Mezger*, Strafrecht, § 58, II, 2.

yer) conducía consecuentemente a la impunidad, mientras que intepretarla como suceso que «objetivamente» no se puede tolerar (*Mezger*) conducía no menos consecuentemente a aceptar la participación punible.

d) La omisión propia (deserción, § 16 WStG) e impropia (§ 13 StGB) siguen siendo posibles (*vid.*, *infra* 29/2, 79).

5. La embriaguez plena (§ 323 *a* StGB) es delito de propia mano sólo en virtud de ley («Quien *se* ... coloca en estado de embriaguez»). La problemática es confusa [38]: No es la inmoderación el fundamento de la pena (entonces, se daría el carácter de delito de propia mano), ni tampoco la peligrosidad no especificada (de lo contrario, *actio libera in causa*) de la desinhibición (con la que no cabría fundamentar el carácter de delito de propia mano) [38a], sino el abandono de la posibilidad de resolver el conflicto que representa el hecho cometido en estado de embriaguez, bien sea mediante imputación (lo que se descarta por la inimputabilidad de la persona embriagada), bien sea mediante el impedimento fáctico de ulteriores hechos de esta clase (la prohibición no es factible) (*vid. infra* 17/59 ss.). Cuando el abandono no es imputable a quien se embriaga, sino a otra persona, es decir, sobre todo en los casos en que ésta administra alevosamente una sustancia estupefaciente —bien que con la salvedad de la rareza de tales supuestos—, la falta de solución relativa a un delito realizado en estado de embriaguez no es tan significativa como en el embriagarse responsablemente, porque las lesiones que siempre se dan en estos casos, a pesar de su fin de protección, que se aparta del del § 323 *a* StGB, impiden de todos modos que el suceso se defina como irrelevante socialmente. Ya que, pues, en caso de autoría de otras personas sólo existe una necesidad reducida de un tipo propio, la ley queda formulada como si se tratara de una ejecución de propia mano [38b]. Debido a la formulación de la ley, queda descartada la autoría mediata [39]. La participación sigue siendo posible [40], pero no cabrá apreciarla en la mayor parte de los casos de la práctica debido a la prohibición de regreso (fabricar y servir alcohol como suceso socialmente adecuado). 23

C. Teorías sobre la autoría

En relación con aquellos delitos en los que no se requiere la ejecución de propia mano se han propuesto diversas soluciones [41] en orden a delimitar las formas de intervención en concepto de autoría y la participación (inducción o 24

[38] No es problemática, en virtud del § 29 StGB, así como el § 25, párrafo 1, 1.er grupo de casos StGB, la participación en un hecho concreto en estado de embriaguez.

[38a] En otro sentido Vorauflage, 21/23.

[38b] En otro sentido (se da objetivamente el carácter de propia mano) Vorauflage, 21/23; *Roxin*, Täterschaft, p. 635; *vid.* asimismo *Neumann*, Zurechnung, pp. 84 ss., con nota 185.

[39] *Cramer*, GA, 1961, pp. 97 ss., 102 s.; en definitiva, doctrina dominante.

[40] Controvertido; como aquí, *Cramer*, loc. cit., pp. 103 ss.; *Roxin*, Täterschaft, pp. 431 s.; en otro sentido, *Welzel*, Strafrecht, § 68, II, 4 *a*; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 323 *a*, núm. marg. 25, con bibliografía; *vid.* asimismo *Haft*, JA, 1979, pp. 651 ss., 654, 656 ss.

[41] Sobre la evolución histórica *vid. Bloy*, Beteiligungsform, pp. 46 ss.; específicamente sobre el estado de la doctrina en el siglo XIX, *vid. Winter*, Entwicklung der Mittäterschaft, pp. 25 ss. Una teoría mixta con elementos de criterios subjetivos, de dominio del hecho y de dinámica de grupos la desarrolla *Geerds*, Jura, 1990, pp. 173 ss., 176 ss.

complicidad) y con ello para determinar lo que define a la autoría frente a la participación, propuestas que en parte han quedado superadas hoy por la dogmática o por el estado de la legislación; sobre todo ya está preceptuado legalmente el carácter de autor del que comete el hecho por sí mismo. El que se trate de la responsabilidad de los titulares de varios ámbitos de organización ha pasado a un segundo plano en el debate, en parte detrás de aspectos formales (tipo), naturalísticos (forma del condicionar) o incluso totalmente difusos (voluntad de autor). El Derecho vigente sigue atendiendo, en la autoría (que no conoce excepciones) del que comete por sí solo, únicamente a la plena responsabilidad por un ámbito de organización. Lo que aquí se va a designar como plena responsabilidad complementa el concepto de dominio del hecho en la medida en que también se caracteriza al componente normativo de la autoría: No en toda situación de superioridad —dominio, señorío— es necesariamente responsable el que la ocupa.

1. *La teoría objetivo-formal*

25 *a)* Según la teoría objetivo-formal (ya abandonada, pero dominante en los años veinte) sólo es autor quien realiza el tipo de propia mano al menos en parte [42]. Objeto de esta teoría es una sujeción (exacta, propia de Estado de Derecho) de la autoría a las descripciones típicas de la Parte Especial, «abarcando el contenido de los distintos tipos legales» [43].

b) Su fin más importante no lo alcanza esta teoría por varias razones:

a') La posibilidad de sustraerse a la realización del tipo de propia mano conduciendo a otro arteramente a ejecutar el tipo no dolosamente o —mediante coerción— dolosamente, obliga a recurrir complementariamente a la autoría mediata y con ello a abandonar el principio.

b') Además, esta solución, en caso de realización parcial del tipo, debido a la equiparación de todos los elementos típicos, conduce a una expansión del comportamiento fundamentador de la autoría incluso hasta internarse en el estadio de los actos preparatorios: Todo aquel que interviene en el hurto y que tiene ánimo de apropiación (¡realización de un elemento subjetivo del tipo!) se convertiría en autor, aun cuando no coopere activamente en la sustracción [44].

c') Por último, es decisivo el que esta teoría, en caso de ejecución del tipo sólo en parte de propia mano, no cubre el ambito que ha usurpado: Por qué al partícipe que emplea violencia en el robo se le ha de imputar *a título de autor* la sustracción que ha realizado otro de los partícipes es algo que no se explica, pues esta parte de imputación no se basa en la ejecución de propia mano,

---

[42] Entre otros, *Beling*, Grundzüge, 10, § 18, V; *Mezger*, Strafrecht, § 62, I *c;* todavía *Dohna*, Aufbau, pp. 59 s.; más bibliografía en *Roxin*, Täterschaft, pp. 34 ss.

[43] *Beling*, loc. cit., § 18, V, ante 1.

[44] En tal sentido *Mezger*, Strafrecht, § 62, I, 1 *c;* limitarse a los elementos de la ejecución de la acción no modifica en principio lo absurdo del criterio; *vid.* el ejemplo en *Roxin*, Täterschaft, p. 37, relativo al robo con fractura del § 243 StGB, redacción antigua; *vid.* asimismo loc. cit., pp. 137 ss.

presuponiéndose tácitamente un elemento no objetivo-formal que fundamenta la imputación en concepto de autor.

2. *Primeras teorías materiales*

26 De tal elemento se ocupan las teorías materiales, que lo buscan, en sus versiones primeras, en la clase de relación causal (primeras teorías objetivo-materiales). La distinción, que se remonta a *Feuerbach* [45], entre la realización de aportaciones necesarias o bien sustituibles (o de mero favorecimiento) fracasa, a pesar de ciertos méritos (el negar la aportación necesaria determinaría siempre la no ejecución de delito), por dificultades de prueba (¿cuándo se habría conseguido la sustitución?) y por el Derecho positivo actual: La inducción aporta casi siempre una condición necesaria y no es autoría, así como por su parte la comisión de propia mano fundamenta la autoría, aun cuando el que actúa sea sustituible.

Aún hoy sigue siendo relevante, no en los detalles, pero sí en la idea básica, distinguir en función de la causalidad condicionada física (autoría) o psíquicamente (participación) [46], donde evidentemente por causalidad física se alude únicamente a la aportada por un sujeto que obra libremente, considerándose «física» la causación por la vía de la autoría mediata [47]. Así está formulado el principio programático del concepto restrictivo de autor de un modo que incluye a la autoría mediata: El último sujeto que actúa libremente realiza el tipo, y la cooperación con éste queda abarcada sólo mediante ampliación de la punibilidad. La teoría está así formulada sólo objetivo-materialmente; su contenido es, por el contrario, formal (ejecución de propia mano, último) —normativo (no sigue ningún sujeto más que actúe libremente), y aporta, con la componente normativa, el criterio aún hoy decisivo en relación con la autoría mediata (*vid. infra* 21/62 ss.), pero adolece, debido a su componente formal, de las mismas dificultades de la teoría objetivo-formal.

3. *La teoría subjetiva*

27 *a)* La jurisprudencia, incluso ya la del *Reichsgericht*, evita todas estas dificultades mediante la teoría subjetiva elástica en cuanto a sus resultados [48].

---

[45] Lehrbuch, §§ 44 s.

[46] *Frank*, nota II, ante § 47; amplia bibliografía en *Roxin*, Täterschaft, pp. 44 ss.

[47] *Frank*, loc. cit.

[48] Desde RG, 2, pp. 160 ss., 162 ss.; 3, pp. 181 ss., jurisprudencia constante del *Reichsgericht*, así como —con vacilaciones— del *Bundesgerichtshof* hasta fechas recientes; *vid.* al respecto *infra* 21/31. Se dan excepciones para los delitos de propia mano (*supra* 21/19) y para las cualificaciones por comisión en cuadrilla: A fin de no tener que calificar como cuadrillas las meras vinculaciones intelectuales, la jurisprudencia incurre en el extremo de excluir en un delito cometido en cuadrilla la autoría (antes de BGH, 8, pp. 206 ss., 207, incluso: participación) sin cooperación en lugar del hecho en el momento del hecho (RG, 66, pp. 236 ss., últimamente BGH, 33, pp. 50 ss., con comentario acertadamente crítico de *Joerden*, loc. cit., pp. 329 s., así como también crítico de *Jakobs*, JR, 1985, pp. 342 s., y reseña crítica de *Meyer*, JuS, 1986, pp. 189 ss., todos con bibliografía).

Punto de partida de esta teoría (que al principio sólo se creó para la delimitación de autoría y complicidad, pero que después se extendió a la separación entre autoría y participación) es la equivalencia de todas las condiciones del resultado; debido a tal equivalencia, en el aspecto objetivo del delito no es posible distinguir entre autoría y participación [49]. Con ello el concepto de autor es extensivo en el aspecto objetivo: Todo causante puede ser autor.

Este planteamiento es —incluso al margen de las objeciones consistentes en la incompatibilidad del concepto extensivo de autor con el principio de taxatividad (*supra* 21/6 ss., 8)— notablemente sesgado. Si el aspecto objetivo del delito sólo se determina mediante la causalidad del resultado, desde el punto de vista subjetivo, entonces, sólo cabe definir un dolo que no abarque más que la causalidad del resultado. Pero si se quiere que un delito en concepto de autor sea algo más que causalidad más dolo, la limitación de este «algo más» habría que fundamentarla sólo en un elemento subjetivo [50].

28 *b)* Así pues, la teoría subjetiva tiene también otra raíz [51]: el dato psíquico (y en esta medida subjetivo, pero sólo en este medida) de que en la participación de varias personas, algunos partícipes ponen su aportación a disposición de los demás partícipes, y estos otros, por su parte, adoptan la decisión sobre si disponen o no de ellas. Así argumenta el *Reichsgericht* en sus primeras sentencias [52]: El cómplice tiene una voluntad dependiente de la del autor, es decir, subordina su voluntad a la del autor, de modo que deja al criterio de éste la decisión sobre si el hecho llegará o no a la consumación. El coautor, por el contrario, no conoce ninguna voluntad ajena que sea superior a él (separación según el *animus auctoris* y el *animus socii*, teoría del dolo).

Atendiendo de este modo a la imbricación de las distintas motivaciones, consigue esta variante de la teoría subjetiva establecer una jerarquía de los intervinientes [53], pero una jerarquía que puede tener su contrapartida en las *ejecuciones* de la acción por parte de los intervinientes: Quién determina el curso de los acontecimientos tal como se desarrollan no depende sólo de la voluntad, sino también de la ejecución; pues un interviniente con *animus auctoris* que no configure activamente el delito tiene de menos precisamente el elemento de la autoría que un interviniente con *animus socii*, si configura activamente el delito, tiene de más para ser partícipe. Los intentos siguientes de hacer coincidir los aspectos subjetivo y objetivo conducen a la teoría del dominio del hecho.

29 *c) a')* La teoría subjetiva ha ido por otra vía en la jurisprudencia. La jurisprudencia priva de contenido las fórmulas de voluntad de autor o de partí-

[49] *v. Buri*, Causalität, p. 41; *el mismo*, ZStW, 2 pp.232 ss., 246; así aún en lo esencial *Baumann-Weber*, AT, § 36, I, 3 *c* delta.

[50] *Vid.* ya *Hälschner*, Strafrecht, t. 1, pp. 377, 380; además, *LK-Roxin*, § 25, núm. marg. 22; *SK-Samson*, § 25, núm. marg. 17; sobre el intento de esta fundamentación *vid. v. Buri*, ZStW, 2, pp. 232 ss., 246; *Baumann-Weber*, loc. cit. Fundamental para la crítica de la teoría subjetiva, *Welzel*, SJZ, 1947 párrafos 645 ss.; *Gallas*, Materialien, t. I, pp. 121 ss., 129 ss.; *el mismo*, Niederschriften, t. 2, pp. 67 ss., 68; *el mismo*, separata ZStW, 1957, pp. 3 ss., 5 ss.

[51] Y es además más antigua que la teoría de la equivalencia, *vid.* la bibliografía en *Birkmeyer*, VDAT, t. II, pp. 23 ss.

[52] RG, 3, pp. 181 ss., 182.

[53] Al respecto especialmente *Bockelmann*, Verhältnis, pp. 2 ss., 48 s.; para los supuestos extremos, del mismo modo argumenta *Cramer*, Bockelmann-Festschrift, pp. 389 ss., 402 s.

cipe, y del querer el hecho como propio o ajeno, hasta convertirlas en meros lemas, lo que el propio *Reichsgericht* en muchas ocasiones reprueba [54]. Las fórmulas se convierten en meros envases conceptuales vacíos: Alguien es autor porque tiene voluntad de autor, pero no cabe averiguar por qué posee la voluntad de autor y lo que ello significa [55]. El concepto de la voluntad de autor, tal como se emplea en la jurisprudencia del *Reichsgericht*, es inútil, porque no señala *cuándo* el hecho es la obra propia del autor. Y por otra parte, entendida como una especial consciencia de ser autor, p. ej., como reflexión del sujeto actuante sobre que él también quiere ser autor, la voluntad de autor es superflua.

Hasta qué punto, además, incluso la determinación subjetiva del autor no empleada a modo de fórmula puede tener efectos lamentablemente ajenos a la realidad, lo pone gráficamente de manifiesto una sentencia relativa al § 179 StGB [56], según la cual en un estupro incluso el yacimiento de otras personas puede haberse querido como hecho propio: «El RG, en reiterada jurisprudencia, ha hallado la diferencia entre autor y partícipe en la dirección de la voluntad del interviniente, y no hay motivo para apartarse de esta jurisprudencia practicada en general cuando la acción punible consiste en un yacimiento.» El resultado (responsabilidad en concepto de autor) es desde luego posible en todas las teorías no estrictamente objetivo-formales, sobre todo en la teoría del dominio del hecho, pero no por querer como propio el yacimiento de otros, sino por el (co-)dominio de la situación.

b') El *Reichsgericht* dedujo muchas veces, en sentencias posteriores, la vo- 30
luntad de autor por medio del interés en el hecho o en el resultado del hecho [57]: El que alguien quiera el hecho como propio, según consideraba, está en función de su interés en el hecho o en el resultado del hecho. En la variante más desafortunada —la que atiende al interés en el resultado del hecho— de esta teoría se basa la sentencia más famosa del *Reichsgericht* acerca de la autoría (caso de la bañera) [58]: La hermana de una parturienta que acaba de dar a luz a un niño ilegítimo ahoga al recién nacido «en interés» de la madre y tras ponerse de acuerdo con ella; a la hermana se la consideró por ello sólo cómplice, a pesar de que ejecutó el hecho de propia mano, y a la madre autora [59]. Este radicalismo (considerar al que ejecuta de propia mano como mero cómplice) era extraño a la primera teoría subjetiva. Al hecho de que cada causante pudiera ser autor no se le invirtió señalando que quien realiza el tipo con todos

[54] RG, 15, pp. 295 ss., 303: «mero término sin sentido captable»; RG, 71, pp. 364 ss., 365: «acepción formularia».

[55] Así, p. ej. sin fundamentación, o sólo con una rudimentaria, RG, 18, pp. 273 ss., 281 s.; 37, pp. 5 ss., 57 s.; 57, pp. 307 ss.; 64, pp. 273 ss., 274 s., entre otras; con más precisión, obviamente, y atendiendo al actuar de realización, pero tampoco ya de modo meramente «subjetivo», RG, pp. 109 ss., 110 s.; 54, pp. 152 ss.; OGH, 1, pp. 365 ss.

[56] RG, 71, pp. 364 s.

[57] La doctrina de los intereses como doctrina independiente fue abandonada ya en el siglo XIX; *vid. Birkmeyer*, VDAT, t. II, pp. 26 ss., 56 ss.

[58] RG, 74, pp. 84 ss.

[59] Acerca de las raíces —no las únicas— de esta sentencia en relación con la forma de participación y medida de la pena (el homicidio con premeditación constituía asesinato en el § 211 StGB, redacción antigua; la pena para el *autor* era de muerte; la madre estaba favorecida por el § 217 StGB), *vid. Hartung*, JZ, 1954, pp. 430 ss.

los elementos del delito y de propia mano sólo pudiera ser cómplice: Al último interviniente «libre» se le trató como no subordinado [60]; la realidad evidente de que el delito se ejecutó de propia mano se impuso sobre el hecho psíquico de la subordinación a una voluntad ajena. Sólo la consolidación de la formulación estereotipada hasta convertirse en teoría posibilitó las secuelas extremas [61].

Cuando contra la teoría de los intereses se suele objetar que fracasa en los delitos con motivación «altruista», como el homicidio a ruego (§ 216 StGB), o también la estafa (§ 263 StGB) y la extorsión (§ 253 StGB), cuando se persigue el enriquecimiento de un tercero, evidentemente ello no es acertado. El § 216 StGB cabe concebirlo como un supuesto individual de complicidad (no accesoria) tipificada, y también en el enriquecimiento de un tercero puede residir un interés patrimonial propio o un interés ideal propio. Más importante es que en todas las formas del dolo, salvo en la intención, falta siempre el interés en el resultado delictivo (por eso no cabe plantear la alternativa de la teoría de los intereses escogida por el *Reichsgericht*; todo delito sin intención dirigida al resultado ocurriría sin autor), mientras que un interés en la *ejecución* de la acción o en las consecuencias extratípicas está presente en casi toda acción sin excepción. Dado que la hermana, en el supuesto de la sentencia del *Reichsgericht* más arriba mencionada, ejecutó la acción y perseguía el resultado, desde todos lo puntos de vista tenía interés, y además propio: Si no, ¿cómo iba a haber actuado con intención de concretar el resultado? La sentencia es, pues, coherente únicamente si atiende no al hecho del interés, sino a la importancia relativa de los intereses: La madre se vería más favorecida con el resultado. Pero como incluso el autor único puede cometer, como «favor», un delito, no estando vinculado éste con su «destinatario» mucho más interesado (es frecuente en los delitos de encubrimiento y receptación, §§ de 257 a 258 *a* StGB), la importancia relativa es inidónea para distinguir entre autoría y participación, a no ser que se reconozca la «versión fantasmagórica de un hecho sin autor alguno» [62]. Además, la teoría de los intereses no sólo favorece al ejecutor, sino que perjudica a los demás partícipes: Esta responsabilidad adicional debida a un interés, no objetivado en un delito, vulnera el principio del hecho.

31 *d)* El *Bundesgerichtshof*, con escasas excepciones [63], ha orientado sus sentencias, en su formulación y contenido, hacia la teoría subjetiva [64]. Junto a algunas sentencias neutrales en el debate teórico [65] o teñidas por consideraciones político-criminales [66], así como aplicaciones aisladas de la teoría subjetiva

[60] Así también *v. Buri*, ZStW, 2, pp. 232 ss., 259; al respecto detalladamente, con bibliografía, *Sax*, JJZ, 1963, pp. 329 ss., 332 s.

[61] Por primera vez RG, 31, pp. 80 ss.; también al respecto *Sax*, loc. cit.

[62] *Sax*, JZ, 1963, pp. 329 ss., 335.

[63] Especialmente BGH, 19, pp. 135 ss. (doble suicidio que fracasa con respecto a uno de los dos). Con respecto a los delitos con exigencia típica de comisión en cuadrilla, *vid. supra* 21/nota 48.

[64] Ampliamente al respecto *Roxin*, Täterschaft, pp. 90 ss., 557 ss.; *Bloy*, Beteiligungsform, pp. 101 ss.; acerca de la controversia en el seno del BGH, *e, vid.* además *Baumann*, NJW, 1962, pp. 374 ss.; *el mismo*, NJW, 1963, pp. 561 ss.; *el mismo*, JuS, 1963, pp. 85 ss.; *Dreher*, MDR, 1964, pp. 337 s.; *Roxin*, GA, 1963, pp. 193 ss.; *LK-Roxin*, § 25, núms. margs. 14 a 25; *Sax*, JZ, 1963, pp. 329 ss.; *Schroeder*, ROW, 1964, pp. 97 ss.

[65] BGH, 6, pp. 226 ss.

[66] BGH, 8, pp. 390 ss., sobre la delimitación entre participación en el hurto y receptación.

en la forma de la teoría de los intereses [67], evidentemente se encuentra un número mayor de sentencias en las que la teoría subjetiva se cimenta o complementa con consideraciones sobre el dominio del hecho: La voluntad de autor y la voluntad de partícipe se deducirían al menos también de la medida de la participación (o bien, en la omisión, de la «situación de deberes») [68. 69], o se menciona el dominio del hecho complementariamente [70] o se acumulan aspectos subjetivos y objetivos [70a]. Sinopsis representativa: «Decide lo querido... pero lo querido en su importancia objetiva» [71]. En algunas sentencias, la participación en la ejecución del hecho, sobre todo la comisión de propia mano, se convierte incluso en un indicio de la voluntad de autor, sólo desvirtuable en casos extremos [72]. Y el *Bundesgerichtshof* [73] afirma la presencia de uno de tales casos extremos, es decir participación (complicidad) a pesar de la ejecución del hecho de propia mano (sentencia en el proceso Stachynskij), en un supuesto de instigación y dirección meticulosa del ejecutor por parte de una institución estatal, que forma al ejecutor por medio de educación sistemática y que le prescribe con todo detalle la «receta del hecho». La sentencia ha sido injustamente objeto de censuras; toda teoría material debe presentar casos en los que la realización del tipo de propia mano no indica el elemento material (*vid. infra* 21/36, 38); probablemente esté —como la sentencia paralela del *Reichsgericht* [74]— codeterminada por consideraciones relativas a la determinación de la pena (pena absoluta en caso de asesinato en concepto de autor) [75]. Desde luego, poco después el *Bundesgerichtshof* ha rechazado por completo la idoneidad de la teoría subjetiva en relación con el § 216 StGB [76]; acerca de la problemática peculiar que presentan todas las teorías materiales en el homicidio a ruego, *vid. infra* 21/56 ss.

---

[67] BGH, 16, pp. 12 ss., 14; BGH, StV, 1983, p. 461; en la formulación también BGH, NStZ, 1981, p. 394, donde no obstante está objetivado el interés en una cooperación intensa. Confundiéndolo todo irremediablemente (querer, interés, medida de intervención, dominio del hecho, voluntad de dominio del hecho), BGH, 1983, p. 501 (al repecto *Roxin*, Tatherrschaft, pp. 592 s.); BGH, NStZ, 1984, p. 413; NStZ, 1985, p. 165; BGH, 36, pp. 364 ss., 367.

[68] BGH, 2, pp. 150 ss., 156; sobre ello nuevamente BGH, 13, pp. 162 ss., 167.

[69] BGH, 8, pp. 71 ss., 380; 14, pp. 124 ss., 129; 28, pp. 346 ss. (dominio de «si el hecho tiene lugar y cómo»); BGH, GA, 1977, p. 306; StV, 1981, pp. 275 s., y 602 s.; wistra, 1982, pp. 28 s.; NStZ, 1982, pp. 27 y 243 s.; GA, 1984, p. 287 (junto a la fórmula del interés); StV, 1985, p. 14; NJW, 1987, p. 269 (necesaria la voluntad de autor más una contribución *no inesencial* al hecho); ; NStZ, 1987, p. 367 (de nuevo: dominio de «si el hecho tiene lugar y cómo»); en *Holtz*, MDR, 1988, p. 452 (perspectiva global valorativa); NStZ, 1988, p. 507; StV, 1990 p. 264; con respecto a la autoría en el error de prohibición evitable: BGH, 35, pp. 347 ss., 353 («dominio objetivo del hecho conducido por la voluntad de autor»).

[70] BGH, 11, pp. 268 ss., 272.

[70a] BGH, 32, pp. 165 ss., 178; «voluntad del hecho» *y* «dominio del hecho» (al respecto, *Roxin*, Täterschaft, pp. 596 s.).

[71] *LK*[8]*-Mezger*, § 47, nota 2 *b*.

[72] BGH, JR, 1955, pp. 304 s.; BGH, 8, pp. 393 ss., 396 ss.; *vid.* ahora también BGH, NStZ, 1986, pp. 165 s.; 1987, pp. 224 s.; StV, 1990, pp. 302 s., 204.

[73] BGH, 18, pp. 87 ss.

[74] RG, 74, pp. 84 ss.

[75] *Vid. Roxin*, Täterschaft, pp. 614 ss.; *Bloy*, Beteiligungsform, p. 100.

[76] BGH, 19, pp. 135 ss., 138 s.

4. *La teoría del dominio del hecho*

32 *a)* Lo voluntario es constitutivo en la teoría subjetiva: Si se trata de responsabilidad por ámbitos de organización, el aspecto subjetivo no puede bastar por sí solo. Naturalmente, tampoco la teoría subjetiva ha renunciado nunca a un mínimo objetivo, a la causalidad, pero nunca ha requerido para la voluntad del autor un comportamiento de autor paralelo y, a la inversa, no (siempre) ha deducido la voluntad de autor a partir de un comportamiento querido de autor. Por conseguir la correspondencia de los aspectos subjetivo y objetivo se esfuerza la teoría del dominio del hecho [76a] (teoría objetivo-material moderna; teoría objetivo-final).

33 *b)* El contenido conceptual del «dominio del hecho» se determina en la doctrina de diversos modos —en general o demasiado naturalísticamente (dominio como hecho) o demasiado normativamente (dominio como motivo de la responsabilidad):

a') *Welzel* parte de la acción como acto final y atribuye la autoría al partícipe que configura el hecho mediante su voluntad, que rige la realización conforme a un plan [77]. Configurador es quien sobre la base de su voluntad —no necesariamente libre— [78] ejecuta el hecho o complementa, como co-titular de una decisión común, mediante una aportación (no necesariamente mediante una acción ejecutiva), las aportaciones al hecho de los demás hasta formar un hecho unitario (dominio común del hecho en la coautoría). Esta teoría conecta con la primera teoría subjetiva del *Reichsgericht* [79], pero complementa la voluntad de autor con un aspecto objetivo, la (co-)configuración del hecho.

b') Asimismo, la determinación del dominio del hecho puede efectuarse —con *Gallas*— a partir del tipo de la comisión por uno mismo, es decir, a partir de la teoría objetivo-formal. Se da, pues, el dominio del hecho cuando el suceso es «obra» del interviniente, cuando éste «lo tiene en sus manos» [80]; se trata del «dominio del hecho equivalente a la comisión directa» [81].

c') Además, se puede partir de la distribución real de fuerzas. Dominio del hecho tiene entonces, según la fórmula de *Maurach*, todo interviniente que puede, con arreglo a su voluntad, impedir o hacer que llegue a su término la realización del resultado total, en tanto que lo sabe [82].

34 *c)* Estos esquemas de solución no pueden satisfacer del todo. La concepción de *Welzel* presenta dificultades en los supuestos en que el ejecutor directo actúa sin coerción ajena, pero sólo según los deseos e instrucciones detalladas

---

[76a] Amplia exposición de las distintas posturas en el seno de la teoría del dominio del hecho en *Bloy*, Beteiligunsform, pp. 192 ss.

[77] Strafrecht, § 15, I, 1; *el mismo*, ZStW, 58, pp. 491 ss., 543; *el mismo*, SJZ, 1947, párrafos 645 ss., 650.

[78] Strafrecht, § 16, IV, 2 *c*; en otro sentido (el instrumento del autor mediato no tendría dominio del hecho) aún en SJZ, 1947, párrafos 645 ss., 650.

[79] RG. 3, pp. 181 ss., 182.

[80] *Gallas*, Materialien, t. I, pp. 121 ss., 128; *el mismo*, Beiheft, ZStW, 1957, pp. 3 ss., 13.

[81] Materialien, loc. cit., pp. 133, 137.

[82] *Maurach*, AT, 4, § III, B, 2 *b*; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 47, núm. marg. 89.

de otro: La co-titularidad conjunta de la decisión y la configuración del hecho se reducen aquí al dato de la actuación sin coerción y dolosa. No obstante, quien obra así debe tener dominio del hecho, y ello debe ser así porque de lo contrario estaría excluida toda punibilidad cuando sólo él ostente las necesarias cualificaciones de autor. Con mayor razón cabe afirmar otro tanto en relación con el único cualificado que actúa, coaccionado, como instrumento [83]. El dominio del hecho se determina en estos casos no materialmente, sino sólo mediante la ejecución de propia mano [84]. Contra la solución de *Gallas* habla la circunstancia de que en la coautoría nadie tiene el hecho en sus manos como en la autoría única y que además en la coautoría cada interviniente tiene por fuerza que realizar menos que en la autoría única. El dominio del hecho, como dominio fáctico sólo pueden tenerlo todos los coautores juntos [85]. Finalmente, la fórmula de *Maurach* es en parte demasiado amplia, porque también los partícipes necesarios pueden, negando su aportación, impedir el hecho (y muchos nó intervinientes mediante la denuncia a tiempo del hecho), y en parte demasiado estrecha, dado que en casos de división del trabajo uno solo no puede por lo general hacer llegar a su término el hecho por falta de capacidades suficientes (el dominio del hecho como dominio fáctico reside aquí sólo en todos como colectivo). Finalmente, en la autoría mediata un «tener en las propias manos» *fáctico* (al que los autores mencionados *no* atienden en seguida en la autoría *mediata*) ampliaría hasta lo ilimitado las acciones ejecutivas, dependiendo de la dinámica de grupos (*vid. infra* acerca del autor de detrás de autor, 21/100 ss.).

d) a') Las dificultades sólo es posible superarlas si el dominio del hecho **35**
se remite, en paralelismo con las posibilidades de división del trabajo, a distintos principios, en su caso acumulables: Junto al dominio del hecho mediante la realización de la acción ejecutiva (*dominio del hecho formal,* es decir, vinculado al tipo), están presentes el dominio del hecho a través de la decisión sobre si se realiza el hecho (*dominio del hecho material como dominio de la decisión*) y el dominio del hecho a través de la configuración del hecho (*dominio del hecho material como dominio de la configuración*) [86]. El autor único decide sobre el hecho y lo ejecuta de propia mano con una determinada configuración. Cuando intervienen varias personas, por una parte, pueden distribuirse todos los elementos por partes iguales: Cada uno toma parte en los tres ámbitos de dominio. Por otra parte, el dominio también cabe dividirlo según su clase, en tanto que p. ej., uno solo configura (mediante la fabricación de un artefacto explosivo) y otro decide y ejecuta (activando el artefacto). En la medida en que el titular del dominio del hecho formal no se ve dominado por un autor mediato, en él reside al mismo tiempo el dominio de la decisión. Esto es, a su vez, lo mínimo que el autor mediato usurpa.

---

[83] Strafrecht, § 15, II *a* 2.

[84] Al respecto *Schroeder*, Täter hinter dem Täter, pp. 40, 63 ss.

[85] *Welzel*, ZStW, 58, pp. 491 ss., 550.

[86] En conexión con la distinción de *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, entre dominio de la acción (pp. 127 ss.), dominio funcional del hecho (pp. 275 ss.) y voluntad de dominio (p. 142); críticamente *Stein*, Beteiligungsformenlehre, pp. 196 ss. (con respecto a la *Roxin*; *vid. el mismo*, Täterschaft, pp. 624 ss. con respecto a *Stein*), y pp. 205 ss. (sobre la doctrina que *aquí* se propugna).

A las múltiples variantes que se derivan de las posibilidades de dominio y división del trabajo no pueden darles solución fórmulas que se orientan a modelos únicos. La autoría hay que definirla más bien como dominio en al menos uno de los ámbitos de configuración, decisión o ejecución del hecho, no siendo relevante el hecho del dominio *per se*, sino en tanto que fundamenta una plena responsabilidad por el hecho. Por eso, con la distribución en ámbitos de dominio diferentes en su contenido no es que se reúnan elementos heterogéneos ni siquiera nominalistamente [87], sino que todos los elementos son homogéneos en un aspecto: Son los actos de organización que fundamentan plena responsabilidad.

36 *b')* Esta distribución se corresponde con el Derecho posiitivo actual, que califica como autor, en el § 25, párrafo 1, 1.er grupo de casos StGB, al que comete por sí mismo. Quien ostenta todas las cualificaciones de autor y obra de propia mano es, así, autor [88]. En el supuesto típico, tiene también el dominio de configurar y de decidir, pero sin embargo no en los supuestos extremos arriba mencionados. Naturalmente, el tenor literal no descarta entender la «comisión» del hecho no como «realización de propia mano», sino como ejecución con dominio del hecho material (como es necesario en el § 25.2 StGB); una teoría del dominio del hecho *puramente* material podría y debería [89], pues —como la teoría subjetiva— reconocer la figura del cómplice que actúa de propia mano y está plenamente cualificado [90]. Mediante esta interpretación, es obvio que la regulación legal se devaluaría hasta privarla de significado, y además innecesariamente, pues también la distribución del dominio del hecho que aquí se propone encuentra apoyo en el tenor literal de la ley: A pesar de que se emplea el mismo verbo en todos los casos («cometer»), la determinación adverbial posibilita distinguir; «por sí mismo» quiere decir: de propia mano; «por medio de otro» quiere decir: por medio de las manos de otro que está subordinado, y «en común» quiere decir: mediante las manos de cualquiera, pero en todo caso en cooperación con otro.

IV. LOS TIPOS DE AUTORIA EN LOS DELITOS DE DOMINIO, 1.ª CONTINUACION: LA COMISION POR UNO MISMO, § 25, PARRAFO 1, 1.er GRUPO DE SUPUESTOS, StGB

BIBLIOGRAFIA: *W. Beulke*, Comentario a OLG Köln, JR, 1980, pp. 422 s., loc. cit., pp. 423 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, 36, pp. 231 ss., NStZ, 1990, pp. 278 s.; *P. Bockelmann*, Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, 1949; *W. Bottke*, Suizid und Strafrecht, 1982; *el mismo*, Das Recht auf Suizid und Suizidverhütung, GA, 1982, pp. 346 ss.; *el mismo*, Probleme der Suizidbeteiligung, GA, 1983, pp. 22 ss.; *P. Bringewat*, Die Strafbarkeit der Beteiligung an fremder Selbsttötung als Grenzproblem der Strafrechtsdogmatik, ZStW, 87, pp. 623 ss.; *P. Cramer*, Ge-

[87] En tal sentido la objeción de *Schroeder*, Täter hinter dem Täter, p. 40, contra *Roxin*, loc. cit.

[88] OLG Stuttgart, JZ, 1977, pp. 724 s., 725.

[89] Así, acertadamente *Schroeder*, Täter hinter dem Täter, pp. 38 ss.

[90] *Vid.* Protokolle Sonderausschuß, V, p. 1825; *Lackner*, § 25, nota 1 *a*, con bibliografía; pormenorizadamente sobre el estado de la discusión, *LK-Roxin*, § 25, núm. marg. 39 ss.; *Roxin*, Täterschaft, pp. 546 ss.; *Cramer*, Bockelmann-Festschrift, pp. 105 ss., 110; *Geerds*, Jura, 1990, p. 173 ss., 179.

danken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, Bockelmann-Festschrift, pp. 89 ss.; *D. Dölling*, Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, GA, 1984, pp. 71 ss.; *E. Dreher*, Comentario a BGH, MDR, 1964, pp. 337 s., loc. cit.; *U. Ebert*, Verbrechensbekämpfung durch Opferbestrafung?, JZ, 1983, pp. 633 ss.; *W. Gallas*, Täterschaft und Teilnahme, Materialien, t. I, pp. 121 ss.; *K. H. Gössel*, Sukzessive Mittäterschaft und Täterschaftstheorien, Jescheck-Festschrift, pp. 537 ss.; *G. Grünwald*, Die Beteiligung durch Unterlassen, GA, 1959, pp. 110 ss.; *R. D. Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977; *el mismo*, Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt, JA, 1985, pp. 131 ss., 177 ss., 265 ss., 336 ss.; *el mismo*, Der Fall Hackethal: Strafbare Tötung auf Verlangen?, NJW, 1986, pp. 1635 ss.; *el mismo*, Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme, ZStW, 99, pp. 49 ss.; *el mismo*, Straffreie Beteiligung am Suizid und gerechtfertigte Tötung auf Verlangen, JZ, 1988, pp. 181 ss.; *el mismo*, Straffreies Töten bei Eigenverantwortlichkeit des Opfers?, NStZ, 1989, pp. 559 ss.; *Th. Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971; *H. J. Hirsch*, Einwilligung und Selbstbestimmung, Welzel-Festschrift, pp. 775 ss.; *F. Höpfel*, Einige Fragen der subjektiven Tatseite bei Beteiligung mehrerer, ÖJZ, 1982, pp. 314 ss.; *R. Hohmann, P. König*, Zur Begründung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit in Fällen der aktiven Suizidteilnahme, NStZ, 1989, pp. 304 ss.; *G. Jakobs*, Reseña bibliográfica, ZStW, 95, pp. 669 ss.; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *H. Klinkenberg*, Die Rechtspflicht zum Weiterleben und ihre Grenzen, JR, 1978, pp. 441 ss.; *Chr. Kühl*, Comentario a BGH, JR, 1988, pp. 336 ss., loc. cit., pp. 338 ss.; *W. Küper*, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978; *el mismo*, Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten, JZ, 1979, pp. 775 ss.; *el mismo*, Zur Problematik der sukzessiven Mittäterschaft, JZ, 1981, pp. 568 ss.; *G. Küpper*, Anspruch und wirkliche Bedeutung des Theorienstreits Über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, GA, 1986, pp. 437 ss.; *W. Langer*, Das Sonderverbrechen, 1972; *M. Maiwald*, Reseña bibliográfica, ZStW, 93, pp. 864 ss.; *J. Möllering*, Schutz des Lebens - Recht auf Sterben, 1977; *U. Neumann*, Abgrenzung von Teilnahme am Selbstmord und Tötung in mittelbarer Täterschaft, JuS, 1985, pp. 677 ss.; *H. Otto*, Straflose Teilnahme?, Lange-Festschrift, pp. 197 ss.; *el mismo*, Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung, Tröndle-Festschrift, pp. 157 ss.; *H.-H. Paehler*, Die Abgrenzung von Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen, MDR, 1964, pp. 647 ss.; *I. Puppe*, Der objektive Tatbestand der Anstiftung, GA, 1984, pp. 101 ss.; *C. Roxin*, Ein «neues Bild» des Strafrechtssystems, ZStW, 83, pp. 369 ss.; *el mismo*, Mittäterschaft im Strafrecht, JA, 1979, pp. 519 ss.; *el mismo*, Täterschaft und Tatherrschaft, 5.ª ed., 1989; *el mismo*, Die Mitwirkung beim Suizid - ein Tötungsdelikt?, Dreher-Festschrift, pp. 331 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, StV, 1985, pp. 106 s., loc. cit., pp. 278 s.; *el mismo*, Comentario a BGH, StV, 1986 pp. 384, loc. cit., pp. 384 s.; *el mismo*, Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen, NStZ, 1987, pp. 345 ss.; *H. J. Rudolphi*, Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft, Bockelmann-Festschrift, pp. 369 ss.; *W. Sax*, Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung, JZ, 1975, pp. 137 ss.; *K. Schmoller*, Grundstrukturen der Beteiligung mehrerer an einer Straftat - die objektive Zurechnung fremden Verhaltens, ÖJZ, 1983, pp. 337 ss., 379 ss.; *G. Simson* y *F. Geerds*, Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht, 1969; *G. Schilling*, Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, 1975; *el mismo*, Abschied vom Teilnahmeargument bei der Mitwirkung zur Selbsttötung, JZ, 1979, pp. 159 ss.; *E. Schmidhäuser*, Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht, Welzel-Festschrift, pp. 801 ss.; *H.-L. Schrei-*

ber, Grundfälle zu *«error in objecto»* und *«aberratio ictus»*, JuS, 1985, pp. 873 ss.; *U. Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, *G. Timpe*, Comentario a BGH, JZ, 1990, pp. 96 s., loc. cit., pp. 97 s.; *O. Triffterer*, Die österreichische Beteiligungslehre, 1983; *M. Valdagua*, Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten, ZStW, 98, pp. 839 ss.; *H. Wagner*, Amtsverbrechen, 1975; *H. Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW, 58, pp. 49 ss.

37 A. 1. Autor es siempre quien comete el hecho por sí mismo, es decir, quien ejecuta de propia mano la acción fáctica dolosamente y sin sufrir error, y presenta las necesarias cualificaciones de autor, objetivas y subjetivas, específicas del delito.

La ejecución de propia mano comprende el comportamiento que supone la realización del *tipo* directamente, es decir, sin la intervención subsiguiente de otra persona. Ejemplo: Mata plenamente de propia mano quien determina la muerte a golpes de la víctima sobre la que nadie más interviene, o quien impide violentamente a la víctima enferma que tome el medicamento que le salvará la vida; obra parcialmente de propia mano quien impide a la víctima la huida mientras otro la mata a golpes (el sujetar y el golpear deben tener lugar al mismo tiempo, para que se produzca el resultado) [91]. Quien se limita a entregar a otro una porra —aunque lo haga de propia mano— para que éste mate a la víctima, no *mata* de propia mano. La última aportación puede consistir en interrumpir un proceso causal salvador (así, en el citado ejemplo en que se impedía tomar un medicamento). Si este curso causal es la conducta salvadora de otro, habrá que averiguar si tal actuar se interrumpe en concepto de autor o si sólo se participa en una omisión (acerca de ello, *infra* 29/108 ss.).

Antes de la realización del tipo no cabe la posibilidad de ejecución de propia mano, según el § 25.1 StGB. Todo comportamiento de preparación, como también aquel comportamiento de tentativa que aún no constituye terminación de la tentativa —o, en los delitos de varios actos, terminación del primer acto—, se puede ejecutar por partícipes que no realizan el tipo de propia mano, y por eso no llegan a tener trascendencia en orden a considerar el tipo realizado de propia mano. En términos estrictos, por eso no hay preparación de propia mano en el sentido del § 25.1 StGB, ni tentativa inacabada de propia mano en el sentido del precepto mencionado. Esta limitación de la ejecución de propia mano en el § 25.1 StGB determina la siguiente consecuencia: Quien mediante una aportación insiginificante lleva un conato delictivo del estadio de los actos preparatorios impunes al estadio de la tentativa punible sólo puede ser —debido a la insignificancia de su intervención— cómplice, ya que su comportamiento no cabe entenderlo como realización de propia mano del tipo (de tentativa). Pero quien realiza la tentativa de propia mano, comete también por sí mismo; es, pues, autor, si su aportación no es insignificante (*vid.* asimismo 22/19).

38 2. El que en la ejecución de propia mano falte la intervención posterior de otra persona, como hecho naturalístico, jurídico-penalmente no es irrelevante *per se*, sino sólo indicador —desde luego, no obligatoriamente— de responsabilidad por el suceso [91a]: El que obra de propia mano decide —no nece-

[91] *Vid. Roxin*, Täterschaft, p. 37.

[91a] Por eso cabe considerar de autoría *directa* aquellos supuestos de comportamiento objeti-

sariamente en una posición prominente, ni de modo insustituible— sobre si se realiza o no el tipo, lo que tiene especial trascendencia para la participación en la autolesión ajena: La autolesión de propia mano excluye la responsabilidad del partícipe en todos los casos en los que quien se autolesiona de propia mano no es un instrumento en el sentido de la autoría mediata (pormenorizadamente, *infra* 21/56 ss.). En relación con el comportamiento omisivo que corresponde a la comisión de propia mano, *vid. infra* 29/56.

Si quien comete de propia mano no presenta las necesarias cualificaciones de autor (*vid. supra* 21/9), puede ser a lo sumo partícipe en el hecho de otro interviniente. Los elementos situados más allá del injusto sólo tienen que concurrir en tanto que tipifican el delito; especialmente, la culpabilidad en general no tiene nada que ver con la autoría del sujeto que actúa directamente. La justificación del hecho no excluye la autoría, al igual que no excluye la realización del tipo (importante para la participación, que sigue siendo participación —entonces, evidentemente impune— aun cuando el hecho principal esté justificado).

B. El autor que comete por sí mismo puede ser al mismo tiempo coautor 39
junto con otro interviniente si este otro es responsable, en plano de igualdad, por configuración. La acción ejecutiva es entonces, además, hecho del otro coautor (importante para la tentativa).

También como instrumento de un autor mediato, el ejecutor continúa siendo autor por su parte, ya que quien comete por sí mismo siempre es plenamente responsable, según la decisión de la ley, aun cuando el autor mediato sea responsable prevalentemente. Sin embargo, el instrumento no es coautor del autor mediato, sino que éste ejecuta, al influir en el instrumento, un hecho propio (igualmente importante para la tentativa).

V. EL TIPO DE LA AUTORIA EN LOS DELITOS DE DOMINIO, 2.ª CONTINUACION: LA COMISION EN COMUN (LA COAUTORIA), § 25.2 StGB

BIBLIOGRAFIA: *Vid.* la señalada en relación con IV.

A. La decisión común del hecho

El Derecho penal, al reconocer la coautoría, está extrayendo la consecuen- 40
cia lógica de que sea posible la división del trabajo. La coautoría concurre cuando, según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que también personas no participantes en la ejecución codeterminan la configuración de ésta, o el que se lleve o no a cabo. El dominio material del hecho, e incluso el formal, están, pues, distribuidos; el resul-

---

vamente imputable en los que un comportamiento subsiguiente ya no determina realización imputable del tipo: El que actúa subsiguientemente es no responsable; en tal sentido *Triffterer*, Beteiligungslehre, p. 69; *Schmoller*, ÖJZ, 1983, pp. 337 ss., 379 ss., 384.

tado es un hecho de varios intervinientes, todos los cuales son plenamente responsables de la obra total en concepto de autores, siempre y cuando pueden serlo, es decir, si ostentan las cualificaciones de autor específicas del delito.

La coautoría no es, por tanto, algo así como una autoría mediata recíproca [92], ya que el autor mediato comete —si es que la distinción ha de tener algún sentido— no sólo a lo sumo un hecho común, junto con el instrumento, sino como mínimo un hecho propio [93].

Los requisitos de la coautoría son, con arreglo a la formulación usual, la decisión común del hecho y la intervención en la comisión a título de autor.

41 2. *a)* La decisión común del hecho es el acuerdo expreso o concluyente sobre la distibución de las aportaciones singulares a un hecho. Se distingue del acuerdo de voluntades propio de la participación por su contenido (versa sobre aportaciones en plano de igualdad) [93a] y —según la doctrina usual— por su reciprocidad (carácter común): Todo interviniente debe saber que otros cooperan dolosamente [94].

La significación de este último elemento no es clara, como también es dudosa su necesidad absoluta. Su origen se debe a la primera teoría subjetiva, que atendía a la dependencia recíproca de los propósitos delictivos de los distintos intervinientes. Dado que este criterio es inesencial para la autoría (también domina el hecho quien lo ejecuta porque, y sólo porque, otro lo quiere), el carácter común de la decisión del hecho hay, al menos, que reducirla.

42 *b)* Se trata de dos grupos de casos:

a') Cuando un delito se compone de segmentos aislables de acciones ejecutivas (p. ej., el robo se compone de coacciones encaminadas a la ruptura de la posesión, que, a su vez, persigue la creación de un nueva posesión; o el hurto de la sucesiva sustracción de los volúmenes de una biblioteca) y cada uno de los segmentos los ejecuta distinta persona, los intervinientes responden por el todo en concepto de autor (por el robo; por el hurto de toda la biblioteca) sólo si se unen con la finalidad de alcanzar el todo [94a]. La decisión común del hecho es aquí necesaria para la responsabilidad a título de autor por todo lo ocurrido, definiendo a la aportación singular como parte del todo. Dominio del hecho, no dividido, sobre una parte, más acuerdo de ajustar la parte en el todo igual a coautoría por el todo.

Si falta la decisión común del hecho, no hay sino responsabilidad en concepto de autor por una parte. En la medida en que varias acciones delictivas las cometen distintas personas sin mediar acuerdo, aprovechando idéntica oca-

---

[92] En ese sentido la teoría subjetiva; RG, 66, pp. 236 ss., 240; *Baumann-Weber*, AT, § 36, I, 3 *a*.

[93] *Welzel*, ZStW, 58, pp. 491 ss., 550.

[93a] En contra de BGH, StV, 1985, pp. 106 s., con comentario acertadamente crítico de *Roxin*, StV, 1985, pp. 278 s., resulta indiferente si los cooperadores se consideran *en todas las fases* como «socios» (?) y se conceden influencia recíprocamente.

[94] RG, 58, pp. 279; en favor de la doctrina del dominio del hecho, *vid. Jescheck*, AT, § 63, II; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 49, núm. marg. 43 ss., 47; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 811 ss.; *SK-Samson*, § 25, núm. marg. 50; en favor de la teoría subjetiva, *vid. Baumann-Weber*, AT, § 36, I, 3 *a*: *Schönke-Schröder-Cramer*, § 25, núm. marg. 70.

[94a] BGH, StV, 1990, pp. 160 s.

sión, cada uno responde en concepto de autor, pero sólo por su organización [95]. Tampoco se sobrepasa la responsabilidad a título de autor exclusivamente por una parte cuando alguien se basa, sin mediar acuerdo, en el hecho de otro cometido aisladamente. Ejemplo [95a]: Quien sabe que otro va a matar a golpes a la víctima y se presenta en el lugar para después robar a ésta, no comete robo, sino apropiación indebida, al igual que el autor del homicidio no responde en concepto de autor por el subsiguiente delito contra la propiedad, aun cuando sepa algo al respecto en el momento de realizar su hecho (al margen de que de todos modos falta la intención de apropiar*se*).

b') Si un delito sólo requiere una única acción ejecutiva o si, requiriéndo- 43
se varias acciones, las ejecuta una sola persona, también un partícipe, de cuyas aportaciones el ejecutor nada sepa, puede cooperar tan intensamente que codetermine esencialmente la configuración de la ejecución en cuanto a lugar, tiempo y modalidades. Ejemplo: Alguien le da un somnífero a la víctima, a quien se va a matar a golpes mientras duerme, sin mediar acuerdo con el ejecutor, le abre además la puerta al autor, deja preparado un instrumento comisivo apropiado y además después utilizado y, finalmente, antes de la ejecución del hecho, impide que terceros perturben la ejecución. La autoría única (autoría simultánea) de los partícipes decae por la falta de acciones de ejecución propia, la autoría mediata por la falta de subordinación del ejecutor, y por último la coautoría, según la doctrina dominante, por la falta de un plan común, de modo que sólo quedará la posibilidad de complicidad [96], decisión cuando menos dudosa. Por eso será más correcto, en lugar de una decisión común del hecho, en el sentido de un acuerdo siempre recíproco, conformarse en estos casos con una *decisión de ajustarse*, con la que el partícipe que no ejecuta directamente, pero coopera en la configuración, vincula su aportación con el hacer del ejecutor. Si el ejecutor no sabe nada de esta aportación, no se le puede atribuir nada de la gravedad delictiva de ésta, lo que se deriva de las reglas generales.

c) La decisión común del hecho en el sentido descrito, reducido a una de- 44
cisión de ajustarse, no tiene por qué producirse de modo libre de coerción o error. Sobre todo, carece de trascendencia si el partícipe en la decisión está inclinado a hacer propias las aportaciones de los demás o incluso a «hacérselas imputar». La responsabilidad es consecuencia del ajuste, e independiente de la voluntad de tener responsabilidad. Así, en el seno de una banda, la decisión común del hecho se producirá a menudo mediante astucia o coerción; ejemplo: A un malhechor se le indica que si no coopera en el próximo hecho, se le va a delatar.

d) a') Es necesario, pero no suficiente, que el dolo y la decisión de ajus- 45
te concurran al realizar la propia aportación al hecho; si se abandona el dolo

---

[95] BGH, 24, pp. 286 ss., 288 s.

[95a] *Vid.* además BGH, StV, 1985, pp. 12 ss., y p. 145.

[96] Así BGH, 6, pp. 248 ss., donde evidentemente no cabía hablar de cooperación configuradora en la ruptura de la posesión; en favor de la autoría mediata, *Roxin*, Täterschaft, p. 286; dependiendo de los casos —ambos actúan de propia mano— puede estar repartido ya el dominio de la acción. En contra de que baste la resolución de ajustarse, *Maurach-Gössel*, AT, II, § 49, núm. marg. 56; *vid.*, con respecto a este problema, también *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 814 ss.

antes de la acción ejecutiva que lleva a cabo otro, ello no impide la coautoría si la aportación conserva su eficacia [97].

b') La responsabilidad la limita el dolo y la delimitan otros elementos delictivos personalísimos (*infra* 23/16 ss.) [97a]. Por el exceso de un interviniente, es decir, por una acción que no está prevista, y por tanto tampoco cubierta por la decisión de ajuste o encaje, no cabe responder en concepto de coautor (o de partícipe), § 16.1 StGB, por falta de dolo [98]. Tampoco se requieren aquí conocimientos más concretos de los que bastan en general para el dolo [99]. Si un interviniente ha contado, de modo fundamentador del dolo, con determinadas acciones del otro, la responsabilidad depende además de si junto a la decisión de ajuste concurre una co-configuración suficiente para la coautoría.

Si sólo se ejecutan acciones acordadas, pero los intervinientes conectan a éstas acciones distintas ideas sobre el resultado, habrá autoría mediata cuando el partícipe con conocimiento superior (más amplio) conozca la inferioridad de los demás partícipes (*infra* 21/72, 74). Si no considera inferiores a los otros, se equivoca sobre su papel de interviniente (*infra* 24/4). Si no reflexiona sobre ello, o le da igual, lo común se reduce a la ejecución de la acción; ésta entonces ha de imputársele, de acuerdo con las reglas de la coautoría, como parte de *su* plan del delito. Ejemplo [99a]: Dos personas permiten, de modo que fundamenta coautoría, que una tercera arroje un objeto por la ventana. La primera acepta que un transeúnte va a resultar alcanzado mortalmente (homicidio); la segunda considera que el objeto va a quedar destruido (daños, y en su caso homicidio imprudente); la que lo arroja no piensa en nada (en su caso, homicidio imprudente) (*vid.* asimismo *infra* 21/112).

c') El *error in persona vel objecto* del ejecutor constituye un exceso si éste, de haberse esforzado por atenerse a los criterios acordados, no habría actuado en la situación dada, de modo que la acción ejecutada sólo se lleva a cabo porque él individualiza el objeto del hecho por su propia cuenta. No obstante, si el autor que ejecuta se ajusta, poniendo todo de su parte, al programa acordado, su acción ejecutiva se imputa a los demás intervinientes, y además —presupuesta la co-configuración de esta acción ejecutiva— en concepto de autores [100]. Ejem-

---

[97] *De otra opinión*, OLG Köln, JR, 1980, pp. 422 s., con comentario acertadamente desfavorable de *Beulke*, loc. cit., pp. 423 ss.

[97a] BGH, 36, pp. 231 ss., 232 ss. (coautoría del asesino y del homicida) con comentarios de *Timpe*, JZ, 1990, p. 97, y *Beulke*, NStZ, 1990, pp. 278 s.

[98] Jurisprudencia indiscutida y constante; RG,44, pp. 321 ss., 324; BGH, GA, 1968, p. 121; BGH, NJW, 1973, pp. 377 s.; BGH, GA, 1985, p. 233 (tampoco hay responsabilidad cuando el autor está de acuerdo con el exceso que se ha *producido*, en tanto que se da cuenta de éste).

[99] RG, 57, pp. 307 ss., 308; 59, pp. 245 ss., 246 s.; 59, pp. 389 ss., 390; 67, pp. 367 ss., 369 s.; BGH, GA, 1968, p. 18; BGH en *Holtz*, MDR, 1985, pp. 445 ss., 446: las concreciones (lesiones peligrosas con una porra) que no sobrepasan el marco de la resolución común (robo llevando una porra) no constituyen exceso.

[99a] *Vid.* asimismo BGH en *Holtz*, MDR, 1986, p. 795, con respecto a los §§ 212, 226 StGB.

[100] Como aquí, *Küper*, Versuchsbeginn, pp. 37 ss.; la imputación, con arreglo a estos principios, se da también en el conocido caso Rose (ejecutor con *error in persona*)-Rosahl (partícipe no ejecutor), GA, 7 (1859), pp. 322 ss. La doctrina aprecia en ocasiones, indistintamente, la imputación: *Jescheck*, AT, § 63, I, 2; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 49, núm. marg. 100, ambos con bibliografía; *Welzel*, Strafrecht, § 15, IV, 1; *vid.* asimismo *Puppe*, GA, 1984, pp. 101 ss., 120 s., quien en ocasiones decide, igualmente de modo indistinto, que está descartada la imputación; *Roxin*, Täterschaft, pp. 286 s.; *LK-Roxin*, § 25, núm. marg. 124, con bibliografía; *Herzberg*, Täterschaft,

plo [101]: Los coautores de un robo, todos armados, se disponen a tirar a matar contra los posibles perseguidores a fin de asegurar su huida; uno de ellos confunde a un cómplice, que también huye, con un perseguidor, y le dispara; no existe exceso, de modo que también la víctima escogida es coautor de la tentativa de homicidio si concurre una suficiente co-configuración de la acción ejecutiva [102].

e) En los delitos cualificados por el resultado, la coautoría es posible siem- **46**
pre que exista dolo en todos, es decir, al menos en el delito base doloso. En el ámbito de la imprudencia —que ha de indagarse por separado en relación con cada interviniente concreto— referida a la consecuencia especial, el Derecho positivo no distingue entre formas de participación (*vid. infra* 21/111 ss y 22/29).

B. El aspecto objetivo de la comisión en común

1. *Determinación del dominio compartido*

a) a') Desde el punto de vista objetivo, se requiere la comisión en co- **47**
mún. La interpretación correcta de este elemento depende de la idea de que, en el § 25.2 StGB, por comisión no se ha de entender la realización directa (de propia mano): Si no, en el precepto estaría prescrita la teoría objetivo-formal, y esta teoría no sólo es poco práctica (en las acciones ejecutivas indivisibles —*un* disparo mortal, *un* apoderamiento en el hurto, *un* trazo de escritura en la falsificación, etc.— decaería la posibilidad de coautoría), sino que además —como ya se puso de manifiesto (*supra* 21/25)— no es consecuente: En casos de acción ejecutiva dividida, no cabe fundamentar la imputación en concepto de autor de la parte de la acción ejecutiva no ejecutada de propia mano. Pero si el elemento formal no es necesario para la autoría, entonces decae también la legitimación para exigir en la coautoría forzosamente la proximidad al elemento formal, es decir, la participación en el hecho en el estadio de la ejecución (se quiere decir: después del comienzo de la tentativa) [103], pues la medida

---

p. 63; *Schreiber*, JuS, 1985, pp. 873 ss., 877. *Roxin* argumenta que si el hecho se ejecutase en la víctima «correcta», el coautor no podría responder por dos hechos (en tal sentido ya *Binding*, Normen, t. III, pp. 213 s., con notas 8 y 9). El coautor responde sólo por el primer hecho; en el segundo hecho no interviene, a no ser que se hubiera acordado que continuase actuando hasta alcanzar el objetivo; pues si el ejecutor pretende, mediante un nuevo hecho, alcanzar el objetivo delictivo no alcanzado en la primera intervención, ello no concierne a los demás, por falta de intervención en el nuevo hecho. Ejemplo: El ordenanza del banco, al que, según lo acordado con los otros cooperadores, atraca el ejecutor, para sorpresa de éste sólo lleva encima una suma insignificante; por eso el ejecutor atraca por propia iniciativa al próximo cartero con giros postales que se acerca. Resulta indiferente qué objetivo dejó de conseguirse en el primer hecho, en tanto que el objetivo no influya en el injusto. Tal influjo no se da en todo caso en el *error in persona vel objecto*. En definitiva distinguiendo, *Hillenkampf*, Vorsatzkonkretisierungen, pp. 76 ss., 102 s., 126; según éste, la confusión del coautor será siempre para los demás una *aberratio ictus*, que sin embargo comporta la consumación en bienes jurídicos no personalísimos; en contra, *vid. supra* 8/80.

[101] BGH, 11, pp. 268 ss.

[102] Dudas fundadas al respecto en *Schmidhäuser*, AT, 14/19.

[103] Así no obstante en la teoría que va cobrando predicamento en la doctrina; *Gallas*, Materialien, t. I, pp. 121 ss., 137; *Rudolphi*, Bockelmann-Festschrift, pp. 369 ss., 372 s.; *Roxin*, Täters-

y la intensidad de la configuración de un delito no cometido de propia mano son independientes del momento del influjo, e incluso el influjo sobre el elemento material vinculado con la ejecucion de propia mano no forzada, sobre la decisión de si el hecho tendrá o no lugar, no queda consolidado por una aportación realizada después del comienzo de la tentativa, ni queda excluido sin tal aportación. Así pues, también cabe realizar la aportación en el estadio de los actos preparatorios [104]. La imputación de algo meritorio constituye un indicio en favor de esta solución; y es que en esta imputación es evidente que no se trata de la cooperación en la ejecución. ¿Quién le negaría al autor de una obra de teatro al menos la misma importancia en el resultado de un estreno, simplemente porque no esté presente en éste?

48 *b')* Cuando falta la participación en el dominio formal del hecho (la ejecución de propia mano) también falta siempre en el ámbito de la coautoría el dominio de la decisión, pues sobre si el hecho se realizará o no decide el ejecutor no subordinado [105]. El que sólo la ejecución de aportaciones precedentes haya posibilitado el hecho no comporta dominio de la decisión. Ello se pone de manifiesto en el inductor y en el cooperador necesario: ambos posibilitan el hecho y sin embargo constituyen prototipos de participación. Una intervención, obviamente subordinada, en el dominio de la decisión se produce, sin embargo, cuando un partícipe, mediante promesas o anuncio de represalias, etc., dirige la motivación del ejecutor hacia la ejecución, sin que el influjo alcance la medida necesaria para la autoría mediata. Esta intervención puede tenerse en cuenta en la coautoría, pero, no obstante, el no ejecutor participa en menor medida que el ejecutor en el dominio material, en forma de dominio de la decisión; sin embargo, este *minus* puede quedar compensado por un *plus* en el dominio material, en forma de dominio de la configuración, que se ejerce en el estadio de la preparación [105a]. Incluso sin intervención alguna en el dominio de la decisión es posible la coautoría a través de la configuración o al menos configuración conjunta.

49 *b) a')* La configuración del hecho consiste en disponer el suceso *que realiza el tipo* en su desenvolvimiento *concreto*, tal como se perfecciona desde la

---

chaft, pp. 292 ss., 647 s.; *Bloy*, Beteiligungsform, p. 200; *LK-Roxin*, § 25, núm. marg. 127; *Herzberg*, Täterschaft, pp. 64 ss.; *el mismo*, ZStW, 99, pp. 49 ss., 58; *SK-Samson*, § 25, núm. marg. 47; restrictivamente, *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 824: No decidiría lo que se hace, sino el efecto en la fase ejecutiva, pero toda aportación causal surte efecto en la ejecución. Con respecto a la postura que aquí se defiende, *Küpper*, GA, 1986, pp. 437 ss., 444 s., con bibliografía.

[104] *Maurach-Gössel*, AT, II, § 49, núm. marg. 29; *Wessels*, AT, § 13, III, 2; *Schmidhäuser*, AT, 14/22; *Beulke*, JR, 1980, pp. 423 ss.; 424 y —obviamente partiendo de la teoría subjetiva y por tanto sin tener en cuenta la virtualidad configuradora de la aportación— RG, 14, pp. 26 ss., 29; 54, pp. 152 ss., 153; 56, pp. 329 s.; 63, pp. 101 ss., 102; 64, pp. 273 ss., 274; 66 pp. 236 ss., 240; 67, pp. 392 ss.; 71, pp. 24 s.; BGH, 11, pp. 268 ss., 271; BGH, NJW, 1985, pp. 1035 s. (con el incorrecto añadido de que el «suceder ulterior» no tiene que haberse sustraído a la influencia del que actuó en primer lugar); jurisprudencia constante.

[105] Lo cual pasan por alto *Bockelmann-Volk*, AT, § 23, II, 4 *a; Bockelmann*, Verhältnis, p. 50; *Rudolphi*, Bockelmann-Festschrift, pp. 369 ss., 370.

[105a] En contra, *Roxin*, Tatherrschaft, pp. 647 s., con los siguientes argumentos: 1) Lo que es demasiado leve para constituir autoría mediata no debe aumentarse de grado «por el rodeo de la coautoría». Lo cual sólo es cierto si en el camino no se añade algo que refuerce: el dominio de configuración. 2) Lo que ha de añadirse como *plus* es vago. Lo cual es cierto: tan vago como lo es *todo* dominio de configuración.

acción de ejecución hasta la consumación (o hasta su fracaso, en la tentativa). Las configuraciones son, pues, la organización del autor, del objeto del hecho, de la medida de su lesión, del medio (incluso en los simples delitos de resultado el medio empleado *in concreto* está prohibido en el tipo), y en su caso de otras circunstancias pertenecientes al suceso concreto que realiza el tipo. La disposición puede tener lugar en todo el estadio de preparación o de tentativa, hasta incluso la ejecución de la acción ejecutiva; en el supuesto límite, el ejecutor lo único que hace es poner en marcha la «maquinaria delictiva» ya preparada y dispuesta. El que la aportación sea sustituible o no, sobre todo el que el ejecutor hubiera podido o no prescindir de ella, es tan indiferente como lo es, en la autoría única, que en lugar del autor hubiera podido actuar otro (el primer transeúnte se apropia indebidamente de la cosa, lo que también habría hecho el segundo traseúnte). Para la coautoría, esta configuración no tiene por qué estar completa y enteramente establecida por un interviniente; varios pueden, especialmente incluyendo al coautor ejecutor, configurar en común, al realizar las aportaciones que concretan el hecho en la misma medida (como también en el dominio de la decisión basta la intervención de la misma medida: Varios ladrones, que se llevan entre todos un objeto pesado, son coautores ya por dominio de la decisión).

Cuantas más personas tomen parte, en menor grado puede bastar, contabilizada en absoluto, la aportación en coautoría e incluso como configuradora en plano de igualdad: Tal es la consecuencia, en dogmática penal, del efecto anonimizador de la división del trabajo. Pero siempre hace falta *una aportación de la medida de las demás aportaciones*; pues, en la modalidad concreta, determina algo todo aquel que llega a ser causal de un delito, es decir, incluso un mero partícipe. Así, la entrega del arma del asesinato por parte de un interviniente es en sí complicidad; pero si el partícipe además ha conducido a la víctima hacia el autor, el interviniente ya no puede desentenderse de que también él le ha dado al hecho su configuración.

b') Siempre se trata de la configuración de la acción ejecutiva que realiza el tipo, no de un hecho prejurídico, en su caso teñido criminológicamente. Las aportaciones de todos los partícipes, pues, sólo son trascendentes para la determinación del dominio del hecho a través de su cristalización en la accion ejecutiva de cuya imputación se trata. El número y la clase de la aportaciones idóneas son tan ilimitados como lo son las modalidades de la cooperación humana. En relación con la índole abierta de los datos concretos que determinan la configuración, cabe caracterizar al dominio del hecho como concepto abierto [106], y en relación con la necesidad de abarcar toda cooperación psíquica y física, cabe hablar de un «todo» [107]; lo único importante es que la aportación concreta ha de medirse no por su fuerza, intensidad, etc., sino por su influjo en la configuración de la acción ejecutiva que realiza el tipo. En esta medida, el concepto de dominio del hecho es cerrado, a pesar de todos los problemas de medida: Sólo lo que configura la ejecución que realiza el tipo es relevante [108], porque sólo así queda indicada la responsabilidad por el resultado delictivo. 50

[106] *Roxin*, Täterschaft, pp. 122 ss.

[107] *Schmidhäuser*, AT, 14/156 s.

[108] En parte en términos muy semejantes, *Schmidhäuser*, AT, 14/156 s., y 14/22, ahí sobre todo en nota 16; críticamente al respecto *Roxin*, ZStW, 83, pp. 369 ss., 394 s.

51 *c')* La doctrina requiere en ocasiones una aportación «esencial» o «relevante» [109], a veces indicando que la aportación debe constituir un «presupuesto de la realización del resultado» [110].

Ello comporta un retroceso, problemático, a la antigua teoría objetivo-material: El cooperador necesario, al menos si aporta su participación después del comienzo de la tentativa [111], se convierte en coautor. Ahora bien, no cabe negar que una aportación, cuanto más se aproxime a la acción ejecutiva, más poder configurador puede ganar, pues las aportaciones ya prestadas están presentes como *fait accompli* y una participación de la misma medida en la configuración de *lo restante* es posible ya mediante aportaciones insignificantes. Sin embargo, la aportación no deja de ser débil, en cuanto a poder configurador, si lo específico de su eficacia no reside justamente en realizarse en un instante tardío. Por ejemplo: Es indiferente cuándo se le proporcionen a escondidas las cerillas al incendiario que pretende activar un complicado dispositivo incendiario ya instalado, si mucho antes del hecho, de camino al lugar del hecho, o poco antes de que prenda el fuego. Por eso tendría que ser adecuado referir la relevancia no al éxito del hecho, sino al influjo sobre su «aspecto». No todo lo necesario es relevante, sino sólo lo que caracteriza al hecho. Lo que lo caracteriza, sin embargo, puede ser sustituible, pues la hipótesis de que otro pudiera haberlo configurado no impide el carácter fáctico de la configuración real.

El que concurra o no configuración conjunta del hecho no sólo es cuestión del querer (planeamiento), sino también del ejecutar. La posición del interviniente, que ha de configurar conforme a plan, posición que no surte efecto en aportaciones configuradoras por haberse modificado algunas condiciones, no conduce a la coautoría. Cierto que ya la realización de una parte de las aportaciones planeadas pueden comportar la configuración conjunta en plano de igualdad; sin embargo, quien, sin haber intervenido en la configuración, está en reserva para una acción futura, que se configurará conjuntamente, sólo se convierte en coautor si se llega a la acción de reserva [112] o si se da comienzo directo a la acción de reserva (entonces tentativa en coautoría); en otro caso, en coautoría no se sobrepasa el estadio de la preparación. Así pues, quien —sin más aportaciones— está dispuesto, en un hurto de dinero, a volar la caja fuerte, si falla la llave falsa, no es coautor de la consumación si ya la llave falsa conduce al resultado. Su disposición, como condición necesaria, no pasa de ser —por falta de dominio ejercido sobre la configuración— complicidad o —si se da comienzo a la variante del hecho para la que este partícipe estaba previsto— tentativa de coautoría. Quien está presente en el lugar del hecho y refuerza al ejecutor en sus planes, no es coautor sólo por eso [112a], sino porque el reforzamiento es necesario (de lo contrario, sólo habría inducción intentada o complicidad psíquica intentada) y contribuye a configurar el aspecto del hecho.

---

[109] *LK-Roxin*, § 25, núm. marg. 131; *SK-Samson*, § 25, núm. marg. 47; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 823 s.; *Herzberg*, Täterschaft, p. 66.

[110] *Roxin*, Täterschaft, p. 280.

[111] *Vid. LK-Roxin*, § 25, núm. marg. 131.

[112] *Bloy*, Beteiligungsform, p. 266; discrepante, *Roxin*, Täterschaft, pp. 283, 649 s.; *LK-Roxin*, § 25, núm. marg. 131.

[112a] *De otra opinión*, BGH, GA, 1986, pp. 229 s.

2. *Grupos de supuestos problemáticos*

a) Así pues, el coautor tiene que (co-)determinar la configuración, es de- 52
cir, debe (co-)procurar incluso la acción ejecutiva. Un mero consejo o una mera propuesta no suelen determinar la configuración [112b], sino sólo su ejecución (el consejo sobre cómo se puede atraer a la víctima del asesinato hasta el lugar del hecho es menos grave que atraerla hasta allí). Desde luego, el consejero que pone de acuerdo las actividades de diversos intervinientes, que busca el objeto del hecho, etc., es coautor; pues también las *aportaciones espirituales* forman parte del acontecer delictivo, y también con estas aportaciones se puede cumplir la medida requerida para la configuración conjunta. Así pues, coautor es particularmente el *jefe de la banda*, que determina los objetos del hecho y la forma de ataque, aun cuando él no tome parte en la ejecución (muy debatido; las referencias bibliográficas, *ut supra* nota 103). Por tanto, en el caso Stachinskij [113] el que «movía los hilos» (Scheljepin) es coautor del asesinato. En la exterminación organizada de judíos en el período nacional-socialista, también son coautores los coordinadores que no ejecutaron por sí mismos, por la determinación de las víctimas y del resultado del hecho, así como del medio del hecho (*vid.* asimismo *infra* 21/103).

Por tanto, también es coautor, p. ej., quien en la estafa escribe la carta engañosa; en el incendio, quien instala el dispositivo incendiario; en la falsificación documental, quien proporciona los ejemplares impresos y los sellos oficiales; en la falsificación de moneda, quien dispone la prensa de modo que sólo hace falta ponerla en marcha, aun cuando éste por su parte sólo prepare la acción ejecutiva pero no la realice.

b) La determinación conjunta de la configuración del hecho, en un delito 53
de varios actos, puede llevarse a cabo mediante la determinación única de un acto ejecutado de propia mano; ejemplo: Quien derriba a golpes a la víctima, a la que otro roba, es ya por este comportamiento de propia mano coautor del robo (si se da por supuesta la intención de apropiarse); además, al derribar a la víctima, ha (co-)determinado también los objetos y el medio de la sustracción. Quien, tras emplear la violencia, sólo sustrae por medio de otros, es coautor del robo por su dominio de la sustracción más el ajuste acordado, aun cuando sólo haya favorecido el empleo de violencia, aisladamente considerado, como cómplice; basta la determinación conjunta de todo el hecho en la medida de la determinación conjunta a través de los otros partícipes.

c) Presentan dificultades los supuestos en que los partícipes configuran de- 54
terminadas modalidades en conexión con la ejecución del hecho, posibilitándolo así, pero siendo estas modalidades independientes de la ejecución del hecho descrita en el tipo. Así, el que vigila durante el robo o el que ayuda a la huida, por el lugar de su actividad codeterminan ya el objeto del hecho. Sin embargo, sobre la forma y medida del ataque no existe, por el solo *aseguramiento del lugar del hecho* o el *facilitamiento de la huida*, influjo configurador alguno. Por

---

[112b] Ni siquiera la inducción es por lo general (a la vez) coautoría; BGH, StV, 1988, pp. 205 s.; *Roxin*, StV, pp. 384 s., en contra de BGH, loc. cit., p. 384.

[113] BGH, 18, pp. 87 ss.

eso, tales acciones sólo entrañan coautoría en caso de división del trabajo muy amplia (*vid. supra* en torno al carácter relativo de la aportación suficiente para la coautoría, 21/49). Por lo general, estos agentes son meros partícipes, si no se añaden ulteriores aportaciones [114].

55 *d)* También es difícil decidir en los supuestos en que coinciden un *gran número de intervinientes* en acciones paralelas dirigidas a ejecutar un único resultado delictivo, pero en definitiva no todos los participantes, mediante sus acciones ejecutivas, llegan a ser causales del resultado: Una multitud arroja teas al tejado de una casa, dispara con dolo de homicidio a una víctima, arroja piedras a un policía o a un escaparate, etc., determinando sólo uno cada resultado respectivo. No cabe dudar de la autoría por *tentativa* de todos los ejecutores mediante dominio de la acción y de la decisión. Sin embargo, la imputación de la consumación presupone la configuración de la acción ejecutiva que produce el resultado. Co-titular del dominio de la configuración es el núcleo de la banda que, como órgano dirigente colectivo, al igual que jefatura colectiva de la banda, actúa o bien codetermina el objeto o la medida de su lesión (p. ej., procurando armas a la multitud). Carece de significado el que estas personas estén presentes en el hecho y colaboren o no. Coautores pueden serlo también los intervinientes que influyen en la acción mediante la configuración conjunta coordinada, aun cuando, de haberse apartado ellos, los habrían reemplazado otros, ya que al fin y al cabo han configurado realmente. Sin embargo, si —dado un número suficientemente elevado de partícipes— el que uno de ellos dejara de intervenir sólo habría modificado a lo sumo circunstancias secundarias (*supra* 7/14 s.), su colaboración es superflua, pues una organización completa no se puede seguir completando, de modo que entonces no ha tenido lugar una configuración conjunta. El que esto, en su caso, quepa afirmarlo alternativamente de todos los partícipes, sobre todo en situaciones probatorias poco claras, es consecuencia de la naturaleza de los delitos *de resultado*: En éstos, no se da responsabilidad por pertenencia a bandas, sino que las aportaciones concretas únicamente se pueden conectar a través de la causalidad para el resultado; varias veces lo mismo no da por resultado forzosamente algo común [115]. Siempre que en casos de este género viene en consideración la coautoría, su comprobación en el curso del proceso fracasará a menudo por dificultades probatorias. No obstante, ello no constituye motivo para convertir los delitos de resultado, con auxilio de la dogmática de la autoría, en delitos cuyo injusto esté determinado mediante la formación de bandas. En relación con grupos menores de intervinientes se aplica otro tanto, pero en la práctica el influjo, determinante recíprocamente, sobre las acciones de los demás alcanzará con más frecuencia la medida necesaria para estimar configuración conjunta, aun cuando todo depende de cada partícipe y de su reacción coordinada.

55a *e)* La imputación de aportaciones al hecho alternativamente eficaces realizadas por distintas personas sigue las reglas generales: Sólo quien al menos

---

[114] Controvertido; como aquí, *SK-Samson*, § 25, núm. marg. 133.

[115] *Stein*, Beteiligungsformenlehre, p. 327; *de otra opinión*, con distintas fundamentaciones, *Roxin*, Täterschaft, pp. 648 ss.; *el mismo*, JA, 1979, pp. 519 ss., 524; *Herzberg*, Täterschaft, p. 58; *el mismo*, ZStW, 99, pp. 49 ss., 55 s.; *Bloy*, Beteiligungsform, pp. 372 ss. (confundiendo los tipos de homicidio o de daños con tipos, supuestamente existentes, de conspiración o de ejecución de atentados).

configura conjuntamente la aportación de los otros (o domina a los otros como instrumentos suyos) responde en concepto de autor en ambas variantes [116]. Ejemplo: Dos cazadores furtivos se han informado en común acerca de en qué noche se puede cazar mejor un venado sin peligro (§ 292 StGB); uno prueba fortuna en determinado lugar y el otro unos kilómetros más allá, con suerte; en cada caso, sólo hay participación en el hecho del otro. Pero si ambos intervinientes han dispuesto en conjunto sus armas, han elegido los puestos, etc., son coautores del hecho (intentado) del otro.

3. *La participación a título de autor en la autolesión*

56 Si una autolesión no constituye injusto *per se,* sino debido al interés de otras personas en la integridad de quien se autolesiona, se aplican las reglas generales; así ocurre p. ej., en la automutilación para ser eximido del servicio militar del § 109 StGB: El hecho no se prohíbe para tutelar los bienes del obligado al servicio militar, sino por interés en la prestación del servicio. En tales supuestos, es posible la coautoría sobre todo cuando quien (entre otros también) se autolesiona tiene el dominio de la decisión y el partícipe el dominio de la configuración.

Las reglas generales rigen asimismo siempre que quien se autolesiona puede ser autor de *tentativa*, o sea, en el ataque a bienes supuestamente ajenos, pero en realidad propios. Ejemplos: El hijo que se cree desheredado (cuando en realidad es heredero único), destruye airado, conjuntamente con un amigo, tras la muerte del causante, un objeto de la masa hereditaria; en relación con el hijo, daños intentados en coautoría; para el amigo, consumados.

57 *b)* Sin embargo, hay que construir reglas para aquellos supuestos en los que la participación de la víctima no tiene la eficacia de consentimiento (*vid.* §§ 216, 226 *a* StGB), aun cuando la víctima, si ejecutase el hecho por sí sola, no habría respondido penalmente. Ello ocurre sobre todo en los delitos de lesiones y homicidio.

En este lugar se trata de formas de intervención con estructura de coautoría; ya que la coautoría representa la forma de intervención accesoria más intensa posible, en esta medida también son decisivas las reglas para otras formas de intervención accesorias (inducción y complicidad), de manera que inducción y complicidad relativas a la autolesión deben quedar impunes, cuando la misma coautoría sería impune (*infra* 22/11).

58 *c)* El contenido de las reglas que hay que desarrollar depende de qué fundamento tenga la impunidad de quien se autolesiona en los casos en que su consentimiento en una lesión realizada por otro habría sido ineficaz o sólo limitadamente eficaz. Al respecto se proponen diversas interpretaciones.

a') La impunidad se fundamenta en que la pena para la víctima que se autolesiona es inapropiada por motivos situados en la persona de la víctima, pero

---

[116] Controvertido; *vid. Roxin*, Täterschaft, p. 650; *Rudolphi*, Bockelmann-Festschrift, pp. 369 ss., 379 ss.; *Bloy*, Beteiligungsform, pp. 377 ss.

su hecho constituye desde luego injusto típico [117]. «Quien matare a una persona» en el § 212 StGB no cabría leerlo como «quien matare a otra persona», sino como «quien se matare a sí mismo o matare a otro». Con esta interpretación, es posible toda participación accesoria en la autolesión ejecutada de propia mano por la víctima. Tal solución, desde luego, no cabe suscribirla, ya que el injusto de una autolesión (por falta de sometimiento de una persona) no se puede equiparar al injusto de un homicidio y, por falta de infracción del tabú de lesionar a otro, tampoco cabe equipararlo al del homicidio a ruego (§ 216 StGB).

b') En ocasiones se fundamenta la impunidad de la autolesión, que se cuestiona, indicando que quien se autolesiona está excluido como autor por el tipo (de modo que, por falta de hecho principal, decae, en caso de autolesión de propia mano, toda posibilidad de intervención); sin embargo, la colaboración de otros en concepto de coautoría sí es posible [118]. También esta solución adolece de equiparar lo incompatible: La aportación al hecho aún realizada por la propia víctima tampoco favorece decisión alguna relativa a la lesión *a otro* si es de intensidad configuradora propia de la coautoría [119].

c') Aun cuando la autolesión puede ser una perturbación social [120], nunca puede tocar el tabú del respeto a los bienes de *otras* personas, ni siquiera de modo formal, como ocurre en el hecho del § 216 StGB (cuyo autor sitúa a la persona de la víctima sobre el bien «vida» de ésta). Por eso, la víctima que interviene no realiza ningún injusto de lesión en el sentido de lesión a otro [121]. Es más, a todas las aportaciones que se llevan a cabo más adelante mediante intervención de la víctima esta vía les priva de la cualidad de lesión a otro, aun cuando después de la víctima aún actúen otros partícipes.

58a *d)* Pormenores [122]:

a') Quien realiza la lesión a la víctima, aunque la propia víctima la haya configurado, es autor (en caso de homicidio a ruego, por el § 216 StGB); el homicidio de otro ejecutado de propia mano es lesión a otro.

---

[117] En tal sentido para el suicidio, *Schmidhäuser*, Welzel-festschrift, pp. 801 ss., 810 ss.; *Klinkenberg*, JR, 1978, pp. 441 ss., 445; *Ebert*, JZ, 1983, pp. 633 ss., 636.

[118] *Herzberg*, Täterschaft, pp. 75 ss.; *el mismo*, JA, 1985, pp. 131 ss., 137 s. (suavizando *Herberg* la dureza de sus resultados al apreciar, en mayor medida que la doctrina dominante, la posibilidad de justificación del homicidio a ruego; *el mismo*, NJW, 1986, pp. 1635 ss., 1638 ss.); *Bringewat*, ZStW, 87, pp. 623 ss., 646.

[119] Diversas son las fundamentaciones de la exclusión del tipo en la víctima; distinguiendo entre homicidio y lesiones, *Otto*, Lange-Festschrift, pp. 197 ss., 212 s. Incorrectamente, *Schilling*, JZ, 1979, pp. 159 ss., 163: autoría mediata del que ocasiona. Sin embargo, falta la resolución subordinada de la víctima; *vid.* asimismo en contra del «instrumento (sólo) no cualificado», *infra* 21/104.

[120] Pero no ya por eso constituye una infracción *jurídica*; razón por la cual no existe —al margen de conatos que son antijurídicos por el modo de su ejecución— un *injusto de impedir* un suicidio; distinguiendo, *Bottke*, Suizid, pp. 32 ss.; críticamente con respecto a tales distinciones, *Jakobs*, ZStW, 95, pp. 669 ss., 671 ss.

[121] Ampliamente, *Roxin*, Dreher-Festschrift, pp. 331 ss.; *Bottke*, GA, 1982, pp. 336 ss., 338 ss.; *el mismo*, GA, 1983, pp. 22 ss., 26 ss.; *el mismo*, Suizid, pp. 234 ss. En el caso de la sentencia OLG München, NJW, 1987, pp. 294 ss. *(Hackethal)*, ya la acusación no habría podido seguir adelante (la situación jurídica era clara); acerca de esta sentencia, *Herzberg*, NJW, 1986, pp. 1635 ss.; *el mismo*, JZ, 1988, p. 182 ss. *Vid.* asimismo *Sax*, JZ, 1975, pp. 137 ss., 146 s.

[122] Se discuten los detalles, si bien lo principal es doctrina dominante; más consideraciones sobre este problema, que en parte alcanza a la Parte Especial, en *Bottke*, Suizid, pp. 32 ss.; *Schön-*

b') Quien configura la lesión de la víctima a través de una tercera persona, sin que la víctima medie en esta configuración, es coautor, pues sólo el comportamiento de la víctima transforma todas las aportaciones que lo fomentan en auxilio a la autolesión.

c') Quien colabora en una lesión de modo que su aportación sólo surte efecto a través del comportamiento de la víctima, no es partícipe en una lesión a otro. Así pues, la configuración de la lesión llevada a cabo por la propia víctima no fundamenta ninguna imputación (ni siquiera por el § 216 StGB). Asimismo, tampoco una aportación en que media la víctima con su comportamiento sobre terceras personas fundamenta imputación alguna. Ejemplo: Quien pone en manos de la víctima un medio que ésta transmite a otra tercera persona, que lo emplea, favorece una lesión a otro sólo a través de la víctima, y por tanto no toma parte de modo imputable en esa lesión a otro. De acuerdo con estas reglas, todas aquellas aportaciones que ya están realizadas no fundamentan responsabilidad si la víctima del homicidio a ruego repite su petición y, contrariamente a lo que le incumbe, no la revoca, siempre que este comportamiento de la víctima sea condición de la ejecución del hecho (o en caso de omisión de la víctima: siempre que la revocación interrumpiera la ejecución del hecho). En definitiva, pues, en caso de homicidio a ruego, no todo favorecimiento del hecho determina responsabilidad [123].

Fórmula: Quien deja a la víctima al menos el dominio de la decisión sobre la aportación que él realiza, no toma parte en el injusto de una lesión a otro [124].

El dominio de la decisión reside en la víctima cuando ésta actúa aún después del comportamiento del partícipe [125]; reside al menos *también* en la vícti-

---

ke-Schröder-Eser, núm. marg. 33 ss., ante, § 211; *Arzt-Weber*, BT, t. I, núm. marg. 211 ss.; *Maurach-Schroeder-Maiwald*, BT, I, § 1, V; *Möllering*, Schutz des Lebens, pp. 38 ss.; con Derecho comparado (en parte anticuado), *Simson-Geerds*, Straftaten gegen die Person, pp. 42 ss., 63 ss.

[123] Ejemplo de responsabilidad: La víctima plantea su petición y se desmaya; después, otras personas configuran el hecho junto con el ejecutor.

[124] Lo cual prácticamente constituye doctrina dominante; *Otto*, Tröndle-Festschrift, pp. 157 ss., 163, con bibliografía. En el caso de la sentencia BGH, 19, pp. 135 ss. (tentativa de una pareja de suicidarse juntos dejando entrar en el habitáculo del coche los gases del tubo de escape; el hombre, que era quien pisaba el acelerador, sobrevivió; la mujer murió) hay que atender a si el superviviente continuó actuando después de que la víctima perdiera la capacidad de acción; sólo entonces tuvo el superviviente superior dominio de la decisión. Resulta indiferente que, con arreglo al «plan común de muerte», pueda haber sido irrelevante el momento de la inconsciencia (en otro sentido la doctrina dominante; BGH, 19, pp. 135 ss.; *Herzberg*, Täterschaft, pp. 76 s.; *Roxin*, Täterschaft, pp. 570 ss., con bibliografía, no obstante con un punto de partida para la solución por lo demás paralelo: la «referencia al tipo del concepto de autor»; *Otto*, Tröndle-Festschrift, pp. 157 ss., 164 s.; *Dreher*, MDR, 1964, pp. 337 s.; *Paehler*, MDR, 1964, pp. 647 ss.): Si en el plan la participación en el suicidio y el homicidio a ruego son equivalentes, no por ello llegan a ser jurídicamente equivalentes. Es incorrecto que «la participación no debe depender de una circunstancia casual, cuyo carácter incierto se tenía en cuenta en el plan global» (BGH, loc. cit.): El que resulte la autoría planeada depende siempre del transcurso de los acontecimientos. Desde luego, si no es así, queda la tentativa en concepto de autor. El malestar por la sentencia tendrá que ver con el hecho de que la acción homicida del superviviente que tuvo lugar tras producirse la incapacidad de acción de la víctima, representaba un supuesto extremo de comportamiento de organización (seguir pisando el acelerador); en caso de acción clara (p. ej., matar a golpes o disparando) u omisión contraria a deber también clara (no frenar un coche a gran velocidad), será evidente la responsabilidad por el § 216 StGB.

[125] En estas consideraciones se presupone que el autor tiene que responder por los efectos de su actuar no condicionados por la víctima. Si falta esta posición de garante, decae la lesión a otro

ma cuando ésta actúa a la vez que el partícipe, pues, negando su aportación, la víctima puede privar de eficacia a la del partícipe [126]. Si el partícipe actúa después de las acciones de la víctima, la víctima tiene sin embargo dominio de la decisión en los casos en que, tras la acción del partícipe, le incumbe a ella evitar el resultado, para lo que dispone de capacidad. La jerarquía entre partícipe y víctima se determina conforme a las reglas de la responsabilidad por la injerencia. Ejemplo: La víctima pide al partícipe que abra la espita del gas y, una vez hecho esto, que abandone la habitación; el partícipe colabora en una autolesión realizada mediante omisión, de modo que no responde. Situación opuesta (lesión a otro): El agredido antijurídicamente no evita el golpe aunque habría podido [127].

d') El mero comportamiento que, como acción, no fundamenta responsabilidad, tampoco comporta responsabilidad a causa de una omisión subsiguiente. Ejemplo: El partícipe configura el suicidio de la víctima, dándole el veneno

---

(entonces tampoco se trata de actuar de la víctima a su propio riesgo, *supra* 7/129). Se trata de supuestos en que el autor se mantiene dentro de su propio ámbito de organización y el efecto dañoso sobre la víctima se produce sólo porque el ámbito de organización de ésta está configurado en orientación al resultado (*supra* 7/60 ss.) o porque un tercero desvía la aportación del autor hacia lo dañoso (prohibición de regreso, *supra* 7/59, *infra* 14/13 ss.).

[126] BayObLG, JZ, 1989, pp. 1073 s., 1074; *Otto*, Tröndle-Festschrift, pp. 157 ss., 165 ss. Concurre la simultaneidad cuando el comportamiento entre autor y víctima no difiere en un espacio de tiempo que deje a uno de los dos una oportunidad de decidir aplicable en la práctica, mientras que el otro ya ha perdido esa oportunidad. Si la víctima, aun en el momento de la ejecución de la acción por parte del autor, puede sustraerse a los efectos de tal acción, se da simultaneidad. El *solo* hecho de que el autor se asegure provisionalmente del consentimiento de la víctima no fundamenta simultaneidad, ya que el autor pone en práctica su comportamiento después de la última (en cada caso) aprobación de la víctima. Este modo de trazar los límites —no naturalísticamente (¡la simultaneidad pone de manifiesto el dominio de la decisión por parte de la víctima!)— resulta necesaria porque la ley distingue entre lesión a uno mismo y lesión a otro, obligando así a atribuir el suceso también cuando se mezclan elementos de ambas formas de lesión. La opción que aquí se realiza en favor de una solución según la cual el comportamiento tiene que ser *en su totalidad* lesión a otro, y no sólo eso *también*, si ha de comportar punición, cabe fundamentarla en la ley en tan escasa medida obviamente como la contraria. De acuerdo con los criterios aquí utilizados, la incapacidad de acción de la víctima en el momento de la intervención (ejecución de la acción más producción de las consecuencias) excluye la simultaneidad y por tanto la autolesión; BGH, NStZ, 1987, pp. 365; *de otra opinión*, *Roxin*, NStZ, 1987, pp. 345 ss., 346 ss.; *Kühl*, JR, 1988, pp. 338 ss. *Hohmann* y *König*, NStZ, 1989, pp. 304 ss., 308 s. (en contra, *Herzberg*, NStZ, 1989, pp. 559 ss.); de acuerdo con éstos, se daría complicidad cuando el que está cansado de vivir ha dispuesto el suceso *en su totalidad*, aun cuando él esté inconsciente en el momento en que se presta el último «auxilio». Pero el § 216 StGB no atiende a algún género de suceso en su totalidad, sino a un suceso en el que la víctima ha perdido el dominio de la decisión. De acuerdo con *Arzt-Weber*, BT, I, núm. marg. 211 ss., 215, la muerte a otro no se daría nada más que cuando «el suicida sólo supera la inhibición de ejecutar él mismo el suicidio poniéndose en manos de otro». Pero ¿cómo va a depender el enjuiciamiento del suceso real de la hipótesis de lo que la víctima habría llevado a cabo alternativamente?

[127] El límite puede ser difícil de determinar en el caso concreto. En un ataque antijurídico, el agresor siempre será responsable primariamente en tanto que ejerza influencia sobre el curso causal conducente al resultado. Ejemplo: El propietario no impide a un *rocker* que destruya el coche de su propiedad; lesión a otro. Si ya sólo la víctima tiene influencia, el hecho de que esté tolerando se convierte en dominio de la decisión si falta todo motivo razonable para no impedir la producción del resultado (*vid. supra* 7/59). Ejemplo: El labrador no abandona, empecinado, el cortijo que le ha incendiado su enemigo («que se convierta también en asesino»); probablemente lesión a sí mismo (dudoso, en tal medida en otro sentido Vorauflage).

que ella misma toma; el partícipe no evita la muerte, ni cuando la víctima es ya incapaz de acción; no hay responsabilidad por comportamiento activo, ya que se trata de una configuración conjunta de una autolesión; no hay responsabilidad por omisión, ya que no existe deber de evitar el resultado (mediante acción, el partícipe no ha fundamentado ningún riesgo especial para con la víctima). Acerca de la responsabilidad por comisión del *garante*, *vid. infra* 21/116; acerca de la responsabilidad por omisión, 29/53 ss., 57 ss. (con notas 141 —médico— y 151 —prisión preventiva-), 106. Acerca de la participación en la autolesión de una persona en situación de *inferioridad*, *vid. infra* 21/78 ss., 88 ss., 97 ss., 114. En torno a la determinación *imprudente* de una autolesión, *vid. infra* 21/114. Si hay una lesión a otro, la víctima puede haber obrado *a su propio riesgo*, lo que hace decaer la responsabilidad del autor; sobre ello, *supra* 7/129 s. Sobre la *interrupción de un tratamiento intensivo*, *vid. supra* 7/64, con nota 111.

C. Consecuencias de la coautoría

59 1. Como consecuencia de la coautoría se produce la plena responsabilidad por el hecho, debido que se han realizado actos de organización de la misma importancia. El que la acción ejecutiva, a su vez, sea llevada a cabo por un autor idóneo es indiferente para los que tienen el dominio del hecho, sea de la forma que sea, siempre que ellos mismos sean autores idóneos y pueda existir accesoriedad en relación con la acción ejecutiva. Ejemplo: La persona en situación de incapacidad de pago, que configura el favorecimiento de su acreedor, es autor del favorecimiento de acreedor (§ 283 *c* StGB), aun cuando la garantía para el acreedor no la haya realizado él de propia mano, sino a través de persona no cualificada. De todos modos, es presupuesto la eficacia práctica de la acción ejecutiva del no cualificado. Por ejemplo: El funcionario que hace que el mismo solicitante suscriba de propia mano un certificado de nacionalidad y configura conjuntamente esta acción, p. ej., mediante la entrega del sello oficial, etc., no comete falsedad en documento oficial (§ 348 StGB), en tanto que según la situación objetiva no llega a surgir un documento oficial válido (¡sin embargo, § 267 StGB!). La eficacia puede ser relativa. Por ejemplo: El hurto en coautoría, en el que después se descubre, sorprendentemente, que el objeto pertenece a un coautor, sólo en la persona del propietario conduce a que la consumación quede reducida a tentativa.

El coposeedor del dominio del hecho no cualificado sólo puede ser partícipe, por falta de la cualificación como autor; si la cualificación como autor no tiene más efecto que agravar la pena, será coautor del delito base (*vid. infra* acerca del § 28 StGB).

60 2. Dado que la coautoría siempre se fundamenta por medio de un acto de organización delictiva (ejecución de la acción, decisión, configuración), nadie puede llegar a ser responsable en concepto de coautor por acciones que ya antes de su colaboración fueron realizadas por otros: *No hay coautoría sucesiva*. Quien, p. ej., sólo llega al lugar del hecho después del asesinato y toma parte, configurando en plano de igualdad, en la sustracción a la víctima, es coautor de la apropiación indebida, pero no del robo (así pues, no hay imputación de

la violencia y de la ruptura de la posesión). La decisión es polémica, guiándose la opinión opuesta por el hecho de que en la intervención conjunta subsiguiente reside un solidarizarse con el delito cometido; pero el mero solidarizarse sin causalidad no fundamenta participación alguna [128].

Naturalmente, las partes futuras de aquellas realizaciones de tipos que se continúan en el tiempo cabe imputarlas al que acaba de sumarse; ejemplos: Quien, después del comienzo de la tentativa, pero antes de la ejecución de la desposesión, se suma a un hurto, en el que un interviniente porta un arma de fuego, si se da el dolo, responde por el § 244, párrafo 1, núm. 1, StGB. Quien toma parte en el robo a una persona que está siendo sujetada, toma parte en el robo (§ 249 StGB), aun cuando el sujetar a la víctima ya hubiese empezado antes del comienzo de la intervención. También es posible la imputación de realizaciones de tipos ya producidas (o de las consecuencias producidas por mala fortuna) según los principios de la omisión, si la situación es reversible; naturalmente, la conexión con las consecuencias del hacer ajeno (o con una desgracia ya ocurrida) no fundamenta por sí sola posición de garante alguna que obligue a dar marcha atrás a la situación (*vid.* asimismo *infra* 22/40 con nota 81 a).

61 3. Los coautores cometen conjuntamente *un* hecho (y no cada uno un hecho por sí), cuando comienzo y terminación de la tentativa de ese hecho se ejecutan unitariamente. Concurre *tentativa en coautoría* cuando el hecho, si lo ejecutase en su totalidad un interviniente, llegaría al estadio de la tentativa. Por eso un coautor puede haberlo realizado todo sin que concurra tentativa; ejemplo: El jefe de la banda envía, según su plan y preparación, a la banda a cometer un robo. También cabe que un coautor no haya dado comienzo a su aportación, y sin embargo sea ya autor de la tentativa; ejemplo: Quien en la ejecución del robo sólo tiene que llevar a cabo la sustracción, pero también ha cooperado configuradoramente en la preparación, comete robo intentado ya con el empleo de violencia por los otros partícipes. Pero sólo se da a lo sumo participación en la tentativa cuando las aportaciones realizadas hasta ahora por quien debe seguir actuando más tarde no bastan de por sí para la configuración en plano de igualdad. Frente a esta «solución global» [129], la «solución individual» atiende para cada partícipe a la realización de su respectiva aportación [130]. Así, la tentativa comienza, dependiendo del reparto de los actos de

---

[128] Como aquí, *Roxin*, Täterschaft, pp. 289 s.; *LK-Roxin*, § 25, núm. marg. 136, con más bibliografía (en otro sentido, no obstante, para la complicidad, loc. cit., núm. marg. 137); *Rudolphi*, Bockelmann-Festschrift, pp. 369 ss., 377 s.; *Küper*, JZ, 1981, pp. 568 ss., 570 ss.; *Gössel*, Jescheck-Festschrift, pp. 537 ss., 552 ss.; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 49, núms. margs. 49 ss.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 817 ss.; también la jurisprudencia de hace algún tiempo; RG, 8, pp. 21 ss., 41 s.; 59, pp. 79 ss., 82; recientemente, pero no de modo constante, también el BGH; BGH, GA, 1977, pp. 144 ss.; BGH en *Holtz*, MDR, 1982, p. 446 (con fundamentación dudosa); BGH, NStZ, 1984, pp. 548 s.; NStZ, 1985, pp. 70 s. (con respecto a estas dos últimas sentencias, *Roxin*, Täterschaft, pp. 600 s.); *de otra opinión, Küpper,* GA, 1986, p. 437 ss., 447 s.; *Baumann-Weber*, AT, § 36, I *d; Jescheck*, AT, § 63, II, 2; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 49, II, A, 2; *Welzel*, Strafrecht, § 15, IV, 1; BGH, 2, pp. 344 ss.; BGH, GA, 1966, p. 210; en parte también la jurisprudencia reciente; BGH, JZ, 1981, p. 596; BGH, NStZ, 1985, pp. 71 ss.

[129] Doctrina dominante; *Küper*, Versuchsbeginn, pp. 11 s., 69 s.; *LK-Vogler*, § 22, núms. margs. 88 ss.; *Küpper*, GA, 1986, pp. 437 ss., 445 s., todos con bibliografía.

[130] *Schilling*, Verbrechensversuch, pp. 104 ss.; *Valdagua*, ZStW, 98, pp. 839 ss., 870 ss. (generalmente tendrán que participar los otros en esta aportación).

organización, a veces antes y a veces después; las acciones internas en el estadio de preparación se convierten en tentativas aun cuando el suceso delictivo no siga adelante, y las mismas acciones son a veces tentativa (el sujeto actuante no debe aportar ya más) y a veces no (éste debe hacer aún más): La conexión del comienzo de la tentativa a la proximidad al tipo (§ 22 StGB) queda deshecha, porque la accesoriedad de la coautoría [131] se interpreta incorrectamente como simple dependencia causal [132]. Acerca de la misma solución en la participación, *vid. infra* 22/8, y acerca de la solución divergente en los delitos de infracción de deber, *vid. infra* 21/118.

VI. LOS TIPOS DE AUTORIA EN LOS DELITOS DE DOMINIO, 3.ª CONTINUACION: LA COMISION POR MEDIO DE OTRO (AUTORIA MEDIATA), § 25, PARRAFO 1, 2.º GRUPO DE SUPUESTOS, StGB

BIBLIOGRAFIA: *K. Amelung* y *J. Weidemann*, Bestechlichkeit und Förderung einer Selbstbeschädigung im Maßregelvollzug BGH, NJW, 1983, 462, JuS, 1984, pp. 595 ss.; *el mismo* y *J. Brauer*, Comentario a OLG Schleswig, JR, 1985, p. 474, loc. cit., pp. 474 ss.; *K. Binding*, Das Subjekt des Verbrechens und die Satzungen des «Vorentwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch» über die «Teilnahme», GS, 76, pp. 87 ss.; *R. Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; *W. Bottke*, Suizid und Strafrecht, 1982; *el mismo*, Probleme der Suizidbeteiligung, GA, 1983, pp. 22 ss.; *R. Brands* y *H. Schlehofer*, Die täuschungsbedingte Selbsttötung im Lichte der Einwilligungslehre, JZ, 1987, pp. 442 ss.; *M. Bruns*, AIDS, Prostitution und das Strafrecht, NJW, 1987 pp. 693 ss.; *el mismo*, Nochmals:, AIDS und Strafrecht, NJW, 1987, pp. 2281 s.; *el mismo*, AIDS, Alltag und Recht, MDR, 1987, pp. 353 ss.; *A. Charalambakis*, Selbsttötung aufgrund Irrtums und mittelbare Täterschaft, GA, 1986, pp. 485 ss. *F. Dencker*, Der verschuldete rechtfertigende Notstand, JuS, 1979, pp. 779 ss.; *A. Graf zu Dohna*, Übungen im Strafrecht und Strafprozeßrecht, 3.ª ed., 1929; *W. Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *el mismo*, Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat?, BGH, 36, 1, JuS, 1990, pp. 362 ss.; *W. Gallas*, Comentario a BGH, 2, pp. 150 ss., JZ, 1952, pp. 371 ss.; *el mismo*, Täterschaft und Teilnahme, Materialien t. I, pp. 121 ss.; *G. Geilen*, Suizid und Miwerantwortung, JZ, 1974, pp. 145 ss.; *M. Grünhut*, Grenzen strafbarer Täterschaft und Teilnahme, JW, 1932, pp. 366 ss.; *R. Helgerth*, AIDS - Einwilligung in infektiösen Geschlechtsverkehr, NStZ, 1988, pp. 261 ss.; *R. D. Herzberg*, Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig und unverboten handelndem Werkzeug, 1967; *el mismo*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *el mismo*, Täterschaft und Teilnahme, 1977; *el mismo*, Zur Strafbarkeit der Beteiligung am frei gewählten Selbstmord, ZStW, 91, pp. 557 ss.; *el mismo de nuevo*, Förderung einer Selbstbeschädigung im Maßregel-

[131] Dependencia de una acción con respecto a su prosecución por parte de otro; *vid. Gallas*, Materialien, t. I, pp. 121 ss., 138; *Küper, Verscuhsbeginn*, p. 60.

[132] En tal sentido *Schilling*, Verbrechensversuch, pp. 104 s.; crítica detallada en *Küper*, Versuchsbeginn *passim*; por su parte en otro sentido, *Rudolphi*, Bockelmann-Festschrift, pp. 369 ss., 384 ss.; *SK-Rudolphi*, § 22, núm. marg. 19 *a; Bloy*, Beteiligungsform, p. 266; Stein Beteiligungsformenlehre, pp. 321 ss., los cuales, no obstante, con su solución (para la tentativa, cada coautor debe llegar de por sí cerca del tipo) deshacen el carácter unitario del hecho de los coautores (en contra, acertadamente, *Küper*, JZ, 1979, pp. 775 ss.; *Maiwald*, ZStW, 93, pp. 864 ss., 879 ss.); como aquí, BGH, NStZ, 1981, p. 99; *Jescheck*, AT, § 63, IV, 1; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 49, núm. marg. 100; *Schönke-Schröder-Eser*, § 22, núm. marg. 54 *a; SK-Samson*, § 25, núm. marg. 55.

vollzug, JuS, 1984, pp. 937 ss.; *el mismo*, Der Anfang des Versuchs bei mittelbarer Täterschaft, JuS, 1985, pp. 1 ss.; *el mismo*, Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt, JA, 1985, pp. 131 ss., 177 ss., 265 ss., 336 ss.; *el mismo*, Zur Strafbarkeit des AIDS-Infizierten bei unabgeschirmtem Geschlechtsverkehr, NJW, 1987, pp. 2283 s.; *F. Herzog*, Das Strafrecht im Kampf gegen «AIDS-Desperados» en: *E. Burkel* (ed.), Der AIDS-Komplex, 1988, pp. 329 ss.; *el mismo* y *C. Nestler-Tremel*, AIDS und Strafrecht - Schreckensverbreitung oder Normstabilisierung, StV, 1987, pp. 360 ss.; *Th. Hillenkamp*, Die Bedeutung der Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tawerlauf, 1971; *el mismo*, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; *H. J. Hirsch*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; *el mismo*, Comentario a BGH, JR, 1979, pp. 429, loc. cit., pp. 429 ss.; *P. Hünerfeld*, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland, ZStW, 99, pp. 228 ss.; *H. Jäger*, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, 1967; *G. Jakobs*, Regreßverbot beim Erfolgsdelikt, ZStW, 89, pp. 1 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, JR, 1987, pp. 339 s., loc. cit., pp. 340 ss.; *J. C. Joerden*, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, 1988; *H. Johannes*, Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßigem Handeln des Werkzeugs, 1963; *B. Kadel*, Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft - versuchte mittelbare Täterschaft, GA, 1983, pp. 299 ss.; *W. Küper*, Der verschuldete rechtfertigende Notstand, 1983; *el mismo*, Der Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft, JZ, 1983, pp. 361 ss.; *el mismo*, «Autonomie», Irrtum und Zwang bei mittelbarer Täterschaft und Einwilligung, JZ, 1986, pp. 219 ss.; *el mismo*, Mittelbare Täterschaft, Verbotsirrtum des Tatmittlers und Verantwortungsprinzip, JZ, 1989, pp. 935 ss.; *G. Küpper*, Anspruch und wirkliche Bedeutung des Theorienstreits über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, GA, 1986, pp. 437 ss.; *F. J. Kurth*, Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug, 1984; *R. Lange*, Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf, 1935; *el mismo*, Comentario a OLG Bamberg, SJZ, 1950, pp. 209 s., loc. cit.; *el mismo*, Terrorismus kein Notstandsfall, NJW, 1978, pp. 784 ss.; *R H. Maier*, Die mittelbare Täterschaft bei Steuerdelikten, MDR, 1986, pp. 358 ss.; *B.-D. Meier*, Strafrechtliche Aspekte der AIDS-Übertragung, GA, 1989, pp. 207 ss.; *J. Meyer*, Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit, ZStW, 87, pp. 598 ss.; *M.-R. Meyer*, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984; *U. Neumann*, Abgrenzung von Teilnahme am Selbstmord und Tötung in mittelbarer Täterschaft, JuS, 1985, pp. 677 ss.; *el mismo*, Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des «Opfers», JA, 1987, pp. 244 ss.; *F. Nowakowski*, Tatherrschaft und Täterwille, JZ, 1956, pp. 545 ss.; *H. Otto*, Comentario a OLG Schleswig, NStZ, 1985, pp. 74 ss.; loc. cit., pp. 75 s.; *el mismo*, Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung, Tröndle-Festschrift, pp. 157 ss.; *H. Pfeffer*, Durchführung von HIV-Tests ohne den Willen des Betroffenen, 1989; *C. Prittwitz*, Die Ansteckungsgefahr bei AIDS, JA, 1988, pp. 427 ss., 486 ss.; *I. Puppe*, Urkundenechtheit bei Handeln unter fremdem Namen und Betrug in mittelbarer Täterschaft, BayObLG, NJW, 1988, pp. 1401, JuS, 1989 pp. 361 ss.; *C. Roxin*, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA, 1963, pp. 193 ss.; *el mismo*, Reseña bibliográfica, ZStW, 77, pp. 100 ss.; *el mismo*, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Honig-Festschrift, pp. 133 ss.; *el mismo*, Der Anfang des beendeten Versuchs, Maurach-Festschrift, pp. 213 ss.; *el mismo*, Täterschaft und Tatherrschaft, 2.ª ed., 1967, y 5.ª ed., 1989; *el mismo*, Bemerkungen zum «Täter hinter dem Täter», Lange-Festschrift, pp. 173 ss.; *el mismo*, Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch, JuS, 1979, pp. 1 ss.; *el mismo*, Die Mitwirkung beim Suizid, Dreher-Festschrift, pp. 331 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, 32, pp. 38 ss., NStZ, 1984, pp. 71 ss.; *H.-J. Rudolphi*, Comentario a BGH, JZ, 1990, pp. 195 ss., loc. cit., pp. 197 ss.; *F. Schaffstein*, Der Täter hinter dem Täter bei vermeidbarem Verbotsirrtum und verminderter Schuldfähigkeit des Tatmittlers, NStZ, 1989,

pp. 153 ss.; *G. Schilling*, Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, 1975; *E. Schmidhäuser*, Comentario a BGH, 32, pp. 38 ss., JZ, 1984, pp. 195 s.; *H.-L. Schreiber*, Grundfälle zu error in objecto und aberratio ictus, JuS, 1985, pp. 873 ss.; *el mismo*, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsprobleme bei Tatbeteiligung mehrerer, en: *A. Eser* (ed.), Rechtfertigung und Entschuldigung, t. 2, 1988 pp. 1151 ss.; *F.-C. Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965; *B. Schünemann*, Die Rechtsprobleme der AIDS-Eindämmung, en: *el mismo et al.* (ed.), Die Rechtsprobleme von AIDS, 1988 pp. 373 ss.; *el mismo*, Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Tötung, Körperverletzung oder Vergiftung?, JR, 1989, pp. 89 ss.; *H. Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986; *K. Sippel*, Mittelbare Täterschaft bei deliktisch handelndem Werkzeug, NJW, 1983, pp. 2226 ss.; *el mismo*, Nochmals: mittelbare Täterschaft bei deliktisch handelndem Werkzeug, JA, 1984, pp. 480 s., y NJW, 1984, pp. 1866; *G. Spendel*, Fahrlässige Teilnahme an Selbst- und Fremdtötung, JuS, 1974, pp. 749 ss.; *el mismo*, Der «Täter hinter dem Täter» - eine notwendige Rechtsfigur?, Lange-Festschrift, pp. 147 ss.; *H. U. von Spiegel, nuevamente*, mittelbare Täterschaft bei deliktisch handelndem Werkzeug, NJW, 1984, pp. 110 s. y p. 1867; *U. Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988; *W. Stree*, Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung BGHSt., 32, 262 y BGH, NStZ, 1984, 452, JuS, 1985, pp. 179 ss.; *E. Teubner*, Mittelbare Täterschaft bei deliktisch handelndem Werkzeug, JA, 1984, pp. 144 s.; *K. Tiedemann*, Comentario a BGH, JR, 1981, pp. 468 ss., loc. cit., pp. 470 ss.; *G. Timpe*, Die Nötigung, 1989; *H. v. Weber*, Comentario a OLG Bamberg, NJW, 1950, pp. 35 s., loc. cit.; *H. Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW, 58, pp. 491 ss.; *el mismo*, Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre, SJZ, 1947, pp. 645 ss.; *el mismo*, Comentario a OLG Bamberg, DRZ, 1950, pp. 303, loc. cit., pp. 303 s.; *el mismo*, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975; *J. Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; *H. Zipf*, Die mittelbare Täterschaft und ihre Einordnung in § 12 StGB, ÖJZ, 1975, pp. 617 ss.

A. Fundamentación de la responsabilidad predominante del autor mediato (superior dominio de la decisión)

1. *a)* Al igual que el autor se puede servir de instrumentos mecánicos, también puede emplear otras personas como instrumentos suyos. No se trata de la utilización de éstas como objetos inertes (el autor empuja violentamente a un transeúnte sobre la luna de un escaparate, que queda destruida; supuesto de comisión por uno mismo), sino del empleo de acciones de otras personas. Se viene hablando entonces tradicionalmente de *autoría mediata*, un concepto que si bien se creó para colmar lagunas de punibilidad (al respecto, *supra* 21/17), de entonces acá ha perdido tal función [133]. 62

b) Lo característico de la autoría mediata es la responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio de la decisión. Superior dominio de la decisión quiere decir: Al instrumento se le dificulta evitar la realización del tipo de un delito doloso de un modo que excluye la imputación, y de este dificultar es responsable el autor mediato. La autoría mediata no es, pues, posible en la actuación plenamente delictiva (dolosa y culpable) del ejecutor (dudoso; *vid.* asimismo *infra* 21/94 s.). Pero el autor mediato no 63

[133] *Maurach-Gössel*, AT, II, § 48, núm. marg. 8.

siempre tiene que obrar de modo plenamente delictivo; también el enfermo mental que coacciona a otro mediante amenaza de muerte es autor mediato, al igual que incluso el que se coacciona a sí mismo para tal coacción es autor mediato (y a la vez instrumento de un autor mediato).

También el instrumento es —supuestos el dolo y los elementos de la autoría específicos del delito— autor, por lo general mediante dominio de la acción, y casi siempre también mediante dominio de la configuración. La autoría se deduce, también en la autoría mediata, de la realización del tipo. El que, entre otros extremos, la exculpación del instrumento pueda ser condición de la autoría del autor mediato no impide la relación individual respectiva de la autoría.

64 *c)* Como en toda forma de autoría, también en la mediata el injusto del hacer puede quedar excluido por causas de justificación. Ejemplo: Quien obliga a un instrumento a llevar a cabo una lesión al agresor, justificada por la legítima defensa de terceros, es autor mediato de esta lesión, pero justificado, aun cuando la coacción al instrumento, a su vez, no esté justificada. El injusto del dominio del instrumento ha de separarse, pues, del injusto del hecho determinado mediante el dominio.

65 2. *a)* La superioridad del dominio de la decisión ha de determinarse normativamente según su efecto sobre la imputación al ejecutor, pero no según su intensidad motivadora en el caso concreto [134], pues no se trata del rango, desde el punto de vista de la dinámica de grupos, sino del rango normativo de la intervención. Salvo cuando se interrumpe la imputación al ejecutor, el influirle comporta coautoría, inducción o complicidad, es decir, comporta la vinculación de los ámbitos de organización (con la accesoriedad como consecuencia), pero no degrada su organización hasta ser instrumento de un responsable predominante.

66 *b) a')* Que la autoría mediata se diluya en la coautoría (forzada o determinada mediante astucia) sería posible en ocasiones, pero entonces se perdería lo específico de la autoría mediata: la posición de inferioridad del instrumento en la decisión sobre el hecho, con la consecuencia de que el hecho es *propio* del autor mediato. Sobre todo, en la autoría mediata puede que falte no sólo todo dominio de la acción, sino además toda configuración conjunta más que incidental, y sin embargo esté presente el dominio de la decisión. Ejemplo: El padre manda a su hijo de diez años, sin dinero, pero con el encargo de que traiga en seguida cerveza a casa. Dónde y de qué manera el hijo delinca inculpablemente puede que sólo quepa determinarlo esquemáticamente, pero el padre es, sin embargo, según su dolo, autor mediato del delito contra la propiedad o el patrimonio cometido por su hijo.

---

[134] Muy controvertido; *vid.* Roxin Täterschaft, pp. 146 s.; *Stein*, Beteiligungsformenlehre, pp. 238 ss. Retornando a la consideración «psicológico-racional-funcional», *Küper* ataca la «correspondencia normativa entre "exoneración" y "gravamen"» *(Entlastung/Belastung)* (JZ, 1989, pp. 935 ss., 948): Todo instrumento que actúa con error adolecería de «falta actual de libertad» (pp. 944, 947 s.). Al margen de que ello no es cierto en los casos en que el se equivoca es responsable de su error (el § 17 StGB contiene para el error sobre el injusto sólo una atenuación facultativa), cabe invertirlo: Todo error que no excluya plenamente la responsabilidad deja libertad y por tanto una posición *junto a* la de otro cooperante, y no *por debajo de* ésta. La imputación no es un mero producto derivado de la dinámica de grupos.

Al superior dominio de la decisión se le puede añadir el dominio sobre la configuración. Entonces, la autoría mediata está combinada con coautoría forzada; ejemplo: El autor mediato obliga al instrumento a realizar un hecho detalladamente preparado por aquél.

El superior dominio de la decisión es fácticamente divisible, al igual que el dominio formal de la acción y el dominio de la configuración: Varias personas pueden emplear para sí un instrumento, uniendo sus fuerzas. También se puede emplear en un hecho varios instrumentos, como coautores (forzados). Ejemplo: Un padre fuerza a sus hijos a destruir una cosa ajena conjuntamente. Varios instrumentos pueden ser también autores simultáneos (forzados); ejemplo: Un padre obliga a sus hijos a cruzar la frontera cada uno con un fajo de divisas de contrabando; la suma total sobrepasa el límite permitido por familia.

b') El autor mediato debe realizar en su persona los elementos de la au- **67**
toría específicos del delito. Si a quien tiene el dominio de la decisión le falta la cualificación de autor (una persona no obligada por la relación de confianza obliga al administrador del patrimonio, que sí lo está, bajo amenaza de muerte, a cometer gestión desleal), no puede ser más que partícipe, y ello sólo cuando se dan los requisitos de los §§ 26 y 27 StGB, sobre todo el hecho principal antijurídico doloso. Si falta tal hecho principal, quien tiene en sus manos el dominio de la decisión no es punible por el delito que requiere especiales cualificaciones de autor. Ejemplo: Las mentiras astutas en favor del amigo inculpado determinan una sentencia absolutoria materialmente injusta; se da encubrimiento personal (*Strafvereitelung*: § 258 StGB) en autoría mediata, pero ni siquiera participación en una prevaricación (§ 336 StGB) aunque el juez, de haber sido atento, habría reparado en el engaño, es decir, aun cuando la sentencia ha resultado incorrecta de modo evitable. Tras un accidente de circulación, a una persona involucrada en él le hace creer otra no involucrada que no ha pasado nada; el interviniente se aleja sin sospechar [135]; no hay participación en la fuga del lugar del accidente (§ 142 StGB) por falta de hecho principal doloso, y no hay autoría mediata por falta de cualificación. Si el instrumento está justificado, puede que la justificación sólo tenga efectos relativamente; entonces cabe la participación; *vid.*, al respecto, *infra* 11/59 *b*.

3. *a)* En casi todos los grupos de casos de autoría mediata, pero sobre **68**
todo en la utilización de agente sin dolo o bien exculpado, se discute si el defecto que excluye la imputación al ejecutor tiene que haber sido creado, o al menos aprovechado, por el «hombre de atrás», o si basta para fundamentar autoría mediata que el defecto concurra y éste lo conozca [136]. Evidentemente, la cuestión está así sesgadamente planteada. Se trata de si el hombre de atrás es

---

[135] OLG Stuttgart, VRS, 17, pp. 272 ss.

[136] Los pormenores son controvertidos hasta el punto de la confusión. Distinguiendo entre los supuestos del § 35 StGB (necesaria la creación o modificación de la situación en que hay defecto) y del § 20 StGB, así como del § 3 JGG (bastan el conocimiento más la causalidad), *Herzberg*, Täterschaft, pp. 16, 30 s.; con respecto al § 20 StGB y § 3 JGG igualmente, *Schönke-Schröder-Cramer*, § 125, núms. margs. 33, 39 ss.; distinguiendo entre los casos de los §§ 20, 35 StGB y 3 JGG, *Jescheck*, AT, § 62, II, 4 y 6. Acerca de este ámbito de problemas, con amplia bibliografía, *Jescheck*, AT, § 62, I, 3, II, 4 y 6; *Roxin*, Täterschaft, pp. 628 ss.; *LK-Roxin*, § 25, núm. marg. 51. 84; *Meyer*, Ausschluß, pp. 6 s., 44 ss.; con respecto a *Meyer*, críticamente, *Küper*, JZ, 1986, pp. 219 ss.

responsable, con predominio sobre la víctima, de tener en cuenta el defecto. Esta responsabilidad predominante puede darse ya sin ningún influjo especial (p. ej., por la labilidad de un niño) y faltar a pesar de crearse el defecto (p. ej., al suscitar un error mediante comportamiento socialmente adecuado). En lugar de atender al crear o aprovechar el defecto, hay que hacerlo a si al hombre de atrás cabe distanciarlo de la conexión entre el defecto de la imputación y la ejecución del hecho, o si esta conexión pertenece más bien a su ámbito de organización que al del ejecutor o al de la víctima. En este último caso, el hombre de atrás es responsable con carácter predominante.

69 *b)* La responsabilidad predominante por la conexión entre el defecto y la ejecución del hecho se da en los siguientes tres casos:

a') El defecto lo suscita el hombre de atrás, al crear un riesgo especial de que surja el defecto. Aquí se sitúan los supuestos clásicos de autoría mediata sirviéndose de mentiras, infringiendo un deber de veracidad, o mediante amenazas o violencia.

70 *b')* Aunque el defecto sea en sí asunto del ejecutor, el hombre de atrás organiza la conexión entre defecto y hecho. Se trata sobre todo de conexión voluntaria entre defecto y hecho por parte del hombre de atrás. Ejemplo: A quien se encuentra en peligro de muerte se le promete la salvación si antes mata a una persona.

71 *c')* El defecto hay que tenerlo presente en cualquiera y siempre, porque la víctima tiene derecho a que el hombre de atrás incluya en sus cálculos el defecto del ejecutor. Se trata en principio de la utilización de niños, así como de enfermos psíquicos y oligofrénicos, como instrumentos. En caso de peligro de autolesión, éstos pueden reclamar que se tenga presente su carencia, así como la víctima de una lesión por parte de éstos puede exigir que el hombre de atrás tenga presente la carencia constitutiva del ejecutor.

71a — El deber de tener presente el defecto acaba cuando la aportación del hombre de atrás, de acuerdo con las reglas de la prohibición de regreso (*supra* 7/59, *infra* 24/13 ss., 21) no puede constituir ni siquiera participación accesoria; pues en tales casos el hombre de atrás no organiza delito alguno, sino que, por otra parte, su comportamiento se ve continuado hacia lo delictivo. Ejemplo [136a]: Cuando un enfermo mental amenaza con matarse, o con matar a otro, si el «hombre de atrás» llega a casarse, o a emigrar o a profesar en determinada religión, la ejecución del comportamiento no querido por la persona que amenaza fundamenta a lo sumo responsabilidad por el § 323 *c* StGB (si es que el «hombre de atrás» no es garante por otros motivos, como p. ej., al ser padre del enfermo mental).

72 Además, en relación con este grupo de casos se adopta la decisión de una de las cuestiones más polémicas de toda la teoría de la participación: Si en un ejecutor no doloso o (en caso de autolesión) cuasi-doloso, la víctima tiene siempre derecho a que se tenga presente el defecto, todo sujeto que actúa dolosamente, situado detrás de quien actúa sin dolo —presupuestos los elementos especiales de la autoría— es autor mediato, y la posibilidad de participación en el hecho principal no doloso no pasa de ser un problema específico de los de-

[136a] Análogamente, BGH, 7, pp. 268 ss.; OLG Köln, 1985, pp. 695.

litos especiales en los que al hombre de atrás le falta la cualificación especial. Pero si la no dolosidad es asunto propio del que ejecuta el hecho, y no del hombre de atrás, o si lo es al menos siendo evitable el error, o en casos de temeridad o ceguera ante los hechos, etc., hay que reconocer la posibilidad de participación en un hecho no doloso, pues si el hombre de atrás no es responsable de un defecto, no se le puede ni agravar su responsabilidad (pasar de partícipe a autor mediato) ni exonerarle (de partícipe a interviniente impune). El que el interviniente que actúa dolosamente también tendría que ser castigado, aun cuando el ejecutor no hubiera actuado con dolo, se deriva del carácter personalísimo de esta forma de evitabilidad (al respecto, *infra*, en relación con el § 28 StGB 23/12, 16 ss.). En casos límites, es decir, siendo inevitable para el ejecutor la realización del tipo, incluso habrá que reconocer la participación *sin acción típica* del autor principal.

La exigencia de dolo en el hecho principal, a tenor de los §§ 26, 27 StGB, evidencia que la ley no quiere castigar como partícipe al hombre de atrás cuando sólo él tiene dolo, sino como autor mediato, renunciando a la accesoriedad. Con arreglo al Derecho positivo, hay que partir, pues, de que la no dolosidad de un interviniente es una circunstancia por la que en todo caso, si se lesiona a otro, debe ser predominantemente responsable el hombre de atrás que actúa dolosamente a reserva de la prohibición de regreso (*infra* 24/13 ss., 21). En caso de autolesiones, tal solución no prejuzga nada. Esta regulación legal no es la preferible, dado que de todos modos en los casos de temeridad, superior a la media, del ejecutor, aceptar la responsabilidad predominante del hombre de atrás se opone a los principios generales de distribución de la responsabilidad. Ejemplo: Si alguien le tira a la víctima una piedra a la cabeza, siendo evidentes las consecuencias que van a producirse, la responsabilidad del que le ha proporcionado la piedra a quien la ha arrojado no dependerá de si éste actúa de modo cognosciblemente temerario (según el Derecho vigente, autoría mediata) o cognosciblemente doloso (según el Derecho vigente, complicidad) o bien de modo supuestamente temerario o doloso (acerca de la solución de estos dos últimos grupos de casos, *infra* 24/4 s.). Tampoco es adecuada la determinación en distintos términos del comienzo de la tentativa (accesoriedad cuantitativa), es decir, si temeridad tentativa no accesoria, si dolo, accesoria. La posibilidad de participación en hecho no doloso tendría, pues, que reconocerse *de lege ferenda* (*vid.* asimismo *infra* 22/12 ss., 17). Acerca de la aplicación por analogía del § 27, párrafo 2, inciso 2, StGB, *vid. infra* 21/108.

c) Si no está presente ninguna de las responsabilidades mencionadas, no se pasa de las formas de participación accesorias. 73

B. Grupos de casos de autoría mediata

1. *La autoría mediata a través de instrumento sin dolo de tipo*

a) Este grupo de casos[137] pasa, entre los partidarios de la teoría del dominio de hecho, por ser prototipo de autoría, llegándose incluso a apreciar au- 74

[137] Este grupo de supuestos surgió para eludir la concepción demasiado estricta del antiguo

toría *in*mediata (directa) [138], porque únicamente el hombre de atrás actúa dolosamente y por eso mismo sólo él puede ser poseedor del «dominio del hecho final». Desde este punto de vista, los datos psíquicos (sólo el dolo da dominio) prevalecen sobre la determinación de responsabilidades (¿cómo es que el dominio es relevante *per se*?). Ya se indicó que sería conveniente la distinción según los motivos de la no dolosidad, pero que está excluida *de lege lata* (*supra* 21/72). Con arreglo al Derecho vigente es, pues, también indiferente que el que ejecuta no dolosamente haya obrado evitable o inevitablemente. Ejemplo: Un médico, con dolo de matar, le entrega a una enfermera una jeringa con una sobredosis de morfina para inyectársela a un paciente. La enfermera le inyecta, sin barruntar siquiera el efecto de la inyección; el paciente muere. El médico será autor de un homicidio doloso, y la enfermera, dependiendo de la evitabilidad, autora de un homicidio imprudente, o bien no habrá cometido injusto alguno [139].

75 *b)* La autoría parcialmente mediata puede presentarse en dos versiones:

a') En caso de dominio parcial cualitativo, a la participación en el delito se añade la autoría mediata referida a un delito en concurso ideal; ejemplo: Se anima al ejecutor a que haga añicos el cristal de una ventana; sólo el instigador sabe que detrás de la ventana hay un niño durmiendo que resultará lesionado con los fragmentos de cristal; inducción a unos daños en concurso ideal (§ 52 StGB) con lesiones en autoría mediata.

b') En caso de dominio parcial cuantitativo, el ejecutor del hecho entrevé sólo en parte (pero el autor mediato completamente) la medida, determinante del injusto, de la lesión sobre un objeto de ataque; ejemplo: Se induce al ejecutor a abofetear a la víctima; sólo el inductor sabe que ésta padece una lesión en la cabeza y que va a sufrir graves dolores de cabeza durante días [140]; autoría mediata en relación con la parte que trasciende.

76 *c)* En relación con *el error de quien ejecuta el hecho acerca de los presupuestos de una causa de justificación*, hay que señalar: Siempre que falte la responsabilidad del hombre de atrás por la relación entre error y ejecución del hecho, es decir, si decae la autoría mediata, subsiste la participación, ya que el ejecutor de todos modos realiza el tipo dolosamente. El requisito del dolo en el hecho principal, establecido en el Derecho positivo, no fuerza aquí, pues, a reinterpretar la participación como autoría mediata. También, por lo demás, el ejecutor tiene incluso dominio sobre la realización del tipo, al igual que tiene dolo de tipo; sin embargo, dado que no conoce los requisitos del suceso *antijurídico*, el hombre de atrás puede ser responsable predominante si tiene un

---

concepto restrictivo de autor, a la vez bajo una accesoriedad estricta; *vid. Grünhut*, JW, 1932, pp. 366 s. y *supra* 21/25.

[138] *Welzel*, Strafrecht, § 15, II, 1; *Schumann*, Handlungsunrecht, pp. 91 ss.

[139] *Vid.* RG, 39, pp. 298 ss.; 47, pp. 138 s.; 62, pp. 369 ss., 390; 70, pp. 212 ss.; BGH, 9, pp. 370 ss., 389.

[140] BGH, 30, pp. 363 ss.; *von Spiegel*, NJW, 1984, pp. 110 s., y p. 1867; *Bloy*, Beteiligungsform, p. 355; *Herzberg*, Täterschaft, pp. 27 s.; *Roxin*, Lange-Festschrift, pp. 173 ss., 184 ss.; *el mismo*. Täterschaft, pp. 590 ss.; *Teubner*, JA, 1984, pp. 144 s.; rechazando la autoría mediata. *Jescheck*, AT, § 62, II, 2; *Sippel*, NJW, 1983, pp. 2226 ss., 2229; *el mismo*, JA, 1984 pp. 480 s., y NJW, 1984, p. 1866.

superior dominio de la decisión [141]. Existe cierta afinidad de este error con el error de prohibición, como se evidencia en la realización del tipo doloso por parte del instrumento; por eso, el resultado se podría fundamentar también mediante la aplicación paralela de las reglas de la autoría mediata cuando alguien se aprovecha de quien obra con error de prohibición.

2. *La autoría mediata en la actuación cuasi-dolosa; en especial, la autolesión del instrumento*

77 *a)* La autoría mediata puede darse también si el instrumento, aun cuando obrara dolosamente, no podría ser autor idóneo, porque le falta una cualificación especial; ejemplo: Un tutor hace que una persona no cualificada destruya valiosos objetos del patrimonio de su pupilo (en relación con el § 266 StGB). Especialmente, puede que el instrumento no sea autor porque se lesiona a sí mismo. Ejemplos: El autor mediato da lugar a que el instrumento, que nada sospecha, toque una línea de alta tensión [142]; el autor mediato vierte gran cantidad de alcohol en el zumo de frutas que el instrumento, sin sospecharlo, se bebe, u oculta a la víctima que el alcohol contiene veneno [142a]; respectivamente, lesiones y homicidio en autoría mediata.

78 *b) a')* En caso de autolesión, la víctima es al mismo tiempo ejecutor del hecho; dada esta situación, que el hombre de atrás quede libre de responsabilidad es más discutible que en la lesión a otro. En la lesión a otro, con arreglo del Derecho positivo, la participación llega a ser autoría mediata porque la inconsciencia del ejecutor desde luego no da motivo para exculpar al hombre de atrás *ante la víctima*; por eso el hombre de atrás queda ante la víctima como predominantemente responsable. En caso de identidad de ejecutor y víctima, el hombre de atrás puede, sin embargo, invocar la propia responsabilidad del ejecutor y de la víctima. Esta responsabilidad propia existe siempre que el hombre de atrás no haya generado el defecto mediante un riesgo especial, ni haya organizado la conexión entre defecto y hecho, y la víctima tampoco pueda exigir, frente a todos, que se tenga en consideración su carencia [142b] (*vid.* acerca

---

[141] *LK-Roxin*, § 25, núm. marg. 65; *Roxin*, Täterschaft, pp. 205 ss., 553 ss.; *de otra opinión*, *Hirsch*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, pp. 326 ss.

[142] *Jescheck*, AT, § 62, II, 1. Supuesto extremo (afirman la autoría mediata BGH, 32, pp. 38 ss., 42, con comentario favorable de *Roxin*, NStZ, 1984, pp. 71 s.; también *el mismo*, Täterschaft, pp. 593 ss.; *Schmidhäuser*, JZ, 1984, pp. 195 s.; *vid.* asimismo *Neumann*, JuS, 1985, pp. 677 ss.; *Sippel*, NStZ, 1984, pp. 357 s.): El autor hace creer a la víctima en la posibilidad de que hay vida después de la muerte, en la Tierra, en un nuevo cuerpo; la víctima sabe evidentemente que tras el fallecimiento del cuerpo antiguo se podrá cobrar su seguro de vida. Las ideas sobre un renacimiento no se oponen al conocimiento de la muerte. Seguramente en la sentencia del BGH influyó la necesidad de protección de la víctima, psíquicamente perturbada. No autoría mediata: Una mujer hace creer a su marido que quiere morir juntamente con él; el marido bebe luego el veneno que le ha preparado la mujer, para matarse. *De otra opinión*, con respecto a este caso, BGH, GA, 1986, pp. 508 s.; *Brands* y *Schlehofer*, JZ, 1987, pp. 442 ss. (extendiendo la referencia del error al bien jurídico); acertada crítica de la sentencia en *Roxin*, Täterschaft, pp. 605 ss.; *Charalambakis*, GA, 1986, pp. 485 ss., 501: mero error en el motivo; *vid.* asimismo *infra* 21/101.

[142a] BGH, NStZ, 1986, pp. 266 s.

[142b] Ampliamente *Frisch*, Verhalten, pp. 182 ss.

de ello *supra* 21/71 s.). Ejemplo: El hostelero que le sirve lo que ha pedido al parroquiano enfermo del estómago, no responde por lesiones en autoría mediata aun cuando únicamente él se haya dado dado cuenta de las consecuencias dañosas de la consumición. En caso de que amenacen producirse graves daños, subsiste la responsabilidad por el § 323 *c* StGB.

78a *b')* Se trata de autolesión en los supuestos en que la víctima puede decidir al menos en la misma medida que el interviniente sobre si se va a llegar a la lesión (*supra* 21/56 ss.). Si el dominio de la víctima sobre la decision concluye *antes* del del partícipe, a partir de ese instante éste comete el hecho en calidad de autor: Entonces concurre una lesión a otro, si bien las reglas del actuar al propio riesgo pueden excluir la responsabilidad. Expresándolo con un ejemplo: Quien se entrega a contactos sexuales en condiciones que permiten la conclusión de que su pareja (perteneciente a un «grupo de riesgo») puede estar infectada de una enfermedad de transmisión sexual, comete, si se realizan las prácticas normales, sin violencia, una autolesión [142c]: Su dominio sobre la decisión no termina antes que el de su pareja [142d] y el preocuparse de la salud no es predominantemente misión de éste (no hay autoría mediata). Pero, naturalmente, si pierde el dominio sobre la decisión antes que su pareja (entonces, lesión a otro), y bajo las demás circunstancias descritas, obra a su propio riesgo, de modo que en caso de peligro para bienes libremente disponibles, se trata de un actuar al propio riesgo que excluye la tipicidad, y si hay peligro de graves daños para la salud o peligros para la vida, a lo sumo se dará actuación al propio riego con eficacia justificante (justificación sólo si se ocasiona razonablemente). Los supuestos hasta ahora presentados a la jurisprudencia, de actividades sexuales consentidas, habiendo peligro de infección, han sido de autolesión [142e] que no acaba ya cuando el otro es responsable del defecto de conocimiento [142f]. Distinto es el caso cuando el miembro de la pareja ha dado pie para la confianza en su integridad [142g] (p. ej., en una relación amorosa, etc.)

[142c] En términos semejantes con respecto a la distinción entre lesión de uno mismo y de otro, pero atendiendo al conocimiento en lugar de a la responsabilidad por el conocimiento, *Otto*, Tröndle-Festschrift. pp. 157 ss., 166 s.; BayObLG, JZ, 1989, pp. 1073 s., 1074.

[142d] El hecho de que la situación era de otro modo o al menos se presentaba de modo distinto (en el último caso: lesión intentada de otro) por lo general no se podrá demostrar.

[142e] Sobre todo, ello es así para BGH, 36, pp. 1 ss.

[142f] Así, acertadamente en definitiva, si bien confundiendo en ocasiones lesión de uno mismo y obrar al propio riesgo, *Frisch*, Verhalten, pp. 1 ss., 154 ss., 180 ss.; *el mismo*, JuS, 1990, pp. 362 ss., 369 s.; *Herzog* y *Nestler-Tremel*, StV, 19987, pp. 360 ss., 369 (aún va más allá *Herzog*, en: AIDS-Komplex, pp. 329 ss., 341 s.); *Bruns*, NJW, 1987, pp. 2281 ss., 2282; *el mismo*, MDR, 1987, pp. 353 ss., 356 (en otro sentido, no obstante, *el mismo*, NJW, 1987, pp. 693 ss., 694); *de otra opinión*, BGH, 36, pp. 1 ss., 17 s., invocando el conocimiento superior del que está infectado, que conoce su enfermedad: intercambiando los requistos del § 323 *s* StGB por una posición de garante; *Schünemann*, en: Rechtsprobleme, pp. 373 ss., 469 ss., 471 ss.; *el mismo*, JR, 1989, pp. 89 ss., 91; *Herzberg*, NJW, 1987, pp. 2283 s., 2284; *Meier*, GA, 1989, pp. 207 ss., 218 ss.; *Stree*, JuS. 1985, pp. 179 ss., 183: «No requiere fundamentación más detallada (?) la transferencia de la responsabilidad a los cooperadores, si sólo éstos han percibido el peligro...»; *Prittwitz*, JA, 1988, pp. 427 ss., 436, con un conocimiento que en *Prittwitz* es menos que dolo; *Pfeffer*, Durchführung, pp. 190 ss. Siempre que se trate de lesión de uno mismo, no hay que atender a si el que se lesiona a sí mismo tiene un motivo razonable (lo ignora *Helgerth*, NStZ, 1988, pp. 261 ss., 263): No se trata de justificación. *Vid.* asimismo LG Kempten, NJW, 1989, pp. 2069 ss.

[142g] Apenas en el caso de la sentencia BGH, JZ, 1990, pp. 195 ss.; *de otra opinión* la sala que sentenció y asimismo *Rudolphi* en el comentario, loc. cit., pp. 198 s.

o es garante por otros motivos. Otro tanto se aplica a los casos en que se proporcionan estupefacientes: Quien da a una persona responsable oportunidad para dañarse a sí mismo, no está libre de responsabilidad sólo cuando el receptor reflexiona efectivamente sobre el riesgo, sino siempre que es asunto que incumbe al receptor reflexionar sobre el riesgo [142h]. La inconveniencia de distinguir en función de los datos psíquicos —haber reflexionado efectivamente o no— se pondrá de manifiesto cuando un principiante, que, aprensivo, piensa en todas las posibles consecuencias, proporciona droga a un habituado a consumirla, que hace ya mucho que dejó de importunarse con escrúpulos. Dicho aún más gráficamente: ¿Acaso el hostelero, que prevé la borrachera que va a agarrar el parroquiano que no deja de beber, deberá responder por lesiones, si éste (quizá, una vez más) no repara en nada?

c) En los supuestos de autolesión, consciente en parte, del instrumento, 79
subsiste la responsabilidad por la «añadidura en concepto de autor»; ejemplo: El autor mediato proporciona una pipa de opio, conociendo las circunstancias, a quien está dispuesto a fumarse una pipa de hachís; autoría mediata por la medida de autolesión no advertida por el ejecutor.

d) La estafa no es sino una tipificación de autoría mediata, con actuación 80
no dolosa del instrumento en relación con la disposición patrimonial [142i]. Además, el engaño puede cometerse mediante un instrumento [143]; entonces el autor domina, a través del instrumento utilizado para el engaño, al instrumento utilizado para la disposición patrimonial.

3. *La autoría mediata a través de un instrumento que actúa justificadamente*

a) a') El conflicto que un comportamiento justificado desencadena se re- 81
suelve mediante remisión al contexto justificante de ese comportamiento. Si esta situación justificante no es fruto del azar, sino que ha sido organizada por una persona, al remitir a la situación simultáneamente se inculpa al responsable de la organización. Dado que es responsable de la situación que posibilita un comportamiento justificado, responde también por este comportamiento. En ocasiones, la configuración de la situación puede ser de suerte que la generación del contexto justificante excluya en absoluto la alternativa en que no

---

[142h] El contenido de BGH, 32, pp. 262 ss. en el sentido de que el mero ocasionar una puesta en peligro de uno mismo no da lugar a responsabilidad penal será una obviedad en un Estado de libertades, y lo es también con respecto a drogas como el alcohol y la nicotina. La aserción de que la punibilidad comienza «donde quien participa, por superior conocimiento material, percibe el riesgo mejor que quien se pone en peligro a sí mismo» (loc. cit., p. 265) confunde el dato psíquico (¿quién conoce?) con la regulación normativa (¿quién es responsable?).

[142i] El engaño que induce a error, de acuerdo con las consideraciones expuestas *supra* 21/78, sólo comporta estafa cuando el que engaña es garante de que la víctima no parta de suposiciones erróneas; el que (también) una mentira del autor o la credulidad de la víctima constituya el motivo relevante de la disposición no cabe deducirlo sólo de la relación causal entre engaño y error: muy controvertido, *vid.* últimamente *Kurth*, Mitvershulden, pp. 169 ss., con bibliografía *passim* y sobre todo, pp. 99 ss.

[143] *Vid.* BGH, NJW, 1981, pp. 1744 s., con comentario de *Tiedemann*, JR, 1981, pp. 470 ss., con respecto al § 264 StGB.

haya daño; la persona justificada sólo puede decidir entonces sobre la distribución del daño, y frente al creador de la situación tiene un dominio de la decisión con menos alternativas y por tanto inferior; pues el creador tenía también disponible la alternativa de que no se produjera daño alguno. Siempre que la persona justificada, excepcionalmente, no pierda alternativa alguna (en caso de autorización oficial antijurídica, pero firme), aquél ya no es responsable por la elección entre las posibilidades de acción [144].

Naturalmente, si para la situación en la que está justificada la realización del tipo no existe responsabilidad predominante, sino que se trata más bien de que se ha dado lugar a una situación sin superior dominio de la decisión, entonces quien la genera no es autor mediato, sino mero partícipe. Ejemplo: Alguien denuncia —bien sea lo denunciado verdadero o falso objetivamente, pero en todo caso *optima fide*— ante la Fiscalía un hecho punible de un tercero; en observancia del § 127.2 StPO se llega a una detención provisional: participación impune en una detención justificada, pero no detención justificada en autoría mediata.

Es indiferente que la persona justificada esté obligada a realizar el hecho (deber del juez de dictar una orden de detención si se dan los requisitos de los §§ 112 ss. StPO) o no (no hay deber del agredido antijurídicamente de ejercer la legítima defensa); no es la medida de la compulsión al hecho (que p. ej., en la observancia de meras órdenes oficiales puede ser mínima), sino la interrupción de la imputación por la justificación del ejecutor, lo que fundamenta la autoría mediata. Acerca de la justificación relativa, *vid. supra* 11/59a s.

82 *b')* A la inversa, falta autoría mediata, y se resuelve la situación según las reglas generales, si el ejecutor del hecho no se comporta justificadamente, aun cuando exista para él una gran compulsión hacia el hecho. Ejemplo: El partícipe, faltando a la verdad, denuncia ante al jefe de la banda la «deslealtad» de uno de los miembros. El jefe mata al supuesto «renegado».

La autoría mediata decae también siempre que el ejecutor —según se esperaba— sobrepase imputablemente los límites de la justificación; ejemplo: Se fuerza a la víctima a un ataque; en lugar de responder meramente propinando golpes, el agredido, airado, lesiona gravemente a la víctima; autoría mediata sólo en relación con las lesiones leves (§ 233 StGB) contenidas en las lesiones graves (§§ 224 y 225 StGB) [145].

83 *c')* Es indiferente que el autor mediato pueda aún dar marcha atrás o no a la situación justificante generada en el momento del hecho justificado, así como también es indiferente en el autor mediato que, tras la terminación de la tentativa, aún tenga posibilidad de interrumpir o no el curso causal conducente al resultado.

b) Casos concretos ejemplificadores:

---

[144] *Vid. Joerden*, Strukturen, pp. 70 ss. Tipificación legal es el § 253 en el caso de disposición sobre el patrimonio de terceros; *vid. Jakobs*, JR, 1987, pp. 240 ss.

[145] Acerca de la antijuricidad de varios partícipes, relativizando y luego con una solución que atiende a la ponderación de bienes, *Johannes*, Mittelbare Täterschaft, pp. 44 ss., 47 ss., *vid. Roxin*, ZStW. 77, pp. 120 ss.

a') Responsabilidad por una situación que justifica un hecho en estado de necesidad agresivo. Ejemplo: Tras coger un taxi, el autor obliga, amenazándolo de muerte, al conductor, empleado del empresario de taxis, a conducir de un modo que —como resultaba evidente a cualquiera— daña al vehículo; daños justificados (§ 303 StGB) por parte del conductor [146], pero daños antijurídicos en autoría mediata por parte del que coaccionó (junto a extorsión, en concurso ideal, a título de autoría directa). 84

El que organiza la situación puede ser incluso autor del hecho justificado [146a]. Ejemplo: Alguien pone en marcha una peligrosa máquina ajena sin motivo alguno; dado que el funcionamiento pone en peligro a terceros, la destruye en auxilio necesario en estado de necesidad; daños justificados (§ 303 StGB) en autoría directa, pero daños no justificados en autoría mediata. Esta construcción no debería considerarse como *actio libera in causa* (acción no permitida en su origen), pues la causa, es decir, la creación de la situación de necesidad, *es* de por sí ya el comportamiento del hecho.

Si el titular del bien a salvar es al mismo tiempo responsable de la situación de necesidad (*vid. supra* 13/27), la responsabilidad disminuye el interés jurídicamente reconocido sobre el bien. Ejemplo: Si alguien, sin suficiente equipo sale a navegar a mar abierto, estarán justificadas importantes intervenciones en estado de necesidad sobre la propiedad ajena para salvar vidas (la vida no es plenamente renunciable), pero no (salvo intervenciones insignificantes) para salvar su propiedad.

Aun cuando el propio autor sea el instrumento que actúa en la situación de necesidad por la que él tiene que responder, ya en la organización de la situación debe ostentar todos los requisitos de la autoría; el dolo o la imprudencia han de referirse a este momento. Ejemplo: Si un médico se embriaga y no se da cuenta de que aún está de guardia y que tendrá que conducir un vehículo, por la conducción en estado de embriaguez que en seguida llega a ser necesaria en una situación de necesidad justificante —y ahora realizada dolosamente— no responde desde luego en concepto de autor doloso, porque no se provocó dolosamente la situación de conflicto, pero tampoco como autor imprudente, porque el § 316 StGB es, a tenor de su formulación, un delito de propia mano [147]. Los presupuestos son análogos a los de la *actio libera in causa* (*supra* 17/64 ss., *vid.* asimismo sobre el estado de necesidad justificante *supra* 13/14, con referencias bibliográficas).

---

[146] Controvertido, *vid. supra* 13/14; como aquí, con bibliografía, *Herzberg*, Mittelbare Täterschaft, p. 31; *de otra opinión*, sobre todo *Lange*, NJW, 1978, pp. 784 ss., 785.

[146a] *Küper*, Notstand, pp. 50 ss., 59 ss., 67 s., 167 s., limita la solución a supuestos de imprudencia (*vid. supra* 21/113), dado que la ley, en el delito doloso, espera a que el dolo se manifieste «en un ataque directo, relativamente inequívoco, al objeto de protección», mientras que en el delito imprudente «debido a la sanción más leve, no sólo no (existe) motivo para una distinción parangonable de las exigencias de conducta, sino ni siquiera posibilidad razonable, dado que el comportamiento antinormativo se (agota) en la inobservancia del cuidado debido». Con todo, la creación de la situación de necesidad *es* un ataque directo (*infra* 21/105, en contra, *Küper*, pp. 74 ss., 77 s.). En cuanto a la distinción entre «ataque directo» e «inobservancia del cuidado debido», ésta es incorrecta: Lo que no supone inobservancia de cuidado tampoco es un ataque directo (toda tentativa tiene que ser objetivamente imputable).

[147] Al respecto, *Denckner*, JuS, 1979, pp. 779 ss., 783; *Küper*, Notstand, p. 51 y *passim* (obviamente sólo para supuestos de imprudencia).

La organización de la situación puede tener lugar también por omisión si la omisión es de importancia equiparable a la comisión o —en caso de autopuesta en peligro— consiste en descuidar algo que era de la incumbencia elemental de uno. Ejemplo de esto último: En la biblioteca, un sábado, un estudiante deja pasar dolosamente la hora de cierre, y conociendo lo que va a ocurrir, se queda encerrado y luego tiene que romper una puerta de cristal para no seguir encerrado hasta el lunes; daños antijurídicos (§ 303 StGB) en autoría mediata, aun cuando la acción directa de daños sea conforme a Derecho.

En los delitos especiales y cuando sólo el instrumento está cualificado, la responsabilidad sólo es posible si se reconoce la justificación relativa. Ejemplo: Se fuerza a un juez, bajo amenaza de muerte, a prevaricar en un caso de escasa importancia; ciertamente, el delito especial está justificado en la persona del juez (§ 34 StGB), pero sólo en relación con el propio juez; para los que le coaccionan, la prevaricación no es necesaria para evitar el peligro, sino que retirar la amenaza supone un medio menos lesivo (*vid. supra* 11/60 s.).

85 *b') Responsabilidad por una situación que justifica un hecho en estado de necesidad defensivo* [148]. Ejemplo: El autor mediato determina que el agresor, al que con astucia ha situado en un estado de embriaguez que excluye la culpabilidad, ataque a un tercero; el agredido se defiende, como había previsto el autor mediato, lesionando dentro de lo necesario al agresor; autoría mediata en relación con las lesiones (§ 223 StGB) al atacante mediante este mismo como primer instrumento y mediante el agredido como segundo instrumento (en concurso ideal con coacciones al agredido).

Falta la responsabilidad predominante del hombre de atrás cuando al ejecutor directo no se le recortan alternativas y tampoco se le quita la responsabilidad por la elección entre las posibilidades de acción; sobre todo, la creación de simples incitaciones al hecho no determina la autoría mediata. Ejemplos: Quien engaña al agresor sobre la gran medida de la defensa que cabe esperar, puede que sea partícipe en el ataque, pero desde luego no es autor mediato de la defensa; pues en relación con el ataque el propio agresor sigue siendo responsable predominante [149, 150]. Con mayor razón falta la autoría mediata cuando meramente se le dan al agresor medios o consejos para el ataque, o se le dan al agredido medios o consejos para la defensa.

86 *c') Responsabilidad por una situación que justifica una intervención en ejercicio de cargo.* Ejemplo: Un falso testimonio en un proceso civil engaña sobre la situación jurídica al juez, que condena al demandado a un pago no justificado materialmente; estafa, aquí por medio del juez que dispone conforme a Derecho (con arreglo al procedimiento) [151] (que además es instrumento no do-

---

[148] De acuerdo con la solución que aquí se propugna con respecto a la legítima defensa, ésta sólo está justificada contra un comportamiento agresivo culpable. Según la doctrina dominante decisiva, que en esto discrepa, se trata en este grupo de supuestos de justificación por legítima defensa.

[149] *Jescheck*, AT, § 62, II, 3; *LK-Roxin*, § 25, núm. marg. 51; *Schreiber*, en: Rechtfertigung, pp. 1115 ss., 1171 ss.; todos con bibliografía; *de otra opinión*, *Herzberg*, Mittelbare Täterschaft pp. 28 s.; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 48, núm. marg. 73.

[150] ¡Por lo que se refiere a sus propios bienes *(vid. supra* 21/78)! Si el que engaña —pero no el atacante— sabe que el atacado va a incidir en los bienes de terceros de un modo que excluye la responsabilidad, a través del instrumento «atacante», en esta medida no doloso, utiliza al instrumento «atacado» no doloso, justificado o exculpado.

[151] RG, 72, pp. 150 s.

loso, dado que no conoce la antijuricidad del enriquecimiento). Una acusación dolosamente falsa del autor mediato conduce a una detención, conforme a Derecho de acuerdo con los §§ 112 ss. StPO [152]. Si el declarante no es responsable predominante, porque p. ej., declara *optima fide*, decae la autoría mediata, aun cuando la motivación sea inmoral; ejemplo: La esposa denuncia un delito grave de su esposo para verse libre de él durante algunos años [153]. Una denuncia que conduce, como el autor sabe, a una condena constitutiva de prevaricación, constituye participación en el hecho injusto del juez (si es que no está libre de responsabilidad de acuerdo con las reglas de la prohibición de regreso, *infra* 24/123 ss.), pero no un hecho en autoría mediata [154].

d') Una autoridad concede una autorización (excluyente del tipo o) justi- 87
ficante, que es materialmente antijurídica, pero firme (puede añadirse la competencia institucional); con detalle, *supra* 16/29 ss. A un particular se le determina, mediante coacción o engaño, a consentir, de modo que excluye el tipo o justifica, en la lesión de un bien disponible: El responsable de la coacción o engaño es también responsable, a través del consentimiento (¡eficaz!) por la intervención atípica o justificada, sin que en su persona esté excluido el tipo o concurra justificación; con pormenores, *supra* 7/117, *vid.* asimismo 14/8.

e') No en las infracciones penales, pero sí en las contravenciones, es posible la autoría mediata del funcionario u oficial militar superior, a través de una *orden vinculante*, en los hechos justificados mediante esa orden (*vid. supra* 16/11 ss.).

4. *La autoría mediata a través de un instrumento que actúa cuasi-justificadamente*

a) Aun cuando se determine a la víctima a intervenir en bienes disponi- 88
bles propios, pero con una proporcionalidad ajustada al estado de necesidad justificante, aquel que es responsable del carácter necesario de la intervención, es autor mediato, aunque el abandono de bienes disponibles por parte del titular esté permitido en cualquier situación. Al igual que en los hechos en estado de necesidad justificados, aquí el titular de la facultad de disponer puede decidir

[152] BGH, 3, pp. 4 ss.; 10, pp. 306 ss., 307. En el caso OLG Schleswig, NStZ, 1985, pp. 74 s., una persona al menos formalmente no cualificada (alguien que no es médico) suplanta en su posición a un experto (médico) y escribe dictámenes que conducen al internamiento (con privación de libertad) de personas: detención ilegal en autoría mediata; el hecho de que un experto formalmente cualificado (un médico) hubiera dictaminado en el mismo sentido, a lo sumo determina atenuación de la pena (e incluso esto es dudoso, *vid. supra* 7/92 ss., 94; *de otra opinión* —no hay responsabilidad— OLG Schleswig, loc. cit., y *Otto*, loc. cit., pp. 75 s.); en favor de apreciar tentativa: *Amelung* y *Brauer*, JR, 1985, pp. 474 ss., 477.

[153] *Welzel*, SJZ, 1947, párrafos 645 ss., 647 s.; *el mismo*, DRZ, 1950, pp. 303 s.; *Jescheck*, AT, § 62, II, 3; *vid.* asimismo BGH, 3, pp. 111 ss.; BGH, NJW, 1958, p. 874; *de otra opinión*, OLG Bamberg, SJZ, 1950, párrafos 207 ss., con comentario favorable de *Lange*, loc. cit.

[154] *LK-Roxin*, § 25, núm. marg. 64; *vid.* asimismo BGH, 3, pp. 111 ss. (poco claro, p. 129, ¿autoría mediata?); BGH, 4, pp. 66 ss. Acerca del círculo de problemas, *Herzberg*, Mittelbare Täterschaft, pp. 33 ss. Acerca de la Ley de la Junta de Control (KRG), núm. 10, vigente en su momento en las zonas inglesa y francesa para los casos de delatores, *vid. v. Weber*, NJW, 1950, NJW, 1950, pp. 35 s.; *Jescheck*, AT, § 62, II, 3.

sólo sobre la distribución del daño, y por eso tiene sólo un dominio subordinado sobre la decisión, dominio que, al menos mientras se mantenga dentro del marco de la proporcionalidad del § 34 StGB, utiliza como lo podría utilizar también un tercero en su lugar, con la aprobación del Derecho (cuasi-justificación) [155]. Ejemplos: Tras coger un taxi, el autor mediato fuerza al propietario, que a la vez es el conductor, a conducir de modo que el vehículo resulta dañado. El maestro obliga al aprendiz, mediante amenazas graves, a comerse un trozo de tripa no limpia [156].

89 *b)* El § 34 StGB contiene, en el elemento de la preponderancia *esencial* del interés justificado, un límite que sólo es límite a la solidaridad interpersonal. En caso de renuncia al bien por parte precisamente del que tiene capacidad para disponer no se aplica esta limitación; por eso, en la cuasi-justificación, hay que ampliar el grupo de casos de la autoría mediata más allá del § 34 StGB: Siempre que la jerarquía de valores aplicada por la víctima sea aceptable, se da autoría mediata [157]. Ejemplo: Para conservar una cosa de determinado valor, puesta en peligro por el autor mediato, y de gran interés afectivo, la víctima destruye una cosa del mismo valor, pero de menor interés afectivo; daños (§ 303 StGB) en la cosa destruida, en autoría mediata antijurídica [158]. Aquí han de incluirse también los supuestos, casi siempre encuadrados en la cuasi-exculpación, de coacción al suicidio (*vid. infra* 21/97). Ejemplo: A un preso de un campo de concentración se le aboca al suicidio infligiéndole continuos tormentos [158a]: La víctima redistribuye los bienes de un modo que aún se ajusta a una gestión de bienes razonable, plausible. Ello es aplicable también cuando la víctima interviene en sus propios bienes en favor de la administración de bienes de otros: Dado que no se trata de cuasi-exculpación, sino de cuasi-justificación, no importa —paralelamente al § 34 StGB, y al contrario que en el § 35 StGB— lo allegado que sea el beneficiado. Ejemplo: El autor amenaza con matar a un niño si un tercero no se quita a sí mismo la vida. Esta persona se mata o se hace matar a petición: homicidio a título de autoría por parte del que amenaza (y, dependiendo del caso concreto, homicidio a petición, § 216 StGB, por parte de aquel que ejecuta el homicidio de propia mano).

90 *c)* En este grupo de casos, la propia víctima —forzada por la necesidad— renuncia al bien. El consentimiento, a pesar de la situación de conflicto, es eficaz [159] (o, en caso de homicidio a petición, parcialmente eficaz en el sentido de la atenuación del § 216 StGB), como se pone de manifiesto cuando la víctima le pide que realice el hecho a un tercero no partícipe, que no tiene in-

---

[155] *Vid.* asimismo *SK-Rudolphi*, núm. marg. 80 s., ante § 1; *Frisch*, Verhalten, pp. 472 ss., ambos con bibliografía.

[156] RG, 26, pp. 242 s.

[157] *Jakobs*, ZStW, 89, pp. 1 ss., 33 s.; acerca de la redistribución ya no aceptable de un peligro. *Roxin*, Honig-Festschrift, pp. 133 ss., 142 s.; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung, pp. 343 ss.; *Frisch*, Verhalten, pp. 485 s.; *vid.* asimismo *Hillenkampf*, Vorsatztat und Opferverhalten, pp. 301 s.; BGHZ, JR, 1988, pp. 199 s.; más bibliografía en *Jakobs*, loc. cit., p. 15.

[158] Acerca de las tipificaciones legales (también) de este grupo de casos, §§ 240, 253 StGB, *vid. Jakobs*, JR, 1987, pp. 340 ss.; *Timpe*, Nötigung, pp. 31 ss.

[158a] OGH, 2, pp. 5 ss., 7.

[159] *Vid. supra* 7/116 ss.; 14/8; *de otra opinión*, sobre todo *Herzberg*, Täterschaft, pp. 35 ss.; no obstante, *vid.* también *el mismo*, Mittelbare Täterschaft, pp. 56 s.; sobre este problema, además, *Roxin*, Täterschaft, pp. 631 ss.

fluencia ninguna sobre la situación de conflicto (o a quien ha generado la situación de conflicto, si éste ha perdido su influencia sobre la situación). La autoría mediata no se da porque, p. ej., la víctima no fuera sincera en su voluntad, sino porque el autor mediato es responsable predominante de la situación en la que querer la nueva distribución de bienes es razonable [160].

5. *La autoría mediata a través de un instrumento que actúa sin culpabilidad*

a) a') La remisión a las condiciones de la inimputabilidad o exigibilidad excluida, bien es verdad que determina —paralelamente a la situación de la justificación— la exoneración del que actúa sin culpabilidad, pero al mismo tiempo la inculpación del que es responsable de estas condiciones de culpabilidad excluida. Quien es responsable de las condiciones de la inculpabilidad de otro responde —presupuestos los demás requisitos de la imputación— por el comportamiento realizado sin culpabilidad. Esta responsabilidad no cabe solucionarla mediante las reglas de la participación y de la coautoría, que siguen siendo aplicables cuando está exculpado el ejecutor del hecho (§ 29 StGB), porque aunque la aplicación de estas reglas abarque la contribución a determinar un hecho, no abarca la responsabilidad predominante por el motivo de la exclusión de la culpabilidad. Quien domina, en posición de superioridad, la inculpabilidad del ejecutor del hecho, no es sólo partícipe en el hecho, sino que comete un hecho propio, mediato, a través de su dominio superior [161]. **91**

b') Dado que la autoría pertenece al *injusto*, aun cuando se fundamente mediante la responsabilidad predominante por la inculpabilidad del instrumento, es irrelevante el que el autor mediato, por su parte, obre inculpablemente [162]. No importa, p. ej., la culpabilidad del autor mediato, sino la responsabilidad predominante por las condiciones de la inculpabilidad del ejecutor del hecho (en la terminología usual: la autoría de las condiciones de la inculpabilidad). Ejemplo: Un autor mediato enfermo mental fuerza al instrumento, con amenazas de muerte, a matar a un tercero. **92**

c') Si únicamente el instrumento presenta los necesarias cualificaciones especiales de autor, aquel que domina al instrumento sigue teniendo superior dominio de la decisión, pero no puede —por falta de cualificación— ser autor. No pasa de realizar participación. **93**

d') Como la culpabilidad es cuantificable, si se da dominio sobre una exculpación sólo parcial, cabría hablar de autoría mediata parcial. Supuestos de esta clase serían p. ej., la provocación de error de prohibición que atenuase la culpabilidad, § 17.2 StGB, de embriaguez que asimismo atenuase la culpabilidad, § 21 StGB, o fingir un estado de necesidad exculpante, si podría entreverse la ficción, § 35.2 StGB. El problema es igual al de la delimitación entre coautoría y participación por medio del dominio de configuración; también allí **94**

[160] Lo pasa por alto BGH, 17, pp. 359 s.

[161] Sobre este círculo de problemas, *Roxin*, Täterschaft, pp. 142 ss., 208 ss., 233 ss.; *Gallas*, Materialien, t. I, pp. 121 ss., 133 ss.; *Herzberg*, Täterschaft, pp. 13 ss., 29 ss. Con respecto a las tipificaciones legales, §§ 249, 253 StGB, *vid. Jakobs*, JR, 1987, pp. 340 ss.

[162] En parte discrepante, *LK-Roxin*, § 25, núm. marg. 70.

se encuentra la aproximación progresiva a la medida de codeterminación suficiente para la coautoría.

— Hay tres posibilidades de solución: Se puede atender a si prepondera la exculpación [162a], o —más estrictamente— considerar en la autoría mediata sólo los supuestos situados en el límite de la exculpación [163], o bien —con mayor rigor— entender que sólo la plena exculpación del instrumento fundamenta la autoría mediata [163a]. Ha de preferirse esta última solución. Mientras que al ejecutor del hecho le quede un resto de responsabilidad, no puede existir para otros intervinientes, desde luego en relación a este resto, responsabilidad alguna. Por eso, las consecuencias de la autoría mediata no accesoria se ajustan peor a esta situación que las de las formas de participación accesorias. Las consecuencias de la autoría mediata son la determinación individualizada de la tentativa (*vid. infra* 21/105) y la responsabilidad en concepto de autor aun en caso de no tener dominio de la configuración (*vid. supra* 21/66), especialmente también si falta la cualificación como autor del ejecutor del hecho. Quien es responsable predominante de una atenuación sólo parcial de la culpabilidad, únicamente tiene una parte de dominio sobre la decisión, pero no dominio pleno [164], y por eso, a falta de un hecho enteramente *propio*, sólo puede llegar a ser *plenamente* responsable a través de la *comunidad* con otros partícipes. No puede darse un «autor detrás del autor» [165] —más exactamente, un autor detrás del autor *no plenamente inferior en el dominio de la decisión*— (dudoso). El problema apenas será relevante, pues no existe un resto de culpabilidad ni siquiera insignificante del instrumento que lo es parcialmente, si se da la posibilidad de desplazar el conflicto a un autor mediato.

— Naturalmente, el dominio de la exculpación parcial en el marco de la *co*autoría es un elemento co-configurador, de modo que a menudo cabrá en la práctica fundamentar la responsabilidad en concepto de autor, pero no precisamente en la forma de autoría mediata, sino de coautoría.

La superior seguridad jurídica [166] que permite esta solución supone una ventaja accesoria: La evaluación de cantidades, que a menudo dificulta la determinación exacta de la coautoría, carece de significado en la autoría mediata; aquí reside el límite en la responsabilidad en plano de superioridad por la pérdida *plena* de responsabilidad.

95 — Obviamente, hay que conceder que se da una quiebra entre esta solución de la autoría mediata para el actuar doloso y la que establece el Derecho

---

[162a] Así BGH, 35, pp. 347 ss.;, 351 ss., 354: el que yerra, desde una «consideración valorativa», como instrumento (en el supuesto habría que haber probado la coautoría; de error de prohibición no se trataba en absoluto, *vid. supra* 11/37); *Roxin*, Täterschaft, pp. 610 ss.; *Schaffstein*, NStZ, 1989, pp. 53 ss., 157; *Herzberg*, Jura, 1990, pp. 16 ss., 22 ss.; va más allá *Küper*, JZ, 1989, pp. 935 ss., 947 s., al respecto ya *supra* 21/nota 134.

[163] En tal sentido especialmente *Schroeder*, Täter hinter dem Täter, pp. 120 ss.; asimismo *Maurach-Gössel*, AT, II, § 48, núm. marg. 86; en favor del § 17.2 StGB en el error sobre lo «socialmente disvalioso» también *LK-Roxin*, § 25, núms. margs. 6 ss.; *Roxin*, Lange-Festschrift, pp. 173 ss., 181 s.

[163a] *Bloy*, Beteiligungsform, pp. 347 ss., con bibliografía; *Jescheck*, AT, § 62, II, 5; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 780.

[164] Materialien, t. I, pp. 121 ss., 134 s.

[165] Concepto acuñado por *Kohlrausch-Lange*, nota I, B, 1, ante § 47.

[166] *Herzberg*, Täterschaft, pp. 12 s.

positivo [166a]: En éste no cabe la imprudencia —ni siquiera temeraria— del instrumento. Esta quiebra está establecida incluso en la ley, siendo consecuencia de requerir hecho doloso en las formas de participación accesorias (en contra, *supra* 21//72 e *infra* 22/17 s.). Además, la solución no llega a satisfacer en los casos de autolesión (*infra* 21/97 ss.), ya que la autoría mediata parcial, allí, por falta de hecho principal típico, no se puede captar como participación accesoria [166b].

b) Supuestos concretos ejemplificadores; vienen en consideración todas 96
las condiciones que excluyen la culpabilidad en el instrumento, cuando el autor mediato, por su parte, no sólo conoce esas condiciones, sino que también es responsable predominante de ellas. En particular, han de mencionarse:

a') Aprovechamiento de la *autoridad* —p. ej., paterna— *para con un niño* (§ 19 StGB) o para con un joven no suficientemente maduro con arreglo al § 3 JGG [167]. Si, contra la presunción legal, el niño es ya maduro para conocer y observar la norma, sólo se da participación (o coautoría) [168].

b') Responsabilidad predominante por una situación que excluye la culpabilidad en virtud del *§ 20 StGB*. Si no hay responsabilidad predominante, no se pasa de la regulación del § 29 StGB; p. ej., el mero animar a embriagarse no fundamenta por eso autoría, pero sí, p. ej., el administrar subrepticiamente estupefacientes. En relación con el supuesto de identidad de autor mediato e instrumento, *vid. supra* sobre la *actio libera in causa* 17/64 ss.

c') Responsabilidad predominante por un *error de prohibición inevitable* (§ 17 StGB) en el ejecutor del hecho [168a]. En ocasiones, aquí se aprecia sólo participación [169], por considerarse que el error de prohibición facilita el hecho, pero sin hacer «al que lo determina señor del transcurso del hecho». Sin embargo, ya en el instrumento sin dolo y en el que actúa justificadamente, la situación estará a menudo configurada de manera que el instrumento sólo utiliza su (supuesta) libertad de acción y no está expuesto a ninguna presión hacia el hecho. El superior dominio sobre la decisión no puede sólo consistir en que al instrumento se le recorten alternativas fácticamente, sino que basta que el instrumento, para la elección entre las posibilidades de acción existentes, pueda remitirse a la responsabilidad predominante del autor mediato, es decir, cuando por su parte ya no elige responsablemente.

d') Responsabilidad predominante por una *situación de necesidad con arreglo al § 35 StGB* o por el error inevitable del ejecutor del hecho sobre que se dé tal situación. Ejemplos: El autor mediato fuerza al instrumento, mediante amenazas de muerte, a matar a otra persona [170], o crea una situación de la que el instrumento sólo puede escapar con vida matando a otra persona [171], o en-

---

[166a] Al respecto también *Herzberg*, Jura, 1990, pp. 16 ss., 24.

[166b] *Schaffstein*, NStZ, 1989, pp. 153 ss., 155.

[167] *Vid.* RG, 61, pp. 265 ss., 267.

[168] *Jescheck*, AT, § 62, II, 4.

[168a] Muy controvertido; *vid. Roxin*, Tatherrschaft, pp. 608 ss., con bibliografía.

[169] *Welzel*, Strafrecht, § 15, II *a* α.

[170] RG, 64, pp. 30 ss., 32; en el caso de la sentencia RG, 31, pp. 305 ss., 398 (aborto mediante coacciones), el instrumento estaría ya justificado.

[171] En esto *de otra opinión* (complicidad), *Schumann*, Handlungsunrecht, pp. 81 ss.

gaña al instrumento, haciéndole creer, de modo que no se puede entrever la falta de seriedad de la amenaza, que un tercero va a matarle si se niega. Si el amenazado debe asumir el peligro, de conformidad con el § 35, párrafo 1, inciso 2, StGB, decae la autoría mediata por falta de exculpación (plena). Ejemplo: Al homicida se le amenaza con denunciarle, a consecuencia de lo cual deberá sufrir una larga condena privativa de libertad, si no comete otro homicidio.

e') Dictar una *orden militar* de cometer una infracción penal, si el subordinado no puede percibir la antijuricidad y por ello actúa sin culpabilidad (§ 5.1 WStG, § 11m, párrafo 2, inciso 2, SoldantenG [172]; *vid. supra* 19/51 ss.).

6. *La autoría mediata en la autolesión de un instrumento cuasi-inculpable*

97 *a)* En caso de autolesión, por falta de tipo, no hay culpabilidad jurídica, pero los tipos de inimputabilidad (§§ 19, 20 StGB, incluida la inexigibilidad regulada en el § 20 StGB, *supra* 18/14) proporcionan, incluso en caso de autolesión, una guía para decidir cuándo se da un comportamiento imputable de autolesión y cuándo el dominio decisivo sobre la decisión está en manos de un tercero. Cabe construir casos para la aplicación analógica del § 17 StGB, pero carecen de importancia práctica [173]; la aplicación analógica del § 35 StGB decae porque en caso de autolesión no se desplaza el conflicto sobre otras personas [174]. Ejemplos del ámbito restante: Los padres, mediante graves malos tratos continuados, determinan el suicidio de su hija de quince años [175] (además, la muerte de un hijo por parte de los padres es un delito de infracción de deber, *vid. infra* 21/116). A un enfermo mental se le persuade durante tanto tiempo de que su vida carece de valor que al final se suicida. A un adicto a la heroína, en una medida que excluye la responsabilidad, se le deja heroína a su alcance, sin medidas de precaución, que éste (lo que no fue conocido, pero sí era cognoscible) se inyecta en una dosis letal: Lesiones con resultado de muerte. § 226 StGB, en autoría mediata (dependiendo del aspecto subjetivo, § 229 StGB) [176].

---

[172] Va más allá *Schroeder*, Täter hinter dem Täter, pp. 131 ss.

[173] Se trataría de que a la víctima se le hace creer que la autoprotección estaría jurídicamente desaprobada. Ejemplos: A quien se encuentra en una situación de necesidad se le sugiere que salir de ella (conforme a las reglas del estado de necesidad justificante) no está permitido, sino que tiene que soportar la pérdida del bien. Se persuade a la viuda de que tiene el deber de quemarse. El hecho de que la víctima parta, desde *su* perspectiva errónea, de que ya no le corresponde jurídicamente libertad, constituye el correlato de la creencia del autor, en el error de prohibición, de que le corresponde más libertad jurídica.

[174] En otro sentido la doctrina ampliamente dominante, que menciona supuestos como aquellos en que se aboca a la muerte a la víctima al causarle graves sufrimientos *(Bottke*, Suizid, pp. 247 ss.; *LK-Roxin*, § 25, núm. marg. 83, ambos con bibliografía). No obstante, se trata aún de redistribución de bienes aceptable, y no de escapar de una situación de necesidad incidiendo en bienes ajenos; *vid. supra* 21/89. En la autolesión no existe lo paralelo a la erupción del instinto de autoconservación regulado en el § 35 StGB.

[175] Caso de Hildegard Höfeld; al respecto, *Lange*, Täterbegriff, pp. 32 s.; *Welzel*, ZStW, 58, pp. 491 ss., 544.

[176] *Vid.* RG, 77, pp. 18 ss.; OLG Celle, MDR, 1980, p. 74; ateniéndose acertamente a la exclusión de la responsabilidad, OLG Stuttgart, NJW, 1981, pp. 182 s.; impreciso, BGH, NJW 1983, pp. 264 s., con comentario favorable de *Herzberg*, JuS, 1984, pp. 937 ss., y acertadamente crítico de *Amelung* y *Weidemann*, JuS, 1984, pp. 595 ss., 599.

b) Se discute si los §§ 19 y 20 StGB proporcionan el baremo o de si ha de elaborarse una solución aplicando analógicamente el § 216 StGB (también el inimputable podría ser instrumento si su motivación hacia el hecho no está «seriamente» fundamentada). Ha de preferirse la primera solución, pues sólo cuando la función de autoprotección se descuida por motivos que también en la lesión a otro excluyen la responsabilidad, es adecuado —como en la lesión a otro mediante un instrumento— desplazar la responsabilidad al hombre de atrás [177]. 98

c) a') Al margen de los casos, mencionados *supra*, de superior dominio sobre la decisión, para personas que no son garantes, la intervención en una autolesión, sobre todo en un suicidio, es en definitiva impune [178] (*vid. supra* 21/56 ss. y las remisiones que allí se encuentran). 99

b') La impunidad se predica sobre todo de los casos en los que el que también actúa es garante [179], y desde luego con buen criterio, si se quiere evitar una contradicción valorativa. Cuando en contra se esgrime que así se falsea inadmisiblemente la solución para el comportamiento activo [180], ello no es acertado, pues no hay ningún principio que indique que los criterios de la respon-

[177] *Bottke*, Suizid, pp. 247 ss., con bibliografía; *el mismo*, GA, 1983, pp. 23 ss., 30 ss.; *Arzt-Weber*, BT, I, núm. marg. 199 ss.; *de otra opinión*, con diversas distinciones, *Herzberg*, JA, 1985, pp. 165 ss.; *Frisch*, Verhalten, pp. 165 ss. (responsabilidad como «concepto funcional puro». Es sesgado el argumento, p. 175, de que incluso en los delitos patrimoniales basta cualquier engaño relevante para la disposición —estafa, o si llega la situación de necesidad muy por debajo del § 35 StGB extorsión; pues el hecho de que esté —supuestamente— justificado disponer en tales casos sobre el patrimonio, no quiere decir nada sobre la corrección jurídica o la plausibilidad de una «disposición» sobre la vida); *Neumann*, JA, 1987, pp. 244 ss., 251 ss.; *Schönke-Schröder-Eser*, núm. marg. 35, ante § 211. El argumento de que el § 20 StGB se refiere a los supuestos de lesión a otro tampoco indica nada: el § 216 StGB se refiere igualmente a ellos. Lo único relevante es que se trata de autoría mediata, y ésta tampoco en caso de lesión a otro se rige por el § 216 StGB. Además, el § 216 StGB cabe interpretarlo también en el sentido de que *no sólo* se privilegia en caso de ruego serio, sino dado cualquier género de consentimiento válido y que no viene en consideración nada más (impunidad plena) en el caso de ruego serio. Un «supuesto fundamental» de la posición contraria lo constituiría el del borracho (si bien aún imputable) en la «miseria más lamentable» al que alguien, «procurándole intencionadamente veneno, le hace llegar al suicidio» (*Herzberg*, loc. cit.): complicidad impune en un hecho principal atípico, a lo sumo un supuesto del § 323 *c* StGB, mediante comisión, mientras que en el caso del borracho enfurecido (¡imputable!), al que alguien, procurándole intencionadamente veneno, le convierte en asesino, se da a lo sumo complicidad con el asesinato. Además, se señalan casos en los que se hace creer en una enfermedad incurable, a consecuencia de lo cual el supuesto enfermo se quita la vida, etc. Estos casos pueden pertenecer a la autoría mediata en situaciones semejantes a las de justificación, *supra* 21/89. En todo caso, sería absurdo hacer responder por homicidio doloso a todo aquel que hace creer a otro en un mal que se cierne sobre él, o que aprovecha la situación de conflicto que existe para el otro de modo que éste se quita la vida (el § 323 *c* StGB sí puede seguir siendo aplicable): La salida del conflicto mediante la incidencia en bienes *ajenos* tampoco conduce, más allá de los §§ 34, 35 StGB, a la autoría mediata. Ampliando desbordadamente, *Herzberg*, Täterschaft, pp. 39 s.; *vid.* la crítica de *Roxin*, Täterschaft, pp. 632 ss.; *Roxin* apreciaba antes en casos de engaño («engaño relativo a la vida») autoría mediata incluso con alcance más amplio, Täterschaft, pp. 227 ss.; *Neumann*, loc. cit.; *vid.*, sobre esta esfera de problemas asimismo *Schroeder*, Täter, pp. 91 s.

[178] RG, 70, pp. 313 ss., 315; BGH, 2, pp. 150 ss., con comentario de *Gallas*, JZ, 1952, pp. 371 ss.; BGH, 32, pp. 262 ss., 263 ss. (con los comentarios mencionados *infra* 21/nota 207); *Jescheck*, AT, § 62, II, 1.

[179] *Geilen*, JZ, 1974, pp. 145 ss.; *Herzberg*, Unterlassung, p. 266; *el mismo*, ZStW, 91, pp. 557 ss.; *el mismo*, JuS, 1984, pp. 937 ss.

[180] *Roxin*, Dreher-Festschrift, pp. 331 ss., 348; *Hirsch*, JR, 1979, pp. 429 ss., 432, ambos con amplia bibliografía.

sabilidad por omisión sean menos susceptibles de generalización que las de la responsabilidad por comisión [181]. Naturalmente, las posiciones de garante no se deben extender, sin verificar su función, a impedir el suicidio. Pero si cabe apreciar posición de garante incluso contra la voluntad de la persona protegida (p. ej., debido a la inimputabilidad de éste, plena o parcial, continua o temporal), se tratará casi siempre de un delito de infracción de deber (en caso de responsabilidad institucional; acerca de la responsabilidad institucional contra la voluntad de la persona protegida, *infra* 29/56). Sin embargo, es erróneo extender, sin más, posiciones de garante como el matrimonio o la asistencia médica [182] hasta la evitación de suicidios no cuasi-justificados o cuasi-exculpados.

En la medida en que el suicidio sea un desgraciado accidente, queda la posibilidad —tanto en comisión como en la omisión— de responsabilidad por el § 323 *c* StGB; tal es el caso sobre todo cuando el suicidio se deriva de una desgracia psíquica (error, depresión, etc.).

7. *¿Otros grupos de casos?*

100 En ocasiones se extiende la autoría mediata mucho más allá de los márgenes indicados hasta ahora.

a) Por ejemplo, por parte de la *teoría subjetiva*, para la que, a partir de sus premisas, es indiferente cómo se presente la imputación en el ejecutor del hecho; el autor detrás del autor se convierte en concepto normal [183]. Como crítica, *vid. supra* 21/27 ss.

101 *b) Roxin* pretende reconocer autoría mediata: *a')* en el *error sobre el «sentido concreto de la acción»*: El tipo, señala *Roxin*, como «imagen conceptual abstracta» [184], no abarca lo relevante en el caso concreto para el interviniente. Pero también un engaño sobre eso que es relevante —p. ej., mediante provocación de un *error in persona vel objecto*— le da el dominio al que engaña (*vid.* el ejemplo que se expone a renglón seguido en 21/102) [185]. En los mencionados casos, el que engaña manipula en el hecho la incitación psíquica real al hecho. Pero dado que no importa, como se ha expuesto, la intensidad de la compulsión hacia el hecho, sino los ámbitos de responsabilidad, decae la autoría mediata. Además, el error sobre el «sentido concreto de la acción» no es más que un caso particular, no precisable, del error en el motivo —indiscutidamente— irrelevante; ejemplo: El autor destruye una caja fuerte en la esperanza, suscitada astutamente por otro, de encontrar en su interior una gran suma de

---

[181] En esto como aquí *Herzberg*, ZStW, 91, pp. 557 ss., 567.

[182] Al respecto *infra* 29/nota 141, ahí también acerca de la jurisprudencia; *vid.* asimismo 29/nota 132.

[183] *Baumann-Weber*, AT, § 36, I, 4; BGH, 18, p. 87 ss., 89 (relativa al jefe de un servicio secreto).

[184] Täterschaft, pp. 214, 610 ss.; críticamente al respecto sobre todo *Welzel*, Strafrecht, § 15, II. 4 *b;* al respecto de nuevo *Roxin*, Täterschaft[2], pp. 616 ss.; *el mismo*, Lange-Festschrift, pp. 173 ss., 184 s.; *Roxin* ha abandonado su postura de que quepa determinar un suicidio controlando un error ajeno sobre el sentido concreto de la acción, NStZ, 1984, pp. 71 ss., 72.

[185] Más ejemplos en *Roxin*, Täterschaft, p. 212; *vid.* además *supra* 21/nota 142, sobre la sentencia BGH, GA, 1968, pp. 508 s.

dinero; la caja fuerte está vacía; a pesar de la frustración del fin, responsabilidad plena por daños consumados (§ 303 StGB) y hurto intentado (§§ 22, 242 StGB). *b')* Además, la responsabilidad predominante por un error sobre el riesgo conduciría a autoría mediata: Alguien persuade, a sabiendas de su falsedad, al ejecutor de que el riesgo de resultado es reducido (pero sigue siendo aún lo suficientemente alto como para fundamentar dolo del ejecutor); éste, de tener pleno conocimiento, no actuaría [186]. También aquí se han situado las apreciaciones relativas a la intensidad del impulso hacia el hecho y de la dinámica de grupos en lugar de la aclaración de los ámbitos de responsabilidad.

c) La posibilidad de autoría mediata, sin responsabilidad en plano de superioridad, se afirma en ocasiones para los casos de «*aprovechamiento de quien está decidido al hecho*» [187]. Ejemplo [188]: La víctima elegida sabe que va a ser asesinada por el autor; ésta, en el momento del hecho, atrae a otra víctima al lugar previsto para el hecho. El autor mata en *error in persona* a esta otra. La responsabilidad, sin embargo, sólo cabe deducirla por participación y —si hay configuración conjunta más amplia— coautoría. El que el interviniente haga posible que el hecho se lleve a cabo no importa nada: Este hacer posible lo realiza todo interviniente que sea necesario (todo cómplice necesario hace posible el hecho) [189]. 102

d) Se suele apreciar autoría mediata en el *aprovechamiento de «aparatos de poder organizativos»* [190], sobre todo en relación con las muertes de judíos y opositores al régimen en la época nacional-socialista: El «autor de despacho» es considerado autor mediato [191]. Bien es verdad que no cabe dudar, teniendo 103

[186] *Roxin, Täterschaft*, pp. 220 s.

[187] Detalladamente, con bibliografía, *Schroeder*, Täter hinter dem Täter, pp. 143 ss.; *Maurach-Gössel*, AT II, § 48, núm. marg. 86; *Spendel*, Lange-Festschrift, pp. 147 ss., 160 ss., 168 ss.; *M.-K. Mayer*, Ausschluß, pp. 99 ss., 101; como aquí, *Bloy*, Beteiligungsform, pp. 358 ss.

[188] «Caso de Dohna» que se remonta a *Dohna*, Übungen im Strafrecht, 3, 1929, caso 36, pp. 93 s.

[189] Discrepando, *Welzel*, Strafrecht, § 15, V: autor junto al autor; en el mismo sentido *Zipf*, ÖJZ, 1975, pp. 617 ss., 619.

[190] También en este sentido cabe entender la sentencia BGH, 18, pp. 87 ss., 89. Las variadísimas fundamentaciones sobre la autoría mediata convencen todas en escasa medida. En ocasiones se atiende a la intercambiabilidad práctica del ejecutor; pero en los delitos violentos de los nacional-socialistas no eran intercambiables *todos* los ejecutores *a la vez*, y la intercambiabilidad de los distintos cooperantes *uno por uno* (o la intercambiabilidad *sucesiva* de todos ellos) no es especialidad propia de la participación (en el caso Stachinskij el ejecutor probablemente no fuera intercambiable). En ocasiones se destaca la decisión del hecho en los ejecutores; pero una decisión al hecho independiente (*vid. supra* 21/102) habrá faltado por lo general a la pluralidad de ejecutores de delitos en la época nacional-socialista (como también a Stachinskij); las decisiones independientes contradecían el «principio del *Führer*». También está muy poco claro a qué nivel de la jerarquía ha de situarse el autor mediato: ¿Sólo el «Führer», el ministro competente, el jefe de departamento en la Oficina Superior de Seguridad del Reich, etc., descendiendo hasta el comandante del comando ejecutor? Está, pues, por decidir *quién*, entre la cúspide y el ejecutor, ha de ser autor mediato. En contra de estas objeciones *Roxin*, Täterschaft, pp. 642 s.

[191] *Roxin, GA, 1963, pp. 193 ss.; el mismo*, Täterschaft, pp. 242 ss; *el mismo*, Lange-Festschrift, pp. 173 ss., 192 s.; *LK-Roxin*, § 25, núm. marg. 88 ss.; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 48, núm. marg. 88, *Schroeder*, Täter hinter dem Täter, pp. 166 ss.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 790 s.; *Herzberg*, Täterschaft, § 41 ss.; *Schumann*, Handlungsunrecht, p. 75; en parte discrepantes, *Schmidhäuser*, AT, 14/50; *de otra opinión*, *SK-Samson*, § 25, núm. marg. 36; *Jescheck*, AT, § 62, II, 8; *M.-K. Meyer*, Ausschluß, pp. 103 s. *Vid.* asimismo *Jäger*, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, pp. 166 ss.

en cuenta la dinámica de grupos, de la situación de superioridad de quienes ordenaron las muertes de judíos, p. ej., en la Oficina Superior de Seguridad del Reich (*Reichssicherheitshauptamt*). Apreciar autoría mediata es, sin embargo, tan superfluo como nocivo. Es superfluo porque, con la superioridad objetiva, la teoría subjetiva no hace más que crear la base para construir una voluntad de autor de todos modos irrelevante, mientras que la teoría del dominio del hecho en la versión de que las aportaciones son necesarias *después* del comienzo de la tentativa, vuelve a eliminar mediante la autoría mediata esta restricción innecesaria por su parte. Conforme a la concepción aquí mantenida, la *co*autoría, en los supuestos normales, no presenta problemas; en los demás casos queda la inducción. La construcción de la autoría mediata es nociva, porque, en los hechos de la época del régimen nacional-socialista, encubre la vinculación organizativa de todos los intervinientes, ni mucho menos siempre forzada, hasta convertirla en un hacer común: Sólo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación a una unidad que abarque diversas acciones ejecutivas.

104 *e)* Finalmente, se considera posible la autoría mediata de una persona con cualificación de autor, aprovechándose de un ejecutor doloso, pero no autor cualificado por razones subjetivas u objetivas. Se trata del caso del *«instrumento» doloso sin intención*; ejemplo: Alguien, con ánimo de apropiación, se hace procurar, mediante sustracción, una cosa por parte de una persona de mala fe, pero que actúa sin ánimo de apropiación [192]; no hay hurto en autoría mediata, sino participación: Basta que uno de entre el colectivo se quiera apropiar si los demás lo saben (*vid. supra* 8/41). Se menciona además al *«instrumento» doloso sin cualificación*; ejemplo: A instancias del funcionario que lleva los libros de registro (*intraneus*), un no funcionario (*extraneus*) escribe un documento oficial falso como declaración del funcionario [193]; ¿falsificación de documento oficial en ejercicio de funciones, en autoría mediata? La participación decae por falta de hecho principial típico; la autoría del cualificado es posible según las reglas generales (configuración conjunta); son problemáticos sólo los casos en los que el cualificado, según las reglas generales, no es más que partícipe.

El problema ha quedado en parte superado por la evolución experimentada en el terreno de los delitos de infracción de deber, en los que el obligado (*intraneus*), aun cuando su aportación sea insignificante (o por omisión), es autor (porque siempre es plenamente responsable) [194]. Al margen de los delitos de infracción de deber y de la falta de dominio del hecho en el cualificado, no cabe cimentar responsabilidad penal: El *extraneus* o el que actúa sin intención ejecuta la acción, pero no es autor de un delito por falta de la cualificación de autor específica del delito, y el *intraneus* o quien actúa con intención no comete en concepto de autor, sino que sólo toma parte. La objeción de que el cualificado o el que obra con intención, en virtud de esas propiedades, tiene en sus manos decidir si se llegará a un suceso delictivo [195], incurre en círculo vi-

[192] RG, 39, pp. 37 ss.
[193] RG, 28, 109 s., 110.
[194] *Vid. infra* 21/115; *Roxin*, Täterschaft, pp. 654 ss., con bibliografía.
[195] *Gallas*, Materialien, t. I, pp. 2121 ss., 135 s., 136.

cioso: El que se dé un suceso delictivo es precisamente lo que se trata de fundamentar. Así pues, decae la autoría mediata [196].

C. Consecuencias de la autoría mediata

105 1. Mediante el instrumento, el autor mediato comete *un hecho propio*. La acción del hecho concluye al acabar de influir sobre el instrumento, si es que, excepcionalmente, no están previstas otras medidas de dirección ulteriores (p. ej., si el autor mediato debe conducir a la víctima hacia el instrumento). Por eso, en el supuesto normal —a diferencia de en la coautoría (accesoria)—, al terminar de influir sobre el instrumento hay ya *tentativa* acabada del autor mediato; paralelamente, el comenzar directamente a concluir la influencia constituye el comienzo de la tentativa. Si no se influye sobre el instrumento, sino sobre la situación (el autor instala una barrera en la carretera, contra la que colisionará un conductor que no lo barrunta, de donde resultará su muerte) [197], decide el instante en que se crea la situación [198]. En relación con los casos en que al autor le queda posibilidad de revocación, *vid. infra* sobre la tentativa acabada, 25/73 ss. En la doctrina se atiende, en ocasiones, a si el suceso de todos los intervinientes en su conjunto se puede valorar como comienzo directo de la realización del tipo (§ 22 StGB), lo que conducirá casi siempre en la práctica a decidir con arreglo al comportamiento del instrumento [199]. Esta solución sólo cabe seguirla para los casos de aprovechamiento de instrumento no doloso que constituyen materialmente participación en un hacer no doloso (*vid. supra* 21/72).

---

[196] *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 793 a 801 (*Stratenwerth*, núm. marg. 797, ha abandonado la contrucción de una inducción sin hecho principal); *SK-Samson*, § 25, núms. margs. 34 ss.; *Roxin*, Täterschaft, pp. 643 ss.; *LK-Roxin*, § 25, núms. margs. 91 ss.; *Herzberg*, Täterschaft, pp. 31 ss.; *de otra opinión*, *Gallas*, Materialien, t. I, pp. 121 ss., 135 s.; *Jescheck*, AT, § 62, II, 7; *Welzel*, Strafrecht, § 15, II, 3 («dominio del hecho en sentido social» en el *intraneus*).

[197] *Vid.* asimismo RG, 66, pp. 141 ss.

[198] Muy controvertido; como aquí, *Roxin*, Maurach-Festschrift, pp. 213 ss., 227 ss., con acertadas modificaciones para los casos en que el autor mediato mantiene el suceder delictivo dentro de su ámbito de dominio; *el mismo*, JuS, 1979, pp. 1 ss., 11 s.; *Herzberg*, JuS, 1985, pp. 1 ss., 6 ss.; *Jescheck*, AT, § 62, IV, 1; *SK-Rudolphi*, § 22, núm. marg. 20 s.; *Meyer*, ZStW, 87, pp. 598 ss., 608; *Schilling*, Verbrechensversuch, pp. 11 ss., 32 ss., y *passim*, con amplia bibliografía (pero equiparando incorrectamente coautoría y autoría mediata). En el mismo sentido también la jurispruencia mayoritaria; BGH, 4, pp. 271 ss., 273; 30, pp. 363 ss.; BGH, NStZ, 1986, p. 547; OGH, 2, pp. 5 ss., 7 s.; también ya RG, 66, pp. 141 ss., 142; no obstante, *vid.* también RG, 45, pp. 282 ss., 285 s.; BayObLG, NJW, 1988, p. 1401. En lo esencial como aquí también *Puppe*, JuS, 1989, pp. 361 ss., 362 ss., que sitúa antes el *comienzo* de la tentativa. En ocasiones se distingue entre si el instrumento actúa no dolosamente (entonces como aquí) o dolosamente (entonces como en la coautoría); en tal sentido, *Welzel*, Strafrecht, § 24, III, 5. En una determinación de la autoría mediata que, como aquí ocurre, está estrictamente ligada a la pérdida de responsabilidad jurídicamente relevante que se produce en el instrumento, no existe motivo para realizar la distinción. Naturalmente, tal distinción tendría sentido si se reconoce la posibilidad de «instrumento» doloso y responsable.

[199] Así —distinguiendo mucho en los detalles— *Kadel*, GA, 1983, pp. 299 ss., 307; *Küper*, JZ, 1983, pp. 361 ss., 369; *Küpper*, GA, 1986, pp. 347 ss., 447; *Blei*, AT, § 72, II, 4; *Schönke-Schröder-Eser*, § 22, núm. marg. 54; *LK-Vogler*, § 22, núm. marg. 96 ss., 101; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 48, núm. marg. 112; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 836 ss.; *Dreher-Tröndle*, § 22, núms. margs. 18, todos con bliografía.

106 2. El *error en la individualización* sufrido por el ejecutor puede ser, según los casos, también un mero error en la individualización para el autor mediato. Ciertamente, hay que tratar al ejecutor, en el elemento que determina su situación de inferioridad (la falta de dolo o de culpabilidad, etc.) como instrumento, al igual que p. ej., un instrumento mecánico; pero ello no quiere decir que todo fallo de su empleo sea *aberratio ictus* para el autor mediato, como sí ocurre con el fallo del instrumento mecánico; pues en la medida en que el instrumento humano —aunque no sea responsable— actúa dolosamente, realiza un programa del autor mediato y hay que atender —como en la coautoría— a si se mantiene dentro del programa acordado (o bien impuesto) o no. De lo contrario, la responsabilidad por coautoría sería más amplia, incomprensiblemente, que la de la autoría mediata. Lo cual se pone de manifiesto cuando el autor mediato deja al instrumento la concreción de la víctima y luego el instrumento sufre un error sobre la persona por él individualizada, a pesar de que ejecuta el comportameinto conforme al programa. Esto no constituye una contradicción con la «solución individual» (*Einzellösung*) en la tentativa, ya que en la tentativa se trata de la determinación definitiva de si se lleva a cabo o no el hecho, pero aquí se trata de la individualización de la víctima, que el autor mediato no ha realizado aún al determinar definitivamente que se realice el hecho. Ejemplo: Un instrumento coaccionado de modo cualificado mata a disparos, según las instrucciones, a una persona descrita de modo determinado, en una casa determinada; la víctima no es —como esperaba el autor mediato— el dueño de la casa, sino un amigo de la familia que se le parecía; plena responsabilidad del autor mediato.

También en caso de instrumento que actúa sin dolo, el autor mediato puede responder por consumación dolosa, a pesar del error en la individualización, si el instrumento ha de localizar dolosamente al objeto de ataque, y se mantiene dentro del programa acordado. Ejemplo: Una enfemera tiene que poner una inyección letal —extremo que ella desconoce— a un paciente individualizado de modo determinado, en una determinada cama; por error de la administración del hospital, en la cama de la víctima elegida reposa ahora otra persona, con la que concuerdan igualmente, sin embargo, todos los elementos de individualización. Esta persona resulta muerta. En la concreción, la enfermera obra de modo perfectamente doloso, y en el marco del plan acordado; así pues, el autor mediato responde por consumación [200].

107 3. Dado que la determinación de la autoría es determinación del injusto, todo autor de un hecho doloso *debe conocer las circunstancias que le hacen autor* (§§ 15, 16 StGB), es decir: en la autoría mediata debe saber que realiza las circunstancias que excluyen el comportamiento responsable (o, si se realiza autolesión: cuasi-responsable) del instrumento. No tiene que conocer la exclusión de la responsabilidad en sí. Esta es una formulación jurídico-penal de la superioridad, relevante para la imputación, sobre el instrumento. Paralelamente,

[200] Como aquí, *Schönke-Schröder-Cramer*, § 25, núms. margs. 52 s.; en términos semejantes, la solución que sólo aprecia *aberratio ictus* en el instrumento no doloso; *Welzel*, Strafrecht § 13, I. 3 *d* ψ; *Wessels*, AT, § 13, III, 4; siempre en favor de apreciar *aberratio ictus*, pero distinguiendo en sus efectos (en caso de bien jurídico no personalísimo: consumación), *Hillenkampf*, Vorsatzkonkretisierungen, pp. 68 ss., 102 s., 112 ss., 126 *vid.* asimismo *Schreiber*, JuS, 1985, pp. 873 ss., 877.

también es irrelevante cómo aprecie el instrumento su responsabilidad. Si el partícipe supone erróneamente una situación que fundamenta autoría, ello conduce a lo sumo —si se comienza la tentativa— a tentativa de autoría (en su caso junto a consumación imprudente); si el partícipe ignora la situación que fundamenta autoría mediata, no se pasa de la la tentativa de participación accesoria (coautoría o participación), a la que se puede añadir, de darse la consumación, autoría imprudente. Ejemplo: El partícipe no sabe que su coacción hacia el hecho, que él hace moderadamente, el ejecutor la va a entender, con error inevitable, como amenaza de muerte. Detalladamente sobre los casos de error sobre el papel de interviniente, *infra* 24/1 ss.

4. El *marco penal* del comportamiento en autoría mediata es el mismo 108
que se aplica a la autoría de propia mano o a la coautoría. Sin embargo, el Derecho positivo comprende como autoría mediata algunos supuestos en que se aprovecha un instrumento que actúa sin dolo, supuestos que en realidad constituyen participación en un hecho no doloso. En tanto que en estos casos de participación comprendidos dentro de la autoría mediata se trata de complicidad, hay que reducir el marco penal, aplicando analógicamente el § 27, párrafo 2, 2.° inciso, StGB.

VII. LOS TIPOS DE AUTORIA EN LOS DELITOS DE DOMINIO, CONCLUSION

BIBLIOGRAFIA: *H. Bindokat*, «Fahrlässige Mittäterschaft im Strafrecht», JZ, 1979, pp. 434 ss.; *el mismo*, Fahrlässige Beihilfe, JZ, 1986, pp. 421 ss.; *R. P. Dach*, Comentario a BGH, 32, pp. 262 ss., NStZ, 1985 pp. 24 s.; *D. Dölling*, Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, GA, 1984, pp. 71 ss.; *M. Fincke*, Der Täter neben dem Täter, GA, 1975, pp. 161 ss.; *W. Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *K. H. Gössel*, Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt nach § 18 StGB, Lange-Festschrift, pp. 219 ss.; *R. D. Herzberg*, Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt, JA, 1985, pp. 131 ss., 177 ss., 265 ss., 336 ss.; *E. Horn*, Comentario a BGH, 32, pp. 262 ss., JR, 1984 pp. 513 s.; *D. Kienapfel*, Comentario a BGH, 32, pp. 262 ss., JZ, 1984, pp. 251 s.; *F. Loos*, Comentario a BGH, JR, 1982, pp. 341, loc. cit., pp. 342 s.; *M.-K. Meyer*, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984; *H. Otto*, Selbstgefährdung und Fremdverantwortung, BGH, NJW, 1984, 1469, Jura, 1984, pp. 536 ss.; *C. Roxin*, Comentario a BGH, 32, pp. 262 ss., NStZ, 1984, pp. 411 s.; *B. Schünemann*, Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln?, NStZ, 1982, pp. 60 ss.; *H. Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986; *R. Seebald*, Teilnahme am erfolgsqualifizierten und am fahrlässigen Delikt, GA, 1964, pp. 161 ss.; *U. Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988.

A. La autoría simultánea *(Nebentäterschaft)*

Si varias personas cometen, independientemente unas de otras, cada una 109
un hecho, cabe designar a los autores como *autores simultáneos* [201], para poner de manifiesto que se dan hechos aislados y no participación. Ejemplo: Casual-

[201] Acerca de esta esfera de problemas, *vid. Fincke*, GA, 1975, pp. 161 ss., sobre todo tam-

mente, dos autores intentan incendiar una casa al mismo tiempo, cada uno por una esquina. El concepto de autoría simultánea tiene sólo contenido negativo: Falta la coautoría, la autoría mediata y la participación; así pues, el empleo del concepto sólo aporta información cuando esta falta de conexión merece alguna observación (no significaría nada observar de Carlota Corday y de un ladrón de grandes almacenes que constituyen autoría simultánea). Digna de mención es la autoría simultánea sobre todo cuando se lleva a cabo *un* resultado delictivo mediante el obrar no coordinado de varias personas; por lo general, sólo habrá consumación en concepto de autor en el que actúa en último lugar, ya que el que sobrevenga la intervención de otro autor sólo raramente pertenecerá al riesgo de la acción del primer autor (*vid. supra* 7/28, 72 ss.). Ejemplo [202]: Un autor derriba a golpes a la víctima con dolo de homicidio y se aleja; otro autor, por su parte, le inflige lesiones a la víctima; lo que es mortal es la suma de las lesiones. También es digna de mención la coautoría cuando varias personas, cada una de por sí, llevan a cabo partes delictivas de un delito de varios actos, no realizándose el delito de varios actos por falta de conexión de los partícipes. Ejemplo: Alguien golpea a la víctima y la deja inconsciente (lesiones, § 223 StGB; a la vez, empleo de violencia); otro encuentra a la víctima y le roba (§ 242 StGB); no se da robo (§ 249 StGB).

B. Las formas de intervención de la participación

110 Las formas descritas de dominio (intentado) de realizar un resultado aparecen todas también en la determinación (intentada) de un resultado de participación: Hay inducción (complicidad) única y co-inducción (co-complicidad); ejemplos: Dos personas persuaden, según habían acordado, al elegido como autor, hasta que éste comete el hecho; dos mecánicos construyen conjuntamente el instrumento del hecho para el autor. También es posible la inducción (complicidad) mediata; ejemplo: Alguien fuerza al cómplice, bajo graves amenazas, a sustraer de una caja fuerte los documentos que va a destruir el autor (§ 274 StGB). Finalmente, puede darse la inducción simultánea (complicidad simultánea); ejemplo de complicidad simultánea: Un partícipe presta al autor la máscara necesaria para el hecho; con independencia de ello, otro le da un arma para el hecho. En todos estos casos se responde sólo por participación, ya que el dominio se extiende sólo a un comportamiento de participación.

C. La intervención en la imprudencia

111 1. En la imprudencia [202a] falta el conocimiento de que la acción está relacionada con el resultado. Por consiguiente, en caso de actuar conjunto de varias personas, la distribución de acciones, es decir, el ajuste de una acción con

---

bién con respecto a la acusación, el comiso y el tratamiento procesal (aisladamente en cada caso); *Roxin*, § 25 160 s.; *Jescheck*, AT, § 63, II, 3; RG, 19, pp. 141 ss., 144 s.; 5, pp. 78 s., 79; 68, pp. 251 ss., 256.

[202] Vd. BGH, NJW, 1966, pp. 1824 s.

[202a] También son posibles casos de participación en parte imprudente y en parte dolosa en *una* conducta ejecutiva; al respecto *supra* 21/45.

la acción de otro, sólo puede afectar al comportamiento, sin referencia al resultado: En caso de (como máximo) imprudencia por parte de todos, no está claro para ninguno de los intervinientes cómo va a acabar el suceso. La ley renuncia, por ello, a graduar las formas de intervención y otorga el mismo tratamiento a todas las causaciones imprudentes o (en la omisión) a todos los comportamientos consistentes en no haber impedido el resultado. No se diferencian las clases de causación (uno mismo, mediante otros, con otros, en participación), sino que se uniformizan todos los partícipes. El resultado cabe denominarlo autoría en el sentido de los delitos imprudentes [203].

La uniformización se refiere sólo a la clase de causación, pero no a los demás elementos de la autoría específicos del delito imprudente, como p. ej., según el delito de que se trate, la necesidad de ejecución de propia mano, los especiales elementos subjetivos de la autoría o los deberes especiales. Ejemplo relativo al § 163 StGB: Determinar imprudentemente a otro a cometer falso testimonio imprudente, o bien inevitable, es impune [204].

Como también sin conocimiento de la relación con el resultado es desde luego posible clasificar las formas de conducta, es posible ordenar las distintas intervenciones según su rango (responsabilidad predominante en la autoría mediata) y graduar las intervenciones que han de tratarse dentro del mismo rango (según coautoría y participación) [205]; naturalmente, en caso de lesiones *a otro*, ello carece de efectos de Derecho positivo. Ejemplo (sólo se dará imprudencia en todos los intervinientes): Alguien arroja de propia mano una tabla por la ventana a la calle, y un transeúnte resulta lesionado (análogamente al § 25, párrafo 1, 1.er grupo de casos StGB), o coacciona a otro para que la arroje (análogamente al § 25, párrafo 1, 2.º grupo de casos StGB), o la arroja conjuntamente con otro (análogamente al § 25, párrafo 2, StGB), o aconseja arrojarla (análogamente al § 26 StGB), o abre la ventana para que otro la arroje (análogamente al § 27 StGB). La posibilidades de rangos y de graduaciones dentro de un rango se evidencia en los delitos cualificados por el resultado, en tanto que a la consecuencia se refiera sólo imprudencia (§ 18 StGB): Aquí el suceso que acarrea imprudentemente el resultado se formula en parte como delito doloso; así pues, en el delito base se diferencian las formas de participación; en la cualificación por el resultado esta diferenciación se torna irrelevante. 112

2. Tienen importancia práctica, y de hecho están reconocidos, dos supuestos de autoría mediata imprudente. Se trata, por una parte, de la *actio libera in causa* imprudente (con detalle *supra* 17/64 ss.); autor mediato e instrumento son la misma persona. Por otra parte, se trata de la creación imprudente de una situación que hace necesaria una intervención justificada por el estado de necesidad (*vid. supra* acerca de la autoría mediata dolosa 21/84, y *supra*, en relación con el estado de necesidad 13/14). Ejemplo [206]: El conductor de un camión cargado de productos contaminantes se interna por un camino poco se- 113

[203] BGH, 4, pp. 20 ss., 21; 7, pp. 112 ss.

[204] *LK-Roxin*, § 25, núm. marg. 158; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 25, núm. marg. 60.

[205] En otro sentido la doctrina dominante; *LK*[9]*Busch*, § 47, núm. marg. 33; *SK-Samson*, § 25, núm. marg. 41; *LK-Roxin*, § 25, núm. marg. 156 ss., todos con bibliografía; como aquí, *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1150 s.; *vid.* asimismo *Seebald*, GA, 1964, pp. 161 ss., 168 ss.; *Bindokat*, JZ, 1979, pp. 434 ss.; *Meyer* Ausschluß, pp. 64 ss., 73.

[206] Después de BayObLG, NJW, 1978, pp. 2046 s.

guro sin motivo razonable, aun cuando podía haberse dado cuenta de que el camión podía atascarse y sólo sería posible salvarlo vaciando la carga en el lugar, resultando dañado el terreno o contaminadas las aguas subterráneas, etc. Si el titular del bien que ha de salvarse es a la vez responsable de la situación de necesidad, tal responsabilidad hace disminuir el interés jurídicamente reconocido sobre el bien (*vid. supra* 13/27 y 18/84).

114 3. *a)* Los límites de la responsabilidad por intervención en los delitos dolosos son también, en su conjunto, límites de la responsabilidad en la clasificación de las aportaciones imprudentes; ello es aplicable sobre todo a la prohibición de regreso [207] (*infra* 24/13 ss.). Ejemplo: Si el vender un cuchillo de cocina a una persona que, según se puede advertir, está planeando matar a alguien no constituye complicidad dolosa en el homicidio, tampoco es homicidio imprudente, cuando no se llegó a percibir el curso causal dañoso que era cognoscible. Si se dan los presupuestos de la autoría mediata (p. ej., el que contribuye es responsable de la no dolosidad del ejecutor, *supra* 21/86 ss.), o si el que contribuye imprudentemente es garante por otro concepto, debe responder. Ejemplo: Quien custodia descuidadamente un arma que requiere licencia, de modo que otro la emplea para unas lesiones dolosas, responde por lesiones imprudentes siempre que se dé la previsibilidad del riesgo realizado [208].

114a *b)* En caso de *autolesión*, hay que tener en cuenta que el comportamiento del que se autolesiona priva a todas las aportaciones que mediante ello resultan condicionadas de la cualidad de favorecer una lesión de otro [208a] (*vid. supra* 21/56 ss.). Ejemplos: El interviniente entrega a la víctima, informada sobre los riesgos, una sustancia estupefaciente que la propia víctima ingiere, resultando muerta; cooperación imprudente atípica en una autolesión. El autor presta a la víctima temeraria un automóvil, con el que ésta sufre un accidente mortal; impunidad en lo que se refiere a la autolesión (pero no siempre en relación con la puesta en peligro de terceros). A la responsabilidad por la cooperación imprudente en la autolesión dolosa o imprudente sólo puede llegarse, pues, cuando se da un motivo que va más allá de que el propio lesionado intervenga en el proceso: los presupuestos de la autoría mediata o cualquier otra situación que fundamente una posición de garante en favor de la víctima [208b] (*vid. infra* 29/53 ss.). Ejemplo: Quien incendia imprudentemente un pajar, responde por la intoxicación de humo que el agricultor debe asumir, forzado por la situación de necesidad, al extinguirlo. Si el marido olvida, con imprudencia grave, ad-

---

[207] *Vid. Schumann*, Handlungsunrecht, pp. 108 ss.; sobre el posibilitar autolesiones, *Frisch Verhalten*, pp. 1458 ss., y de lesiones de otro, loc. cit., pp. 230 ss.; *vid.* también *Bindokat*, JZ, 1986, pp. 421 ss.

[208] *Vid.* al respecto también LG Göttingen, NStZ, 1985, pp. 410 s.

[208a] Sobre el ocasionamiento imprudente de una autolesión dolosa, en el mismo sentido BGH, 24, pp. 342 ss., 344; sobre la cooperación imprudente en una puesta en peligro de uno mismo dolosa o imprudente, fundamental BGH, 32, pp. 262 ss., con comentarios de *Roxin*, NStZ, 1984, pp. 411 s.; *Horn*, JR, 1984, pp. 513 s.; *Dach*, NStZ, 1985, pp. 24 s.; y reseñas de *Otto*, Jura, 1984, pp. 536 ss.; *Stree*, JuS, 1985, pp. 179 ss.; BGH, NStZ, 1985, pp. 25 s. En otro sentido la jurisprudencia de hace unos años, BGH, NJW, 1981, p. 2015, con comentario desfavorable de *Loos*, JR, 1982, pp. 342 s.; BayObLG, StV, 1982, pp. 73 s.; crítica acertada en *Schünemann*, NStZ, 1982, pp. 60 ss.; *Dölling*, GA, 1984, pp. 71 ss., 76 ss.; *Roxin* y *Otto*, loc. cit. De entre la doctrina, en lo esencial como la jurisprudencia reciente, *Spendel*, JuS, 1974, pp. 749 ss.; críticamente, sin embargo, *Herzberg*, JA, 1985, pp. 265 ss., 270.

[208b] Igualmente BGH, 32, pp. 265 ss., 270.

vertir a su mujer de la avería en los frenos del automóvil que ambos utilizan, responde de las lesiones de la mujer aun cuando ésta no llegase a darse cuenta del defecto sólo porque ella misma se condujo imprudentemente.

VIII. LA AUTORIA EN LOS DELITOS DE INFRACCION DE DEBER

BIBLIOGRAFIA: *Vid.* la relativa a IV.

A. El dominio del hecho caracteriza a la autoría porque, con su comportamiento de dominio del hecho, un partícipe configura su ámbito de organización a costa del perjudicado por el delito: Fundamento de responsabilidad es la responsabilidad de que la propia organización no sea dañosa. Por eso, el dominio del hecho como característica de la autoría ha de limitarse a delitos en los que la relación con el afectado se agota en que ésta no sea dañosa. Sólo aquí —es decir, en la mayoría de los delitos— la responsabilidad es consecuencia de un acto de organización. Ejemplos lo constituyen los delitos de resultado comisibles por cualquiera, cuando los comete cualquiera. 115

B. 1. Sin embargo, también hay delitos en los que determinadas personas tienen que responder de la existencia de un bien y no sólo de que la propia organización no afecte a un bien, menoscabándolo (delitos de infracción de deber) [208c]. En estos casos, la relación del interviniente con el bien es siempre directa, es decir, sin mediación accesoria, o sea, por su parte siempre en concepto de autor, y además sin tener en cuenta en absoluto un hacer. El interviniente es al menos autor por omisión y, en caso de aportación mediante hacer, por incidental que sea, autor por comisión; la distinción entre comisión y omisión pierde, pues, su sentido (*supra* 7/70). Entre los delitos de infracción de deber se cuentan todos los delitos cuyos autores están obligados, en tanto que garantes, a la tutela, institucionalmente asegurada, de un bien (acerca de esto, con detalle, *infra* 29/57 ss.). Ejemplo [209]: El tutor, a quien un tercero le da el consejo, que resulta exitoso, de cómo esa tercera persona puede sustraer el patrimonio del pupilo confiado a su cuidado, es autor del delito de administración desleal (*Untreue*), aun cuando a él le falte el dominio del hecho en lo que se refiere a la sustracción. Para los mencionados garantes, incluso los delitos comisibles por cualquiera se convierten en delitos de infracción de deber, hasta en caso de comisión; así pues, la participación decae en favor de una autoría más amplia. Ejemplo: La muerte de su hijo menor de edad es delito de infracción de deber para los padres, de modo que siempre se da autoría, sin tener en cuenta si se da o no intervención, y en qué medida; si la muerte sobreviene mediante entrega de un medio para suicidarse, a la responsabilidad por el delito de infracción de deber se añade la responsabilidad por autoría mediata. 116

Las posiciones de garante en virtud de responsabilidad por organización no dejan al margen el principio de accesoriedad, ya que en estos deberes se trata exclusivamente de la correcta estructuración del propio ámbito de organización, es decir, de responsabilidad en virtud de dominio.

[208c] Críticamente, *Stein*, Beteiligungsformenlehre, pp. 209 ss.

[209] De *Roxin*, Täterschaft, p. 355.

117 Si el tipo del delito de infracción de deber atiende a un determinado comportamiento que el propio obligado debe realizar, sin este comportamiento (o una «omisión equiparable», § 13.1 StGB) queda excluida la autoría [209a]. Ejemplo: La acción típica de aceptar regalos (§ 331 StGB) consiste (entre otros extremos) en hacer*se* prometer un beneficio; esta acción típica no es equiparable a la de admitir una promesa de beneficiar a terceros, p. ej., el prometer realizar una donación a una institución caritativa.

118 2. Como en los delitos de infracción de deber la distribución de formas de conducta siempre va a verse eludida por la inmediatez del deber, no puede servir la solución global en relación con el comienzo de la tentativa: Cada interviniente que está obligado se encuentra directamente frente al bien afectado, de modo que el comienzo de la tentativa sólo cabe determinarlo en función de su propio comportamiento (solución individual). Esta solución tiene especial trascendencia para la intervención de garantes, cuya posición se debe a relación conyugal, paterno-filial, etc., en delitos de comisión: La aportación del garante sin dominio del hecho puede ya constituir una tentativa en concepto de autor, incluso si no se produce la tentativa del «hecho principal». Ejemplo: El marido que auxilia al asesino de su esposa es autor de un homicidio intentado, aun cuando tras prestar su colaboración pierda la influencia ulterior sobre el hecho; el resultado concuerda con el aspecto omisivo del comportamiento: El garante en concepto de autor comete —como muy tarde— tentativa, cuando deja pasar la última posibilidad de salvación (*vid. infra* acerca del § 13 StGB, 29/113 ss.).

119 3. El grupo de los delitos de infracción de deber fue desarrollado conceptualmente por *Roxin* [210]. Más exacta que la denominación «delitos de infracción de deber» sería la de «delitos con deber que elude la accesoriedad» [211]. Son muy discutidos tanto los principios como los pormenores [212]. El desarrollo de los deberes en virtud de responsabilidad institucional se llevará a cabo en la exposición de los delitos de omisión (*infra* 29/57 ss.). Acerca de la atenuación del marco penal, *vid. infra* en torno a la omisión, 29/126. Sobre los delitos de propia mano, *vid.* ya *supra* 21/22.

[209a] Bloy Beteiligungsform, pp. 231 s.

[210] Täterschaft, pp. 352 ss., 459 ss., 651 ss.; *vid.* además *LK-Roxin*, § 25, núm. marg. 29 ss.; Schönke-Schröder-Cramer, núm. marg. 62, ante § 25 y § 25, núm. marg. 78 s.; *Wessels*, AT, § 13, II, 2.

[211] Para el ámbito de los delitos de omisión, ya *Grünwald*, GA, 1959, pp. 110 ss., 118; *Armin Kaufmann*, Dogmatik, pp. 189 ss., 291 ss.

[212] *Vid. Herzberg*, Täterschaft, pp. 32 s.; *Wagner*, Amtsverbrechen, pp. 70 ss. (con respecto a los delitos de funcionario como delitos de infracción de deber); *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 795 s. (restringiendo en grado sumo con respecto al ámbito de la comisión, *vid.* núm. marg. 797); *Schmidhäuser*, AT, 14/51; *SK-Samson*, § 25, núm. marg. 35; críticamente *Maurach-Gössel*, AT, II, § 47, núm. marg. 91; *Langer*, Sonderverbrechen, pp. 223 ss.

APARTADO 22

La participación

I. FUNDAMENTO DEL CASTIGO DE LA PARTICIPACION

BIBLIOGRAFIA: *R. Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; *P. Bockelmann*, Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, 1949; *el mismo*, Nochmals über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, GA, 1954, pp. 193 ss.; *el mismo*, Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme, en: *el mismo*, Strafrechtliche Untersuchungen, 1957, pp. 109 ss.; *el mismo*, Zur Problematik der Beteiligung an vermeintlich vorsätzlich rechtswidrigen Taten, Gallas-Festschrift, pp. 261 ss.; *G. Dahm*, Comentario a OLG Stuttgart, MDR, 1959, pp. 508, loc. cit., 508 ss.; *F. Geerds*, Comentario a BayObLG, JZ, 1985, pp. 470 s., loc. cit., pp. 471 s.; *R. D. Herzberg*, Abstiftung und Beihilfe als Straftatbestände, GA, 1971, pp. 1 ss.; *el mismo*, Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme, ZStW, 99, pp. 49 ss.; *H.-H. Jescheck*, Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer an einer Straftat, ZStW, 99, pp. 111 ss.; *R. Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, 1989; *J. Krümpelmann*, Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, suplemento ZStW, 1978, pp. 6 ss.; *W. Küper*, «Sukzessive» Tatbeteiligung vor und nach Raubvollendung, BGH, NJW, 1985, 814, JuS, 1986, pp. 862 ss.; *R. Lange*, Die notwendige Teilnahme, 1940; *el mismo*, Zur Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat, JZ, 1959, pp. 560 ss.; *W. Langer*, Das Sonderverbrechen, 1972; *E.-J. Lampe*, Über den Begriff und die Formen der Teilnahme am Verbrechen, ZStW, 77, pp. 262 ss.; *K. Lüderssen*, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967; *H. Mayer*, Täterschaft, Teilnahme, Urheberschaft, Rittler-Festschrift, pp. 243 ss.; *M.-K. Meyer*, Tatbegriff und Teilnehmerdelikt, GA, 1979, pp. 252 ss.; *E. Mezger*, Teilnahme an unvorsätzlichen Handlungen, JZ, 1954, pp. 312 ss.; *H. Otto*, Straflose Teilnahme?, Lange-Festschrift, pp. 197 ss.; *C. Roxin*, Ein «neues Bild» des Strafrechtssystems, ZStW, 83, pp. 369 ss.; *el mismo*, Täterschaft und Tatherrschaft, 5.ª ed. 1989; *H.-J. Rudolphi*, Täterschaft und Teilnahme bei der Strafvereitelung, Kleinknecht-Festschrift, pp. 379 ss.; *E. Schmidhäuser*, Über die Anzeigepflicht des Teilnehmers, Bockelmann-Festschrift, pp. 683 ss.; *Chr. Schöneborn*, Kombiniertes Teilnahme- und Einheitstätersystem für das Strafrecht, ZStW, 87, pp. 902 ss.; *H. Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986; *U. Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988; *St. Trechsel*, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967; *H. Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW, 58, pp. 491 ss.; *el mismo*, Reseña bibliográfica, ZStW, 61, pp. 209 ss.; *el mismo*, Teilnahme an unvorsätzlichen Handlungen?, JZ, 1954, pp. 429 s.; *el mismo*, Comentario a BGH, 4, pp. 355 ss., JZ, 1953, pp. 763 s.; *el mismo*, Comentario a BGH, 5, pp. 47 ss., JZ, 1954, pp. 128 ss.; *el mismo*, Vom Bleibenden und Vergänglichen in der Strafrechtswissenchaft, Grünhut-Gedächtnisschrift, pp. 173 ss.

A. Teoría de la corrupción

1 1. Partícipe (inductor o cómplice) es todo interviniente que no puede ser autor, bien porque su realización organizativa sólo entraña una aportación atenuada al delito (le falta el dominio del hecho), bien sea porque le faltan requisitos de la autoría específicos del delito. En la determinación del fundamento de responsabildad de la participación (el llamado fundamento de punición de la participación, aunque más exacto sería decir fundamento del injusto de la participación) puede derivarse del fundamento de responsabilidad de la autoría; la participación es entonces «autoría menguada». No obstante, el fundamento de responsabilidad cabe determinarlo de distinto modo que en la autoría.

2 2. *a)* Así, el injusto de la participación se puede referir a lo que ocurre con el *autor*: El partícipe no origina, ciertamente, el hecho, pero sí al autor culpable (teoría de la corrupción como teoría de la participación en la culpabilidad) [1]. En caso de autor que obra sin culpabilidad, se determina sin embargo una «desintegración social» o al menos se le conduce al peligro de desintegración (teoría de la corrupción como teoría de participación en el injusto) [2].

b) La teoría de la participación en la culpabilidad no cabe, sobre todo, compaginarla con el § 29 StGB [3], al igual que la teoría de la corrupción en general es incompatible con los §§ 26 y 27.2 StGB: La conexión del marco penal de la participación con el marco del *hecho* del autor pone en evidencia que la ley atiende al injusto del hecho, con independencia de la corrupción del autor, y este injusto del hecho no concuerda con el injusto de la corrupción. Desde el punto de vista de la corrupción, la igualdad entre p. ej., seducir a un joven para que hurte y dar el soplo a un ladrón habitual que se sugiere con la misma designación «inducción al hurto», no pasa de ser mero nominalismo. El legislador, si quisiera seguir la teoría de la corrupción, tendría que crear delitos de corrupción del género del § 170 *d* StGB. Finalmente, esta teoría no explica aquello que pretende explicar, es decir, el injusto de la participación; y es que el partícipe ciertamente suele determinar la corrupción del autor con dominio del hecho: El partícipe hace posible un delito del autor, y habría que fundamentar por qué el partícipe debe responder de que el autor aproveche la oportunidad [4].

---

[1] *H. Mayer*, Strafrecht des Deutschen Volkes, § 33, I (p. 334); aún como fundamento de responsabilidad complementario, *el mismo*, AT, § 49, II, 1 *b*, *a'*; *el mismo*, Studienbuch, § 39, II, 4; *el mismo*, Rittler-Festschrift, pp. 243 ss., 253 ss.; *vid.* también *Keller*, Grenzen, pp. 161 ss.; críticamente, *Stein*, Beteiligungsformenlehre, pp. 100 ss., con bibliografía.

[2] *Trechsel*, Strafgrund, pp. 54 ss.; *vid.* también *el mismo*, Schweizerisches StGB, § 24, núm. marg. 3.

[3] *De otra opinión* sólo *H. Mayer*, especialmente en Rittler-Festschrift, loc. cit.

[4] Por eso las —fundadas— dudas de *H. Mayer* sobre la equivalencia jurídica de la causalidad física y la psíquica hablan en contra de su propia teoría de la participación; *vid. H. Mayer*, Rittler-Festschrift, pp. 243 ss., 256 s.

B. Teoría de la participación en el injusto

Fundamento de punición puede ser que el autor haga posible el injusto de otro: El hecho ajeno es entonces el resultado de la acción de participación (teoría de la participación en el injusto en sentido propio) [5]. La dependencia jurídico-positiva del injusto de la participación con respecto al injusto del hecho principal no cabe explicarlo bien con este fundamento de punición, ni sobre todo, tampoco, la posibilidad de participación punible del *extraneus* en el delito especial: El injusto del autor es el resultado del comportamiento del partícipe; el bien atacado en el delito del autor importa sólo mediata, indirectamente [6]. Por eso, según esta solución, la relación propia del partícipe con el resultado del hecho principal tendría que ser irrelevante: Constituiría injusto la intervención del *agent provocateur* [7]; injusto pleno sería, asimismo, la determinación conjunta de un hecho que afecta (por error) a bienes disponibles del propio partícipe [8]; finalmente, también la participación (necesaria) de la persona protegida por la norma habría que tratarla como injusto (*vid. infra* 24/8 ss.). En todos estos casos se hace posible un hecho ajeno. Aún más delicada sería la situación en la coautoría: Todo coautor hace posible, con su contribución, el injusto de los otros; junto a la autoría tendría que aparecer en concurso la participación; el delito se «duplicaría». 3

C. Teoría de la causación

1. La vía de solución de la teoría de la causación discurre en sentido opuesto: No es el injusto del autor lo que se le imputa al partícipe, sino la causación —naturalmente, mediata— del resultado por el partícipe mismo, la causación de aquel resultado que constituye el resultado del hecho del autor. Al igual que en la teoría de la participación en el injusto se mengua la relación del partícipe con el resultado del hecho principal, así aquí también se mengua la mediación del resultado por un autor que actúa injustamente. Esto se pone de manifiesto en la participación en el delito especial, p. ej., en la inducción al delito propio de funcionario: la mediación por parte del obligado especialmente cabe interpretarla, según una versión de la teoría de la causación, como «de índole puramente fáctica» [9], es decir, como mera condición para alcanzar un resultado; la responsabilidad del partícipe no obligado especialmente por el delito especial es entonces evidente. Pero la mediación, según otra versión, cabe entenderla como algo que no concierne al partícipe, dado que importa solamente su propia relación con el resultado. La mediación carece, entonces, de función; la responsabilidad, presupuesta por la ley (§ 28.1 StGB), del partícipe no obligado especialmente en el delito aparece como «inadecuada» [10]; a lo sumo se 4

---

[5] En la formulación, *Welzel*, Strafrecht § 16, I, 2 *a* y 3; *el mismo*, ZStW, 61, pp. 209 ss., 213; críticamente, con bibiografía, *Stein*, Beteiligungsformenlehre, pp. 109 ss.

[6] *Lüderssen*, Strafgrund, p. 54; *vid.* asimismo *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 858 s.

[7] En esto también indeciso *Welzel*, Strafrecht, § 16, II, 3; ampliamente, *Keller*, Grenzen, pp. 165 ss.

[8] Así también *Welzel*, Strafrecht, § 16, I, 3.

[9] *Lüderssen*, Strafgrund, p. 137.

[10] *Schmidhäuser*, AT, 14/57 ss., 85; *Langer*, Sonderverbrechen, pp. 485 s.

tolera como forma de intervención propia, «heterogénea» con respecto a la participación [11]. En ambas versiones el injusto realizado en la persona del autor carece de significación para el partícipe.

5 2. Ambas versiones, al centrarse en la relación partícipe-resultado, pasan por alto la exigencia legal de hecho principal. Son derivados de la doctrina de la autoría que, en una caracterización pura, conducen al concepto extensivo de autor (acerca de ello, *supra*, 21/6 ss., 8). Lógicamente, la solución más rigurosa mantiene como no extensivos los deberes especiales; pero por eso no satisface el amplio tipo de participación de la ley. La solución amplia (la mediación como «de naturaleza puramente fáctica») tiene que deshacer la taxatividad del tipo —al igual que el concepto extensivo de autor—; el hecho principal se reduce de ser un comportamiento típico a ser un comportamiento que sólo con la mediación del comportamiento añadido del partícipe conduce al resultado [12].

D. Teoría de la participación en el injusto referida al resultado

6 1. Para la determinación del injusto de la participación hay que tener en cuenta lo siguiente:

a) Las descripciones de delitos de la Parte Especial comprenden sólo la ejecución en concepto de autor de quien comete por sí mismo. La punibilidad de la participación supone, pues, una ampliación de la punibilidad. Lógicamente, también se han presentado como ampliaciones de la puniblidad la coautoría y la autoría mediata. Pero las ampliaciones en concepto de autor vinculan la responsabilidad a la configuración de la concreta realización del tipo o a la decisión sobre si ésta se lleva a cabo; en todo caso, queda una relación estrecha entre el comportamiento de autor y la descripción del delito de la Parte Especial. En la participación esa relación es más laxa, ya que el partícipe no configura el hecho igual que el autor, ni tampoco decide sobre éste como el autor. Por eso, el hecho no es obra suya en la medida en que lo es del autor; pero, desde luego, el partícipe tiene una parte en el hecho, sólo que reducida *cuantitativamente*. La ejecución del hecho principal no es sólo ejecución para el interviniente en concepto de autor, sino también para el partícipe: El comportamiento de intervención es el motivo por el que se imputa al partícipe la ejecución del hecho principal como obra (también) suya (al igual que un socio responde también por aquellos negocios de una sociedad que no es él en persona quien los acuerda; al respecto, *supra* 21/3). Así pues, sin el hecho principal no se lleva a cabo el injusto material de la participación. Cuando, por el contrario, se suele interpretar el requisito del hecho principal como independiente del injusto, p. ej., concibiendo el hecho principal como necesario sólo fácticamente [13], o como mera mediación de la taxatividad del tipo [14] (las acciones de participación no se describen en la Parte Especial), se está pasando por alto la im-

[11] *M.-K. Mayer*, GA, 1979, pp. 252 ss., 269.

[12] *Vid.* las reflexiones de *Lüderssen*, sobre la «participación» en la autolesión ajena, Strafgrund p. 168; críticamente como aquí, *SK-Samson*, núm. marg. 11, ante § 26; *Bloy*, Beteiligungsform, pp. 172 ss.

[13] En tal sentido, sin embargo, *Lüderssen*, loc. cit. en nota 9.

[14] *SK-Samson*, núm. marg. 14, 27, ante § 26.

portancia de primer orden que presenta la ejecución del hecho en concepto de autor para el partícipe: Sin hecho principal la participación no es materialmente delito; aisladamente, no pasa de ser un acto interno entre los intervinientes, pero sin llegar a constituir una perturbación exteriorizada; *sólo el hecho principal exterioriza (también) el comportamiento del partícipe* (*supra* 21/3, 8 *a*, 61).

b) No es la prohibición de realizar el tipo, tal como está descrito en la Parte Especial, lo que infringe el partícipe, sino sólo la prohibición ampliada por medio de las regulaciones de la participación. De aquí se ha deducido que también la participación en los delitos especiales en sentido estricto no se deriva más que de esta ampliación [15]. En tal conclusión es correcto que se trata, desde luego, de una ampliación de la punibilidad. Pero esta ampliación tiene en los delitos especiales un contenido distinto que en los delitos comisibles por cualquiera. En los delitos especiales, el hecho principal conecta al partícipe con una institución que por lo demás a él no le concierne (no tiene estatus alguno); si al autor principal se le sustituye por una máquina, decae el tipo de delito. En los delitos comisibles por cualquiera, no hace falta estatus alguno; si se imagina el hecho principal realizado por una máquina, el partícipe se convierte en autor que comete por sí mismo. Dicho de otro modo, *la participación en los delitos especiales conduce a la imputación a pesar de la separación de papeles; la participación en los delitos comisibles por cualquiera, por el contrario, conduce a la imputación a pesar de la división del trabajo.* En los delitos especiales, las reglas de la participación no amplían sólo el ámbito del comportamiento contrario a la norma, sino también el ámbito de destinatarios, desde limitarse al titular de un determinado estatus hasta abarcar a cualquiera. 7

En los delitos especiales, pues, a la significación, desde las exigencias del Estado de Derecho, del requisito de hecho principal, se añade una significación material: Sin el injusto de un hecho principal, el partícipe que no ostenta por sí las cualificaciones de autor específicas del delito no puede cometer injusto en concepto de autor. Sólo a través de una persona cualificada, la aportación del no cualificado llega a constituir defraudación de expectativas. Por eso únicamente en los delitos especiales la medida de injusto de un partícipe *extraneus* es como mucho tan alta como el injusto que realiza el *intraneus* [15a]. Ejemplo: En una sentencia incorrecta, lo que era inevitable para el juez, en el comportamiento del autor no se pone de manifiesto que éste se haya decidido por la prevaricación; con ello falta una infracción de la norma con la que el *extraneus* pudiera convenir mediante participación en el delito especial. Su postura, existente, sobre el tratamiento *propio* de los asuntos del Derecho es irrelevante para el tipo del § 336 StGB.

c) El partícipe no responde porque llevar a cabo un hecho principal constituya injusto para el autor principal, sino porque la ejecución de éste también se le puede imputar a él como partícipe: La ejecución es también obra *suya*, debido a la causa común que él lleva a cabo con el autor principal. Por eso, él mismo debe pretender la consumación del hecho principal (*vid. infra* 23/16). Si la participación ha de consumarse, tiene además que afectar a un bien que tam- 8

[15] *Roxin*, ZStW, 83, pp. 369 ss., 399; *SK-Samson*, núm. marg. 16, ante § 26.

[15a] En parte a la inversa —en los delitos de infracción de deber sería posible la participación en el hecho no doloso—, *Roxin*, Täterschaft, pp. 364 ss., 378; en contra, *Bloy*, Beteiligungsform, pp. 233 ss.

bién esté protegido frente al partícipe. El que el partícipe no pueda ser autor idóneo —autor idóneo no lo es nunca en su papel de partícipe, es decir, sin dominio del hecho y sin deber especial— no quiere decir que también responda por consumación cuando él mismo no respondería por consumación como autor de un delito comisible por cualquiera, es decir, en caso de ataque por error a los propios bienes. Ejemplo: El heredero verdadero, que no sospecha serlo, y que interviene auxiliando en un hurto contra los supuestos herederos, con independencia de la consumación del hecho por parte del autor principal, sólo comete a lo sumo participación en el hurto intentado. Se trata, como mucho, de participación en la tentativa, ya que él no puede atacar en grado de consumación su propia propiedad, pero también como mínimo de participación en la tentativa (y no sólo de participación intentada), ya que el hecho principal representa una tentativa de ataque a la propiedad supuestamente ajena para todos. Si el autor principal conoce la situación verdadera, el partícipe no ha conseguido favorecer un hecho que al menos constituye agresión intentada a propiedad ajena para todos; no pasa de ser participación intentada [16]. Acerca de la llamada «participación necesaria» impune, *vid. infra* 24/7 ss.

9 2. El injusto de la participación consiste, pues, en el ataque propio —pero no en concepto de autor— a un bien por medio de la causación imputable de un hecho en concepto de autor [17], o más exactamente [18]: *la causación imputable de un hecho de autor con dolo propio de consumación*. Esta teoría de la participación en el injusto referida al resultado se corresponde, en sus consecuencias, con la «teoría de la causación orientada a la accesoriedad», propugnada por la doctrina dominante, es decir, a una teoría que complementa la causación con la participación en el injusto [19]. Naturalmente, bajo las fórmulas mencionadas se ocultan objetos heterogéneos. Sólo en los delitos especiales el hecho principal tiene, como se ha puesto de manifiesto, significación material. *De lege ferenda* habría que considerar la separación de las respectivas regulaciones de la participación. *Vid.* asimismo sobre la accesoriedad cualitativa, *infra* 23/25.

---

[16] Controvertido; *vid. Welzel*, Strafrecht, § 16, II, 2; *Lüderssen*, Strafgrund, pp. 131 s., 167 s.; *SK-Samson*, núm. marg. 8, 24, ante § 26; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 860.

[17] *LK-Roxin*, núm. marg. 1, ante § 26; *SK-Samson*, núm. marg. 14 ss. ante § 26; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 858 ss.

[18] En algunos delitos puede faltar el «ataque a un bien», *vid.* supra con respecto a la teoría del bien jurídico 2/16 ss.

[19] *Jescheck*, AT, § 64, I, 2; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 50, núm. marg. 35 ss.; *Baumann-Weber*, AT, § 37, I, 1 *b* y II, 1, todos con bibliografía; también, RG, 15, pp. 3165 ss., 316; 59, pp. 34 s., 35; BGH, 370 ss., 378. La convergencia con la doctrina dominante se refiere sólo a las conclusiones; acerca del proceso de fundamentación, *vid. SK-Samson*, núm. marg. 11, ante § 26; *LK-Roxin*, núm. marg. 15 s., ante § 26. Sobre esta esfera de problemas *vid.* además *Bockelmann*, GA, 1974, pp. 193 ss.; *Lange*, Notwendige Teilnahme, pp. 59 ss.; *Otto*, Lange-Festschrift, pp. 197 ss., 201 ss.; *el mismo*, JuS, 1982, pp. 557 ss., 558 s.; *Lampe*, ZStW, 77, pp. 262 ss.; *Herzberg*, GA, 1971, pp. 1 ss.; *Schumann*, Handlungsunrecht, pp. 44 ss.

II. LA DEPENDENCIA DE LA PARTICIPACION CON RESPECTO AL HECHO PRINCIPAL

BIBLIOGRAFIA: *Vid.* la indicada para I.

A. Los requisitos del hecho principal

1. La participación sólo es posible cuando concurre realmente un hecho 10
cometido por un autor. Por eso, el hecho principal debe ser no sólo objetivamente típico, antijurídico (*infra* 22/11) y doloso (*infra* 22/12 ss.), sino que deben darse todos los elementos de la autoría específicos del delito (*supra* 21/9), incluso cuando éstos no pertenezcan al tipo objetivo, es decir, en especial: las clases de dolo que fundamentan el injusto o los propósitos que trascienden el tipo objetivo (ejemplo: ánimo de apropiación en el hurto), la ejecución de propia mano en los delitos de propia mano, las tipificaciones objetivas de autor (ejemplo: tenencia de la posesión en la apropiación indebida), así como los especiales elementos subjetivos del delito, incluidos los elementos subjetivos de la culpabilidad que se requieran. Ejemplo: Quien interviene «persistentemente» en infracciones por su parte no persistentes contra una prohibición de ejercer la prostitución, no puede ser partícipe en un hecho del § 184 *a* StGB, porque falta un hecho principal no suficientemente específico para la autoría [19a]; no se trata de si la persistencia se interpreta (también) como elemento subjetivo del injusto o como elemento especial de la autoría: En todo caso pertenece a las especificaciones del autor. Acerca de la accesoriedad cualitativa, *vid. infra* 23/5. La accesoriedad no excluye que el cómplice obre *después* del autor si la actuación del cómplice es parte de la acción ejecutiva del autor. Ejemplo de consumación: El cómplice sin ánimo de apropiación carga la puerta que el autor ha sacado del quicio en el camión del autor. Ejemplo de tentativa: El cómplice, en un atentado terrorista, ajusta la pieza de artillería según las instrucciones del autor; no se llega a la conclusión.

2. *a)* El hecho principal tiene que ser típico y antijurídico (§§ 26 y 27 11
StGB). La participación en hechos lícitos, sean atípicos o justificados, sigue constituyendo participación, pero ésta será igualmente conforme a Derecho (acerca de la antijuricidad relativa, *vid. supra* 11/59 *a* s.). En ello se fundamenta la impunidad de la participación en el suicidio —¡atípico!— (*vid. supra* 21/57 ss.) o en el encubrimiento, cuando la pena se cierne sobre el propio autor del encubrimiento [19b]. En caso de suposición errónea, inevitable, de una situación justificante por parte del ejecutor, la antijuricidad, en el sentido de los §§ 26 y 27 StGB, se deriva de la realización del tipo (cuasi intentada) y del dolo del *tipo*, que queda intacto [20]; la participación sigue siendo, pues, posible (lo que es importante cuando al no ejecutor le falta la cualificación de autor, sobre

---

[19a] *De otra opinión*, BayObLG, JR, 1985, pp. 470 s., con comentario favorable de *Geerds*, loc. cit., pp. 471 ss. Ello es válido también para el § 14.4 OWiG: El precepto regula un presupuesto necesario («sólo»), pero no sufiente, de la participación.

[19b] *Rudolphi*, Kleinknecht-Festschrift, pp. 379 ss., con amplia exposición del estado del debate.

[20] En definitiva igualmente *LK-Roxin*, núm. marg. 25, ante § 26; *de otra opinión*, *Krümpelmann*, separata ZStW, 1978, pp. 6 ss., 50.

todo en los delitos especiales). Los supuestos de error del partícipe se solucionan a tenor de las reglas generales, teniendo en cuenta que la suposición errónea de que el hecho principal realiza un tipo de delito, o no está justificado, sólo constituye tentativa de participación en un hecho injusto, y por tanto únicamente es punible en el marco del § 30 StGB; ejemplo: Alguien auxilia en un comportamiento de conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas, § 316 StGB, sin saber que está justificada por el estado de necesidad, § 34 StGB: participación intentada (aquí impune). El desconocimiento de la realización del tipo deja subsistente a lo sumo imprudencia, excluyendo así la diferenciación de las formas de intervención (*vid. supra* 21/111 ss.).

12 *b) a')* El hecho principal típico debe ser siempre doloso (§§ 26 y 27 StGB). La no dolosidad del ejecutor directo puede conducir a la autoría mediata de aquel que determina dolosamente la ejecución. Sin embargo, en los casos en los que el ejecutor directo, pero no doloso, está cualificado como autor, pero no el que determina dolosamente de modo mediato la ejecución, está excluida la punibilidad del hombre de atrás sin el dolo del ejecutor. La autoría mediata decae en estos casos por falta de la cualificación del hombre de atrás y la participación por la no dolosidad del hecho principal. Ejemplos [21]: Alguien origina que un médico revele un secreto (§ 203, párrafo 1, núm. 1, StGB) fingiendo que todo el mundo lo sabe ya de sobra. Además [22]: Tras un accidente de tráfico, se le hace creer a un interviniente que no ha pasado nada; el interviniente se aleja sin sospechar nada.

13 *b')* Los §§ 160 y 271 s. StGB tipifican supuestos, declarados punibles por el Derecho positivo, de participación en un delito especial no doloso. En los demás casos, tales intervenciones son impunes. Este resultado se suele desaprobar [23] y en ocasiones eludir [24]. La desaprobación se refiere con razón a algunos grupos de casos. La no dolosidad del hecho principal es un dato natural, que no necesariamente tiene por consecuencia la irresponsabilidad del que actúa sin dolo por la conexión entre defecto y hecho. Pero si el que obra sin dolo es responsable por la conexión, cabe fundamentar aún la responsabilidad accesoria, es decir, en concepto de participación (o bien de coautoría). La sugestión de los conceptos «dominio del hecho» o bien «dominio final del hecho» dificulta advertir el hecho de que en la delimitación entre autoría y participación importa el rango y la graduación de responsabilidad, pero no datos psíquicos.

---

[21] BGH, 4, pp. 355 ss.; OLG Köln MDR, 1962, pp. 491 s.

[22] OLG Stuttgart, VRS, 17, pp. 272 ss.

[23] «Desliz de política jurídica», «decisión errónea» (*Schönke-Schröder-Cramer*, núm. marg. 32 s., ante § 25); «no se acierta en la estructura material» (*Schmidhäuser*, AT, 14/94); *vid.* además *Roxin*, Täterschaft, pp. 352 ss., 552 ss.; *Schöneborn*, ZStW, 87, pp. 902 ss., 913; de la época de los §§ 48, 49 StGB, redacción antigua, *vid. LK*[8]*-Mezger*, § 48, nota 2 *d* y § 50, notas 4 y 5 *d; Mezger*, JZ, 1954, pp. 312 ss. (en contra, *Welzel*, JZ, 1954, pp. 429 s.); *Lange*, JZ, 1959, pp. 560 ss.; *Lampe*, ZStW, 77, pp. 262 ss.; *Dahm*, MDR, 1959, pp. 508 ss.

[24] *Schmidhäuser*, Studienbuch, 10/22, que interpreta el concepto de dolo de los §§ 26 s. StGB, en tanto que afecta a una cualidad del hecho principal, como voluntariedad en el sentido de querer el movimiento corporal (acción básica) junto con las consecuencias eventualmente pretendidas (¿típicas?) (acción de las consecuencias, loc. cit., 5/10).

c') Con vistas a la solución, hay que distinguir tres ámbitos de problemas: 14

— Por lo que se refiere a los delitos comisibles por cualquiera, se suele ocultar el problema mediante una definición generosa de la autoría mediata: Todo aquel que actúa sin dolo será instrumento de todo aquel que actúa con dolo. Así, todo actuante doloso se convierte en nodriza del actuante no doloso, lo que puede resultar correcto de ser inevitable el error, pero es absurdo, axiológicamente, en caso de descuido (*vid.* ya *supra* acerca de la autoría mediata 21/72). Aplicando las reglas de la participación, el partícipe, sin tener en cuenta la punibilidad de la imprudencia (no se trata de imprudencia, sino de que falta el dolo), tendría que responder por el marco penal de los delitos dolosos, ya que las formas de evitabilidad (dolo e imprudencia) operan personalísimamente (*vid. infra* acerca de la accesoriedad cualitativa 23/16 ss.).

— En los delitos que, según su formulación o bien de hecho, son delitos especiales sin contener una infracción de un deber especial, tampoco el remedio de la autoría mediata entraña responsabilidad si el causante doloso no posee cualificación de autor alguna. En este ámbito se encuentran, *de lege lata*, las contradicciones valorativas más graves: Apoyar al que actúa con dolo es impune. Ejemplo (*vid.* asimismo el ejemplo, indicado al principio, del auxilio a la huida del lugar del accidente): Quien aconseja a un borracho conducir un coche conociendo su estado de embriaguez responde como partícipe en un delito de conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas; quien da el mismo consejo a un autor que se considera apto para conducir, descuidadamente o con buenas razones, pero en todos caso erróneamente, no responde. En la medida en que *de lege ferenda* decae la posibilidad de reformulación como delitos comisibles por cualquiera —preferible [25], pero que a veces conduce a formulaciones muy forzadas— [26], sólo sirve de remedio reconocer la participación en hecho no doloso. Incluso reconociendo la reformulación como delitos comisibles por cualquiera, la solución no reside en la aplicación global de la autoría mediata, sino en diferenciar en función de la responsabilidad de la conexión entre defecto y realización del tipo. 15

— Los delitos especiales en sentido estricto requieren una solución propia. Aquí, el obligado especialmente asume no sólo la acción ejecutiva (división del trabajo), sino que sólo él aporta el deber (separación de papeles). Por eso su infracción del deber indica la medida máxima de detrimento de la validez de la norma; por expresarlo gráficamente, su infracción de deber es el ojo de la aguja que ha de atravesar el injusto de todos los intervinientes (salvo los casos de justificación relativa, acerca de ello *supra* 11/59 *b*). Por consiguiente, la punición de la participación es adecuada en la medida en que el hecho principal es injusto imputable para el cualificado, es decir, en la imprudencia sólo si existe un tipo de imprudencia paralelo y, en caso de inevitabilidad, nunca. Dado que en los delitos especiales propios suelen faltar los tipos de imprudencia, el 16

[25] La ventaja reside en poder abarcar también los supuestos de *vis absoluta*, en los que falta la acción en la persona a la que se compele. Ejemplo: Una mujer fuerza a su marido, con *vis absoluta*, a realizar «acciones» de exhibicionismo. En favor de una reformulación también *Herzberg*, ZStW, 99, pp. 49 ss., 67.

[26] Por ejemplo, con respecto al § 316 StGB: Quien en concepto de autor ocasiona que una persona inepta para conducir guíe un vehículo, etc.; desmañado en términos semejantes ahora el § 177.1 StGB.

grupo de casos pierde así toda importancia práctica. Ejemplo: El juez que dicta sentencia basada en una burda maniobra engañosa, a pesar de su descuido, por falta de dolo no comete prevaricación típica del § 336 StGB, lo que excluye la responsabilidad de todos los partícipes que puedan derivar su deber sólo del del juez [26a].

17 *d')* En definitiva, la ley [27] ha adoptado una diferenciación naturalística (dolo/imprudencia), donde habría sido adecuada una valorativa (responsabilidad/no responsabilidad). Los argumentos de la doctrina dominante, esgrimidos contra la posibilidad de participación en el hecho no doloso y en favor de la solución legal, adolecen todos de falta de diferenciación: La solución en los delitos especiales en sentido estricto (que desde luego desembocará en la impunidad de la participación en el hecho no doloso no punible) se empareja con la de los delitos comisibles por cualquiera y se utiliza contra ésta [28], y en los delitos comisibles por cualquiera se construye la alternativa incorrecta de que en todos los casos se da o sólo autoría mediata o bien sólo participación en hecho no doloso; esto último no constituye la solución apropiada naturalmente para los casos en que el hombre de atrás es responsable de la conexión entre el defecto y el hecho. Una regulación satisfactoria tendría que contemplar tanto la participación en el hecho no doloso como la autoría mediata mediante al aprovechamiento de un instrumento que actúa sin dolo, aquello para los casos de no responsabilidad del interviniente por la conexión entre defecto y hecho, y esto para los supuestos de responsabilidad.

18 *e')* El tenor literal de la ley es claro. Por eso resulta incompatible con el principio de taxatividad reconocer la participación en hecho principal no doloso cuando este hecho principal, según la representación del partícipe, es doloso, pero en realidad se ejecutó sin dolo. Casos de este tipo no cabe concebirlos en los delitos especiales; ejemplo: La enfermera, queriéndolo y conociendo las consecuencias, proporciona al médico un medicamento en una dosis elevada ya nociva; el médico se había equivocado al indicar la cantidad; la enfemera consideraba que el médico había incluido en su plan las consecuencias, etc.; por falta de hecho principal doloso, no hay participación de la enfermera en las lesiones; por falta de conocimiento de la no dolosidad, no hay autoría mediata de la enfermera; queda la posibilidad de tentativa de participación y de autoría imprudente. Además, la solución que en tales casos aplica los §§ 26 y 27 StGB adolece de no tener en cuenta, injustificadamente, las reglas usuales sobre congruencia de curso causal objetivo y dolo [29]. Ello se explica por la equiparación

---

[26a] Lo cual lo olvida *Herzberg*, ZStW, 99, pp. 49 ss., 65.

[27] Al igual que la ley, ya la jurisprudencia relativa a los §§ 48 y 49 StGB, redacción antigua, desde BGH, 9, pp. 370 ss. (abandonando la postura de BGH, 4, pp. 355 ss.; 5, pp. 47 ss.). Sobre la jurisprudencia en torno al § 14 StGB, *vid. supra* 21/7 con nota 10. De entre la doctrina, *vid.* especialmente *Welzel*, JZ, 1953, pp. 763 s.; *el mismo*, JZ, 1954, pp. 138 ss.; *el mismo*, Strafrecht, § 16, I, 2 *a*, con pormenorizada bibliografía de la doctrina sobre el Derecho anterior; *el mismo*, ZStW, 58, pp. 491 ss., 537 ss., 546; *el mismo*, Grünhut-Festschrift, pp. 1273 ss., 179 ss.; *Bockelmann*, Verhältnis, pp. 15 ss.; *el mismo*, GA, 1954, pp. 193 ss.; *el mismo*, Untersuchungen, pp. 109 ss., 124 s.

[28] Como criatura monstruosa se menciona, junto al citado ejemplo de prevaricación, la participación en la «administración desleal no dolosa»; *vid. H. Mayer*, Rittler-Festschrift, pp. 243 ss., 266.

[29] Acertadamente *Bockelmann*, Gallas-Festschrift, pp. 261 ss., 267; muy controvertido, bibliografía en *Jescheck*, AT, § 61, VII, 3, nota 48; *Roxin*, Täterschaft, pp. 555 ss.

de «causación» y «causación accesoria», es decir, por reminiscencias del concepto extensivo de autor (teoría del autor: *Urheberlehre*).

B. La participación externa (cuantitativa)

19 1. Como ya en la coautoría, también en la participación se unen las aportaciones de todas las personas en un suceso delictivo que recorre unitariamente los estadios de la preparación y de la tentativa (consideración global), es decir, no separadamente para cada interviniente (consideración individual). Aun cuando un interviniente haya realizado enteramente su aportación, para él sólo existirá tentativa cuando el suceso delictivo en su conjunto haya alcanzado el grado de tentativa. Así pues, se trata a todas las aportaciones conforme al progreso cuantitativo del hecho en su conjunto, es decir, como si un solo autor lo ejecutara todo [29a].

Mediante la unión de los intervinientes en un cuerpo único o en una persona única, puede ocurrir que el tránsito de la preparación a la tentativa lo lleve a cabo un interviniente que, por lo insignificante de su aportación, sólo sea partícipe, pero no autor (sobre ello, *supra* 21/37). Ejemplo: El cristalero al que se ha alistado en calidad de experto deja cortado el cristal de una ventana en la casa de la víctima para que sus co-intervinientes se limiten a quitar el cristal empujando, sin tener que hacer ruido, y entren por el agujero a robar.

20 2. *a)* Si no se produce el hecho principal, sólo se da tentativa de participación. Ejemplos: El inducido se niega a cometer el hecho; el inducido se propone cometer el hecho, pero fracasa ya antes de llegar a tentativa. Esta tentativa de participación es punible en el marco del § 30 StGB (el § 30 StGB formula, pues, una excepción a la accesoriedad); en los demás casos, la tentativa como tal tentativa es impune (pero no siempre como hecho del § 138 StGB) [30], incluso en los delitos graves [31].

b) Si de todos modos se intenta el hecho principal en concepto de autor, a través de la vinculación al tipo de la autoría está garantizada la vinculación al tipo de la participación; el partícipe responde en la medida de lo que haya salido bien, es decir, por participación en la tentativa, pero sólo cuando la tentativa del autor sea también punible, es decir, no en los delitos menos graves (*Vergehen*) (§ 12.2 StGB) si no existe regulación especial en la Parte Especial (§ 23.1 StGB).

[29a] Derecho comparado en *Jescheck*, ZStW, 99, pp. 111 ss.

[30] Acerca de la punición subsidiaria por el § 138 StGB, *vid. Schmidhäuser*, Bockelmann-Festschrift, pp. 683 ss., con bibliografía.

[31] Bien es verdad que la participación en el crimen es crimen (§ 12.2, § 26 StGB; § 12, párrafos 1 y 3, § 27 StGB), pero la punibilidad general de la tentativa de crimen (§ 23.1 StGB) comprende sólo a la autoría (arg. § 30 StGB) y además la tentativa de un delito por parte de varios que participan accesoriamente se determina unitariamente, en función de la acción ejecutiva; *vid.* ya *supra* con respecto a la coautoría accesoria.

III. LA INDUCCION

BIBLIOGRAFIA: *G. Bemmann*, Zum Fall Rose-Rosahl, MDR, 1958, pp. 817 ss.; *el mismo*, Die Umstimmung des Tatentschlossenen, Gallas-Festschrift, pp. 273 ss.; *R. Bloy*, Comentario a BGH, 32, pp. 310 ss., JR, 1985, pp. 206 s.; *el mismo*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1986; *P. Cramer*, Comentario a BGH, 19, pp. 339 ss., JZ, 1965, pp. 31 s.; *E. Dreher*, Der Paragraph mit dem Januskopf, Gallas-Festschrift, pp. 307 ss.; *M. Fincke*, Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts, 1975; *W. Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *W. Gallas*, Comentario a BGH, JR, 1956, pp. 226, loc. cit., pp. 226 s.; *el mismo*, Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs, ZStW, 80, pp. 1 ss.; *K. H. Gössel*, Dogmatische Überlegungen zum erfolgsqualifizierten Delikt nach § 18 StGB, Lange-Festschrift, pp. 219 ss.; *R. D. Herzberg*, Anstiftung zur unbestimmten Haupttat, BGHSt., 34, 63, JuS, 1987, pp. 617 ss., *P. Hünerfeld*, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland, ZStW, 99, pp. 228 ss.; *J. C. Joerden*, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, 1988; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik im Alternativentwurf, ZStW, 80, pp. 34 ss.; *L. Martin*, Beihilfe zur Anstiftung, DRiZ, 1955, pp. 290 s.; *D. Meyer*, Der mißverständliche Bestechungversuch, JuS, 1970, pp. 529 ss.; *el mismo*, Anstiftung durch Unterlassen?, MDR, 1975, pp. 982 ss.; H. *Otto*, Anstiftung und Beihilfe, JuS, 1982, pp. 557 ss.; *I. Puppe*, Der objektive Tatbestand der Anstiftung, GA, 1984, pp. 101 ss.; *K. Rogall*, Die verschiedenen Formen des Veranlassens fremder Straftaten, GA, 1975, pp. 11 ss.; *C. Roxin*, Comentario a BGH, 34, pp. 63 ss., JZ, 1986, pp. 908 f; *E. Samson*, Die öffentliche Aufforderung zur Fahnenflucht an Nato-Soldaten, JZ, 1969, pp. 258 ss.; *F.-C. Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965; *J. Schulz*, Die Bestrafung des Ratgebers, 1980; *el mismo*, Anstiftung oder Beihilfe, JuS, 1986, pp. 933 ss.; *R. Seebald*, Teilnahme am erfolgsqualifizierten und am fahrlässigen Delikt, GA, 1964, pp. 161 ss.; *K. Sippel*, Zur Strafbarkeit der «Kettenanstiftung», 1989; *U. Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988; *U. Stree*, Bestimmungen eines Tatentschlossenen zur Tatänderung, Heinitz-Festschrift, pp. 273 ss.

A. La especificidad de la participación mediante inducción

21 1. Inducir es determinar dolosamente a un hecho doloso (§ 26 StGB). La interpretación de la expresión «determinar» es difícil y polémica. También el cómplice necesario (p. ej., quien proporciona al autor el único instrumento idóneo, inalcanzable de otro modo) «determina» en sentido amplio al hecho, ya que convierte la voluntad antes incapaz de realizar el hecho del autor en capaz de realizarlo, y así, sólo entonces, en dolo penalmente típico. Con mayor razón «determina» en sentido amplio quien crea una oportunidad a cuya tentación o compulsión sucumbe otro, según lo esperado, y por eso concibe el dolo de un delito (alguien roba a un malhechor sabiendo que éste se desquitará robando en otro sitio). Para evitar semejantes desbordamientos, una corriente doctrinal extendida requiere una influencia espiritual sobre el inducido por parte del inductor, aludiendo a una comunicación verbal o de otro tipo [32].

[32] *Schmidhäuser*, AT, 14/104; *Jescheck*, AT, § 64, III, 1; *H. Mayer*, AT, § 49, III, 1 *b*; *LK-Roxin*, § 26, núm. marg. 12, con más bibliografía; más atenuadamente (influjo «psíquico»), *Stra-*

2. Esta limitación aún es demasiado leve, pues mediante comunicación 22
opera también la complicidad psíquica. Dado que la inducción es punible en tanto que comportamiento al que se induce [32a], en la interpretación ha de distinguirse completamente de la complicidad. Por eso, no basta con que se dé cualquier influjo espiritual, sino que es necesario un influjo en el sentido de que ha de llevarse a cabo el hecho. Este influjo no sólo tiene que realizarse, sino que además debe surtir efecto, es decir, el dolo del inducido tiene que producirse precisamente en virtud de la comunicación con el inductor acerca de la necesidad del hecho. El que el inductor considere oportuno el hecho tiene que constituir un motivo para que el inducido lo realice. Dicho de otro modo, no es la comunicación acerca de todas las acciones que uno *puede* realizar, sino la comunicación sobre las acciones que uno *debe* realizar, lo propio de la inducción; y debe surtir efecto, es decir, mover al destinatario del influjo a que cometa el hecho [33].

El influjo psíquico constituye, pues, inducción sólo si el autor —como en la antigua teoría subjetiva sobre la autoría— adopta su decisión, y persevera en ella, con dependencia de la voluntad del que influye [33a]. Pero si el autor, por sí solo, pone en práctica el saber que se le ha transmitido, sin que la voluntad del que influye haya llegado a ser causal, o si la voluntad del que influye, que antes ha surtido efecto, se convierte en obsoleta antes de la ejecución del hecho (p. ej., porque el que influye comunica al ejecutor que ya no está interesado en el hecho), la inducción estará sólo intentada y únicamente consumada la complicidad (psíquica). Ejemplos: Al autor se le informa de una ocasión favorable para el hecho; el autor ejecuta el hecho movido por la oportunidad favorable —sólo complicidad (psíquica)—. El autor, que no se ha deci-

---

tenwerth, AT, núm. marg. 881; *de otra opinión*, *Lackner*, § 26, nota 2; *SK-Samson*, § 26, núm. marg. 5; más estrictamente, *Otto*, JuS, 1982, pp. 557 ss., 560 (operar «influyendo directamente sobre la voluntad del autor»); *Stein*, Beteiligungsformenlehre, pp. 241 ss., 270 ss. (menoscabar la «fuerza motivadora del deber como tal»).

[32a] Los primeros puntos de partida para la distinción los aporta el artículo 4, § 3, inciso 1, en conexión con inciso 2, de la Ley de Modificación del Código Penal, de la Ordenanza Procesal y de la Ley de Asociaciones e introductoria de la regulación del «arrepentido» como testigo (*Kronzeuge*) en los delitos terroristas, de 9 de junio de 1989, BGBl., I, p. 1059: En los homicidios dolosos, el autor de un hecho consumado no puede obtener la plena exoneración de pena, pero sí —junto al cómplice y todos los intervinientes en caso de tentativa— el inductor. Desde luego, para la interpretación posee escaso valor la regulación oportunista del arrepentido como testigo.

[33] *Puppe*, GA, 1984, pp. 101 ss., 113; en términos semejantes *Joerden*, Strukturen, pp. 119 ss.; lo cual coincide en el punto de partida con la postura de *Schulz*, que reduce la eficacia necesaria para la inducción a aquella que se despliega mediante «dominio del plan» (Ratgeber, pp. 137 ss.; *el mismo*, JuS, 1986, pp. 933 ss.). Tendría el dominio del plan el que crea la «conexión de sentido delictiva» (p. 150). Pero *Schulz* no tiene en cuenta que la aceptación del plan por parte del ejecutor no tiene por qué ser algo más que la aceptación de una buena idea. La aceptación se distingue, por tanto, a lo sumo cuantitativamente de los demás modos psíquicos de verse influido. El dominio del plan no aporta —como *Schulz* reconoce— una forma de dominio con respecto al hecho, sino únicamente un dominio en el ámbito previo. Pero tal dominio en el ámbito previo lo tiene también el partícipe necesario, es decir, un dominio sobre la ejecutabilidad. Para la superior graduación jerárquica de la inducción con respecto a la complicidad ha de añadirse una intervención drástica del inductor en el hecho: precisamente a través del autor, que concibe su dolo con carácter dependiente; en lo esencial como *Schulz*: *Bloy*, Beteiligungsform, pp. 328 ss., 338 s.; críticamente, *Stein*, Beteiligungsformenlehre, pp. 174 ss.

[33a] Sobre la necesidad de la persistencia, acertadamente *Puppe*, GA, 1984, pp. 1984, pp. 101 ss., 113; *vid.* asimismo *Schulz*, JuS, 1986, pp. 933 ss., 940.

dido aún, se hace aconsejar por un experto, quien le manifiesta que debe atreverse a realizar le hecho; de igual modo, sólo complicidad (psíquica), pues al autor únicamente le interesa la opinión con respecto a la posibilidad de ejecución, pero no la propia voluntad de que ejecute del que influye. Se promete al autor una recompensa si configura el hecho; merced a la recompensa, se ejecuta el hecho; o bien al autor, que se ofrece espontáneamente, decidido con la condición de que se le otorgue una recompensa, se le promete tal recompensa; en ambos casos inducción, porque el autor no concebiría su dolo, ni perseveraría en él, si el que influye no quisiera el hecho.

Sólo si la decisión del hecho se concibe y se mantiene como decisión dependiente en el sentido descrito, el influjo psíquico es más que mera incitación, auxilio o «buen» consejo; así pues, sólo entonces es adecuado destacar la inducción que se da junto a la complicidad [34].

B. Pormenores

23 1. No se requiere un especial énfasis del determinar. El *arsenal de los medios de inducción* [35] comprende desde la comunicación, exenta de engaño y de dominio sobre el ejecutor, acerca de que debe realizarse el hecho (lo que también puede tener lugar en forma interrogativa) [36], hasta los medios de la autoría mediata, siempre que el influido actúe dolosamente. Decaen los engaños que excluyen el dolo en el engañado (entonces se da autoría mediata, *vid. supra* 21/74). La distinción que establece la jurisprudencia entre mero ruego (no inducción) [37] y creación de un motivo (inducción) [38] no es factible. La jurisprudencia ha aportado poco a la delimitación, ya que el inductor en provecho propio (es decir, el caso normal) responde según la teoría subjetiva, como coautor.

24 2. *a)* Quien está decidido a cometer el hecho de todos modos (*omnimodo facturus*) [38a] ya no puede ser inducido con éxito (pero esta inducción cabe intentarla —si se desconoce que el autor está decidido al hecho—, § 30.1 StGB). Naturalmente, no se da una decisión de cometer el hecho ya cuando alguien es propenso en general al hecho [39]; acerca de la delimitación entre propensión al hecho y decisión de cometer el hecho, *vid. infra* sobre la tentativa 25/29 ss.

25 *b)* Desde luego, cabe determinar a quien está ya decidido al hecho a *modificaciones de la decisión*. Así, se reconoce que cabe inducir a intensificacio-

---

[34] En parte similarmente *D. Meyer*, JuS, 1970, pp. 529 ss.; *el mismo*, MDR, 1975, pp. 982 ss.

[35] Con respecto a la inducción causando un error: OLG Hamburg, HESt., 2, pp. 326 s.; RG, 71 pp. 98 ss., 99. Demasiado ampliamente sobre la inducción, ya que se incluye el mero aconsejar, RG, 53, pp. 189 ss., 190. *Vid.* también la enumeración de los medios de cometer el hecho en el § 48 StGB, redacción antigua.

[36] BGH, GA, 1980, pp. 183 s.

[37] RG, HRR, 1942, núm. 741.

[38] RG, 36, pp. 402 ss., 405.

[38a] Críticamente sobre este concepto, *Puppe*, GA, 1984, pp. 101 ss., 116 ss., 117, que no reconoce decisión del hecho antes de que comience el comportamiento penalmente típico (de consumación, tentativa o preparación); *vid. infra* 25/29 s.

[39] RG, 37, pp. 172 s.; BGH, en *Dallinger*, MDR, 1957, p. 395; MDR, 1972, p. 569.

nes, punibles independientemente, sobre el hecho hasta entonces planeado (indiscutido); ejemplo: Se aconseja a quien está decidido a cometer lesiones que penetre en la morada de la víctima y ejecute allí el hecho, como así ocurre; inducción al allanamiento de morada, §§ 26, 123 StGB, en concurso ideal, según se presente el caso, con complicidad en las lesiones, § 27, 223 StGB. Por lo demás, se trata de si el hecho, para el influido, se mantiene idéntico (no inducción) o se modifica (inducción). Cuándo se produzca esta segunda posibilidad sólo cabe determinarlo con dificultad y en general es cuestión muy polémica [40]. El espectro abarca desde apreciar idénticos hechos cuando se da igual «medida de lesión del bien jurídico» [41] hasta la determinación de la identidad por medio de cada cualificación singular de un delito [42]. La doctrina dominante aprecia un cambio de identidad en el paso a un «aliud» [43], así como cuando se trata de una intensificación «relevante» [44].

c) Con vistas a la solución, hay que tener en cuenta: 26

a') El cambio de autor modifica siempre, por definición, el hecho para el influido, aun cuando para otros intervinientes se mantenga idéntico. Ejemplo: El jefe de la banda determina, en lugar de al miembro de la banda elegido en principio, a otro miembro, para ser coautor de un asesinato; inducción, aunque el hecho se mantiene idéntico para los otros coautores y demás intervinientes.

b') Igualmente, el cambio del objeto del hecho modifica la identidad, aun cuando al autor no le importe la identidad del objeto. Ejemplo: Se aconseja al autor no romper el cristal de la ventana —tal como estaba planeado— en una calle del centro perfectamente iluminada, sino elegir una bocacalle escasamente iluminada. No obstante, el dolo del autor debe estar concebido con independencia de la voluntad del que le hace cambiar de parecer (de lo contrario, sólo complicidad psíquica), lo que casi siempre faltará en casos como éstos.

c') El cambio del medio, del tiempo o del lugar del hecho modifica la identidad igualmente, siempre que no se trate de una circunstancia (absoluta o relativamente) secundaria (*vid. supra* acerca de la causalidad 7/14 ss.). Por lo general, naturalmente, el autor no emprenderá una modificación de estas modalidades con dependencia de la voluntad del que determina a la modificación, sino precisamente sólo a causa de la configuración más favorable para él. Ello es aplicable también en caso de intensificaciones cuantitativamente relevantes, estén formuladas típicamente o no. Ejemplo: En lugar de la mera sustracción (§ 242 StGB) se aconseja la sustracción empleando violencia (§ 249 StGB); no hay inducción al robo, ni tampoco inducción a las coacciones, si es sólo el co-

---

[40] Bibliografía detallada en *Schulz*, Ratgeber, pp. 16 ss., 65 ss., 101 ss.; *Bloy*, Beteiligungsform, pp. 332 ss.

[41] *SK-Samson*, § 26, núm. marg. 4.

[42] *Stree*, Heinitz-Festschrift, pp. 273 ss., 291 s.; *Otto*, JuS, 1982, pp. 557 ss., 561 (además mediante cualquier modalidad comisiva).

[43] *Bemmann*, Gallas-Festschrift, pp. 273 ss., 277; *LK-Roxin*, § 26, núm. marg. 4; *Welzel*, Strafrecht, § 16, II, 2.

[44] BGH, 19, pp. 339 ss., 340 s.; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 51, núm. marg. 9; *Schmidhäuser*, AT, 14/113; más estrictamente (sólo en caso de independización del delito planeado después frente al delito ya planeado), *LK-Roxin*, § 26, núm. marg. 6; *de otra opinión* (responsabilidad sólo por el *plus*), *Jescheck*, AT, § 64, III, 2 *c; Cramer*, JZ, 1965, pp. 31 s.

nocimiento que se ha proporcionado lo que conduce a la modificación de la modalidad [45]. A la inversa, el inductor a menudo dejará al buen criterio del autor la elección del medio, dentro de determinado marco.

d') El cambio del fin del hecho (del fin intermedio o del móvil) constituirá por lo general disuasión unida a nueva inducción [46]. Ejemplo: Al anarquista decidido a cometer un atentado empleando explosivos se le convierte a fin de que coloque la bomba no por la internacionalización de la revolución, sino por la unidad de la patria; inducción.

27 3. Dado que en la inducción se trata de que se corrompa al influido, pero no sólo de que se le reafirme en su propensión delictiva, el *hecho debe estar determinado*. Obviamente, por falta de dominio del hecho (aquí: por falta de dominio de la configuración), el inductor puede confiar al influido la concreción de las modalidades que han de decidirse de la forma lo más próxima posible al hecho; si ha de responder como inductor, debe conocer, sin embargo, el marco y los principios para la concreción de víctima (objeto del hecho), medio, lugar y fin, dentro del marco. Esto último lo pasa por alto la interpretación al uso, que atiende a la medida [47] o a la adecuación del injusto [48] y por eso abarca también a los hechos análogos. En esta solución, la inducción se convierte en determinación a una desobediencia de cantidad fija y de género fijo, pero ya no es determinación a un hecho fijo [49].

28 4. Por lo que se refiere al *autor* que el inductor tiene pensado, la solución es paralela: Si no está individualizado plenamente, sí debe estar individualizado en cuanto al marco, o bien ser plenamente determinable mediante directrices para colmar el marco. Con estos requisitos, no hace falta que el inductor conozca a aquel que vaya a ser determinado al hecho [50].

En caso de indeterminación del hecho concreto, condicionada por la amplitud del círculo de autores potenciales, la provocación para delinquir (§ 111 StGB) ofrece una regulación especial [51]. Si excepcionalmente, a pesar de la indeterminación del ámbito de autores, el hecho potencial está definido con la suficiente precisión, se da la inducción; ejemplos: la provocación, mediante un cartel, a penetrar en un jardín privado delimitado, a pesar de las protestas del poseedor, constituye inducción al allanamiento de morada, §§ 26 y 123 StGB,

---

[45] En otro sentido, la posición dominante; *vid.*, BGH, 19, pp. 339 ss., 340 s.

[46] *De otra opinión Bloy*, Beteiligungsform, p. 342.

[47] *LK-Roxin*, § 26, núm. marg. 9; *el mismo*, JZ, 1986, pp. 908 s.; sustancialmente también, BGH, 15, pp. 276 ss., 277.

[48] *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 888.

[49] Como aquí, BGH, 34, pp. 63 ss., 66 s. (con comentario desfavorable de Roxin, JZ, 1986, pp. 908 s. y reseña crítica de *Herzberg*, JuS, 1987, pp. 617 ss.; acerca de esta sentencia, *vid.* asimismo *infra* 24/17 con nota 27 *c*); *Schmidhäuser*, AT, 14/102 ss.; en definitiva también, RG, 34, pp. 327 ss., 328.

[50] Especialmente relevante para la inducción en cadena; BGH, 6, pp. 359 ss., 361.

[51] Acerca de la relación de los §§ 26 y 111 StGB, *vid. Dreher*, Gallas-Festschrift, pp. 307 ss.; *Fincke*, Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts, pp. 76 ss.; *Rogall*, GA, 1975, pp. 11 ss., con más bibliografía; *Samson*, JZ, 1969, pp. 258 ss.; *Bloy*, Beteiligungsform, pp. 323 ss. Con respecto a la delimitación entre los delitos del § 111 StGB (provocación pública para delinquir) y las meras manifestaciones de descontento, *vid.*, BGH, 32, pp. 310 ss., con comentario de *Bloy*, JR, 1985, p. 206. Sobre los §§130 *a*, 140 StGB, *vid. Rogall*, loc. cit., pp. 19 ss., 23 ss.

si la decisión de ejecutar el hecho se toma con dependencia del dolo del provocador, lo que evidentemente a menudo no se dará [52].

5. El inductor debe conocer todos los presupuestos de la inducción, in- 29
cluido el requisito de hecho principal doloso. Pero éste no responde por el *exceso del inducido*, es decir por que el inducido haya sobrepasado el marco trazado por la inducción [53]. En relación con el *error in persona vel objecto* del autor, se aplica paralelamente lo indicado para la coautoría, es decir, se trata de si la víctima se ha mantenido en el marco trazado por la inducción y ha coincidido con los principios de la concreción [54].

Si la acción a la que se indujo acarrea una consecuencia accesoria no abarcada por el dolo, pero evitable, en esa medida viene en consideración la responsabilidad por delito imprudente. En los *delitos cualificados por el resultado* con delito doloso base, ello supone que quien induce al delito base responda por el delito cualificado por el resultado, si la acción que determina el resultado está abarcada por el dolo: Si en delitos cualificados por el resultado (p. ej., el del § 226 StGB) se da inducción al delito base (§§ 26, 223 StGB) e imprudencia con respecto a la consecuencia (§ 18, 222 StGB), el partícipe en el delito base responde por participación en el delito cualificado por el resultado, tratándose de participación en el delito base y de autoría imprudente en relación con la consecuencia [55]. Dado que sólo se da la intervención accesoria en relación con el delito base, no es necesario que el ejecutor responda más que por el delito base. El delito base debe realizarlo como hecho doloso, pero puede que en relación con la consecuencia le falte la imprudencia. En las *combinaciones dolo-imprudencia no cualificantes*, el autor principal —por falta de otro hecho principal— debe realizar en su persona tanto la parte dolosa del tipo como la imprudente [56].

6. Si la inducción al hecho principal se lleva a cabo a través de personas 30
que transmiten la inducción al autor principal (intervención en cadena), sólo cabe tratar como inductores a aquellos intervinientes de cuya voluntad el autor principal u otro inductor hacen depender su decisión [57] (*supra* 22/22); los de-

---

[52] Genéricamente *de otra opinión* OLG Hamm, VRS, 26, pp. 105 ss.; *LK-Roxin*, § 26, núm. marg. 10, con más bibliografía.

[53] Acerca de la participación en general, *vid.*, RG, 67, pp. 343 ss., 344; BGH, 2, pp. 223 ss., 224 s.; *vid.* asimismo, BGH, 11, pp. 66 s.

[54] *Vid. supra* 21/45, con bibliografía; además, *Bemmann*, MDR, 1958, pp. 817 ss., 821.

[55] BGH, 2, pp. 223 ss., 225; 19, pp. 339 ss., 341 s., con comentario de *Cramer*, JZ, 1965, pp. 31 s., 32; BGH, BNJW, 1987, pp. 77 s.; *Schönke-Schröder-Cramer*, 6, 18, núm. marg. 7, con amplia bibliografía. *De otra opinión*, *Seebald*, GA, 1964, pp. 161 ss.; *Gössel*, Lange-Festschrift, pp. 219 ss. (*Gössel* interpreta los delitos cualificados por el resultado como delitos *imprudentes* con la contrariedad a cuidado tipificada; en esta concepción queda descartada la participación, por falta de hecho principal doloso; en contra, *LK-Roxin*, § 26, núm. marg. 29; *LK-Schroeder*, § 18, núm. marg. 33).

[56] En otro sentido, *SK-Rudolphi*, § 11, núm. marg. 35.

[57] Yendo más allá (sin el requisito de dependencia con respecto a la voluntad del autor principal), BGH, 6, pp. 359 ss.; 8, pp. 137 ss.; 14, pp. 156 ss.; sobre la complicidad con la inducción, *vid. Martin*, DRiZ, 1955, pp. 290 s.; acerca de la inducción en cadena, *vid. Gallas*, JR, 1956, pp. 226 s. *Sippel*, Strafbarkeit, pp. 5 ss., percibe acertadamente la necesidad de tener en cuenta en la interpretación la conminación penal idéntica a la del autor; pero el que restrinja la inducción a la «provocación intencional inmediata de la decisión del hecho» (p. 90) es —desde luego en el elemento de la inmediatez— algo demasiado superficial.

más son a lo sumo cómplices. Si el inductor induce sólo a un cómplice, mientras que el autor principal no adopta su decisión dependiendo de él (ejemplo: El inductor le da dinero a una persona que posee un arma para que ésta preste el arma al autor principal), la aportación al hecho principal sólo surte efecto como aportación de cómplice y por tanto hay que tratarla como complicidad en el hecho principal. También la complicidad con la inducción es complicidad con hecho principal (ejemplo: El cómplice persuade al autor principal para que haga caso al inductor). En todo caso, ha de haberse llegado —salvo en los supuestos del § 30 StGB— a un hecho principal al menos intentado (accesoriedad cuantitativa).

31 7. Al inductor *se le castiga «igual que al autor»*, § 26 StGB. Esta regulación es incorrecta, incluso desde la interpretación estricta, que aquí se propugna, de la inducción (al igual que por esto mismo es insostenible la interpretación amplia de la doctrina dominante). La fundamentación usual de que el inductor ha «dado el impulso decisivo hacia el hecho» [58] constituye una consideración material aislada sin valor sistemático: También la cooperación necesaria es decisiva en este sentido, pero comporta una menor responsabilidad, y todo autor único no sólo decide, sino que además tiene dominio del hecho, sin responder en mayor grado. Por eso es preferible prever una atenuación facultativa, como la del § 28.2 AE [59].

32 8. La inducción abarca a la complicidad como *intervención copenada* [60] y a su vez es abarcada por la autoría [61] (*vid. infra* 31/28).

IV. LA COMPLICIDAD

BIBLIOGRAFIA: *N. Bitzilekis*, Über die strafrechtliche Bedeutung der Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat, ZStW, 99, pp. 723 ss.; *R. Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; *W. Bottke*, Comentario a BayObLG, NJW, 1980, pp. 412 s., JA, 1980, pp. 379; *W. Class*, Die Kausalität der Beihilfe, Stock-Festschrift, pp. 115 ss.; E. *Dreher*, Die Kausalität der Beihilfe, MDR, 1972, pp. 553 ss.; *W. Gallas*, Comentario a RG, 71, pp. 193 ss., ZAkDR, 1937, pp. 438 s.; *C.-J. Gores*, Der Rücktritt des Tatbeteiligten, 1982; *H.-H. Hau*, Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen, 1974; *R. D. Herzberg*, Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände, GA, 1971, pp. I ss.; *H. Isenbeck*, Beendigung der Tat bei Raub und Diebstahl, NJW, 1965, pp. 2326 ss.; *H.-H. Jescheck*, Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat, Welzel-Festschrift, pp. 683 ss.; *J. C. Joerden*, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, 1988; *K. Kühl*, Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts, 1974; *W. Küper*, Grenzfragen der Unfallflucht, JZ, 1981, pp. 209 ss. y 251 ss.; *el mismo*, Zur Problematik der sukzessiven Mittäterschaft, JZ, 1981, pp. 568 ss.; *O. Ranft*, Das garantiepflichtwidrige Unterlassen der Taterschwerung, ZStW, 97, pp. 268 ss.; *J. Salamon*, Vollendete und versuchte Beihilfe, 1968; *E. Samson*, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972;

---

[58] BT-Drucksache, V/4095, p. 13.

[59] En general muy controvertido; *vid. F.-C. Schroeder*, Täter hinter dem Täter, pp. 2102 ss.; *Gallas*, ZStW, 80, pp. 1 ss., 32 s.; *Armin Kaufmann*, ZStW, 80 *o'*, 34 ss., 37.

[60] BGH, 4, pp. 244 ss., 247.

[61] RG, 33, pp. 401 ss., 402; 44, pp. 208 ss., 211; 62, pp. 74 s., 75; con respecto a las excepciones, *vid.* RG, 70, pp. 138 ss., 139; 70, pp. 293 ss., 296.

el mismo, Die Kausalität der Beihilfe, Peters-Festschrift, pp. 121 ss.; *F. Schaffstein*, Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, Honig-Festschrift, pp. 169 ss., *R. Schlothauer* y *M. Tscherch*, Comentario a BGH, 29, pp. 258 ss., StV, 1981, pp. 22 s.; *U. Sommer*, Verselbständigte Beihilfehandlungen und Straflosigkeit des Gehilfen, JR, 1981, pp. 490 ss., *G. Spendel*, Beihilfe und Kausalität, Dreher-Festschrift, pp. 167 ss.; *U. Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988; *O. Triffterer*, Die österreichische Beteiligungslehre, 1983; *Th. Vogler*, Zur Frage der Ursächlihkeit der Beihilfe für die Haupttat, Heinitz-Festschrift, pp. 295 ss.

A. La causalidad de la complicidad

1. Auxiliar como cómplice consiste en prestar auxilio al hecho doloso (§ 27 StGB). En la interpretación de la prestación de auxilio hay dos extremos discutidos; en primer lugar, si es necesaria la causalidad para el resultado delictivo y si basta un «favorecimiento» y, en segundo lugar, si basta cualquier causalidad o bien «favorecimiento». En relación con la primera cuestión, se trata de si constituye complicidad consumada el apoyo del autor cuyo fruto *ex post* cuando menos no es demostrable, o incluso cuando se puede demostrar que no tuvo ninguno. La segunda cuestión se refiere al problema de las aportaciones reemplazables, es decir, de si han de tenerse en cuenta o no los procesos causales hipotéticos. La respuesta a ambas cuestiones es importante para la sistemática de la imputación [62]; la primera cuestión afecta además a un grupo de casos importantes en la práctica. 33

2. *¿Se requiere causalidad?* 34

a) a') Hay numerosos intentos de fundamentación para negar la necesidad de causalidad de la complicidad. Todos tienen en común un motivo: La impunidad de la complicidad intentada, con arreglo a la Parte General [63], surte efecto fortuitamente frente a la pena de la complicidad en la tentativa o en la consumación, en aquellos casos en que ya en las nimiedades de la aportación del que auxilia se evidencia la solidarización con el hecho principal; constituyen ejemplos el quedarse vigilando, cuando resulta que no se acerca nadie, o procurar medios del hecho idóneos, pero luego no utilizados [64]. Representan motivo además los casos en que la causalidad es probable, pero no demostrable; un ejemplo es el elucubrar, por parte del cómplice, un plan que después el autor descarta, siendo probable que el autor, sin haber verificado un plan así, no habría emprendido en absoluto el hecho [65].

---

[62] *SK-Samson*, § 27, núm. marg. 4.

[63] Con respecto a la Parte Especial, *vid.* § 120, párrafo 1, 3.er grupo de casos, en relación con párrafo 3 StGB; § 121, párrafo 1, núm. 3, en relación con párrafo 2 StGB, entre otros.

[64] *Vid. infra* con respecto al *agent provocateur*, 23/16; *SK-Samson*, § 27, núm. marg. 8.

[65] Como aquí, *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe, pp. 84 s.; *el mismo*, Peters-Festschrift, pp. 121 ss.; *SK-Samson*, § 27, núm. marg. 9, y la doctrina dominante; *Dreher*, MDR, 1972, pp. 553 ss.; *Gores*, Rücktritt, pp. 37 ss., 70; *Bloy*, Beteiligungsform, p. 287; *Jescheck*, AT, § 64, IV, 2 *c*; *LK-Roxin*, § 27, núm. marg. 2 ss., todos con bibliografía.

35 *b') Concepciones discrepantes:*

a') La necesidad de causalidad de la complicidad la discuten del modo más radical los partidarios de concebir a la complicidad como un delito de peligro abstracto [66] o mixto concreto-abstracto [67], y en este último caso peligroso en concreto en consideración a la acción del autor, y peligroso en abstracto en consideración a su resultado. Sin embargo, la peligrosidad abstracta no cabe vincularla a descripciones de hechos y situaciones legalmente detalladas, pues no es en absoluto posible llevar a cabo sin arbitrariedad la determinación de qué comportamiento —no descrito con más detalle— es peligroso en abstracto con respecto al resultado («adecuado en general»). Dicho gráficamente: Incluso quien destruye los útiles del ladrón, ejecuta un comportamiento apropiado en general para favorecer delitos; pues el ladrón, ante la falta de útiles, puede dedicarse ahora al robo. Así pues, la «adecuación general» depende del contexto de la acción [68]. Dado que para la complicidad falta una descripción concreta del hecho y de la situación, su interpretación como prestación de auxilio abstractamente peligrosa conduce —al margen de la imposibilidad, acabada de indicar, de la determinación del peligro abstracto a ojo de buen cubero— a inconsecuencias en el aspecto subjetivo del hecho: El dolo del autor no abarca sólo hasta la acción del autor, sino hasta el resultado del hecho; su objeto tendría que ser, pues, sólo abstracto y al mismo tiempo ya concreto [69].

b') Otra teoría, que considera que se da la complicidad cuando el autor ha incrementado el riesgo de realización del hecho a través del autor principal [70], transforma la complicidad en delito de tentativa peligrosa de complicidad [71].

c') Con la posición acabada de indicar está emparentada la postura de la jurisprudencia, poco clara en sus detalles [72], que renuncia a que «se contribuya a determinar el resultado del hecho principal mediante la actividad de los cómplices». Pero así no hay que suprimir el aspecto objetivo de la complicidad, sino que se exige que «la acción que realiza el tipo de delito, antes de que haya concluido, tiene que haber sido favorecida efectivamente en cualquier momento por la actuación del cómplice» [73]. La disolución del tipo es evidente: La «ac-

[66] *Herzberg*, GA, 1971, pp. 1 ss., 7.

[67] *Vogler*, Heinitz-Festschrift, pp. 295 ss., 304 ss.

[68] Acertadamente crítico, *LK-Roxin*, § 27, núm. marg. 18; *Stein*, Beteiligungsformenlehre, pp. 1347 ss.

[69] Contradictoriamente *Vogler*, loc. cit., p. 314: no punibilidad del *agent provocateur* a pesar del peligro concreto en relación con el comportamiento del autor.

[70] *Salamon*, Beihilfe, p. 155; *Schaffstein*, Honig-Festschrift, pp. 169 ss.; confuso, *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 898.

[71] Acertadamente crítico, *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe, pp. 202 ss.; *el mismo*, Peters-Festschrift, pp. 121 ss.; *LK-Roxin*, § 27, núm. marg. 18; aumento del riesgo más realización del riesgo requieren *Otto*, JuS, 1982, pp. 557 ss., 563 s.; *Ranft*, ZStW, 97, pp. 268 ss., 284 ss., 291 ss.; *Bloy*, Beteiligungsform, p. 286.

[72] Interpretación pormenorizada en *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe, pp. 55 ss.; *Dreher*, MDR, 1972, pp. 553 ss.

[73] RG, 58, pp. 113 ss., 114 s.; en términos semejantes, RG, 67, pp. 191 ss.; 71, pp. 176 ss.; 73 pp. 53 ss., 75, pp. 112 ss., 113; BGH, 8, pp. 390 ss., 391; BGH, VRS, 8, pp. 199 ss., 201; la mera intervención aprobatoria tampoco la entiende la jurisprudencia como favorecimiento, BGH, GA, 1985 pp. 233. Tampoco la jurisprudencia puede mantener en sentido subjetivo la reducción de la causalidad por el resultado; *vid.* al respecto, RG, 56, pp. 169 ss., 170; 60, pp. 24 s.; *vid.* además *Mezger*, Strafrecht, § 57, II (p. 413).

ción que realiza el tipo» no cabe favorecerla sino mediante la causalidad por el resultado en «cualquier momento», si se prescinde de la caracterización exacta de la *ejecución* del delito y uno se conforma, en su lugar, con un difuso suceso total [74].

d') En la medida en que se reconoce el requisito de la causalidad, se opera en ocasiones con conceptos especiales de causalidad: «causalidad de afluencia o de reforzamiento» [75] o causalidad por «la modalidad (el modo en el caso concreto) de la acción» [76]; no son sino construcciones *ad hoc* que no proporcionan ventaja alguna en cuanto a claridad [77].

3. *¿Es suficiente cualquier causalidad?* 36

a) Se trata de un problema —que no sólo afecta a la complicidad— de imputación objetiva (*vid.* supra 7/72 ss., 90 ss.). En la complicidad importa, como en toda intervención, las aportaciones psíquicas y físicas que hay que llevar a cabo para la realización del tipo. Quien lleva a cabo una de estas aportaciones es (al menos) cómplice. A estos efectos son iguales tanto la causalidad psíquica como la física. No basta la mera solidarización activa que no llega a ser causal del resultado.

Entre las aportaciones que han de llevarse a cabo se cuenta sobre todo el mantenimiento del dolo. Así, pues, quien alienta y aconseja al autor por si sufre una crisis en la decisión, es cómplice (por complicidad psíquica), si en la crisis el alentar conduce a la persistencia de la decisión, aun cuando también sea probable que, sin tal aliento, el autor igualmente habría seguido estando decidido; esto último habría sido un curso causal hacia el resultado que habría sido determinado por otras aportaciones [78]. El hecho de que el influjo psíquico haya surtido efecto es, lógicamente, irrenunciable y debe demostrarse en el proceso [79].

b) Pormenores relativos a la causalidad suficiente [80]: 37

a') Es cómplice quien realiza una aportación irreemplazable (cooperación necesaria).

---

[74] Acerca de la relación de la definición de complicidad de la jurisprudencia con la unidad de acción natural que abarca el suceso en su conjunto, como forma de concurso, *vid. Samson*, Hypothetische Kausalverläufe, p. 57; *SK-Samson*, § 27, núm. marg. 5.

[75] *Class*, Stock-Festchrift, pp. 115 ss.

[76] *Mezger*, Strafrecht, § 57, II (p. 413).

[77] Críticamente al respecto, *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe, pp. 61 ss., 64 ss.; *LK-Roxin*, § 27, núm. marg. 3 s.; *Bloy*, Beteiligungsform, pp. 70 ss.

[78] *LK-Roxin*, § 27, núm. marg. 3; *Gores*, Rücktritt, p. 105; *Ranft*, ZStW, 97, pp. 270 ss.; controvertido.

[79] Por eso es incorrecto BGH, en *Dallinger*, MDR, 1967, p. 173; OLG Stuttgart, NJW, 1950, pp. 118 s.; demasiado genérico, BGH, 31, pp. 136 ss., 136.

[80] Todas las soluciones son muy controvertidas; De acuerdo con *Samson* (Hypothetische Kausalverläufe, pp. 160 ss.) en caso de «intensificación» y «aceptación» se respondería, y además en caso de «intensificación» por el total, no sólo por la diferencia. De acuerdo con *LK-Roxin*, § 27, núms. margs. 5 ss., hay que atender a la causalidad por el incremento del riesgo. Pero entonces (también al margen de la justificación por estado de necesidad) no incurrirá en complicidad quien interviene en un hecho con riesgo moderado, si el autor en otro caso cometería un hecho con alto

b') También es cómplice quien realiza una aportación reemplazable, pues una garantía no decae porque haya otro que esté dispuesto a no respetarla [80a]. Ello es así incluso cuando la aportación efectivamente llevada a cabo tiene un efecto menos intenso que el que la aportación hipotética habría tenido. Ejemplo: El cómplice proporciona un arma para el hecho que el autor también habría podido obtener de otro; el cómplice abre una puerta que el autor habría podido hacer saltar, o lleva una escalera al lugar del hecho, que el propio autor habría podido llevar, etc.

c') Además, es cómplice quien sustituye imputablemente una aportación ya llevada a cabo por otras personas, siempre que no se trate sólo de una mera variación dentro del mismo riesgo (sobre esto se tratará en seguida). Ejemplo: Quien, junto al arma de fuego ya dispuesta coloca un cuchillo que se emplea con éxito en el asesinato, responde por complicidad. Ello es así incluso cuando la sustitución atenúa el resultado, pues el proceso causal hacia el resultado no cabe explicarlo, en su configuración, que entraña una defraudación de expectativas, sin dicha sustitución. Ejemplo: Quien sustituye un peligroso veneno por un vomitivo inocuo, es cómplice de lesiones [81]. En los casos límites es posible la justificación por estado de necesidad.

d') Quien sustituye una aportación no imputable es cómplice, pero comete un hecho similar a la puesta en peligro abstracta (si conoce la sustituibilidad) o a la tentativa de complicidad (si la desconoce), con la consiguiente atenuación del marco penal (con detalle, *supra* 7/92 ss.). Ejemplo: El cómplice sustrae al cartero el paquete-trampa y lo entrega él mismo al destinatario.

e') Si el autor propicia una intensificación del resultado, por lo demás idéntico, y realizado a través de idéntico riesgo, responde (únicamente) por la diferencia. Ejemplos: Homicidio en lugar de lesiones; responsabilidad por complicidad en el homicidio. Destrucción de dos cosas en lugar de la de una cosa; responsabilidad por la destrucción de la segunda cosa.

f') No existe responsabilidad si se determina una variación de riesgos ya existentes, que es neutra en relación con el resultado o que lo disminuye, pues la aportación sólo surte entonces efecto sobre las circunstancias (absoluta o relativamente) secundarias que no suponen defraudación de expectativas. Ejemplo: Quien lija las púas de la porra elegida como instrumento del hecho, o atenúa el golpe, o lo desvía de una parte del cuerpo sensible a otra más resistente, no responde por complicidad con las lesiones, porque no amplía la organización ajena, sino que la reduce (*vid.* asimismo los ejemplos mencionados ya *supra* en relación con la imputación objetiva, 7/89). En la práctica serán relevantes los supuestos en que el partícipe quiere lo malo pero consigue lo bueno: sólo complicidad intentada impune.

---

riesgo, y tendría que estar incluso permitido (de nuevo, con independencia de la justificación por estado de necesidad) impedir a un autor, mediante un hecho propio con riesgo moderado, cometer su hecho con alto riesgo. Lo pasa por alto OLG Stuttgart, JZ, 1979, pp. 575 s.

[80a] *De otra opinión* —pero de hecho formulándolo con arreglo a una prohibición de regreso (al respecto *infra* 24/17)—, BGH, MDR, 1985, pp. 509 ss., 5190.

[81] En otro sentido hay que decidir si el veneno se diluye hasta que sólo produce unas meras arcadas inocuas: variación del mismo riesgo, reduciendo el resultado.

g') Quien anula primero aportaciones ya realizadas y luego las repone, no responde si mediante la anulación se convierte en garante de la reposición para con el autor; pues la reposición se define legalmente en este caso como cumplimiento de un deber, pero no como aportación al delito: se trata de un supuesto de la prohibición de regreso (con detalles, *infra* 24/7). Ello es así incluso cuando la infracción del deber de garante no realiza ningún tipo delictivo. Ejemplo: Se sustrae primero el arma del hecho ya preparada y después se devuelve; no hay responsabilidad si la devolución supone el cumplimiento de un deber con arreglo al § 985 BGB. Si amenazan producirse graves daños, queda la responsabilidad por el § 323 *c* StGB.

B. El momento de la complicidad

1. La complicidad se puede prestar ya antes de la tentativa del hecho principal (e incluso antes de que el autor principal conciba el dolo), si al menos causa la tentativa de delito (complicidad con el delito intentado) o incluso la consumación (complicidad con el delito consumado). La complicidad que sólo surte efecto sobre la preparación es impune (§ 30 StGB). La complicidad punible en el delito intentado es siempre a la vez complicidad intentada (impune), como tentativa de producir un hecho principal consumado. 38

2. *a)* Es imposible la complicidad en un suceso concluido. Naturalmente, la promesa de realizar actividades que han de seguir al hecho puede constituir para el autor la condición para comenzar o no; entonces en la promesa hay complicidad psíquica. 39

b) Pormenores relativos al momento de la complicidad: 40

a') No es posible la complicidad con partes ya realizadas de un suceso de varios actos [81a]. Ejemplo: Quien auxilia al atracador (§ 249 StGB), después de

[81a] La solución no es obvia, y podría ser distinta *de lege ferenda*: En la medida en que el primer acto de una realización de tipo compuesta de varios actos disminuya un dispositivo de protección de un bien, fundamentando responsabilidad por injerencia, aprovechando el acto siguiente la disminución de la protección, tras el primer acto se da la siguiente situación: El ámbito de organización del agente está gravado con el deber de omitir el acto subsiguiente *también debido a la precedente disminución de la protección*; la participación en este deber incrementado no está descartada por principio. Ejemplos: Tras el empleo de violencia, el atracador no tiene el mismo deber que cualquiera, sino uno incrementado —debido a la violencia previamente empleada—, de no apoderarse de la propiedad de la víctima. Tras la ruptura de la posesión ajena, el ladrón tiene el deber incrementado de no transferir a la propia posesión, a fin de apropiársela, la propiedad ajena expuesta al apoderamiento. Para la responsabilidad del interviniente que aparezca tras el empleo de violencia o tras la ruptura de la posesión, esta situación de deberes basada en la organización previa no es indiferente, como tampoco lo es en aquellos supuestos en los que el primer acto no es ya realización parcial del tipo (ejemplo de esto último: Quien a alguien que de broma ha lanzado a un niño hacia lo alto le aconseja *ya después* —con éxito— que deje caer al niño, participa mediante comisión en las lesiones al niño mediante omisión, aun cuando en el instante en que aconsejó ya había concluido el comportamiento previo fundamentador de responsabilidad por omisión). Si uno liga la propia organización con otra ajena, entonces desde el momento del sumarse al estado de la organización ajena, ésta es también asunto propio (hasta donde llegue la conexión y en tanto que no se dé prohibición de regreso). La participación «sucesiva» así posibilitada *objetivamente* no queda abarcada *típicamente*, sin embargo, en los delitos de varios actos, porque la sola realización del acto posterior tampoco basta para la realización del tipo cuando tiene lugar en una

que éste haya empleado la violencia, sólo en la sustracción, es cómplice en un hurto, pero no en un robo. Tampoco se imputan al cómplice las cualificaciones ya realizadas. Pero si el autor responde aún de suprimir lo ya concluido con arreglo a los principios de la omisión impropia, queda la posibilidad de complicidad. Ejemplo: El cómplice auxilia al autor sólo en la sustracción de cosas a la víctima, a la que sin embargo se ata con la finalidad de facilitar la sustracción de modo reversible en cualquier momento; complicidad en el robo, §§ 27, 259 StGB, no sólo en el hurto.

b') Quien sólo tras la consumación de un delito, pero antes de su terminación (es decir, antes de la producción del suceso trascendente propuesto), ayuda a la terminación, responde por complicidad en ese delito solamente cuando la producción de la terminación constituya de por sí un delito (como p. ej., la apropiación, con ánimo de apropiación, de cosas sustraídas, § 242 StGB, es de por sí apropiación indebida, § 246 StGB) [81b], aun cuando este delito pueda no serle imputable al autor aisladamente por especialidad en virtud de la intervención previa (como hecho posterior copenado, *infra* 31/34 ss.). Ejemplo: Quien auxilia al autor a rociar gasolina en un edificio ya incendiado, responde por complicidad en los daños cualificados, §§ 27, 305 StGB, pero no en el incendio.

Así pues, resulta irrelevante si es la terminación la que perfecciona una lesión del bien (como p. ej., en el § 242 StGB, por el componente de *ex*propiación que tiene la intención de apropiación, también en los §§ 306 ss. StGB) o si la terminación no tiene que ver con la lesión del bien (como p. ej., en el § 263 StGB): Nunca se responde por lo ya consumado.

c') En los delitos permanentes (*Dauerdelikte*) es posible la complicidad en el período del delito aún no transcurrido [82]; ejemplos: el § 239 StGB, en tanto que el autor influye aún en el resultado, así como el § 316 StGB.

d') Así pues, en definitiva sólo es cómplice quien auxilia a una completa realización del tipo. Para los casos que quedan excluidos, vienen en consideración el favorecimiento y la obstaculización de la pena (encubrimiento), §§ 257 ss. El encubrimiento es también posible cuando tales acciones se ejecutan antes de la consumación del delito, pero no surten efecto en la consumación, sino

---

situación de especial responsabilidad. Ejemplo: Quien, sin dolo de sustraer, mata a una persona, o, sin dolo de fundamentar una nueva posesión, quebranta la ajena, bien es verdad que —por injerencia— va a estar obligado a tapar el hueco que él mismo ha abierto en la protección y por esto va a estar más obligado que cualquiera a no continuar menoscabando el bien desprotegido, pero a pesar de ello no comete robo si sólo después del empleo de violencia se decide a sustraer, ni hurto si sólo después de la ruptura de la posesión se propone la apropiación. El tipo requiere la *anticipación de la secuencia de actos en el primer acto*, y ello porque faltan diferenciaciones para todos los partícipes en la misma medida. Esta anticipación no es que sea necesaria porque en otro caso no se pudiera fundamentar el injusto incrementado de la conexión entre ambos actos; pues este injusto resulta ya de la responsabilidad incrementada al emprender el acto posterior. Más bien, la anticipación ha de tener nítidamente esbozada, meramente, la clase de delito. Para ésta bastaría ya si se limitara la anticipación a los intervinientes a título de autor.

[81b] Si no se consigue la apropiación, sigue siendo posible la complicidad con la tentativa; lo cual lo olvida BGH, StV, 1985, p. 145; acerca de la introducción de drogas en el país, *vid.* BGH, NJW, 1990, pp. 654 s.

[82] RG, 38, pp. 417 ss., 418 s.

tras la consumación, para asegurarla u obstaculizar la persecución [83]. Si es la promesa de encubrimiento lo que hace que el autor esté dispuesto a cometer el delito, esta promesa constituye complicidad en el delito.

c) Concepciones discrepantes: La jurisprudencia y la doctrina dominante, **41** en discrepancia con la solución que se ha propuesto, consideran posible la complicidad hasta el momento de la terminación [84]. Sin embargo, reconocer complicidad con un suceso no completamente típico constituye una infracción del artículo 103.2 GG y del § 1 StGB. Ello es así incluso en relación con las soluciones restrictivas, según las cuales la complicidad sólo —pero siempre— es posible hasta que se produzca la lesión del bien [85], o hasta que se produzcan resultados pertenecientes al tipo [86].

C. Otras cuestiones

1. El autor no tiene por qué conocer la complicidad, y menos aún tiene **42** que haber dado pie a ella [86a].

2. Acerca de la concreción del hecho [87], la complicidad [87a] en cadena y **43** la desviación con respecto al hecho principal sirven las consideraciones realizadas acerca de la inducción (*supra* 22/26 ss.). Si un precepto independiza acciones de complicidad, como p. ej., en los §§ 129, 129 *a*, 257 StGB, en relación

---

[83] Controvertido para el encubrimiento; *vid. Schönke-Schröder-Stree*, § 257, núm. marg. 7, con bibliografía; sobre la relación entre encubrimiento y complicidad, *vid. Schaffstein*, Honig-Festschrift, pp. 169 ss., 183 s.; *Spendel*, Dreher-Festschrift, pp. 167 ss., 175 ss.

[84] BGH, 2, pp. 344 ss., 346 s.; 3, pp. 41 ss., 43 s.; 6, pp. 248 ss., 251; 19, pp. 323 ss., 325; OLG Düsseldorf, JZ, 1985, pp. 590 s., 591; BayObLG, NJW, 1980, pp. 412 s.; en tal sentido ya el *Reichsgericht*; RG, 23, pp. 292 s.; 58, pp. 13 ss., 14; 71, pp. 193 ss., 194. *Baumann-Weber*, AT, § 37, II, 2 *b* β; *Jescheck*, AT, § 49, III, 3, § 64, IV, 2 *b; Schönke-Schröder-Cramer*, § 27, núm. marg. 17; *Schmidhäuser*, AT, 14/137; ampliamente, *Jescheck*, Welzel-Festschrift, pp. 683, pp. 697; *Hau*, Beendigung der Straftat, pp. 114 ss., 119 ss. En lo esencial como aquí, *Gallas*, ZAkDR, 1937, pp. 438 s.; *LK-Roxin*, § 27, núm. marg. 22; *Bottke*, JA, 1980, p. 379; *Küper*, JZ, 1981, pp. 568 ss., 572 ss.; *Isenbeck*, NJW, 1965, pp. 2326 ss.; *Rudolphi*, Jescheck-Festschrift, pp. 559 s. (con divergencias referidas no al principio, sino a interpretaciones singulares de la Parte Especial); *SK-Rudolphi*, núm. marg. 9, ante § 232; *LK-Vogler*, núms. margs. 34 ss., ante § 22; *Bitzilekis*, ZStW, 99, pp. 723 ss., 733 ss.; sobre el Derecho penal austríaco, *Triffterer*, Beteiligungslehre, pp. 23 ss.; específicamente con respecto al § 142 StGB, *Küper*, JZ, 1981, pp. 209 ss., 251 ss. De acuerdo con la solución jurisprudencial, es posible la complicidad en la tentativa de alcanzar la terminación (ejemplo: El cooperador sin ánimo de apropiación se esfuerza por asegurar el botín al autor); inconsecuente, BGH, JZ, 1985, p. 299, con comentario crítico de *Küper*, JuS, 1986, pp. 862 ss. (una solución conscuente, obviamente, habría tenido que apreciar complicidad en el hurto, no —como aprecio el LG que sentenció previamente— en el robo). *Vid.* asimismo *supra* 22/19. Acertadamente crítico con respecto a los límites de la utilidad del concepto de terminación, *Maurach-Gössel*, AT, II, § 39, II, núm. marg. 7 ss., con amplia bibliografía.

[85] *SK-Samson*, § 27, núm. marg. 18.

[86] *Kühl*, Beendigung, pp. 80 ss., 94 ss.

[86a] *Blei*, AT, § 80, II, 3.

[87] Especialmente sobre la complicidad, *vid.*, BGH, GA, 1981, pp. 133 s.; BGH, NJW, 1982, pp. 2453 s., 2454; confuso, BGH, NJW, 1990, p. 1055.

[87a] *Joerden*, Strukturen, pp. 137 ss., 140, pretende atenuar repetidamente en la inducción en cadena; pero no es en haber más intervinientes de por medio en lo que se basa la atenuación (tampoco un co*autor* tiene que obrar necesariamente de propia mano), sino en la cantidad inferior.

con este comportamiento es a su vez posible la complicidad. Ello es así incluso si a la vez se produce la anticipación de la penalidad al ámbito de la preparación [88].

44 3. La conminación penal de la complicidad ha de atenuarse obligatoriamente a tenor del § 49.1 StGB (§ 27, párrafo 2, inciso 2, StGB), lo que no siempre convence para los cómplices que sólo por falta de cualificaciones especiales subjetivas no pueden ser autores, p. ej., para aquel que ejecuta la acción de sustraccion, pero sin intención de apropiar*se*. La atenuación de la pena para aportaciones que sustituyen un curso causal dañoso no imputable (*supra* 7/92 ss.; 22/37) se acumula a la atenuación con arreglo al § 27.2 StGB [89].

[88] BGH, 29, pp. 258 ss., 263 ss.; sumamente controvertido; *de otra opinión Schlothauer* y *Tscherch*, StV, 1981, pp. 22 s.; sustancialmente, también *Sommer*, JR, 1981, pp. 490 ss. Dado que el de consumación es un concepto formal, el enjuiciamiento de la anticipación depende de la perspectiva (*vid. infra* 25/1); en el principal punto de discusión, el § 129 a StGB, no la actividad terrorista de la organización, sino ya la propia existencia de la organización será un suceso perturbador, de modo que no tiene lugar una anticipación llamativa.

[89] En tanto que —dada la semejanza de la puesta en peligro abstracto, *supra* 7/92, 96— hay que aplicar desde luego el § 49.2 StGB, el § 49.1 StGB reduce de todos modos el límite *superior* del marco.

APARTADO 23

La accesoriedad interna (cualitativa) en la intervención accesoria (coautoría y participación)

BIBLIOGRAFIA: G. Arzt, «Gekreuzte» Mordmerkmale, JZ, 1973, pp. 681 ss.; *H.-J. Bruns*, Comentario a BGH, 26, pp. 53 ss., JR, 1975, pp. 510 s.; *el mismo*, «Widerspruchvolles» Verhalten des Staates als neuartiges Strafverfolgungsverbot und Verfahrenshindernis, insbesondere beim tatprovozierenden Einsatz polizeilicher Lockspitzel, NStZ, 1983, pp. 49 ss.; *el mismo*, Zur Frage des tatprovozierenden Verhaltens polizeilicher Lockspitzel, StV, 1984, pp. 388 ss.; *M. Cortés Rosa*, Teilnahme am unechten Sonderverbrechen, ZStW, 90, pp. 413 ss.; *F. Dencker*, Zur Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung, Dünnebier-Festschrift, pp. 447 ss.; *E. Dreher*, Comentario a BGH, 23, pp. 39 s., JR, 1970, pp. 146 ss.; *E. Foth*, Kann die Anstiftung durch eine V-Person ein Verfahrenshindernis begründen?, NJW, 1984, pp. 221 s.; *H. Franzheim*, Der Einsatz von Agents provocateurs zur Ermitdung von Straftätern, NJW, 1979, pp. 2014 ss.; *W. Gallas*, Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, suplemento ZStW, 1957, pp. 3 ss.; *K. Geppert*, Zur Problematik des § 50 Abs. 2 StGB im Rahmen der Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt, ZStW, 82, pp. 40 ss.; *el mismo*, Mordmerkmale und Akzessorietät der Teilnahme (§ 28 StGB), Jura, 1986, pp. 106 ss.; *G. Grünwald*, Zu den besonderen persönlichen Merkmalen (§ 28 StGB), Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 555 ss.; *R. D. Herzberg*, Die Problematik der «besonderen persönlichen Merkmale» im Strafrecht, ZStW, 88, pp. 68 ss.; *el mismo*, Der agent provocateur und die «besonderen persönlichen Merkmale» (§ 28 StGB), JuS, 1983, pp. 737 ss.; *F. Herzog*, Rechtsstaatliche Grenzen der Verbrechensbekämpfung, NStZ, 1985, pp. 153 ss.; *G. Jakobs*, Niedrige Beweggründe beim Mord und die besonderen persönlichen Merkmale in § 50 Abs. 2 und 3 StGB, NJW, 1969, pp. 489 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, 23, pp. 39 s. y 104 ss., NJW, 1970, pp. 1089 s.; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik im Alternativentwurf, ZStW, 80, pp. 34 ss.; *R. Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, 1989; *E. Koffka*, Ist § 50, Abs. 2, StGB n. F. auf den Gehilfen anwendbar, wenn der Haupttäter aus dem Gehilfen bekannten niedrigen Beweggründen tötet, die beim Gehilfen fehlen?, JR, 1969, pp. 41 s.; *H. H. Körner*, Die Glaubwürdigkeit und die Strafbarkeit von V-Personen - die Strafbarkeit der provozierten Tat, StV, 1982, pp. 382 ss.; *W. Küper*, Der «agent provocateur» im Strafrecht, GA, 1974, pp. 321 ss.; *W. Langer*, Das Sonderverbrechen, 1972; *el mismo*, Zum Begriff der «besonderen persönlichen Merkmale», Lange-Festschrift, pp. 241 ss.; *el mismo*, Zur Strafbarkeit des Teilnehmers gemäß § 28 Abs. 1 StGB, Ernst Wolf-Festschrift, pp. 335 ss.; *K. Lüderssen*, Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?, Peters-Festschrift, pp. 349 ss.; *el mismo*, Die V-Leute-Problematik... oder: Zynismus, Borniertheit oder «Sachzwang»?, Jura, 1985, pp. 113 ss.; *el mismo*, (ed.), V-Leute. Die Falle im Rechtsstaat, 1985; *el mismo*, Comentario a BVerfG, StV, 1987, pp. 177 ss., loc. cit., pp. 178 ss.; *W. Maaß*, Die Behandlung des «agent provocateur» im Strafrecht, Jura, 1981, pp. 514 ss.; *R. Maurach*, Die Mordmerkmale aus der Sicht des § 50 StGB, JuS, 1969, pp. 249 ss.; *K. Meyer*, Comentario a BGH, 32, pp. 345 ss., NStZ, 1985, pp. 134 s.; *J. Meyer*, Zur prozeßrechtlichen Problematik des V-Mannes, ZStW, 95, pp. 835 ss.; *el mismo*, Zur V-Mann-Problematik aus

rechtsvergleichender Sicht, Jescheck-Festschrift, pp. 1311 ss.; *H. Ostendorf, Chr. Meyer-Seitz*, Die strafrechtlichen Grenzen des polizeilichen Lockspitzel-Einsatzes, StV, 1985, pp. 73 ss.; *H. Plate*, Zur Strafbarkeit des agent provocateur, ZStW, 84, pp. 294 ss.; *I. Puppe*, Verführung als Sonderopfer, NStZ, 1986, pp. 404 ss.; *E. Riehle*, Verdacht, Gefahr und Risiko, KrimJ, 1985, pp. 44 ss.; *E. Samson*, § 50 II n. F. StGB und die Verjährung, ZRP, 1969, pp. 27 ss.; *H. Schröder*, Der § 50 StGB n. F. und die Verjährung beim Mord, JZ, 1969, pp. 132 ss.; *B. Schünemann*, Die Bedeutung der «Besonderen persönlichen Merkmale» für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung, Jura, 1980, pp. 354 ss. y 568 ss.; *el mismo*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA, 1985, pp. 341 ss., GA, 1986, pp. 293 ss.; *el mismo*, Der polizeiliche Lockspitzel - Kontroverse ohne Ende?, StV, 1985, pp. 424 ss.; *K. Seelmann*, Zur materiell-rechtlichen Problematik des V-Mannes, ZStW, 95, pp. 797 ss.; *H. O. Sieg*, Die staatlich provozierte Straftat, StV, 1981 pp. 636 ss.; *U. Sommer*, Das tatbestandslose Tatverhalten des Agent Provocateur, JA, 1986, pp. 485 ss.; *U. Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988; *J. Taschke*, Verfahrenshindernis bei Anstiftung durch einen Lockspitzel, StV, 1984, pp. 178 ss.; *K. Tiedemann*, Die Verwertung des Wissens von V-Leuten im Strafverfahren, NJW, 1984, pp. 753 ss.; *Th. Vogler*, Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt, Lange-Festschrift, pp. 265 ss.; *H. Wagner*, Amtsverbrechen, 1975; *H. Wekel*, Zur Systematik der Tötungsdelikte, JZ, 1952, pp. 72 ss.

I. PROBLEMA QUE SE PLANTEA

1 A. El interviniente debe realizar por sí aquellos elementos que no puede «tomar prestados» de las aportaciones de otros intervinientes, ya que sólo se pueden realizar personalmente. La regulación legal de estos elementos es contradictoria, confusa y presenta lagunas; en una palabra: carece de criterio fijo. He aquí su contenido:

1. El § 29 StGB declara no accesoria a la culpabilidad.

2. El § 28.2 StGB declara igualmente no accesorios los especiales elementos personales que modifican la pena, mientras que

3. El § 28.1 StGB determina que los especiales elementos personales que fundamentan la penalidad son con todo limitadamente accesorios.

2 B. Esta regulación entraña, o deja irresueltos, los siguientes problemas:

1. El § 29 StGB resulta poco claro en relación con los §§ 26 y 27 StGB: Si la especificación de un hecho se produce también mediante un especial elemento de la culpabilidad, el autor debe ostentar en todo caso —en contra del tenor literal del § 29 StGB— ese elemento, dado que, de otro modo, no queda fijado el hecho en que tiene lugar la intervención.

2. Queda confuso cómo decidir con respecto a los especiales elementos de la culpabilidad que le faltan a un *partícipe:* ¿impunidad (como en el § 29 StGB) o punición limitada (como en el § 28.1 StGB)?

3. Ambos párrafos del § 28 StGB no concuerdan entre sí, pues el § 28.1 StGB decide en sentido positivo, limitadamente, sobre la accesoriedad de los especiales elementos personales, mientras que el § 28.2 StGB lo hace en sen-

tido plenamente negativo [1]. De ahí surgen dificultades interpretativas: Los elementos más altamente personales se ajustan al párrafo 2, pero no al párrafo 1; con los elementos no enteramente personales, ocurre al contrario. La falta de concordancia entre ambos párrafos se intensifica hasta lo absurdo en los elementos que excluyen la punibilidad mencionados en el § 28.2 StGB: No puede haber elementos que excluyen la punibilidad en el § 28.2 StGB *junto a* la regulación adoptada en el § 28.1 StGB para los elementos que fundamentan la punibilidad; pues la *falta* de un elemento que excluye la punibilidad (regulada en el párrafo 2) sería una *circunstancia que fundamenta* la punibilidad (regulada en el párrafo 1, en conexión con el § 14.1 StGB). Consecuencia: O bien el § 28.2 StGB (falta del elemento como circunstancia que excluye la punibilidad) anularía la posibilidad de intervención de quien no ostentase el elemento en el delito de quien sí lo ostenta, establecida por el § 28.1 StGB, o bien la exclusión de responsabilidad que se deriva del § 28.2 StGB se vería rebasada por la intervención en el hecho de otro que no ostenta las causas de exclusión (circunstancia fundamentadora de punibilidad) (§ 28.1 StGB). Así pues, si se aspira a que el § 28 constituya una regulación con sentido, ha de asegurarse mediante interpretación que *nunca* se realizará uno de los dos elementos mencionados (acerca del resultado, *vid. infra* 12/33).

4. Queda sin aclarar el tratamiento de los elementos personales *generales*, p. ej., del dolo en los delitos dolosos (pudiéndose entender el respectivo contenido del dolo —en el partícipe debe abarcar el hecho principal— a su vez como «especial» en cada caso). Estos elementos ¿son no accesorios (con arreglo a la regulación del § 29 StGB y el tenor literal de la regulación del § 28.2 StGB), limitadamente accesorios (con arreglo al § 28.1 StGB) o plenamente accesorios (como parte del hecho)?

C. 1. Dada esta situación, de la ley cabe extraer poco más que la distin- 3
ción de tres grupos de elementos. Existen:

a) elementos plenamente accesorios,
b) elementos limitadamente accesorios
c) elementos no accesorios [1a] (personalísimos).

2. A qué clases pertenecen los especiales elementos personales ha de de- 4
cidirse sin tener en cuenta los elementos mencionados equívocamente en el § 14 StGB, dado el distinto fin de la regulación en cada caso (en el § 14 StGB inculpación, en el § 28 exoneración; *vid.* ya *supra* acerca de la responsabilidad del representante 21/11).

El dilema del § 28 StGB cabe resolverlo así: Si en la determinación de los especiales elementos personales se toman como modelo rector elementos no accesorios, como sugiere el § 28.2 StGB, ello conduciría, aplicando el § 28.1 StGB, a una inculpación injustificada para el partícipe. Una interpretación distinta para cada párrafo, y orientada estrictamente hacia la regulación de cada

[1] Así ya críticamente *Armin Kaufmann*, ZStW, 80, pp. 34 ss., 36; *Jakobs*, NJW, 1969, pp. 489 ss., 492; ahora, ampliamente, *Grünwald*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 555 ss., 557; *de otra opinión*, *Langer*, Sonderverbrechen, pp. 482 s.

[1a] Debido a estos elementos resulta inviable la solución de *Schünemann*, GA, 1986, pp. 293 ss., 339, en el sentido de tratar con arreglo al § 28 StGB todos los elementos (del injusto) que no cabe realizar en autoría mediata.

uno de ellos, se podría realizar consecuentemente, pero daría por resultado una norma en la que contenido dispositivo y lagunas serían congruentes: el párrafo 1 debería presuponer como algo evidente lo que el párrafo 2 regula expresamente (que los elementos personalísimos no son accesorios), y lo que el párrafo 1 regula expresamente (que hay elementos limitadamente accesorios), lo dejaría sin regular el párrafo 2 [2]. Así sólo queda la posibilidad de interpretar los especiales elementos personales —aun admitiendo la atenuación injustificada en algunos casos de elementos modificadores, por el párrafo 2— conforme al «mayor favorecimiento posible» del interviniente, es decir, considerar que *el § 28 deja sin regular*, también en el párrafo 2, *los elementos personalísimos*, presuponiendo su no accesoriedad; *este precepto regula los elementos limitadamente accesorios*, en el párrafo 1 de modo ajustado a la realidad y en el párrafo 2 simplificadamente, es decir, como si fuesen personalísimos.

El que los elementos personalísimos no sean nunca ni siquiera limitadamente accesorios se corresponde, en los elementos de la culpabilidad, con la regulación del § 29 StGB, y esta correspondencia, por la inseguridad que resultaría si se pretendiese delimitar entre injusto y culpabilidad altamente personales, es insoslayable, si se quiere que la interpretación conduzca a una solución jurídicamente segura.

5 3. La relación del § 29 StGB con los §§ 25 ss. StGB es posible determinarla con más facilidad: La contradicción mencionada más arriba decae si el § 29 StGB se entiende como una regulación que se limita a la culpabilidad, *dada la participación*, y que no alude a cuáles son los presupuestos de la participación. La del § 29 StGB es una regulación fragmentaria (referida exclusivamente a la culpabilidad) de los elementos no accesorios. A partir de esta solución, el § 29 StGB se puede aplicar también a los elementos de la culpabilidad especiales fundamentadores de punibilidad, y no hay motivo para reservar el precepto únicamente para los elementos de la culpabilidad generales [3]. Así pues, los elementos de la culpabilidad especiales los debe ostentar cada interviniente; no basta que se den en el autor principal. Incluso, en el autor principal deben darse los elementos de la culpabilidad especiales por doble motivo, es decir, por su propia responsabilidad (§ 29 StGB) y por la necesidad de especificar el hecho principal (*supra* 22/10).

6 4. La problemática que queda, la de los elementos personales *generales* (elementos del injusto), no está regulada y sólo cabe resolverla conforme a principios generales.

7 D. Así resulta lo siguiente:

1. Que la culpabilidad no es accesoria lo establece el § 29 StGB, precepto que se aplica tanto a los elementos de la culpabilidad generales como a los especiales.

---

[2] No obstante, *vid. Schönke-Schröder-Cramer*[20], § 28, núm. marg. 6: los especiales elementos personales del § 28.2 StGB como concepto más amplio frente al párrafo 1; esta distinción absolutamente consecuente se abandona en loc. cit.[21], núm. marg. 7.

[3] En tal sentido, sin embargo, *SK-Samson*, § 29, núm. marg. 2; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 29, núm. marg. 2; *Grünwald*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 555 ss., 566 ss.; distinguiendo, *LK-Roxin*, § 29, núm. marg. 2 ss.

2. Que la participación sólo es posible si también el autor principal ostenta los elementos de la culpabilidad especiales se deduce de los §§ 26 y 27 StGB.

3. Los elementos no accesorios pertenecientes al injusto están sin regular y han de tratarse como personalísimos, conforme a principios generales. También están sin regular los elementos plenamente accesorios (evidentemente, siempre elementos del injusto).

4. *El § 28 StGB comprende únicamente elementos limitadamente accesorios* (que sólo pueden ser elementos del injusto, ya que la culpabilidad, según el § 29 StGB, nunca es accesoria).

II. VIA DE SOLUCION

A. Crítica a las propuestas de solución doctrinales

1. El establecimiento de las líneas generales de solución ha aportado al mismo tiempo el resultado para la culpabilidad: Tanto los elementos de la culpabilidad generales como —si es que los hay *de lege lata*— los especiales, son siempre personalísimos. Para los elementos del injusto queda por realizar la delicada clasificación entre elementos no accesorios, limitadamente accesorios (especiales elementos personales en el sentido del § 28 StGB) y plenamente accesorios. 8

Los esquemas de solución propuestos no son satisfactorios. Sobre todo, el refinamiento filológico al distinguir «cualidades, relaciones o circunstancias personales especiales (elementos personales especiales)», § 28, en conexión con el § 14.1 StGB, no puede aportar el resultado; ni siquiera para los redactores de la ley estaban claras las implicaciones del precepto, como lo demuestran los resultados no deseados que se dan [4] y la fallida identidad entre los términos empleados en los §§ 14 y 28 StGB [5].

2. Pero desde que, según la nueva redacción de la ley, está establecido que la persistencia del elemento no es criterio para resolver, se suele distinguir entre elementos referidos al autor (personales especiales, en el sentido de limitadamente accesorios) y elementos referidos al hecho (plenamente accesorios) [6], mas no consecuentemente, pues el dolo claramente referido al hecho se concibe en general (con buen criterio) como personalísimo en el sentido de no accesorio en absoluto [7]. La distinción entre elementos referidos al hecho o al autor es inútil para el concepto de injusto que vincula los elementos objetivos y subjetivos del comportamiento y en ocasiones asimismo las posiciones es- 9

[4] *Dreher*, JR, 1970, pp. 146 ss.

[5] Estas cuestiones se han tratado ampliamente en relación con el ejemplo de los elementos del asesinato; *vid.* al respecto, todos con amplia bibliografía, *Welzel*, JZ, 1952, pp. 72 ss., 74 ss.; *Jakobs* NJW, 1969, pp. 489 ss.; *Koffka*, JR, 1969, pp. 41 ss; *Maurach*, JuS, 1969, pp. 249 ss.; *Samson*, ZRP, 1969, pp. 27 ss.; *Schröder*, JZ, 1969, pp. 132 ss.; *Schünemann*, Jura, 1980, pp. 354 ss., 568 ss., 578 ss.

[6] *Jescheck*, AT, § 61, VII, 4 *a*; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 53, núms. margs. 21 ss.; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 28, núm. marg. 15; *SK-Samson*, § 288, núm. marg. 16, todos con bibliografía; BGH, 22, pp. 376 ss., 379; 23, pp. 39 s.; 23, pp. 104 ss., 105.

[7] Acertadamente crítico, *Herzberg*, ZStW, 88, pp. 68 ss., 89 ss.

peciales de deber. Así, las distinciones de esta solución revelan falta de claridad en el concepto de injusto, sobre todo acerca de la posición de las intenciones tipificadas [8], así como acerca del significado de la distinción entre elementos que por principio son «internos» o bien se pueden dirigir hacia afuera [9].

10 3. Conforme a una amplia corriente doctrinal, que cada vez cuenta con más adeptos, sólo deben entenderse como especiales elementos personales los elementos de la culpabilidad especiales, modificadores, y los deberes especiales [10]. Así pues, esta opinión sobre todo considera plenamente accesorios a los elementos subjetivos del injusto (con la inconsecuencia, acabada de indicar, relativa al dolo). La fundamentación de que en los elementos subjetivos del injusto se trata de caracterizaciones de la «clase y gravedad del injusto por el que los otros intervinientes responden (conjuntamente)» (*Stratenwerth*) es aplicable también a los deberes especiales —sin embargo, sólo limitadamente accesorios, según esta concepción—, de modo que la solución está inconsistentemente fundamentada. Además, el tratamiento de los elementos de la culpabilidad como limitadamente accesorios no podrá compaginarse con el § 29 StGB.

11 4. *Herzberg* pretende distinguir entre elementos valorativos (personales especiales) y valorativamente neutros (plenamente accesorios) [11]. Los elementos valorativamente neutros sólo se dan cuando el valor se indaga al margen del Derecho positivo, en una anticipación a ojo (en *Herzberg*, conforme al bien jurídico y la prevención especial); reconociéndose los propósitos valorativos de la ley, todos los elementos son valorativos; sobre todo, también los elementos que tipifican el hecho guardan relación con valores, sobre todo de carácter preventivo-general [12].

B. Solución que se propugna: Limitar los especiales elementos personales a los deberes especiales y a la necesidad de ejecución de propia mano

1. *Contraposición de elementos subjetivos y deberes especiales*

12 *a) a')* En orden a la solución, hay que tener en cuenta siempre ambos aspectos de los elementos limitadamente accesorios: Bien es verdad que no son

---

[8] Especialmente personal, según *SK-Samson*, § 28, núm. marg. 20: El ánimo de apropiación sería referido al hecho en el componente de expropiación, y referido al autor en el de apropiación; *vid.* no obstante, *supra* 8/41.

[9] Así, distinguiendo, *Dreher*, JR, 1970, pp. 146 ss.; *Dreher-Tröndle*, § 28, núm. marg. 5 s.; en contra, *Jakobs*, NJW, 1970, pp. 1089 s.; para crítica, *vid.* asimismo *Langer*, Lange-Festschrift, pp. 241 ss., 250 ss., 260.

[10] *LK-Roxin*, § 28, núms. margs. 30 ss.; *Stratenwerth*, AT, núms. margs. 928 ss., definiendo, no obstante, en parte de modo distinto la pertenencia a la culpabilidad de especiales elementos del delito; en términos semejantes ya *Gallas*, separata ZStW, 1957, pp. 3 ss., 31 ss.

[11] ZStW, 88, pp. 68 ss., 98 ss.; *el mismo*, JuS, 1983, pp. 737 ss., 739; *Herzberg* advierte acertadamente que el § 28 StGB deja sin regular los elementos especialísimos.

[12] *Vogler*, Lange-Festchrift, pp. 265 ss., 277 s.; *Stein*, Beteiligungsformenlehre, pp. 750 ss.; críticamente también *SK-Samson*, § 28, núm. marg. 18 *b* ss.; *LK-Roxin*, § 28, núms. margs. 28; *Grünwald* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 555 ss., 560. También *Herzberg* advierte que los elementos «valorativamente neutros» codeterminan la «imagen del delito inherente sólo a la conciencia social».

plenamente imputables a aquel que no los ostenta, pero sí limitadamente. Esta imputación —aunque sea limitada— de elementos no realizados en la propia persona sólo es adecuada cuando, mediante la intervención, se convierte en alcanzable para el interviniente no cualificado algo que él *jurídicamente* no puede alcanzar por sí solo, es decir, en los casos de intervención en los delitos especiales y en los delitos de propia mano, pues en estos supuestos la intervención proporciona un motivo para definir más ampliamente el ámbito de deberes del autor, aun cuando limitadamente frente al ámbito de deberes del cualificado por sí mismo. Pero en la medida en que la intervención sólo amplía el poder de organización *fáctico*, no hay razón para orientar la imputación a más elementos que en caso del autor único que amplía su poder de organización con instrumentos, máquinas, etc.

Por eso, todos los elementos subjetivos quedan fuera del ámbito de los elementos limitadamente accesorios [12a]. Son personalísimos, si es que como componente necesario del hecho principal no pertenecen al objeto de la valoración *objetivo* (como, p. ej., el dolo de tipo del inducido es el resultado de la inducción). Ejemplo: El que una persona incapaz de realizar el hecho con las manos desnudas aumente su poder de organización mediante un instrumento o mediante un partícipe, carece de trascendencia en relación con la expectativa de que, p. ej., no va a sustraer con ánimo de apropiación o de que no va a matar por codicia.

b') Naturalmente, esta solución hay que combinarla con una interpreta- 13
ción concordante de los elementos subjetivos. Sobre todo, tiene que ajustarse también a los casos en que uno de entre varios intervinientes elabora una preordenación (ánimo de apropiación, etc.), en tanto que los otros la conocen (acerca de ello, con detalle, *supra* 8/34 ss. y en seguida *infra* 23/20, 23). Por lo demás, en la participación subjetivamente sin cualificación en un hecho subjetivamente cualificado (la autoría decae ya por falta de realización de los elementos de la autoría específicos del delito) puede que se ponga de manifiesto una solidarización con el comportamiento del autor, incluso en la medida en que el comportamiento del autor se caracteriza por su «intención» o algo semejante; pero la solidarización que es causal del resultado no reemplaza a ningún elemento subjetivo.

b) a') En relación con la ampliación del poder de organización, la situa- 14
ción es distinta en los deberes institucionales (y en la ejecución de propia mano en el sentido de los delitos de propia mano): Aun cuando sólo *un* interviniente aporte un deber, está así abierta para todos los intervinientes la posibilidad de poner en tela de juicio una institución por lo demás inaccesible para ellos (si ellos no son portadores del deber). En los delitos especiales, la expectativa dirigida a los partícipes no se orienta sólo por su poder de organización, sino que la relación con la persona especialmente obligada se añade como elemento de determinación. Por eso, la intervención aumenta aquí no sólo el poder de organización fáctico (mediante la división del trabajo), sino que también amplía el ámbito de deberes del no cualificado (elimina, pues, en parte la separación de roles).

[12a] Amplia exposición del estado del debate en *Stein*, Beteiligungsformenlehre, pp. 355 ss.

15 *b')* Naturalmente, en los delitos especiales también cabría concebir la solución contraria: El no cualificado podría quedar impune [13]. Esta solución sería adecuada si los límites entre roles a la vez fueran límites de la sociedad (como los límites de una casta lo más rígida posible: Lo que ocurre más allá de la casta sería naturaleza, pero no sociedad). Tal concepción resultaría, sin embargo, inadecuada para las instituciones actualmente protegidas por el Derecho penal: Estas son imprescindibles para toda la sociedad; por eso el *extraneus* puede poner en tela de juicio la institución a través de un *intraneus*.

2. *La naturaleza personalísima de los elementos subjetivos*

16 *a) a')* El *dolo* es no accesorio. Para la participación no basta que el partícipe conozca el dolo del autor principal, sino que el propio partícipe debe mostrar dolo de consumación. Sólo así su acción constituye un ataque propio al mismo bien que ataca el autor: A través de la accesoriedad no se puede llevar a cabo esa igual dirección. El *agent provocateur* (infiltrado; en la forma de intervención, posible por analogía con la inducción y con la complicidad, y en los casos límites posible por analogía con la coautoría) es, pues, impune. Los casos en este sentido se dan no sólo cuando el interviniente considera que la acción del autor no dará resultado, sino también cuando, en contraposición con el autor, sabe que concurre un consentimiento que excluye el tipo [14] o que no se puede realizar el tipo por otros motivos —al menos en su persona— [14a], p. ej., cuando el agente provocador induce a destruir cosas que le pertenecen, creyendo el inducido que las cosas pertenecen a terceros. Esta solución se corresponde con la actualmente dominante [15]. Ciertamente, el agente provocador ocasiona imputablemente un cuestionamiento de la norma a través del autor principal, y esto no queda compensado, si actúa sin motivo jurídicamente asumible, por el contexto en que tiene lugar el comportamiento; ahora bien, una perturbación social de este género no la abarca el tipo de la norma infringida.

17 *b')* En ocasiones se amplía la impunidad de la falta de dolo de consumación a la falta de dolo de lesionar el bien jurídico [16]. Esta ampliación, debido a la arbitrariedad con la que cabe determinar el grado de abstracción del bien jurídico (objeto de ataque — bien — relación del legitimado con el bien como oportunidad, como realidad, etc.) es ilimitada y además superflua: En los ca-

---

[13] O podrían ser necesarios en cada caso tipos propios, ya que no es posible una regulación general; críticamente sobre la regulación del Derecho vigente *Schmidhäuser*, AT, 14/85 y 95; *el mismo*, Studienbuch, 10/38; *Langer*, Sonderverbrechen, pp. 480 ss.; *el mismo*, Lange-Festschrift, pp. 241 ss., 261 ss.

[14] BayObLG, JZ, 1979, p. 146.

[14a] Siendo posible que el hecho principal se consume; acerca de tales casos, *Mitsch*, Provokation, pp. 139 ss.

[15] Con distinta fundamentación según el fin de la pena que se suponga en la participación, *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 889 s.; *SK-Samson*, ante § 26, núm. marg. 38; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 26, núm. marg. 38; RG, 15, pp. 315 ss., 317; 44, pp. 172 ss., 174; detalladamente, *Küper*, GA, 1974, pp. 321 ss.; *Plate*, ZStW, 84, p. 294 ss.; discrepando, *H. Mayer*, AT, § 51, I, 3 (teoría de la participación en la culpabilidad); *Jescheck*, AT, 1, § 64, I, 2 (causación del injusto de la acción).

[16] *Maaß*, Jura, 1981, pp. 524 ss., 519 s.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 889; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 26, núm. marg. 16.

sos en que el *autor* sólo tiene que saber acerca de la consumación, p. ej., en los daños, § 303 StGB, tampoco para el partícipe hay que requerir nada más; el conocimiento, p. ej., de que el poseedor no podía vender ni utilizar razonablemente la cosa dañada no excluye, pues, su dolo. Sin embargo, en la medida en que el autor deba ostentar un dolo trascendente, ya que el delito tiene también en su formulación carácter de tentativa, el partícipe responde desde luego sólo en caso de dolo ampliado (acerca de ello, en seguida), al igual que en la participación en la tentativa el dolo del autor no reemplaza al dolo del partícipe. Ejemplos: Si el partícipe en una falsificación documental considera excluido el engaño en el tráfico jurídico, es impune. También es impune el interviniente en el hurto que sabe que el autor tiene posibilidades de consumar el hecho, pero no de privar de la cosa por mucho tiempo a la víctima. No obstante, para la participación no se exige en cuanto al dolo más que para el hecho principal. Lo cual es importante con respecto a los delitos de peligro (abstracto): En la medida en que en el autor el conocimiento de la no peligrosidad en el caso concreto no excluye la responsabilidad, este conocimiento tampoco hace impune al partícipe [17]; naturalmente, si las peculiaridades del caso concreto excluyen la realización del tipo, esto puede que lo sepa sólo uno de los intervinientes o que sólo rija para aquel que lo sabe. Ejemplos: Quien induce a conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas (§ 316 StGB), también actúa típicamente si sabe que al conductor lo va a detener unos metros más adelante una patrulla de la policía. Pero quien sirve de mediador en la venta de droga a un funcionario competente para la persecución de estos delitos, no actúa típicamente con arreglo al § 29, párrafo 1, núm. 1, BtBG [17a]. Sin embargo, sí es típica la venta por parte de un policía a un particular, p. ej., para que se le admita como miembro en una banda de traficantes («prueba de la adhesión»). A pesar de que esté consumado el hecho principal, es posible la impunidad del agente provocador en aquellos delitos en los que la ley otorga un efecto de *exclusión* de la pena al desistimiento de la consumación (*infra* 25/3, 5, 7, 11); el agente provocador debe entonces planear el desistimiento desde el principio, lo que también puede ocurrir anticipando el comportamiento de desistimiento. Ejemplo: El inductor al incendio ha instalado un dispositivo automático de extinción [17b], o está preparado para extinguir a ciencia cierta el incendio inmediatamente —impune—. Pero: Cuenta descuidadamente con la lluvia, y ésta no se produce, pero el objeto incendiado se salva al utilizarse un dispositivo automático de extinción —inducción punible a la consumación.

c') Por lo demás, obrando el partícipe al menos con dolo eventual de consumación, también responde si el hecho principal —conforme a lo deseado— se detiene en el estadio de la tentativa (por participación en la tentativa). Si se da dolo de consumación del partícipe, se suele admitir la posibilidad de justificación por estado de necesidad (estado de necesidad relativo a la persecución 18

[17] *Franzheim*, NJW, 1979, pp. 2014 ss., 2016 s.; *Sommer*, JR, 1986, pp. 485 ss., 487 ss.; *el mismo*, Erfolgsunrecht, pp. 110 ss., 191 ss., 223 ss.

[17a] Pues «poner en circulación» quiere decir: Al transmitir, reducir el poder de disposición de la autoridad.

[17b] Impunidad también cuando el inductor sabe que está instalado un dispositivo de eficacia segura.

penal o a la dificultad de probar) [18]; al menos en relación con los órganos de persecución penal, esta justificación debería estar excluida, teniendo en cuenta la cláusula de proporcionalidad del § 34.2 StGB [19] (*vid. supra* 13/36 ss.).

19 *b)* Al igual que el dolo de cada interviniente debe dirigirse a la consumación, así en los delitos de consumación anticipada cada interviniente debe os-

[18] *SK-Samson*, ante § 26, núm. marg. 38; *Stratenwerth*, núm. marg. 889; *Franzheim*, NJW, 1979, pp. 2014 ss., 2017 s.; *Rebmann*, NJW, 1985, pp. 1 ss.; *Keller*, Grenzen, pp. 277 ss. (pero no para posibilitar el castigo de delitos cometidos).

[19] *Sieg*, StV, 1981 pp.636; *Seelmann*, ZStW, 95, pp. 797 ss., 808 ss.; *Ostendorf* y *Meyer-Seitz*, StV, 1985, pp. 73 ss., 79; *Lüderssen*, Jura, 1985, pp. 113 ss., 119 s.; *Herzog*, NStZ, 1985, pp. 153 ss., 155; *Sommer*, JR, 1986, pp. 485 ss., 486 s.; *Keller*, Grenzen, pp. 354 ss. (con consideraciones sobre las demás causas de justificación, sobre todo el ejercicio de cargo policial, p. 331; de acuerdo con *Keller*, el comportamiento provocador del Estado incide por lo general en derechos de la personalidad y por tanto, como participación *en la tentativa*, necesita justificación). La jurisprudencia considera admisible el empleo de «contactos» (*V-Leute*) también como agentes provocadores, pero sin fundamentarlo; BVerfG, 57, pp. 250 ss., 284; BGH, GS, 32, pp. 115 ss., 122; como fundamento, BVerfG, 57, StV, 1985, pp. 177 s. (con comentario de *Lüderssen*, pp. 178 ss.) «necesidades de una Administración de Justicia eficaz» (¡en un supuesto de ejercicio prohibido de la prostitución en el mercado de abastos de Munich!); en términos semejantes, BVerfG, NJW, 1987, pp. 1874 s.: «mantenimiento de una Administración de Justicia apta para funcionar». *Al margen de la problemática de su admisibilidad*, el criterio es el siguiente: Si al agente provocador se le considera imprescindible en la práctica en orden a combatir la criminalidad de determinados ámbitos (tráfico de drogas), ello no significa sino que en esto el Estado de Derecho (verdadera o supuestamente), debido a sus reglas limitadoras, no es capaz de resistir y que por eso la Policía únicamente puede proceder con medios que no tengan más límite que la eficacia, es decir, con medios propios del estado de excepción. De este modo, obviamente, se convierte en problemática la legitimación del Estado para (también) condenar en términos de Estado de Derecho la criminalidad provocada con medios impropios de un Estado de Derecho, y ello tanto en lo que se refiere a hechos consumados que se han llevado a cabo mediante la intervención —justificada en el estado de excepción— del Estado, como en lo que se refiere a hechos (intentados o consumados) en los que la participación del Estado no es ya penalmente típica, pero sí impropia de un Estado de Derecho; y es que un delito intentado o consumado no puede definirse, sin incurrir en contradicción, como perturbación social y a la vez como algo tan deseable que en su virtud dejen de aplicarse las limitaciones normales a la persecución penal. Por eso debería quedar impune la criminalidad provocada por orden del Estado, lo que significa que la provocación sólo pueden servir a hacer posible la persecución de hechos ya cometidos y para prevenir peligros futuros (en favor de limitar la admisibilidad a la actividad preventiva de la policía, *Dencker*, Dünnebier-Festschrift, pp. 447 ss., 460). La impunidad no se basa, digamos, en la menor culpabilidad del inducido, sino en la imposibilidad de comportamiento estatal coherente (por eso no es apropiado el paralelismo que establece *Foth*, NJW, 1984, pp. 221 s., 222, con supuestos del § 11 Soldaten, G, § 5 WStG). La solución es muy controvertida; la jurisprudencia aprecia —expresado *grosso modo*— que la inducción a la tentación sólo hay que tenerla en cuenta en la punición del que ha caído en ella cuando el agente provocador no sólo activó una disposición existente al hecho, sino que además tuvo que superar una considerable resistencia (es decir, cuando no ha podido tener motivo razonable el empleo del agente provocador, o a lo sumo ha podido servir al objetivo de desenmascarar a «hombres de atrás», dispuestos al hecho, del inducido no dispuesto al hecho): BGH, 32, pp. 345 ss. (considerable tentación como atenuación) con amplias referencias de la jurisprudencia anterior (con comentario de *K. Meyer*, NStZ, 1985, pp. 134 s., y reseña de *Bruns*, StV, 1984, pp. 388 ss.); BGH, NJW, 1986, p. 76; BGH, GS, 33, pp. 356 ss. (en todo caso no es obstáculo procesal, p. 362); BGH, NStZ, 1986, p. 162 (teniendo en cuenta la atenuación al margen de la culpabilidad, sobre todo por la falta de peligro de lesión permanente del bien jurídico en virtud del hecho provocado); acerca de la jurisprudencia precedente, *vid. Körner*, StV, 1982, pp. 382 ss., 384 s. En favor de considerarlo obstáculo procesal: *Bruns*, NStZ, 1983, pp. 49 ss.; *J. Meyer*, ZStW, 95, pp. 834 ss., 943 ss., 853; *Taschke*, StV, 1984, pp. 178 ss.; en favor de considerarlo causa personal de exclusión de la pena, *Seelmann*, ZStW, 95, pp. 797 ss., 830; en favor de considerarlo exención de la pena por tratarse de

tentar *dolo de lesión trascendente*. Ejemplo: Todo interviniente en la falsificación documental (§ 267 StGB) debe tener por sí mismo el dolo de que se llegue al engaño en el tráfico jurídico.

c) También son personalísimos los *dolos o propósitos tipificantes*, tal como el ánimo de lucro en la estafa, etc. Ello es tan evidente como lo es la índole personalísima del dolo dirigido a una descripción típica de la vía de ataque (p. ej., el dolo dirigido al engaño en la estafa, a la sustracción en el hurto): Sin este dolo, el suceso delictivo concebido por el interviniente no está completo. Sobre todo, cada interviniente debe querer la consumación de lo tipificante, así como, en la descripción de la vía de ataque, debe tener el dolo de realizar por la vía determinada (y no, p. ej., el dolo de realizar por otra vía). **20**

La mayoría de la doctrina decide de modo distinto, y ello porque casi en todos los casos se pasa por alto el paralelismo entre dolo de consumación y dolo trascendente [20]: Mientras que el carácter personalísimo del dolo de consumación es evidente, el dolo trascendente se considera que puede ser accesorio. Obviamente, hay polémica en torno a en qué medida ha de existir la accesoriedad [21]. La confusión debe estar condicionada en parte por la interpretación excesivamente estricta de las «intenciones». Lo que es accesorio en los planes de otro, se tiene en cuenta, en la solución propuesta, ya en la interpretación del tipo subjetivo: Todo dolo más conocimiento de los planes de otro, pero no sólo la intención en sentido propio, realiza el tipo subjetivo (con detalle *supra* 8/34 ss.).

d) Personalísimos son también los *elementos pasionales* (p. ej., el asesinato por sed de sangre, del § 211 StGB) y los motivos mencionados por su aspecto impulsivo (*vid. supra* 8/94). Al reconocimiento de una accesoriedad siquiera limitada de estos elementos se opone el hecho de que, en relación con los impulsos, no tiene lugar coordinación alguna del comportamiento de los intervinientes, ni siquiera, como sí ocurre en las intenciones como preordenaciones, en el planeamiento. Bien es verdad que varias personas pueden planear juntas, pero sólo cada una por propio impulso. Aun cuando un interviniente pueda suscitar o acicatear los impulsos de otro, ello no indica nada sobre sus **21**

---

una «víctima especial», *Puppe*, NStZ, 1986, pp. 404 ss.; en favor de entender que hay una prueba prohibida, fundamental, *Lüderssen*, Peters-Festschrift, pp. 349 ss.; Derecho comparado en *J. Meyer*, Jescheck-Festschrift, pp. 1311 ss. *Vid.* además *Tiedemann*, NJW, 1984, pp. 753 ss.; *Schünemann*, StV, 1985, pp. 424 ss.; *Riehle*, KrimJ, 1985, pp. 44 ss.; numerosas aportaciones, relativas a distintos aspectos, en *Lüderssen* (editor), V-Leute, *passim*.

[20] Sin embargo, con buen criterio *Herzberg*, ZStW, 88, pp. 68 ss., 93 s.; *vid.* también *SK-Samson*, § 28, núm. marg. 20; por la doctrina dominante, *vid. Keller*, Grenzen, pp. 212 ss., con bibliografía. *Keller* señala que la doctrina que aquí se mantiene tiende a la «responsabilidad por la actitud» (p. 236), lo cual es incierto: El elemento subjetivo (no necesariamente una actitud) que ha de añadirse a la lesión del bien jurídico lo menciona la ley, no la doctrina. Más bien es válido, a la inversa: ¡Quien haga responder al partícipe que no ostenta el elemento subjetivo, a pesar de ello, opera con un tipo trazado de modo más amplio que en el Derecho positivo!

[21] Según la doctrina dominante, accesoriedad plena; así, con diversas fundamentaciones, *Herzberg*, ZStW, 88, pp. 68 ss., 98; *el mismo*, JuS, 1983, pp. 737 ss., 742 ss. (valorativamente neutro, lo que significa irrelevante con vistas a la lesión del bien jurídico); *Stratenwerth*, AT, núms. margs. 930, 933 (los elementos subjetivos del injusto serían siempre accesorios); en términos semejantes, *LK-Roxin*, § 28, núm. marg. 42. Según *SK-Samson* (§ 28, núm. marg. 20; *vid.* asimismo *Welzel*, Strafrecht, § 16, V, 1) se da accesoriedad limitada, es decir, un especial elemento personal del § 28 StGB.

propios impulsos. Otra solución colocaría —como en la teoría de la participación en la culpabilidad— la producción de un autor en el lugar de la producción de un hecho.

22 *e)* Por este motivo, también los *elementos de la constitución y de la actitud*, en sus aspectos subjetivos, son personalísimos (acerca del aspecto objetivo de los elementos de la constitución, *vid. supra* 8/98).

23 *f)* Por lo que se refiere a *la forma del dolo*, en las «intenciones» que, para caracterizar una lesión del bien o para tipificar una lesión del bien, trascienden a la consumación, mediante la interpretación del aspecto subjetivo como dolo más conocimiento de un planeamiento, se ha aclarado ya que todos los intervinientes deben realizar el elemento por sí mismos, al igual que cada uno de ellos debe tener su propio dolo. En las intenciones (propias) que caracterizan una dirección de voluntad hostil (*supra* 8/37), cada interviniente debe ostentar esta dirección de voluntad, pues el apoyo a un comportamiento hostil ajeno (sea por los motivos que sea) no se puede equiparar ni siempre materialmente, ni sólo siempre en la valoración. Finalmente, cada interviniente debe ostentar personalísimamente de modo cualificado los dolos que están cualificados por una autorización del riesgo (*supra* 8/36), porque sin el dolo cualificado el sujeto se encuentra aún en una situación que admite un riesgo, aun cuando otro interviniente, sobre la base de ideas más exactas —errónea o acertadamente—, ya obre de modo no permitido.

3. *La accesoriedad limitada de los deberes especiales y de la necesidad de ejecución de propia mano; delimitaciones*

24 *a)* Respecto a las restricciones del círculo dė autores de un delito a determinadas personas (delitos especiales en sentido amplio), hay que distinguir:

a') Cuando se lleva a cabo una restricción a ciertas personas porque —sin ser portadoras de deberes especiales— sólo ellas pueden atacar un bien determinado de determinada manera, se trata de *descripciones de autores* que sólo han de caracterizar la situación en la que es posible la actuación típica como tal o de modo prácticamente relevante. Tales elementos son, por eso, como otros elementos de la situación, descripciones de la configuración de un ámbito de organización y son, por eso, como todos los elementos de un ámbito de organización, elementos del tipo plenamente accesorios [22]. Ejemplos: Según la idea —obviamente hoy considerada errónea— del legislador histórico, el tenedor de la posesión en la apropiación indebida, § 246 StGB; según la concepción actual, la posición como persona involucrada en un accidente en el § 142 StGB (a diferencia de antes: deber especial debido a la «comunidad en el tráfico»); amotinamiento de presos, § 121 StGB; los actos homosexuales, en lo que se refiere a la cualidad de varón, no en cuanto a la edad, § 175 StGB.

También es así cuando el círculo de autores está limitado a determinadas personas, sólo las cuales pueden atacar un bien de modo especialmente fácil o de manera prácticamente relevante. Constituyen ejemplos la puesta en peligro

[22] Al margen de diferencias de delimitación con respecto a algunos tipos, la doctrina dominante: *LK-Roxin*, § 218, núm. marg. 41, con bibliografía.

de buque, § 297 StGB; el exhibicionismo, § 183 StGB; la utilización indebida de cosas pignoradas, § 290 StGB, la obstaculizacion de la ejecución forzosa, § 288 StGB [23]; la quiebra, § 283 StGB.

A este grupo de casos pertenecen también los deberes de garante en virtud de responsabilidad de organización (deberes de tráfico, injerencia y asunción), que constituyen —como reverso de la libertad de acción— determinación del alcance de un ámbito de organización. Ejemplo: El que el copiloto aconseje a un conductor que acelere (acción) o que no frene (omisión), produciéndose en consecuencia un homicidio doloso, no tiene nada que ver con el § 28 StGB; de todos modos, el copiloto induce al homicidio (§§ 26, 212 StGB) [24].

b') Delitos especiales en sentido estricto: En tanto que no se describe, o no sólo se describe, el alcance de un ámbito de organización, sino un estatus del autor, las expectativas de comportamiento conforme a Derecho se determinan también a través del titular del deber. En estos casos, al que no está obligado de por sí únicamente se le puede hacer responder «en segundo término» y por tanto sólo limitadamente: Los deberes propios (fundamentadores de la punibilidad) o impropios (agravantes de la penalidad) son especiales elementos personales [25]. A estos efectos, por estatus se entiende aquí un haz, asegurado institucionalmente, de relaciones entre el obligado y el bien en cuestión, del cual el deber lesionado garantizado penalmente sólo constituye un fragmento (con detalle, *infra* acerca de la tentativa 25/43 ss.). En las instituciones de importancia trascendental para la existencia de la sociedad, el estatus se convierte en posición de garante (*infra* 29/57 ss.); el delito especial es entonces, simultáneamente, delito de infracción de deber, de modo que el obligado especialmente, por lo que se refiere al ámbito de su deber especial, es siempre autor (*supra* 21/115 ss.). Esta consecuencia confirma la solución a la que se ha llegado, pues, dado que el especial elemento personal fundamenta *per se* autoría, se evita (en el § 28.2 StGB) la construcción paradójica de la participación en un injusto especial sin hecho principal de tal naturaleza. 25

Deberes especiales son, p. ej., los deberes derivados del cargo en los delitos de funcionarios, numerosos deberes de custodia personales o patrimoniales en ciertos tipos de la Parte Especial, los deberes del declarante en los §§ 153 y 154 StGB [25a] (dudoso), los deberes de los §§ 174 ss. StGB [26] contra el abuso

---

[23] *Herzberg*, ZStW, 88, pp. 68 ss., 83 ss.; *el mismo*, JuS, 1983, pp. 737 ss., 740 s.; discutido.

[24] Muy controvertido; la doctrina dominante no se ocupa generalmente de la distinción de las diversas posiciones de garante. Ejemplos: *Geppert*, ZStW, 82, pp. 40 ss., 70 ss. (en tanto que elementos que determinan el bien jurídico, nunca son especialmente personales); sin embargo, en otro sentido *Vogler*, Lange-Festschrift, pp. 265 ss. (en tanto que elementos basados en la confianza, siempre especialmente personales); más bibliografía *infra* 29/nota 220. Acerca de la necesidad de distinguir entre confianza general y especial, en seguida *infra*.

[25] Con diferencias de delimitación relativas a algunos tipos, doctrina dominante; BGH, 6. pp. 309 ss.; *Jescheck*, AT, § 61, VII, 4 *a*, *aa*; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 935; detalladamente. con bibliografía, *Wagner*, Amtsverbrechen, pp. 386 ss.; para la crítica (más bien es adecuada la impunidad del *extraneus*), *vid. supra*, nota 13 y (más bien es adecuada la plena accesoriedad) *Grünwald*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 555 ss., 561 ss.

[25a] Ampliamente, *Langer*, Ernst Wolf-Festschrift, pp. 335 ss., 345 ss., con bibliografía; *vid.* asimismo *Stein*, Beteiligungsformenlehre, pp. 332 ss.

[26] Controvertido; *de otra opinión*, *Schönke-Schröder-Lenckner*, § 174, núm. marg. 20, §174 *a*. núm. marg. 13; como aquí, *LK-Roxin*, § 28, núm. marg. 38.

de una posición asegurada mediante confianza cualificada o cualquier otra vía institucional, así como, finalmente —comprendiendo a los deberes mencionados, en tanto que son deberes de garantía— los deberes de garantía en virtud de responsabilidad institucional, no vinculados a determinados tipos (matrimonio, relación paterno-filial, especial confianza, etc., *vid. infra* 29/57 ss.).

26 *c')* También es especial elemento personal la *necesidad de ejecución de propia mano;* dado que importa la insuficiencia personal, el deber no puede desvincularse de su titular [27] (*vid. supra* 21/21).

27 *d')* Por último, las descripciones típicas que si bien están formuladas objetivamente, apuntan a la situación motivacional, son —siendo consecuentes con el tratamiento del aspecto subjetivo— personalísimas, como, p. ej., en el § 217 StGB. Así ocurre también con las cualidades de autor (p. ej., el aspecto objetivo de la profesionalidad).

III. RESULTADO

A. Elementos que fundamentan la punibilidad

28 1. Si faltan elementos personalísimos, fundamentadores de la punibilidad, en un interviniente, éste queda impune.

29 2. *a)* Si faltan especiales elementos personales (limitadamente accesorios) de carácter fundamentador de la punibilidad (deberes especiales y ejecución de propia mano) en el interviniente (que nunca puede ser autor ni coautor, ya que falta un elemento de la autoría específico del delito), debido al déficit, se atenúa el marco penal con arreglo al § 49.1 StGB; tal es el contenido del § 28.1 StGB. Esta atenuación debida a la ausencia de especiales elementos personales se mantiene también cuando faltan tanto la ejecución de propia mano como el deber especial, como, p. ej., en el inductor (no cualificado) a la prevaricación, § 336 StGB. No obstante, la atenuación se acumula a otras atenuaciones, en particular a la prevista en el § 27.2 StGB [28]. Sin embargo, no se acumulan las atenuaciones previstas en los §§ 28.1 y 27.2 StGB cuando la falta de un elemento de la autoría específico del delito constituye el único motivo de la punición como cómplice de quien en los demás casos intervendría en concepto de autor [29].

30 *b)* Un elemento es fundamentador de la punibilidad cuando en su ausencia no se da ningún comportamiento típico. Siempre que se declare delito au-

---

[27] *De otra opinión, Schmidhäuser,* AT, 14/82; *Schönke-Schröder-Lenckner,* § 28, núm. marg. 19.

[28] BGH, NStZ, 1981, pp. 299; BGH, StV, 1983, pp. 330 (sólo como principio); BGH, NStZ, 1989, pp. 19 s. (naturalmente, en favor de considerarlo elemento personal*ísimo*).

[29] BGH. 26, pp. 53 ss., 55; *Bruns,* JR, 1975, pp. 510 s.; *Langer,* Ernst Wolf-Festschrift, pp. 335 ss., 338 s.; *de otra opinión, LK-Roxin,* § 28, núm. marg. 60, con la fundamentación de que así se allana la distinción entre complicidad e inducción (= un grado de atenuación); sin embargo, en un cooperador en concepto de autor ya no está justificada esta distinción, al margen de las dudas generales sobre su legitimación.

tónomo (*delictum sui generis*) a una variación de determinado delito [30], ello carece de trascendencia para la aplicación del § 28 StGB [31]. Así pues, los elementos de estos delitos «autónomos» no fundamentan punibilidad alguna, sino que la modifican.

Muchos tipos delictivos, dependiendo de la clase de comportamiento, pueden mostrar elementos fundamentadores de la punibilidad o bien ser delitos comunes, comisibles por cualquiera. Dado que también las posiciones de garante institucionalmente aseguradas en los delitos de omisión equiparables a los de comisión son especiales elementos personales, incluso delitos de causación comisibles por cualquiera del género de los §§ 212, 223, 303 StGB contienen, para el caso de omisión contraria a deber de tal clase (§ 13.1 StGB), especiales elementos personales fundamentadores de la punibilidad y entonces se encuadran en el § 28.1 StGB. Delicada es la cuestión en los delitos especiales impropios (delitos cualificados por deberes especiales), cuando el obligado especialmente realiza el delito a través de una posición de garante institucionalmente asegurada; ejemplo: El fiscal obstaculiza la persecución penal (encubrimiento), aconsejado por un no cualificado, dejando de ocuparse de un asunto penal § 258 *a*, párrafo 1, StGB [32]. Bien es cierto que el deber especial cualificante en el caso normal modifica la punibilidad (lo que, para el no cualificado, quiere decir: punibilidad por el delito base a través del § 28.2 StGB), pero, en caso de comisión por omisión, el deber especial fundamenta la punibilidad, de modo que hay que aplicar el § 28.1 StGB [33].

c) A un interviniente le falta un elemento (fundamentador de la punibili- **31**
dad) de autor ya cuando no comparte tal elemento con el autor, sino que lo ostenta como elemento propio; pues este elemento propio puede que sea análogo al elemento, fundamentador de la punibilidad, del autor, pero no idéntico. El deber especial (como la ejecución de propia mano) de un interviniente —según la solución que se propone, los únicos especiales elementos personales— siempre, por definición, le falta a otro interviniente; todo interviniente está ya por sí mismo obligado, con carácter previo a toda intervención, o bien sólo a través de la intervención y por eso atenuadamente con arreglo al § 28.1 StGB. Ejemplo: Alguien es funcionario, o padre, o marido, o soldado, o bien no lo es; pero nunca le compete el deber de *otro* funcionario, etc., ni siquiera en la forma atenuada regulada por el § 28.1 StGB. Naturalmente, la *propia* obligación puede tener por consecuencia cuidarse de evitar infracciones jurídicas ajenas. Ejemplo: Si dos albaceas, cada uno obligado sin limitaciones, se apropian, conforme a lo acordado, cada uno de la mitad del patrimonio, responden, por su *propio* deber de tutela, cada uno por el daño total como autor *si-*

[30] En tal sentido la jurisprudencia, tozudamente con respecto al § 211 StGB; se mencionan además los §§ 217, 249 StGB, entre otros.

[31] *Stratenwerth*, AT [2], núm. marg. 937; dudando, *Baumann-Weber*, AT, § 37, III, 2 *b*, β; acerca de las inconsecuencias de la jurisprudencia relativas al § 211 StGB, *vid.* Arzt, JZ, 1973, pp. 681 ss.

[32] Más ejemplos en *Cortés Rosa*, ZStW, 90, pp. 413 ss., 424 ss.

[33] *SK-Samson*, § 28, núm. marg. 6 *b*; controvertido; en otro sentido, *Cortés Rosa*, ZStW, 90. pp. 4123 ss., 429 s., aludiendo con buen criterio a la absurda diferencia de penalidad entre un delito atenuado conforme al § 49 StGB y el delito en general; sin embargo, esta diferencia no cabe eliminarla debido a la falta de armonía entre el § 28, párrafo 1 y el párrafo 2, StGB (al respecto *supra* en nota 1).

multáneo según el § 266 StGB (*vid.* ya acerca de los delitos de infracción de deber *supra* 21/115 ss.). Si el propio deber es limitado, ello no sólo determina una reducción del alcance de la responsabilidad por autoría, sino que se debe aplicar el § 28.1 StGB para la responsabilidad por participación. Ejemplo: Si dos testigos mienten al tribunal, conforme a lo acordado, cada uno en un asunto probatorio distinto, en relación con la declaración del otro en cada caso no queda sólo participación, sino que en esa medida al partícipe le falta también el deber especial del declarante (si se considera el deber de declarar como deber epecial, lo que es discutido). No hay ningún caso en que a un interviniente no el falte el deber especial de otro interviniente.

Para la doctrina dominante, que también reconoce especiales elementos personales de naturaleza subjetiva, surgen dificultades irresolubles: Dado que un elemento subjetivo, por definición, es elemento de una persona determinada y no de otra [34], el interviniente no autor debería gozar de la atenuación de la penalidad del § 28.1 StGB también en caso de cualificación subjetiva propia: Ahora bien, su psique no es la del autor. La doctrina dominante elude tal consecuencia admitiendo la sustitución recíproca de los elementos.

32 3. Por los elementos plenamente accesorios, que fundamentan la punibilidad (p. ej., la causación del resultado en un delito cuya tentativa es impune) responde todo interviniente según las reglas generales.

B. Elementos que modifican la punibilidad

33 1. Con arreglo a la solución que aquí se propugna, no hay especiales elementos personales que atenúen o excluyan la punibilidad [34a]. Pero sí hay elementos personalísimos que atenúan o excluyen la punibilidad; los cuales, también según esta solución, operan ya individualmente, en virtud de principios generales. El resultado coincide con el de la aplicación del § 28.2 StGB —aquí rechazada—. Este precepto no se ajusta a los elementos personalísimos; pues la (entonces, en consecuencia) necesaria aplicación del § 28.1 StGB conduciría, en los elementos fundamentadores de la punibilidad, a inculpaciones injustificadas.

34 2. Los especiales elementos personales agravatorios (como la ejecución de propia mano decae prácticamente, quedan los deberes especiales) tienen el mismo efecto, a través del § 28.1 StGB, que los elementos personalísimos: Al no cualificado se le castiga por el delito base, según su intervención como autor (coautor) o partícipe. Ello supone una solución insatisfactoria sobre todo para aquellos casos en los que el no cualificado coopera precisamente con un autor cualificado, pues no queda abarcado el favorecimiento de la porción especial del delito por parte del no obligado especialmente. Por eso se propone entender el § 28.2 StGB en el delito especial sólo como regulación del marco penal

---

[34] Sin advertir el problema, BGH, 23, pp. 39 s.; al respecto, crítica y fundamentalmente, *Arzt*, JZ, 1973, pp. 681 ss.; *el mismo*, BT, t. I, núm. marg. 96 s.

[34a] En relación con el hecho de que no debe existir una regulación para los elementos que *excluyen* la penalidad junto a la del § 28.1 StGB, referida a los que *fundamentan* la penalidad, *vid.* ya *supra* 23/2 (en 3.°).

a aplicar, pero no como precepto decisivo en el pronunciamiento sobre la culpabilidad [35], o bien al menos tener en cuenta en la determinación de la pena la intervención en la porción especial del delito [36]. Dado que la ley menciona también circunstancias que *excluyen* la punibilidad en el mismo precepto, § 28.2 StGB, y en la exclusión de la punibilidad no cabe hablar ni de que quede un pronunciamiento de culpabilidad ni de determinación de la pena, el efecto en todos los sentidos personalísimo está establecido inequívocamente en la ley [37]; por eso el artículo 103.2 GG y el § 1 StGB prohíben realizar correcciones, aun cuando serían convenientes. Así pues, el § 28.2 StGB reporta un beneficio, en los elementos limitadamente personales, a aquel que no los ostenta, beneficio que no es adecuado con arreglo al sistema de la imputación.

3. Por los elementos plenamente accesorios, modificadores, sobre todo 35
por las formas de comisión cualificantes (medio de peligro común en el § 211, instrumento peligroso en el § 233 *a* StGB) responde todo interviniente según las reglas generales.

[35] *Cortés Rosa*, ZStW, 90, pp. 413 ss., 417 ss., 431 ss.; *Stein*, Beteiligungsformenlehre, pp. 41 ss.; distinguiendo, *Wagner*, Amtsverbrechen, pp. 398 ss.; críticamente al respecto, *SK-Samson*, § 28, núm. marg. 6 *b*; *Grünwald*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 555 ss., 565 s.

[36] *LK-Roxin*, § 28, núm. marg. 59; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 28, núm. marg. 30.

[37] *Grünwald*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 555 ss., 566.

APARTADO 24

Reglas comunes para la autoría y la participación

BIBLIOGRAFIA: *L. v. Bar*, Gesetz und Schuld im Strafrecht, t. 2, 1907, *W. Beulke*, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 1989; *R. Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; *P. Bockelmann*, Die Problematik der Beteiligung an vermeintlich rechtswidrigen Taten, Gallas-Festschrift, pp. 261 ss.; *W. Bottke*, Wahrheitspflicht des Verteidigers, ZStW, 96, pp. 726 ss.; *P. Cramer*, Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, Bockelmann-Festschrift, pp. 389 ss.; *H. Dubs*, Ist fahrlässige Mitwirkung bei einem Vorsatzdelikt strafbar, en: Melanges Robert Patry (Lausanne), 1988; *U. Ebert*, Verbrechenskämpfung durch Opferbestrafung?, JZ, 1983, pp. 633 ss.; *B. Freudenthal*, Die nothwendige Teilnahme am Verbrechen, 1901; *W. Frisch*, Vorsatz und Risiko 1983; *el mismo*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, *K. H. Gössel*, Probleme notwendiger Teilnahme bei Betrug, Steuerhinterziehung und Subventionsbetrug, wistra 1985, pp. 125 ss.; *R. D. Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, *el mismo*, Anstiftung zur unbestimmten Haupttat, BGHSt., 34, 63, JuS, 1987, pp. 617 ss.; *G. Jakobs*, Regreßverbot beim Erfolgsdelikt, ZStW, 89, pp. I ss.; *H. Kamps*, Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt, 1981; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, *R. Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, 1989; *D. Kratzsch*, Aufgaben- und Risikoverteilung als Kriterien der Zurechnung im Strafrecht, Oehler-Festschrift, pp. 65 ss., *G. Küpper*, Strafvereitelung und sozialadäquäte Handlungen, GA, 1987, pp. 385 ss., *E.-J. Lampe*, Täterschaft bei fahrlässiger Straftat, ZStW, 71, pp. 579 ss.; *R. Lange*, Die notwendige wald, Reseña bibliográfica, ZStW, 93, pp. 864 ss.; *J. Mallison*, Rechtsauskunft als strafbare Teilnahme, 1979, *L. Meyer-Arndt*, Beihilfe durch neutrale Handlungen?, wistra, 1989, pp. 281 ss.; *W. Naucke*, Über das Regreßverbot im Strafrecht, ZStW, 76, pp. 409 ss.; *H. Otto*, Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, Maurach-Festschrift, pp. 91 ss.; *el mismo*, Vorangegangenes Tun als Grundlage strafrechtlicher Haftung, NJW, 1974, pp. 528 ss.; *el mismo*, Straflose Teilnahme?, Lange-Festschrift, pp. 197 ss., *C. Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 5.ª ed., 1989; *el mismo*, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Honig-Festschrift, pp. 133 ss.; *el mismo*, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Gallas-Festschrift, pp. 241 ss.; *el mismo*, Bemerkungen zum Regreßverbot, Tröndle-Festschrift, pp. 177 ss., *H.-J. Rudolphi*, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966; *F.-C. Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965; *H. Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986; *G. Stratenwerth*, Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 383 ss.; *W. Stree*, Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung - BGHSt., 32, 262, y BGH, NStZ, 1984, 452, JuS, 1985, pp. 179 ss.; *S. Wehrle*, Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt - Regreverbot?, 1986; *J. Welp*, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968; *H. Welzel*, Reseña bibliográfica, ZStW, 61, pp. 209 ss.; *J. Wolter*, Notwendige Teilnahme und straflose Beteiligung, JuS, 1982, pp. 343 ss.

I. LA REALIZACION DEL RIESGO DE LA INTERVENCION DOLOSA. ESPECIAL REFERENCIA AL ERROR SOBRE EL PAPEL DE LOS INTERVINIENTES

A. 1. También en el condicionamiento psíquico de la causalidad median- 1
te intervención debe realizarse el riesgo no permitido, creado por el interviniente, para que sea imputable el resultado. Condición necesaria del carácter no permitido del riesgo es que se dé una probabilidad del resultado que sobrepase el riesgo vital general. Ejemplo: Quien aborda por las buenas a una persona en la calle pidiéndole que asesine a un tercero, no crea un riesgo, no permitido, de inducción, y no responde por inducción al asesinato si se produce el caso inopinado de que la persona cumpla la petición.

La problemática sobrepasa el ámbito de lo raro (aun cuando su importancia práctica sea mínima) cuando, con motivo de un riesgo no permitido, creado dolosamente, o junto con un riesgo de tal género, se realiza un riesgo no advertido y por tanto no abarcado por el dolo. Ejemplo: Un miembro de una banda le pide a otro miembro que coopere en un delito, no sabiendo el que hace la petición que a aquel al que se la hace el jefe de la banda le ha amenazado con graves represalias si se opone a tal petición. En supuestos de este género, debe determinarse si el riesgo no permitido creado y advertido por el interviniente se ha realizado solo, o al menos junto con otro riesgo, o si lo que se ha realizado ha sido un riesgo no previsto; en este último caso decae el dolo relativo a cualquier forma de intervención dolosa.

2. *a)* A esta problemática se la suele conocer con la expresión «error so- 2
bre el papel de interviniente». Esta denominación afecta, naturalmente, sólo a un fragmento del total: También *dentro de* un papel cabe que el interviniente se equivoque sobre el riesgo que se realiza; y es que, para el inductor, el error del influido sobre el motivo constituye un error sobre el curso causal. Ejemplo: El interviniente quiere incitar a un autor prometiéndole una recompensa; el elegido accede por odio hacia la víctima, rechazando la recompensa; ¿inducción consumada (dolosa)?

b) Para resolver estos casos sirven las reglas ya indicadas *supra* (8/64 ss.) 3
sobre la realización de un riesgo creado dolosamente, reglas conforme a las cuales no importa la representación del interviniente sobre cómo se va a realizar el riesgo, sino la tradición experimental relativa al riesgo que él crea dolosamente. Sobre todo en el ámbito de la causalidad psíquica, las representaciones del profano sobre los mecanismos de causación suelen constituir meras especulaciones. El que p. ej., en una inducción, la esperanza de una parte del botín o la coerción del grupo o la atracción por el riesgo, etc., mueva al destinatario a concebir cierto dolo, no se puede demostrar con medios propios de profano y a menudo ni siquiera por parte de psicólogos expertos, cuanto menos tampoco *ex post* en el procedimiento judicial. Así pues, a fin de apreciar la realización del riesgo no puede atenderse a si el interviniente destaca cierto aspecto como supuestamente importante y descuida otro, sino más bien a si el curso causal se desarrolla aún dentro del espectro de la tradición experimental.

La conjunción de todas las posibilidades de surtir efecto en *un* haz de riesgo no es posible sino dentro del ámbito de dispersión (*Streubreite*), que se da en la práctica, del riesgo percibido por el interviniente. Este complejo, fundado en la tradición experimental, de diversas posibilidades, bien es verdad que conduce a la formación de clases de influencias, pero no unifica a todas las influencias. Dicho gráficamente: El que una persona forzada al hecho mediante amenazas de muerte no dé crédito a las amenazas, pero sí asuma la «incitación» y ejecute el hecho, ya no se encuentra dentro de la tradición de la experiencia. Sobre todo, el influjo sobre personas que no actúan responsablemente deberá ser otro tipo de influjo que el que tiene lugar sobre las personas que actúan responsablemente. Evidentemente, entraña dudas decidir en caso de representación errónea sobre el ámbito límite de la responsabilidad. Pero en todo caso la decisión es válida sin tener en cuenta si el que influye es responsable del defecto; así pues, el error no puede afectar al papel de interviniente (autoría mediata o intervención accesoria).

4 *c)* Son posibles las siguientes formas de error:

a') El partícipe sobreestima la responsabilidad de la persona sobre la que influye [1]: A esta forma de error pertenecen ante todo los casos en los que el interviniente ignora que se dan los requisitos objetivos de la autoría mediata. El riesgo percibido de no obrar delictivamente junto con otras personas (como coautor o partícipe) es independiente del riesgo de no emplear a otro como instrumento (como autor mediato): La participación y la coautoría no están prohibidas porque, conforme a la experiencia, otros intervinientes podrían verse degradados inadvertidamente a meros instrumentos.

La presencia de un riesgo no percibido no autoriza a concluir que sólo se haya realizado ese riesgo y no (también) el riesgo percibido, sino que, en la mayoría de los casos, ambos riesgos serán necesarios para explicar el curso causal concreto. Ejemplo: El coautor al que un interviniente se ha empeñado en «enrolar» resulta luego ser un enfermo mental; si por la enfermedad mental del enrolado cabe imaginar el influjo sin efecto en la concreta realización del tipo tan reducidamente que el interviniente ya no habría apreciado en tal influjo ninguna tentativa de enrolamiento arriesgada (si p. ej., ya la mera petición operase motivando sin consideración al origen, a las circunstancias concomitantes, etc.), entonces no se ha realizado el riesgo de inducción percibido (consecuencia: tentativa de inducción), en otro caso —lo que será lo normal— sí (consecuencia: inducción consumada al hecho; con detalle, *supra* acerca del dolo 8/70).

A tenor del Derecho vigente, decae desde luego la participación consumada cuando el déficit de responsabilidad, no advertido, del autor principal elegido se deriva de su no dolosidad. Ejemplo: El que cree ser cómplice supone

[1] Con respecto al error sobre el dolo del ejecutor, la conclusión a la que aquí se llega se corresponde con la doctrina dominante; *Roxin*, Täterschaft, pp. 555 ss.; *Frisch*, Verhalten, pp. 626 ss.; *SK-Samson*, núm. marg. 26, ante § 26; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 963; detalladamente, *Bockelmann*, Gallas-Festschrift, pp. 261 ss., 264 ss., con bibliografía, *ibíd.* también con respecto al § 32 del Proyecto de 1962. En relación con el error que deja intacto al dolo del ejecutor, no se suele tener en cuenta el problema de la realización del riesgo; *vid. Roxin*, Täterschaft, pp. 261 ss.; *Cramer*. Bockelmann-Festschrift, pp. 389 ss., 399 s.; *Frisch*, Verhalten, pp. 624 ss.; *Jescheck*, AT, § 62, III, 1, con bibliografía. Discrepando absolutamente, como es lógico, la teoría subjetiva, *vid. Baumann-Weber*, AT, § 37, I, 2 *a*, β.

erróneamente que el ejecutor conoce la realización del tipo; complicidad intentada (siempre impune), y en su caso autoría imprudente.

b') El interviniente subestima la responsabilidad de la persona sobre la que influye: Se trata sobre todo de casos en que el que influye supone erróneamente que se dan los requisitos de la autoría mediata. El riesgo percibido de subordinación de otra persona es distinto del riesgo del actuar conjunto: El riesgo de emplear a otras personas como instrumento no está prohibido porque conforme a la experiencia éstas podrían también cooperar *sponte sua*. 5

Si ni siquiera se provoca dolosamente el dolo del ejecutor, apenas cabrá imaginar supuestos en los que el riesgo conocido (autor no doloso) forme un solo tipo de influjo con el riesgo realizado (autor doloso); pues, por lo general, el autor, al decidirse, atiende a si su ejecución realiza (o no) un tipo delictivo. Es conocido el ejemplo de dos cazadores, uno de los cuales entrega al otro su escopeta con la petición, que alcanza su objetivo, de disparar a una figura que él ha identificado correctamente como una persona, pero que dice ser una pieza de caza mayor; el otro cazador entrevé la mentira; homicidio intentado en autoría mediata. Una opinión extendida estima participación en el delito consumado (dependiendo del caso en concreto habría que considerar también la posibilidad de coautoría) como supuesto *minus* con respecto a la autoría mediata intentada [2], lo que sin embargo no es correcto, porque en este caso se nivelan las formas de intervención sin tener en cuenta los riesgos distintos en cada caso [3].

Aun cuando el que influye suscita dolosamente en el ejecutor un dolo de delito, el riesgo de influjo sobre una persona responsable, que se realiza, no pertenecerá al mismo tipo del riesgo percibido si el ejecutor se ha elegido precisamente por el defecto erróneamente supuesto (ejemplo: El inductor busca un autor supuestamente oligofrénico) o si el defecto se ha de provocar para crear la propensión el hecho (ejemplo: Hay que colocar al ejecutor en un estado de embriaguez, o en un estado de necesidad coactivo). El § 29 StGB regula la culpabilidad cuando *se da* la intervención, pero no implica nada sobre la realización del riesgo de la intervención en caso de error sobre la culpabilidad.

Si el que influye considera el defecto irrelevante para su propósito, al igual que en el error sobre el ámbito marginal de la inculpabilidad, advierte el tipo de riesgo que comprende también el influjo sobre personas no responsables. Ejemplo: El interviniente ha sopesado, al planear, que la persona en la que va a influir podría padecer una psicosis, sin sacar por ello conscuencias para la clase de influjo; al llegar a la ejecución ya ni siquiera piensa en ello. Frente a las expectativas del inductor, el influido no es incapaz de culpabilidad, sino que sólo presenta capacidad de culpabilidad disminuida.

3. El interviniente conoce su papel y yerra sólo sobre detalles del curso causal si los otros intervinientes se limitan a *distribuir sus aportaciones de modo distinto* a como lo había supuesto el interviniente. El riesgo percibido de la intervención se realiza en tales casos, a pesar del error, si los otros intervinientes 6

---

[2] *Jescheck*, AT, § 62, III, 1; *Roxin*, Täterschaft, pp. 271 ss.; *Schmidhäuser*, AT, 14/54; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 959.

[3] Acertadamente críticos, *SK-Samson*, § 25, núm. marg. 38; *Herzberg*, Täterschaft, p. 45; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 50, núm. marg. 61.

continúan una aportación hasta el estadio de lo punible (al menos tentativa), es decir, si la aportación llega a ser causal, aun cuando la prosecución por parte de los otros intervinientes suponga variar el plan originario. Quien no actúa el último, siempre actúa con el riesgo de que los subsiguientes tengan que ajustar sus planes a circunstancias modificadas o a conocimientos más exactos.

II. LA LLAMADA PARTICIPACION NECESARIA (LA INTERVENCION SIN RESPONSABILIDAD)

7 A. En algunos delitos, el tipo sólo se realiza cuando varias personas pretenden el resultado sumando sus esfuerzos. La dinámica superior de los esfuerzos sumados fundamenta o cualifica el comportamiento delictivo frente a otros: insurrección de presos (§ 121 StGB), allanamiento de morada grave (§ 124 StGB), hurto en cuadrilla (§ 244, párrafo 1, núm. 3). En estos (así llamados) *delitos de convergencia* [4], todos los que intervienen típicamente responden recíprocamente por la realización del tipo. La inducción a estos delitos, y la complicidad con ellos, son posibles según las reglas generales.

8 B. En los llamados *delitos de encuentro* [5] hay que distinguir varias modalidades:

1. En algunos delitos, sólo la interacción de varias personas de distinta trascendencia social hace posible un comportamiento delictivo frente al interviniente situado en posición de inferioridad. También en la medida en que la intervención de la víctima en situación de inferioridad cumple los requisitos de la inducción o de la complicidad, es impune, ya que no puede contribuir en nada al injusto de una lesión a otro. Ejemplo: La mayor parte de infracciones penales contra la libertad sexual, §§ 174 ss. StGB, la sustracción de menores, § 235 StGB, el rapto con consentimiento, § 236 StGB.

También han de tratarse según las reglas mencionadas los delitos que sólo sirven indirectamente (a través de bienes públicos) a la protección de personas concretas. Constituyen ejemplos el favorecimiento de la prostitución, § 180 a StGB [6], y la usura, § 302 a StGB [7].

La víctima —directa o indirectamente— protegida puede mediar en las aportaciones de otras personas, o sea, las actuaciones de terceros sobre la víctima constituyen, por la situación de inferioridad de ésta (es decir, a diferencia de la colaboración con la autolesión), complicidad en favor del autor y por tanto complicidad punible de esos terceros. Ejemplo: Aconsejar a la alumna de quince años que mantenga relaciones sexuales con el profesor, de tener éxito,

---

[4] Desde *Freudenthal*, Die notwendige Theilnahme am Verbrechen, pp. 1, 122.

[5] Bibliografía básica, aparte de la que se mencionará después: *Lange*, Die notwendige Teilnahme; *Lange*, intenta derivar la impunidad de la «esencia» de autoría y participación (loc. cit., pp. 63 ss.); en contra, *Welzel*, ZStW, 61, pp. 209 ss., 212; *vid.* además *Ebert*, JZ, 1983, pp. 633 ss., 641 s. Con respecto a la estafa y a la elusión fiscal como delitos de encuentro, *vid.*, *supra* 21/15 y *Gössel*, wistra, 1985, pp. 125 ss.

[6] Controvertido; *vid. Jescheck*, AT, § 64, VI, 2 *c*, nota 75.

[7] Al respecto, RG, 18, pp. 273 ss., 281.

constituye complicidad con el estupro (*sexueller Mißbrauch*), §§ 27, 174, párrafo 1, núm. 1, 28 StGB.

2. En la medida en que los partícipes son del mismo rango, hay que distinguir de nuevo varias modalidades, aún no aclaradas completamente. 9

a) Cuando se trata de la prohibición de lesionar a otro incluso a pesar de la colaboración del lesionado (ejemplo: § 223 StGB en caso de consentimiento ineficaz, pero no ineficaz por posición de inferioridad, § 226 *a* StGB; homicidio a ruego, § 216), la víctima que interviene no puede contribuir a esta lesión a otro y queda impune [8]; pero también queda impune un tercero que actúe sobre la víctima; por falta de posición de inferioridad de ésta, la actuación favorece una autolesión. Ejemplo: El consejo, que consigue su objetivo, a una persona cansada de vivir, para que pida a otro que le dé muerte, es impune; *vid. supra* 21/57 ss.

b) En tanto que para todos los intervinientes es punible una forma determinada de interacción (ejemplo: yacimiento entre parientes, § 173 StGB) se aplican las reglas generales; en particular, es posible la participación de terceros en el comportamiento de todos los intervinientes. 10

c) En la medida en que la participación en un delito está tipificada taxativamente, mediante la aplicación de las reglas de la Parte General se eludiría el límite de la *lex specialis*. Así. p. ej., la incongruencia de aceptación de dádiva y cohecho pasivo (p. ej., los soldados no pueden ser autores) frente a ofrecimiento de la dádiva y cohecho activo no cabrá armonizarla mediante una intervención, fundamentada según las reglas de la Parte General, de la otra parte en el hecho (en relación con los §§ 331 ss. StGB). Igualmente, la complicidad en los actos preparatorios mencionados en el § 30 StGB debe quedar impune, en tanto que el hecho no vaya más allá del estadio descrito en el § 30 StGB. El favorecimiento de la prostitución, § 180 *a* StGB, no tipifica la intervención en la prostitución *prohibida*; la complicidad en un delito del § 180 *a* StGB es, pues, posible según las reglas generales [9]. 11

d) Por último, en muchos casos, determinadas personas no pueden ser autores de un delito; si el motivo que excluye la responsabilidad por autoría es válido también para la responsabilidad del partícipe, también la participación es impune. Ello se aplica sobre todo en los casos de comportamiento de autofavorecimiento: escaparse, en la liberación de presos, § 120 StGB, y aceptación de encubrimiento, §§ 257 ss. StGB. Se discute sobre si frente al favorecido no existe garantía normativa [10] o si ha de apreciarse una situación similar a la exculpante [11], y tampoco cabe decidir con claridad a la vista de lo contradictorio de la regulación (§ 257, párrafo 3, inciso 2, StGB, frente al § 258.5 StGB). Desde luego, el sobrepasar el papel mínimo (p. ej., induciendo al autor) debería permanecer impune, salvo en los casos del § 257, párrafo 3, inciso 2, StGB [12] (conclusión *a sensu contrario* a partir del precepto mencionado). Sin embargo, 12

---

[8] *Wolter*, JuS, 1982, pp. 343 ss., 345; distinguiendo, *Otto*, Lange-Festschrift, pp. 197 ss., 212 s.

[9] BayObLG, NJW, 1981, pp. 2766 ss., 2767 s.

[10] *LK-Roxin*, núm. marg. 34, ante § 26.

[11] *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 950.

[12] En relación con el Derecho antiguo, la jurisprudencia se decidió por la punibilidad; BGH, 17, pp. 236 ss., con bibliografía.

sí hay que responder por los delitos que eventualmente concurran; ejemplo: inducción al perjurio por parte del autor previo —en su favor—, §§ 26, 154.1, 28.1 StGB.

No obstante, no hay un principio con validez general del tenor de que mantenerse dentro del papel mínimo preserve de punición. El acreedor, en el favorecimiento de acreedores, § 283 *c* StGB, o una de las partes, en la prevaricación de abogado (*Parteiverrat*), § 356 StGB, a lo sumo están, pues, libres de responsabilidad en casos excepcionales (p. ej., de falta de dolo o de prohibición de regreso); pero en general determinan responsabilidad [13].

III. LA PROHIBICION DE REGRESO (LA PARTICIPACION APARENTE)

A. Estado de la cuestión

13 1. Hay un ámbito de actuación conjunta dolosa o imprudente en el comportamiento de otras personas, que realiza objetivamente el tipo, sin responsabilidad por esta «intervención» en sentido amplio. Este ámbito se caracteriza por el hecho de que el «interviniente» realiza una aportación que en sí es inocua y cotidiana y que sólo mediante la puesta en práctica de planes de otras personas se convierte en un curso causal dañoso. Ejemplo verosímil: Alguien paga, tal como estaba obligado, su deuda a un acreedor, sabiendo que el acreedor se va a procurar con el dinero medios para cometer un delito; ¿complicidad? Ejemplo raro: Un amante de la naturaleza cultiva flores, aun cuando sabe que su vecino, conocido practicante de la estafa matrimonial, va a robar precisamente esas flores para utilizarlas como regalo en otra estafa, como en efecto así ocurre; ¿responsabilidad por complicidad en la estafa? Se trata, pues, de distinguir entre intervenciones *propias* y creación de un situación en el que *otros* realizan un tipo.

14 2. Para algunos grupos de casos, se reconoce la no responsabilidad sirviéndose de fundamentaciones heterogéneas [14].

a) Sin tener en cuenta la intervención ni la causación indirecta, se considera que un comportamiento socialmente adecuado nunca puede comportar responsabilidad [15]. Esta solución traslada el problema a un concepto demasiado indeterminado: Queda por decidir qué es socialmente adecuado, a pesar de la concreta posibilidad de consecuencia dañosa.

---

[13] *Herzberg*, Täterschaft, p. 139; en otro sentido, la doctrina dominante; *Jescheck*, AT, 64, VI. 2 *c*; *LK-Roxin*, núm. marg. 32 ante § 26; la fundamentación de *Roxin*, en el sentido de que en delitos de encuentro tiene que estar establecida expresamente la responsabilidad de *ambas* partes, incurre en círculo vicioso y tampoco cabe mantenerla como principio general (p. ej., en la administración desleal, § 266 StGB).

[14] En relación con el texto que sigue, *vid. Jakobs*, ZStW, 89, pp. 1 ss., con bibliografía; *Frisch*, Verhalten, pp. 230 ss.; *Schumann*, Handlungsunrecht, pp. 59 ss., 69 ss. y *passim*, sobre todo 59 s., 64, con respecto a *v. Bar* (Gesetz und Schuld, pp. 750, 761 ss.); *Bloy*, Beteiligungsform, pp. 126 ss.; *Keller*, Grenzen, pp. 252 ss.

[15] *Welzel*, Strafrecht, § 10. IV.

b) Con arreglo a la teoría de la prohibición de regreso, en su versión antigua, la cooperación imprudente en un hecho doloso y culpable debe estar libre de responsabilidad; se habla de interrupción de la relación causal, que en la doctrina antigua se entiende, aún más que en la reciente, como relación de imputación [16]. Esta solución —al revés que la acabada de indicar— aporta un concepto determinado, el del límite dolo-imprudencia, pero no adecuado materialmente; pues el dolo puede también deberse a especial atención, y la imprudencia a la indiferencia ante los hechos. Y no es posible fundamentar que cuando coinciden actuando varias personas el atento responda siempre y el no atento nunca. Sobre todo, de ningún modo cabe fundamentar entonces cómo la imprudencia por parte de todos puede comportar luego responsabilidad por parte de todos.

c) La no responsabilidad a pesar de la causalidad evitable se encuentra asimismo en el principio de confianza [17] (se puede confiar en la corrección del comportamiento ajeno, aun cuando lo contrario sea previsible), así como en algunos casos de la doctrina del fin de la norma [18] (no todas las consecuencias de las acciones para salvar bienes del peligro han de imputarse a aquel que ha puesto en peligro tales bienes).

B. Fundamentación de la prohibición de regreso. Grupos de casos

1. Los aspectos mencionados, aislados, si se aspira a que la imputación penal se lleve a cabo sistemáticamente, han de reunirse en una teoría general. Al igual que en los delitos de omisión no basta la evitabilidad del resultado para imputar su producción como injusto, sino que ha de añadirse la responsabilidad del capaz de evitarlo, así también, en la comisión, a la causalidad (evitable) ha de añadirse la responsabilidad por la consecuencia que, si bien —a diferencia del ámbito de la omisión— en la práctica se da casi siempre, no siempre es así. La descripción positiva de la responsabilidad muestra paralelismo con la descripción de la injerencia y de los deberes de relación en el delito de omisión: En cada caso se trata de en qué supuestos quien origina un curso cau- 15

[16] *Frank*, Strafgesetzbuch, 3, 4 (1903), p. 16; *el mismo*, loc. cit., 18 (1931), pp. 14 s.; en época reciente, ampliamente *Naucke*, ZStW, 76, pp. 432 ss., con biliografía; *Wehrle*, Beteiligung, pp. 63 ss., que argumenta con los supuestos de responsabilidad situados entre el hecho doloso culpable (p. 87) y el hecho imprudente, p. 83 s.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1162 ss. (no está excluida la prohibición de regreso en caso de dolo, núm. marg. 1165); *Dubs*, Mélanges, pp. 295 ss., 299 ss. (el incremento de la tendencia general al daño estaría no permitido, pero no así la creación del riesgo específico de un hecho doloso); además *H. Mayer*, AT, § 19 A, IV; *Lampe*, ZStW, 71, pp. 579 ss., 615; *Otto*, Maurach-Festschrift, pp. 91 ss., 99; *vid.* también *Kamps*, Arbeitsteilung, pp. 138 ss. (obviamente descaminada la toma en consideración del lapso temporal que media entre la primera y la segunda causa). Acerca de la armonización de la doctrina de la prohibición de regreso con los principios de responsabilidad en los delitos de omisión, sobre todo en la injerencia, *vid. Rudolphi*, Gleichstellungsproblematik, pp. 132 ss.; *Welp*, Vorangegangenes Tun, pp. 275 ss.; *Otto*, NJW, 1974, pp. 528 ss., 533.

[17] *Vid. supra* con respecto al riesgo permitido; *Stratenwerth*, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 383 ss., 392; *el mismo*, AT, núm. marg. 1010, 1155; *Roxin*, Tröndle-Festschrift, pp. 177 ss., 185 ss. (al respecto también *supra* 7/nota 91).

[18] *Roxin*, Honig-Festschrift, pp. 133 ss., 142 s.; *el mismo*, Gallas-Festschrift, pp. 241 ss., 246 s.; *Stree*, JuS, 1985, pp. 179 ss., 181; *Baumann-Weber*, AT, § 17, II, 2 *d*, nota 19.

sal dañoso ya no se puede distanciar de las consecuencias [18a]. Es posible un distanciamiento en tales términos de un «interviniente», en el ámbito de la prohibición de regreso, cuando su comportamiento en el momento de su ejecución no depende en absoluto de que lo continúe la acción, que realiza el tipo, del ejecutor; pues entonces el «interviniente» ha creado una situación que, si bien otras personas puede que continúen hasta realizar el tipo, sin embargo precisamente de él no ha recibido un sentido de realización del tipo y no puede resultar teñida retroactivamente por dicha realización. La argumentación es la misma que en relación con el riesgo permitido y con la injerencia: El «interviniente» no ha pretendido ningún riesgo especial [18b] (*vid. supra* 7/50 e *infra* 29/105a).

2. *Grupos de casos*:

16 *a)* Si un «interviniente» no obra conjuntamente con el autor, no responde por consecuencias que el autor vincula voluntariamente al actuar. Ejemplos: La puesta en práctica de la amenaza «Si te marchas (¡hacer!), mato a alguien» no comporta que responda el que se marcha por participación en el homicidio; el marcharse carece de sentido delictivo. Un juez en un proceso contra exaltados llega a saber que van a asesinar a un político si sigue adelante con el proceso [19]; incluso la exposición de la defensa en el proceso penal se encuadra en este grupo: Su sentido se agota en el enjuiciamiento del hecho inculpado; si terceras personas toman la defensa como incitación para ulteriores hechos, ello no guarda relación con el defender(-se) [20].

17 *b)* Si el «interviniente» actúa conjuntamente con el autor, a pesar de ello decae la responsabilidad en los casos en que el contacto social se agota en la (contra-)prestación de un objeto o de una información, y la realización del objetivo perseguido subjetivamente además no pasa de ser asunto propio de cada uno. Incluso en caso de comportamiento conjunto, no se responde cuando el obrar delictivo no llega a ser sentido conjunto de la acción [20a]. El intercambio sin fricciones de información y de bienes entre personas con preferencias muy distintas sólo es posible si se aíslan de la persecución de objetivos y así del sen-

---

[18a] En términos semejantes, *Kratzsch*, Oehler-Festschrift, pp. 65 ss., 72 y *passim*; *Frisch*, Verhalten, pp. 230 ss., si bien aprueba en gran medida la solución que aquí se defiende, no obstante critica el proceso de fundamentación (distanciación o separación de ámbitos de responsabilidad, pp. 238 s.); argumentando él, en lugar de ello, que mediante una limitación de la responsabilidad en los «riesgos creados por el comportamiento de terceros» se puede evitar una «restricción insoportable de la libertad de acción» (pp. 240 s.). Pero ésta es una argumentación demasiado naturalística: No se trata de libertad fácticamente posible, sino de libertad *atribuida*; el límite entre deber y libertad no se puede indagar con el valor de la libertad, ya que tal límite es el que determina a este valor.

[18b] Así especialmente *Frisch*, Verhalten, pp. 250 ss.; *el mismo*, Vorsatz, pp. 148 s.

[19] Análogamente a la sentencia BGH, 7, pp. 268 ss., en lo que se refiere a la comisión; *vid. F.-C. Schroeder*, Täter hinter dem Täter, pp. 155 ss.

[20] *Vid.* BGH, JZ, 1982, pp. 430 ss.; ampliamente, *Küpper*, GA, 1987, pp. 385 ss., 399 ss.

[20a] BGH, 31, pp. 202 ss.: La fundación de una empresa no será tampoco un hecho tipificado en el § 129 StGB si por parte de los intervinientes sólo se toman en perspectiva acciones delictivas de la empresa. OLG Köln, NJW, 1985, pp. 572 s.: La cooperación jurídica internacional es también admisible cuando el país que demanda la extradición puede imponer la pena de muerte y la va a ejecutar. BGH, StV, 1985, pp. 270: la complicidad con la posesión de estupefacientes no se puede cometer meramente haciendo de chófer para el poseedor.

tido de la acción de cada cual [20b] (precisamente por eso es en el § 119 BGB irrelevante el error en el motivo).

En este grupo de casos se encuadran los negocios comunes de intercambio de la vida cotidiana [20c]. El panadero no responde, pues, por participación en el homicidio (no obstante *vid. infra* 24/20 sobre la responsabilidad por el § 323 *c* StGB) si al vender los panecillos sabe que el comprador va a envenenar el producto para servirlo a sus invitados; el empleado de la gasolinera no responde por las consecuencias, que advierte, de que siga circulando un vehículo con los neumáticos peligrosamente desgastados, al que ha echado gasolina; quien otorga un préstamo no afectado a determinada finalidad, no responde por el eventual empleo delictivo de su valor; el taxista no responde por el hecho posible del pasajero en el lugar de destino [21] o en el lugar de partida [22] o en el vehículo [23]; nadie responde por las consecuencias del cumplimiento puntual de una obligación [24] (*vid.* el ejemplo indicado al principio), etc.

También los correspondientes negocios de favor sin obligatoriedad jurídica se encuadran en este grupo. Así pues, igual da que se sirva alcohol en privado o en un establecimiento público mediante contraprestación: Por la conducción subsiguiente bajo la influencia de bebidas alcohólicas no responden ni el particular ni el hostelero [25].

Otro caso más es la información sobre una situación jurídica o fáctica [26], sobre todo la relación verídica que «disuade» de un plan de salvación. Ejemplo: Alguien informa a una persona dispuesta a salvar, y que cuenta con la capacidad al respecto, ajustándose a la verdad, que quien se encuentra en peligro de muerte pertenece a cierto partido extremista. La salvación deja de producirse debido a esa noticia [27]. No importa que el «interviniente» abrigue malas intenciones, sino el sentido social de la comunicación. De igual modo ocurre en los meros relatos o manifestaciones de opiniones que el autor toma como ocasión para motivarse a un hecho [27a]. Ejemplo [27b]: un labrador manifiesta en

---

[20b] *Vid. Schumann*, Handlungsunrecht, pp. 62 ss. y *passim*; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núms. margs. 101 ss., ante § 13.

[20c] *Frisch*, Verhalten, pp. 2905 ss.; en esto también *Roxin*, Tröndle-Festschrift, pp. 177 ss., 197; en parte más estrictamente, *Meyer-Arndt*, wistra, 1989, pp. 281 ss.

[21] *De otra opinión* BGH, GA, 1981, pp. 133 s.

[22] *De otra opinión* BGH, 4, pp. 107 ss.

[23] *Vid.*, en contra, BGH, DAR, 1981, p. 266; no existe posición de garante del conductor con respecto a la evitación de atracos mientras conduce; *vid. infra* con respecto a la posición de garante del titular de la morada, 19/37. A la inversa, al pasajero no le concierne si el conductor no tiene permiso de conducir; *de otra opinión*, BayObLG, NJW, 1982, p. 1891.

[24] *De otra opinión*, RG, 56, pp. 169 ss., 170 s.

[25] BGH, 19, pp. 152 ss.; con respecto a las limitiaciones, *vid. infra*, en seguida.

[26] Demasiado estrictamente (sólo información jurídica) y con fundamentación demasiado restrictiva (justificación en virtud de Derecho Constitucional) formula de hecho una prohibición de regreso *Mallison*, Rechtsauskunft, pp. 108 ss., 136, 137 ss. (al respecto, *Maiwald*, ZStW, 93, pp. 864 ss., 885 ss.). Sobre la información jurídica, en definitiva como aquí, OLG Stuttgart, NJW, 1981, pp. 2883 s.

[27] *Armin Kaufmann*, Dogmatik, pp. 191 ss., 200; *Welzel*, Strafrecht, § 10, IV; *vid.* también *Roxin*, Täterschaft, p. 523; *Schmidhäuser*, AT, 14/126.

[27a] *Frisch*, Verhalten, pp. 333 ss.

[27b] *Vid.* Schweizerisches Bundesgericht, 105, IV, pp. 330 (también en *Wehrle*, Beteiligung, pp. 1276 ss.).

una taberna que no hay otro modo de remediar la pésima situación económica de su vecino que incendiándole el pajar (para que cobre el seguro); uno de los oyentes pone en seguida manos a la obra. También cuando se comunican trivialidades es asunto exclusivo del destinatario si las emplea como piezas de su comportamiento delictivo. Ejemplo [27c]: Quien a la pregunta de cómo uno puede salir de un apuro económico responde que en tales casos se puede vender el coche o atracar un banco o una gasolinera, no ha creado ningún riesgo no permitido. *Vid.* asimismo sobre el conocimiento especial *supra* 7/50 *a*.

18 *c)* Si el interviniente actúa conjuntamente con el autor, y el comportamiento del interviniente se caracteriza por el hecho de que el autor puede emprender cierta acción, precisamente la acción delictiva, aquél responde por intervención en el delito [27d]. Aquí se trata de los casos normales de inducción y complicidad. Los límites con la prohibición de regreso pueden ser tan difíciles de determinar en el caso concreto como lo es determinar el límite de la injerencia, pues a través de qué se haya de definir un comportamiento depende del contexto; éste puede hacer que un papel estereotipado, conforme a los usos sociales, ceda el paso, como elemento de la definición, al ajustarse a unos planes delictivos. Ejemplo: Si un abogado informa verídicamente, ante una pregunta, que el botín del delito que se transfiera a cierto país se sustrae a la intervención de los órganos de ejecución alemanes, ello no constituirá encubrimiento (participación tipificada), ya que el sentido social de la información aislada se agota en dar a conocer la situación jurídica (tal información puede servir tanto al acreedor de la ejecución como el deudor de la ejecución). De modo distinto ha de decidirse cuando el abogado dictamina sobre en qué países se puede poner a buen recaudo con más «seguridad» el botín [27e].

19 *d)* Por lo demás, también responde el interviniente cuando, con independencia del comportamiento que está en cuestión (que no da pie a responsabilidad alguna por injerencia), según las reglas de la omisión impropia es garante de la evitación del proceso causal dañoso [27f]. Ejemplo: Cada cual es garante de conducir reglamentariamente cuando va en un vehículo; si conduce en zigzag, y si el vehículo que le sigue sin embargo intenta adelantarlo y se sale de la carretera, debe responder [28].

20 *e)* Por los §§ 138 y 323 *c* StGB también se responde aun cuando decaiga la intervención en el delito [28a] (*vid. supra* acerca de la imputación objetiva 7/57, 68).

[27c] BGH, 34, pp. 63 ss., que rechaza la responsabilidad ya por falta de suficiente concreción del hecho; acertadamente, *Herzberg*, JuS, 1987, pp. 617 ss., 620 s.

[27d] *Frisch*, Verhalten, pp. 280 ss.

[27e] En el mismo sentido, *Bottke*, ZStW, 96, pp. 726 ss., 756; acerca del encubrimiento mediante conducta socialmente adecuada, *Küpper*, GA, 1987, pp. 385 ss., 299 ss., y sobre todo para el abogado defensor, *Beulke*, Strafbarkeit, *passim*.

[27f] *Frisch*, Verhalten, pp. 257 ss.; *Wehrle*, Beteiligung, pp. 100 ss.

[28] *Vid.* BGH, 7, pp. 112 ss.

[28a] *Wehrle*, Beteiligung, p. 85; *Frisch*, Verhalten, pp. 308 ss., que lógicamente sólo en «las modalidades de conducta que facilitan el delito, en el propio ámbito de organización» no quiere pasar de una responsabilidad por los §§ 138 s., 323 *c* StGB; en caso de «ampliación del poder ajeno del que cabe abusar delictivamente» se daría complicidad (p. 326).

3. El alcance de la responsabilidad acabado de indicar rige —frente a la versión antigua de la teoría de la prohibición de regreso— *tanto para el dolo como para la imprudencia*, siempre que ésta sea punible, *aun cuando el ejecutor actúe sin dolo*. Cuando en este último caso el «interviniente» actúa dolosamente, la prohibición de regreso limita, pues, el alcance de la «intervención» en el hecho no doloso, que con arreglo al Derecho positivo siempre es autoría mediata. Ejemplo: El droguero que vende a un trabajador, conocido por su carácter distraído, un herbicida, contando con que el trabajador, en su distracción, puede que emplee el herbicida causando daños en el jardín de su patrón, si en efecto así ocurre no comete p. ej., unos daños en autoría mediata aprovechando un instrumento que actúa sin dolo. Responde sólo si mediante el empleo del herbicida amenaza producirse una desgracia (en el sentido del §323 *c* StGB), o bien deberá responder por el peligro del herbicida como tal, es decir, sin consideración a su aportación mediante acción (como garante). 21

La jurisprudencia —pese a haber asegurado continuamente lo contrario— [29] ha reconocido repetidas veces materialmente la prohibición de regreso [30].

[29] Por ejemplo, RG, 64, pp. 316 ss., 318.

[30] En tal sentido, BGH 3, pp. 203 ss., 205; también BGH, 7, pp. 268 ss.; 19, pp. 152 ss.: descuidando la causalidad por comisión y atendiendo a la omisión (así incluso RG, 64, pp. 316 ss., 317); *Vid.* además RG, 34, pp. 91 ss.; 61, pp. 318 ss.; 64, pp. 370 ss.; OLG Köln, NJW, 1985, p. 695. Más bibliografía en *Meyer-Arndt*, wistra, 1989, pp. 281 ss., 282 ss.; *Jakobs*, loc. cit., nota 14; *vid.* asimismo *supra* con respecto a la imputación objetiva 7/52, 59.

CAPITULO V

Complemento a la realización del tipo y a la culpabilidad: La tentativa y la tentativa de intervención

APARTADO 25

La tentativa

BIBLIOGRAFIA: *M. Adams* y *St. Shavell*, Zur Strafbarkeit des Versuchs, GA, 1990, pp. 347 ss.; *P. Albrecht*, Der untaugliche Versuch, 1973; *H. Alwart*, Strafwürdiges Versuchen, 1982; *el mismo*, Zur Kritik der strafrechtlichen Stufenlehre, GA, 1986, pp. 245 ss.; *G. Arzt*, Bedingter Entschluß und Vorbereitungshandlung, JZ, 1969, pp. 4 ss.; *el mismo*, Falschaussage mit bedingtem Vorsatz, Jescheck-Festschrift, pp. 391 ss.; *el mismo*, Strafbarer Versuch und Vorbereitung, recht, 1985, pp. 78 ss.; *J. Baumann*, Das Umkehrverhältnis zwischen Versuch und Irrtum im Strafrecht, NJW, 1962, pp. 16 ss.; *J. Baumgarten*, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 1888; *M. Bergmann*, Die Milderung der Strafe nach § 49 Abs. 2 StGB, 1988; *U. Berz*, Grundlagen des Versuchsbeginns, Jura, 1984, pp. 511 ss.; *el mismo*, Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz, 1986; *W. Beulke*, Comentario a BGH, NStZ, 1982, pp. 329 s., loc. cit., pp. 330 s.; *N. Bitzilekis*, Über die strafrechtliche Bedeutung der Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat, ZStW, 99, pp. 723 ss.; *H. Blei*, Versuch und Rücktritt vom Versuch nach neuem Recht, JA, 1975, pp. 95 ss., 167 s., 233 ss.; *P. Bockelmann*, Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch, JZ, 1954, pp. 468 ss.; *el mismo*, Die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch, JZ, 1955, pp. 193 ss.; *el mismo*, Vorbereitung und Versuch, Niederschriften, t. II (1), Anhang Nr. 34; *el mismo*, Zur Reform des Versuchsstrafrechts, en: *el mismo*, Strafrechtliche Untersuchungen, 1957, pp. 150 ss.; *W. Bottke*, Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten, 1979; *H.-J. Bruns*, Der untaugliche Täter im Strafrecht, 1955; *el mismo*, Zur Strafbarkeit des «Versuchs» eines untauglichen Subjekts, DStr., 1938, pp. 161 ss.; *el mismo*, Die Strafbarkeit des Versuchs eines untauglichen Subjekts, GA, 1979, pp. 161 ss.; *el mismo*, Strafzumessungsrecht, 2.ª ed., 1974; *el mismo*, Das Recht der Strafzumessung, 2.ª ed, 1985; *M. Burgstaller*, Der Versuch nach § 15 StGB, JurBl., 1976, pp. 113 ss.; *el mismo*, Strafbarer oder strafloser Versuch, JurBl., 1986, pp. 76 ss.; *B. Burkhardt*, Das Unternehmensdelikt und seine Grenzen, JZ, 1971, pp. 352 ss.; *el mismo*, Rechtsirrtum und Wahndelikt, JZ, 1981, pp. 681 ss.; *el mismo*, Vorspiegelung von Tatsachen als Vorbereitungshandlung zum Betrug, OLG Karlsruhe, NJW, 1982, 59, JuS, 1983, pp. 426 ss.; *A. Graf zu Dohna*, Der Mangel am Tatbestand, Güterbock-Festschrift,

pp. 3 ss.; *E. Dreher*, Was bedeutet Milderung der Strafe für den Versuch?, JZ, 1956, pp. 682 s.; *el mismo*, Doppelverwertung von Strafbemessungsumständen, JZ, 1957, pp. 155 ss.; *el mismo*, Gedanken zur Strafzumessung, JZ, 1968, pp. 209 ss.; *K. Engisch*, Der «umgekehrte Irrtum» und das «Umkehrprinzip», Heinitz-Festschrift, pp. 185 ss.; *H. Fiedler*, Vorhaben und Versuch im Strafrecht, 1967; *H. Foth*, Neuere Kontroversen um den Begriff des Wahnverbrechens, JR, 1965, pp. 366 ss.; *H. Fuchs*, Probleme des Deliktsversuchs, ÖJZ, 1986, pp. 257 ss.; *K. H. Gössel*, Zur Strafbarkeit des Versuchs nach dem 2. Strafrechtsreformgesetz, GA, 1971, pp. 225 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, 26, pp. 101 ss., JR, 1976, pp. 249 ss.; *H.-L. Günther*, Der «Versuch» des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer, JZ, 1987, pp. 16 ss.; *B. Haffke*, Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie, GA, 1978, pp. 33 ss.; *W. Hardwig*, Der Versuch bei untauglichem Subjekt, GA, 1957, pp. 170 ss.; *R. D. Herzberg*, Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR, 1973, pp. 89 ss.; *el mismo*, Das Wahndelikt in der Rechtsprechung des BGH, JuS, 1980, pp. 469 ss.; *el mismo*, Der Anfang des Versuchs bei mittelbarer Täterschaft, JuS, 1985, pp. 1 ss.; *el mismo*, AIDS: Herausforderung und Prüfstein des Strafrechts, JZ, 1989, pp. 470 ss.; *el mismo*, Strafverzicht bei bedingt vorsätzlichem Versuch, NStZ, 1990, pp. 311 ss.; *U. Hettinger*, Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen, 1982; *H. Hilger*, Comentario a OLG Bamberg, NStZ, 1982, pp. 247 s., loc. cit., pp. 248 s., *H. J. Hirsch*, Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts, GA, 1972, pp. 65 ss.; *J. Höser*, Vorbereitungshandlung und Versuch im Steuerstrafrecht, 1984; *J. Hruschka*, Comentario a BGH, 31, pp. 105 ss., JZ, 1983, pp. 217 ss.; *H.-Chr. Jahr*, Die Bedeutung des Erfolges für das Problem der Strafmilderung beim Versuch, 1981; *H. Jäger*, Subjektive Verbrechensmerkmale als Gegenstand psychologischer Wahrheitsfindung, MSchrKrim., 1978, pp. 297 ss.; *G. Jakobs*, Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten, 1967; *el mismo*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *el mismo*, Schuld und Prävention, 1976; *el mismo*, Comentario a BGH, 32, pp. 88 ss., JR, 1984, pp. 385 ss.; *el mismo*, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW, 97, pp. 751 ss.; *el mismo*, Tätervorstellung und objektive Zurechnung, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 271 ss.; *M. Karollus*, Zum Versuchsbeginn beim Betrug, JurBl., 1989, pp. 627 ss.; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *el mismo*, Die Dogmatik im Alternativentwurf, ZStW, 80, pp. 34 ss.; *el mismo*, Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht, Welzel-Festschrift, pp. 393 ss.; *el mismo*, Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung, Klug-Festschrift, pp. 277 ss.; *R. Keller*, Comentario a BGH, JR, 1989, pp. 390 s., loc. cit., pp. 391 s.; *D. Kratzsch*, Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel (§ 22 StGB) - ein absolut untauglicher Versuch?, JA, 1983, pp. 420 ss., 578 ss., *el mismo*, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985; *el mismo*, Unrecht und Prävention - eine Replik, GA, 1989, pp. 49 ss.; *K. Kühl*, Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung, JuS, 1979, pp. 718 ss., 874 ss., JuS, 1980, pp. 120 ss., 273 ss., 506 ss., JuS, 1981, pp. 196 ss., JuS, 1982, pp. 110 ss., 189 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, 31, pp. 105 ss., JR, 1983, pp. 425 ss.; *W. Küper*, Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten, JZ, 1979 pp. 775 ss.; *el mismo*, Zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, NJW, 1984, pp. 777 s.; *G. Küpper*, Der unmittelbare Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, 1982; *E.-J. Lampe*, Genügt für den Entschluß des Täters in § 43 StGB sein bedingter Vorsatz?, NJW, 1958, pp. 332 s.; *el mismo*, Comentario a OLG Koblenz, JR, 1984, pp. 163 s., loc. cit., pp. 164 s.; *W. Langer*, Das Sonderverbrechen, 1972; *el mismo*, Zum Begriff der «besonderen persönlichen Merkmale», Lange-Festschrift, pp. 241 ss.; *el mismo*, Zur Strafbarkeit des Teilnehmers gemäß § 28, Abs. 1, StGB, Ernst Wolf-Festschrift, pp. 335 ss.; *K. Laubenthal*, Der Versuch des qualifizierten Delikts einschließlich des Versuchs im besonders schweren Fall bei Regelbeispielen, JZ, 1987, pp. 1065 ss.; *G. Less*, Genügt «Bedingtes Wollen» zum straf-

baren Verbrechensversuch?, GA, 1956, pp. 33 ss.; *F. v. Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW, 3, pp. 1 ss., *M. Maiwald*, Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, 1984; *R. Maurach*, Die Beiträge der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Bestimmung des Wahnverbrechens, NJW, 1962, pp. 716 ss., pp. 767 ss.; *J. Meyer*, Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit, ZStW, 87, pp. 598 ss.; *E. Mezger*, Comentario a BGH, NJW, 1952, pp. 514 s., loc. cit.; *Y. Naka*, Der Strafgrund des Versuchs, en: *H. J. Hirsch et al.* (ed.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und in Deutschland, 1989, pp. 93 ss.; *D. Oehler*, Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt, ZStW, 69, pp. 503 ss.; *H. Otto*, Comentario a BGH, 26, pp. 201 ss., NJW, 1976, pp. 578 s., *el mismo*, Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten, JA, 1980, pp. 641 ss., 707 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, 32, pp. 88 ss., JZ, 1984, pp. 143 ss.; *St. Papageorgiou-Gonatas*, Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlung und Versuch?, 1988; *W. Platzgummer*, Die Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte im österreichischen Strafrecht, suplemento ZStW, 1987, pp. 37 ss.; *I. Puppe*, Der halbherzige Rücktritt, NStZ, 1984, pp. 488 ss.; *la misma*, Die logische Tragweite des sog. Umkehrschlusses, Lackner-Festschrift, pp., 199 ss.; *la misma*, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA, 1990, pp. 145 ss.; *W. Rasch*, Tötung des Intimpartners, 1964; *el mismo*, Schuldfähigkeit, en: *A. Ponsold* (ed.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3.ª ed., 1967, pp. 55 ss., *R. Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986; *C. Roxin*, Über den Tatentschluß Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 145 ss.; *el mismo*, Tatenschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch, JuS, 1979, pp. 1 ss.; *el mismo*, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1959; *el mismo*, Der Anfang des beendeten Versuchs, Maurach-Festschrift, pp. 213 ss.; *H.-J. Rudolphi*, Zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch, OLG Celle, NJW, 1972, 1823, JuS, 1973, pp. 20 ss.; *el mismo*, Comentario a HansOLG Hamburg, JR, 1981, pp. 159 s., loc. cit., pp. 160 ss.; *E. Samson*, Irrtumsproblem im Steuerstrafrecht, en: *G. Kohlmann* (ed.), Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht, 1983, pp. 99 ss.; *W. Sax*, Zum logischen und sachlichen Gehalt des sogen. «Umkehrschlusses aus § 59 StGB», JZ, 1964, pp. 241 ss.; *F. Schaffstein*, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, OLG Celle-Festschrift, pp. 175 ss.; *G. Schewe*, «Subjektiver Tatbestand» und Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit, Lange-Festschrift, pp. 687 ss.; *E. Schlüchter*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 1983; *la misma*, Zur Irrtumslehre im Steuerstrafrecht, wistra, 1985, pp. 43 ss., 94 ss.; *la misma*, Grundfälle zum Bewertungsirrtum des Täters im Grenzbereich zwischen §§ 16 und 17 StGB, JuS, 1985, pp. 373 ss., 527 ss., 617 ss.; *W. Schmid*, «Bedingter Handlungswille» beim Versuch und im Bereich der strafbaren Vorbereitungshandlungen, ZStW, 74, pp. 48 ss.; *el mismo*, Über Feuerbachs Lehre vom «Mangel am Tatbestand», Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 19 ss. ; *R. Schmitt*, Rücktritt von der Verabredung zu einem Verbrechen BGHSt., 12, 306, JuS, 1961, pp. 25 ss.; *K. Schmoller*, Ist die versuchte Herbeiführung einer qualifizierenden Folge strafbar?, JurBl., 1981, pp. 654 ss.; *el mismo*, Bedeutung und Grenzen des fortgesetzten Delikts, 1988; *H. Schröder*, Comentario a BGH, 21, pp. 194 ss., JZ, 1967, pp. 368 ss.; *el mismo*, Die Unternehmensdelikte, Kern-Festschrift, pp. 457 ss.; *B. Schünemann*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA, 1985, pp. 241 ss., GA, 1986, pp. 393 ss.; *B. R. Sonnen et al.*, Die Abgrenzung des Versuchs von der Vorbereitung und Vollendung, JA, 1988, pp. 17 ss.; *C. Sowada*, Das unechte Unternehmensdelikt - eine überflüssige Rechtsfigur, GA, 1988, pp. 195 ss.; *G. Spendel*, Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht, ZStW, 65, pp. 519 ss.; *el mismo*, Der sogenannte Umkehrschluß aus § 59 StGB nach der subjektiven Versuchstheorie, ZStW, 69, pp. 441 ss.; *el mismo*, Kritik der subjektiven Versuchstheorie, NJW, 1965, pp. 1881 ss.; *el mismo*, Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie, Stock-Festschrift, pp. 89 ss.; *F. Stöger*, Der Versuch des untauglichen Tä-

ters, 1961; *G. Stratenwerth*, Die fakultative Strafmilderung beim Versuch, Schweizer Juristentags-Festgabe, pp. 247 ss.; *el mismo*, Der Versuch des untauglichen Subjekts, Bruns-Festschrift, pp. 59 ss.; *W. Stree*, Zur Auslegung der §§ 224, 226 StGB, GA, 1960, pp. 289 ss.; *el mismo*, Beginn des Versuchs bei qualifizierten Straftaten, Peters-Festschrift, pp. 179 ss.; *F. Streng*, Rücktritt und dolus eventualis, JZ, 1990, pp. 212 ss.; *E. Struensee*, Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität, ZStW, 102, pp. 21 ss.; *F. Sturm*, Das unvollendete fahrlässige Delikt, ZStW, 59, pp. 23 ss., *G. Timpe*, Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983; *W. G. Tischler*, Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 1984, *F. Traub*, Die umgekehrte «Parallelwertung in der Laiensphäre» - Wahndelikt oder untauglicher Versuch? - BGHSt., 13, 235, JuS, 1967, pp. 113 ss.; *K. Ulsenheimer*, Zur Problematik des Versuchs erfolgsqualifizierter Delikte, GA, 1966, pp. 257 ss.; *el mismo*, Zur Problematik des Rücktritts vom Versuch erfolgsqualifizierter Delikte, Bockelmann-Festschrift, pp. 405 ss.; *Th. Vogler*, Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer an der Straftat, ZStW, 98, pp. 331 ss.; *H. Walder*, Straflose Vorbereitung und strafbarer Versuch, SchwZStr., 99 (1982), pp. 225 ss.; *el mismo*, Strafrechtsdogmatik und Kriminologie, dargestellt am Problem «Vorbereitung oder Versuch», Leferenz-Festschrift, pp. 537 ss.; *U. Weber*, Die Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte, suplemento ZStW, 1987, pp. 1 ss.; *Th. Weigend*, Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre, en: *H. J. Hirsch et al.* (ed.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, pp. 113 ss.; *B. Wieser*, Der Versuch beim Vorbereitungsdelikt, JurBl., 1987, pp. 497 ss., 556 ss.; *J. Woker*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; *K. Yamanaka*, Zum Beginn der Tatausführung im japanischen Strafrecht, en: *H. J. Hirsch et al.* (ed.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, pp. 101 ss.; *R. Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989; *U. Ziegert*, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987; *D. Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973.

I. LIMITES DE LA ANTICIPACION DE LA PUNIBILIDAD

1 A. La punición del comportamiento delictivo que no supone consumación [1] no es sino un caso —especialmente llamativo— de anticipación de la punibilidad. Otros casos son las anticipaciones de la consumación en los delitos de peligro (*supra* 2/25 *b*, 6/68 ss.), en la protección de la validez fáctica de la norma (*supra* 2/25 s.) y en las formulaciones de actos preparatorios como consumaciones de delito (*infra* 25/9). Las anticipaciones no son admisibles con cualquier amplitud, sino que hay principios que trazan límites, aunque éstos no sean suficientemente respetados en el Derecho vigente.

1a B. 1. La anticipación más amplia de la protección de la validez de la norma consistiría, en el delito de lesión, en la penalización ya del propósito (*Vorsatz*) serio de delito [1a]; lo que, sin embargo, contravendría el principio del he-

[1] Ampliamente, *Jakobs*, ZStW, 97, pp. 751 ss.; *Zaczyk*, Unrecht, pp. 126 ss. (crítica de la posición que aquí se defiende, pp. 31 ss.); *Weber*, separata ZStW, 1987, pp. 1 ss.; sobre el Derecho austriaco, *Platzgummer*, separata ZStW, 1987, pp. 37 ss.; *Fuchs*, 1986, pp. 257 ss.; *Wiese*, JurBl., 1987, pp. 497 ss., 556 (sobre los actos preparatorios).

[1a] Al margen de los delitos de lesión cabe construir otras anticipaciones, p. ej., la prohibición de mantener determinadas relaciones en las que resulta fácil caer en la tentación de concebir dolo, etc.

cho: *Cogitationis poenam nemo patitur* (*Ulpiano*) [1b]. El reconocimiento general del principio del hecho en la concepción mencionada [1c] se basará en dos motivos más bien externos: en la dificultad de controlar los pensamientos y en la pertenencia de los pensamientos al ámbito manifiestamente interno. En un ordenamiento de libertades, el motivo más importante es un tercero: Los pensamientos pertenecen a la esfera constitutiva de la persona; controlarlos destruiría la persona libre.

La mencionada caracterización del principio del hecho no es invertible: Lo que no se reduce a mero pensamiento delictivo no por eso va a constituir perturbación social, pues en un ordenamiento de libertades una persona no es únicamente cuerpo animado, sino ciudadano, es decir, un sistema a cuyo ámbito interno pertenecen también la propiedad, la morada, los contactos sociales consentidos, etc. El control de lo que ocurre en este ámbito interno destruiría la persona-ciudadano, pues sin un ámbito privado el ciudadano ni siquiera existe.

Lo cual no excluye retrotraer un delito exteriorizado hasta lo interno del autor. Obviamente, ello no debe llevarse a cabo para encontrar lo delictivo sólo en lo interno, sino para verificar si el delito ocurrido también pertenece internamente al autor, o bien si se le puede distanciar al menos internamente —abreviándolo: subjetivamente— en todo o en parte, es decir, si se le puede *liberar* de responsabilidad.

2. Interno es todo el ámbito del que una persona puede mantener apar- 1b
tadas a terceras personas sin motivo justificado para intervenir en él; dicho de otro modo, interno es el ámbito de los derechos protegidos absolutamente, en el que nadie puede inmiscuirse sin comportarse a su vez de modo socialmente perturbador. El ámbito interno termina cuando lo abandona su titular, pues a partir de este momento ya no realiza la contraprestación (*Synallagma*) que ha de aportarse para que lo interno esté libre de controles: el cuidado por la no peligrosidad externa de la organización interna. Ejemplo: Quien activa en su vivienda el temporizador de un cohete dirigido hacia afuera, abandona así su ámbito interno. En la medida en que el comportamiento, en sí interno, lo externaliza la ley, debido a su peligrosidad, creando delitos de peligro abstracto, ello sólo debe llevarse a cabo sin tener en cuenta los planes delictivos del autor, pues de lo contrario se recurriría al planeamiento ya para fundamentar la perturbación, y no sólo para interpretarla (*supra* 6/86 b; 25/1 a).

3. Varias personas pueden aunar sus ámbitos internos. Tal es el caso so- 1c
bre todo en la comunicación consentida, como lo demuestra la protección de la confidencialidad de la palabra y de las comunicaciones escritas (§§ 201 s. StGB). En el marco de la imputación se tiene en cuenta la reunión de ámbitos internos a través de las reglas de la accesoriedad cuantitativa, según las cuales la tentativa (la exteriorización fáctica) de los delitos de dominio tiene lugar unitariamente, en la coautoría y en la participación, para todos los intervinientes (*supra* 21/61; 22/19 s.; sobre la solución divergente en los delitos de infracción de deber, *supra* 21/118). No se puede compaginar el reconocimiento de un ámbito interno con la punición de la tentativa de intervención por el § 30 StGB

[1b] D. 48.19.18.

[1c] El reconocimiento se refiere sólo a organizaciones estatales, seculares. En el seno de órdenes religiosas o en relaciones íntimas, etc., puede que se culpabilice por los meros pensamientos.

como acto preparatorio del delito (*infra* 27/1 s.), ni con el castigo de la formación de asociaciones criminales o terroristas [1d].

1d C. 1. El comportamiento exterioriza un plan delictivo sólo cuando el autor procede de modo comunicativamente relevante. Las suposiciones del autor que se concretan sin tener en cuenta los principios de la experiencia o de la lógica no constituyen dolo de tipo o, lo que significa lo mismo, no se pueden hacer avanzar hasta constituir el comienzo de realización del *tipo*. Lo cual no es aplicable sólo a la tentativa supersticiosa, sino —lo que es más importante— a las tentativas en que el autor deduce la idoneidad de su comportamiento de intuiciones, sueños, generalizaciones prematuras, etc. (con detalle *infra* 25/23). Como comportamiento de tentativa, pues, sólo se tiene en cuenta aquel en que el autor se basa en los principios de la experiencia y de la lógica (aun cuando se le deslicen errores de aplicación), pudiendo todo sujeto razonable comprender este comportamiento.

1e 2. Un comportamiento externo puede perturbar de dos modos. Mediante su comportamiento, el autor puede arrogarse una organización que no le compete (p. ej., desde la breve penetración en una vivienda ajena sin consentimiento del titular hasta el homicidio de una persona); se trata entonces de la tentativa (o, según hasta dónde haya avanzado la arrogación, también de la consumación) de un delito de lesión. Además, el autor, mediante su comportamiento, puede revelar una futura arrogación de organización (ejemplo: Un grupo terrorista reparte octavillas en las que hace propaganda de sus fines, o bien amenaza con la eliminación física de un miembro del Gobierno). Entonces se trata de un injusto de amenaza: Se ve conmovida la seguridad de la validez fáctica de la norma [1e]. Tal injusto de amenaza lo abarcan tipos concretos de la Parte Especial, como p. ej. los §§ 111, 126, 241 StGB.

1f D. El legislador puede saltarse todas las limitaciones mencionadas, despojando al sujeto de sus ropajes de ciudadano y tratándolo como *enemigo* al que no le asigna ningún ámbito interno, o bien a lo sumo uno muy recortado [1f]. La legitimidad de tales retiradas de la ciudadanía jurídico-penales cabría debatirla, p. ej., en relación con ataques a la existencia o a la seguridad del Estado, con la conspiración para el asesinato o con la formación de grupos terroristas. Pero desde los principios del Estado de Derecho no es correcto que el legislador —obviamente sin ser consciente del problema— haya hecho que las anticipaciones al ámbito interno se conviertan en una manifestación que aparece por doquier en el Derecho penal.

[1d] En tales hechos queda a lo sumo un injusto *de amenaza* exteriorizado; *Jakobs*, ZStW, 97, pp. 751 ss., 778.

[1e] Ampliamente *Jakobs*, ZStW, 97, pp. 751 ss., 773 s. (*vid. supra* 2/25 *c*).

[1f] *Jakobs*, ZStW, 97, pp. 751 ss., 783 s.

II. FASES DEL DELITO

A. Conceptos básicos. La tentativa como concepto formal

1g 1. Un delito está siempre consumado ya cuando se han realizado, en un contexto imputable, los elementos del tipo que se mencionan en la Parte Especial, (acerca de la imputación objetiva, *vid. supra* 7/6 ss.; sobre la imputación subjetiva, *supra* 8/1 ss.; 9/1 ss). La consumación es, pues, un concepto formal que no indica nada sobre lesiones de bienes jurídicos (también los delitos de peligro abstracto o concreto están consumados con la realización del tipo). Ejemplo: La elaboración de un documento inauténtico, en los términos de los dos primeros grupos de casos del § 267.1 StGB, constituye un delito consumado (naturalmente, no formado debidamente desde el punto de vista del Estado de Derecho, *supra* 6/86 *b*, 21/1 *c*), al igual que el hacer uso de él —tampoco necesariamente con lesión del bien jurídico— descrito en el tercer grupo de casos. La aplicación material (que atienda a la lesión del bien jurídico) del concepto de consumación resultaría sumamente inexacta, debido a la imposibilidad de determinar con carácter absoluto el grado de abstracción del bien (p. ej., en la propiedad: ¿la posibilidad de aprovechar la cosa, el propio aprovechamiento de la cosa, la posibilidad de desarrollar la personalidad mediante el aprovechamiento de la cosa, el propio desarrollo?).

2 2. No obstante, cabe configurar delitos en los que el comportamiento típico sea jurídico-penalmente relevante como paso —descrito con exacitud— en el camino hacia un resultado ulterior, pero que sin esta relación es completamente inocuo. La conexión con el resultado la sitúa la ley a veces en un elemento intermedio subjetivo (p. ej., en la falsificación de documentos: para engañar en el tráfico jurídico), y en ocasiones en una peligrosidad independiente del plan del autor (el perjurio es punible incluso cuando el autor descarta subjetivamente que quede falseado el resultado del proceso). Tales delitos cabe designarlos como delitos con carácter material de tentativa o de preparación. Es posible determinar al menos un resto de carácter material de tentativa en aquel delito mediante el cual no se aniquilan ya definitivamente las oportunidades del titular del bien jurídico.

3 3. En algunos delitos del género mencionado, la ley confirma la semejanza de la consumación formal a la tentativa o a la preparación, creando tipos de desistimiento (§§ 129.6, 129 *a*, párrafo 5, 149, párrafos 2 y 3, 158 [1g], 310, 330 *b* StGB; pero no en relación con los §§ 146, párrafo 1, números 1 y 2, 267.1, 268.1 StGB). No resulta posible la aplicación analógica de estos tipos de desistimiento a delitos de la misma clase, pero sin regulación específica del desistimiento, ya que la eficacia (excluyente o extraordinariamente atenuante de la penalidad) del desistimiento no constituye ningún resultado sistemático de la doctrina de la imputación (salvo en algunos casos en que se punen los actos preparatorios, *infra* 25/11); todo se reduce, pues, a tener en cuenta, a efectos atenuantes de la penalidad, un comportamiento posterior al hecho, § 46.2 StGB.

[1g] Al respecto, *Bergmann*, Milderung, pp. 194 ss.

4 4. El § 22 StGB realiza una complementación del tipo, anticipadora, en relación con los tipos de consumación: El sector del delito que comienza en el momento que describe el § 22 StGB es el estadio formal de la tentativa.

Si el autor ha alcanzado este estadio, pero debe aún realizar acciones ulteriores para llegar al resultado, se habla de tentativa *inacabada,* y si el autor lo ha hecho ya todo, de tentativa *acabada*. La distinción tiene trascendencia en relación con el desistimiento (*infra* 26/14 ss., allí también para los casos de error).

B. Los delitos de emprendimiento

1. *Los delitos de emprendimiento propios*

5 *a)* En los delitos propios de emprendimiento, la ley da el mismo tratamiento a la tentativa y a la consumación [1b], § 11, párrafo 1, núm. 6, StGB. Constituyen ejemplos: la alta traición con arreglo a los §§ 81 y 82 StGB, la preparación de escritos pornográficos para su envío por correo, § 184, párrafo 1, núm. 4, StGB, o la instigación a un subordinado para cometer una infracción penal, § 357 StGB (este último sólo comprende una participación intentada). La equiparación de la tentativa formal a la consumación se basa en la conminación penal directa (es decir, no a través del § 23 StGB) en caso de tentativa, conduciendo por ello a renunciar a la atenuación o reducción del marco penal establecidas en el § 23.2 StGB, posible en los demás casos de tentativa, así como a renunciar a tener en cuenta la falta de luces (§ 23.3 StGB) y, finalmente, a negar la eficacia excluyente de la pena del desistimiento según el § 24 StGB. Ahora bien, sí son posibles normas especiales para el desistimiento, como p. ej., el § 83 *a* StGB; está descartada la analogía en relación con estas normas en los delitos de emprendimiento que no tienen prevista la regulación especial del desistimiento; no se pasa, por tanto, de tener en cuenta, a efectos de atenuar la penalidad, el comportamiento posterior al hecho (§ 46.2 StGB) [2]. Mediante la equiparación, sin embargo, no se modifica el concepto de tentativa; se abarca, pues, toda tentativa relevante comunicativamente, sin que haya que atender en otro sentido a su idoneidad o al género de su inidoneidad [3]. En relación con la determinación de la pena dentro del marco penal, sigue teniendo trascendencia la fase del delito alcanzada por el autor.

La construcción de los delitos de emprendimiento puede ser adecuada en la alta traición, debido a las muy escasas posibilidades de castigar si se llegara a la consumación, pero en los demás casos la legitimidad de emplear esta for-

---

[1b] *De otra opinión* (el emprender como forma especial de la consumación) *Alwart*, Versuchen, pp. 100 ss., 102; en contra de una «teoría de las fases», *el mismo*, GA, 1986, pp. 245 ss.

[2] Controvertido; como aquí, BGH, 15, pp. 198 ss.; OLG Celle, JR, 1981, pp. 34 s., 35; *Burkhardt*, JZ, 1971, pp. 352 ss., 357 s.; *SK-Rudolphi*, § 11, núm. marg. 26; *de lege lata* también *Berz*, Tatbestandsverwirklichung, pp. 131 s.; con respecto al § 316 *a*, párrafo 2, StGB, *vid. Bergmann*, Milderung, pp. 163 ss.; *de otra opinión*, *Schröder*, Kern-Festschrift, pp. 457 ss., 462 s., con notables alusiones a la arbitrariedad de las regulaciones; *Schönke-Schröder-Eser*, § 11, núm. marg. 51.

[3] Controvertido; *de otra opinión*, *Burkhardt*, JZ, 1971, pp. 352 ss., 356 ss.; tampoco aquí resulta posible distinguir en función de las clases de idoneidad.

ma de delito es como mínimo dudosa, y en ocasiones incluso arbitraria [3a] (p. ej., en el § 184, párrafo 1, núm. 4, StGB).

b) Siempre es impune la tentativa de delitos de emprendimiento aun cuando se trate de delitos graves (*Verbrechen*) (§ 23.1 StGB) [3b]. Lo cual se deriva del siguiente *argumentum ad absurdum*: La definición del concepto de emprendimiento (§ 11, párrafo 1, núm. 6, StGB) se refiere a la determinación de la tentativa. En la tentativa del emprendimiento se intentaría, pues, lo que, a su vez, se determina a través de la tentativa, refiriéndose la regulación de la tentativa a sí misma. Pero si la regulación de la tentativa se pudiera referir a sí misma, en *todas* las tentativas no sólo sería punible la tentativa de realización directa del tipo descrito en la Parte Especial, sino también la tentativa de la tentativa, y a su vez, la tentativa de ésta, etc., hasta llegar al último acto preparatorio. Además, ya no se respetaría la taxatividad de los tipos. 6

2. *Los delitos de emprendimiento impropios*

Se denominan delitos de emprendimiento impropios aquellos [4] cuya acción se describe con un «verbo final» [5]. Ejemplo: «influir» en el § 125 StGB, «prestar auxilio» en el § 257.1 StGB (y como acción prescrita en el § 323 *c* StGB), así como «acechar la caza» en el § 292.1 StGB. En estos delitos está claro que para la consumación no hace falta que se alcance el fin de la acción, es decir, que la consumación formal puede tener lugar también cuando materialmente aún existe tentativa. Frente a los delitos de emprendimiento propios, los impropios presentan la peculiaridad de contar con una situación del hecho descrita que para la consumación (formal) debe concurrir objetivamente, no bastando con que esté «emprendida» [6]. Ejemplo: Uno puede emprender el acecho a la caza, siguiendo supuestamente a un zorro, y en realidad a un perro, pero precisamente sólo entonces es cuando intenta acechar a la caza; mientras que no sólo intenta el acecho, sino que lo consuma ya quien sigue a un zorro, pero no lo alcanza. Al igual que en los delitos de emprendimiento propios, también en los impropios decae la posibilidad de aplicación analógica de los preceptos sobre el desistimiento [7]. 7

[3a] Crítica acertada en *Weber*, suplemento ZStW, 1987, pp. 1 ss., 9 ss.

[3b] *LK-Vogler*, núm. marg. 94, ante § 22, con bibliografía.

[4] Según *Schröder*, Kern-Festschrift, pp. 457 ss., 464 ss.

[5] *v. Weber*, Grundriß, pp. 54 s.

[6] Muy controvertido, sobre todo en relación con el § 257 StGB. Detalladamente, con bibliografía, *Schönke-Schröder-Eser*, § 11, núms. margs. 52 ss.; sobre el § 323 *c* StGB, fundamental, y *de otra opinión*, *Armin Kaufmann*, Dogmatik, pp. 230 ss. *Sowada*, atiende la semejanza con los delitos de peligro abstracto, GA, 1988, pp. 195 ss., 213 s.

[7] Controvertido; de otra opinión sobre todo *Schröder*, Kern-Festschrift, pp. 457 ss., 467 s.; *Schönke-Schröder-Eser*, § 11, núm. marg. 55; *Weber*, suplemento ZStW, 1987, pp. 1 ss., 14 s.; ampliamente, y *de lege lata* como aquí, *Berz*, Tatbestandsverwirklichung, pp. 132 ss. Con respecto al § 323 *c* StGB (no hay desistimiento en la vuelta a la tentativa de salvación), *vid.* BGH, 14, pp. 213 ss., 217.

C. La preparación

8 1. El estadio previo al comienzo de la tentativa se llama preparación. En tanto que la preparación no se limita a los planes de un sujeto singular, sino que se objetiva (y sólo existe «objetivación» en el planeamiento común de varios sujetos), el Derecho positivo la pune en varios casos, sin sujetarse a los límites que traza para el Derecho penal el estatus de ciudadano del sujeto que delinque (sobre ello, *supra* 25/1 ss.).

9 2. Con arreglo al Derecho vigente, son preparaciones punibles:

a) Como preparación de cualquier forma (de modo no tipificado) en delitos en los que así está expresamente establecido. Ejemplos: Preparación de guerra de agresión, § 80 StGB; preparación de un conato determinado de alta traición, § 83 StGB; preparación de un secuestro, § 234 *a,* párrafo 3, StGB. A pesar de faltar la tipificación, no basta todo comportamiento que revele el plan del autor, sino que más bien hace falta que el comportamiento, al menos a grandes rasgos, ponga en evidencia su determinación delictiva, es decir, que no sea socialmente normal. Por ejemplo, la compra de objetos de uso común o un viaje corriente pueden ser necesarios según el plan de la alta traición que piensa perpetrar el autor; sin embargo, dado que tales modos de comportamiento no objetivan una idea del delito determinada, y ni siquiera una idea difusa, quedan excluidos del ámbito de lo punible del § 83 StGB. No obstante, los actos preparatorios no tienen que ser objetivamente idóneos. La tentativa de los actos preparatorios no tipificados o bien objetiva por su parte el plan delictivo, y entonces constituye por sí misma actos preparatorios, y como tal es punible, o bien es impune.

10 *b)* Como preparaciones de forma determinada (de modo tipificado):

a') en delitos graves (*Verbrechen*), con arreglo al § 30 StGB (*infra* 27/1 ss.); en delitos menos graves (*Vergehen*) puede aplicarse el precepto paralelamente (§ 159 StGB);

b') en caso de previsión expresa, como p. ej., en el § 149.1 StGB;

c') abarcando la preparación material como consumación formal, como p. ej., en la falsificación de moneda (§ 146, párrafo 1, núms. 1 y 2, StGB) y la elaboración de documentos inauténticos (§ 267, párrafo 1, grupos de casos 1.° y 2.°) (en contra, *supra* 6/86 *b* y 25/1 *b*). Es posible la tentativa de la consumación formal.

11 3. En la medida en que no existen regulaciones específicas del desistimiento, es siempre adecuada la aplicación analógica del § 31 StGB, con tal que se pueda desistir, según preceptos generales o específicos, de una fase del mismo delito posterior a la preparación [8].

---

[8] En términos semejantes, BGH, 6, pp. 85 ss., 87 para el § 234 *a*, párrafo 3, StGB; va más allá *LK-Roxin*, § 31, núm. marg. 2; distiguiendo de modo confuso, *Bottke*, Methodik, pp. 340 ss. Con respecto a delitos de particular, *Berz*, Tatbestandsverwirklichung, pp. 55 ss.; *Bergmann*, Milderung, pp. 140 ss.

D. La terminación

12 Si el aspecto objetivo de un delito, necesario para la consumación, no coincide con el contenido global del dolo del tipo, es decir, si la consumación se realiza antes de la plena realización del dolo del tipo, la producción de aquellas consecuencias pretendidas que no tienen que estar realizadas para la consumación, se denomina terminación material del delito. A la fase que media entre la consumación y la terminación se le asignan numerosos efectos de Derecho material. Así, las acciones realizadas en la fase entre la consumación y la terminación material se considera que aún pueden fundamentar concurso ideal con otro delito. Sin embargo, ello no cabe fundamentarlo en relación con aquellos dolos trascendentes que caracterizan, no el hecho, sino la actitud del autor (*vid. infra* acerca del concurso 33/7). Así ocurre también en relación con el comienzo de la prescripción (§ 78 StGB). Los efectos (que en ocasiones se afirman) de la terminación en relación con la participación, no se pueden compaginar con el requisito de la taxatividad de la descripción típica (sobre ello, ya *supra* 22/40 s.). El que los elementos cualificantes aún puedan realizarse después de consumado el delito base depende de su punto de referencia: Si éste es el propio hecho, la circunstancia cualificante ha de haber estado condicionada antes de la consumación [9], pues el comportamiento realizado entre la consumación y la terminación por sí solo no es típico y consiguientemente tampoco cualificable. Pero si el punto de referencia es la reacción de la víctima o de terceros ante el hecho, el comportamiento cualificante sigue al comportamiento del delito base (siempre en el § 252 StGB, posible en el § 307, núm. 3, StGB). En suma, no es adecuado tratar globalmente la terminación como fase del delito [9a].

III. FUNDAMENTO DE PUNICION DE LA TENTATIVA (FORMAL)

A. Estado de la cuestión

13 Numerosas teorías se han formulado sobre el fundamento de punición de la tentativa [10]. A fin de llevar a cabo la valoración de los límites de la punibilidad por tentativa y de los límites del desistimiento, es insoslayable tomar posición en relación con dichas teorías.

---

[9] *De otra opinión*, BGH, 20 pp., 194 ss., 196 s., con respecto al § 250, párrafo 1, núm. 1, StGB (¡la solución hubo que buscarla en el § 252 StGB!); en contra, *Hruschka*, JZ, 1983, pp. 217 s.; *Kühl*, JR, 1983, pp. 425 ss., 427, todos con bibliografía; *vid.*, asimismo BGH, 31 pp., 105 ss., 107.

[9a] *Bitzilekis*, ZStW, 99, pp. 723 ss., con bibliografía.

[10] Sobre la evolución histórica, *vid. Zaczyk*, Unrecht, pp. 20 a 125; *Baumgarten*, Lehre vom Versuche, pp. 5 ss.; sobre la crítica de las teorías que se defienden en la actualidad, *Kratzsch*, Verhaltensorganisation, pp. 63 ss. Pormenorizadamente sobre el estado del debate desde la perspectiva del Derecho suizo, *Walder*, SchwZStr., 99 (1982), pp. 225 ss., 232 ss. Acerca del Derecho japonés, *Naka*, en: Strafrecht, pp. 93 ss., 98 ss. Un modelo económico lo desarrollan *Adams* y *Shavell*, GA, 1990, pp. 337 ss., 341 ss.

1. Con arreglo a las *teorías objetivas de la peligrosidad*, el peligro concreto para un bien o un objeto de ataque que entraña la ejecución de la acción constituye el motivo por el que se castiga la tentativa.

a) En las teorías más antiguas [11] se aprecia el peligro *ex post*, considerándose no peligrosa la tentativa absolutamente inidónea (en consecuencia, impunidad; ejemplo: El autor de una tentativa de dar muerte mediante envenenamiento confunde la sal de cocina con arsénico) y peligrosa la tentativa sólo relativamente inidónea (ejemplo: El autor de la tentativa de homicidio por envenenamiento emplea una cantidad demasiado exigua de arsénico). Las dificultades de delimitación de estas teorías pronto se revelaron insalvables (¿arsénico en cantidades ubicuas como medio de homicidio, sal de cocina en los enfermos del riñón?).

14 *b)* La teoría objetiva (en su versión moderna) recibió su forma clásica de *v. Hippel* [12]. La tentativa se considera peligrosa cuando una persona prudente, con los conocimientos del autor y además los de un observador objetivo en el momento del hecho (*ex ante*), habría considerado no improbable, es decir, adecuada, la consumación [13]. Ejemplo: La tentativa de homicidio con un arma de fuego que un tercero ha descargado, según la teoría objetiva moderna, constituye una tentativa peligrosa, pero para la teoría objetiva anterior es un tentativa absolutamente inidónea y por tanto no peligrosa.

La teoría de la peligrosidad se ha desarrollado ulteriormente en este sentido: Hay que atender a un juicio *ex ante* sólo para la «acción», pero no para las «circunstancias del hecho independientes del autor» [14]. Pero tal delimitación no se puede realizar con exactitud, ni está demostrado que satisfaga axiológicamente [15]. También se propugna considerar a la tentativa como delito de peligro abstracto [16].

15 *c)* La teoría objetiva es una emanación del ya superado dogma causal; la ecuación sería del tenor siguiente: Al igual que un delito consumado es una lesión causal de un bien jurídico, así también un delito intentado es una puesta en peligro de ese bien jurídico. Pero como el delito no es primariamente la causación de lesiones de bienes, sino la lesión de la validez de la norma, así también la tentativa de delito no se debe concebir a través de la puesta en peligro de bienes, sino a través de la lesión de la validez de la norma [17]. El fundamen-

---

[11] *Feuerbach*, Lehrbuch, § 42 con nota 3 (sobre la teoría de *Feuerbach*, *vid.* ampliamente, *Schmid* Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 19 ss.); *Berner*, Lehrbuch, § 77.

[12] Strafrecht, t. II, § 30.

[13] *v. Hippel*, loc. cit., § 30, IV, 6.

[14] *Spendel*, Stock-Festchrift, pp. 89 ss.; *vid.* también *el mismo*, ZStW, 65, pp. 519 ss., 522.

[15] Crítica en *Wolter*, Zurechnung, pp. 84 ss., con bibliografía.

[16] De acuerdo con *Kratzsch*, Verhaltenssteuerung, pp. 43 ss., la norma de la tentativa tiene por misión: 1) evitar que se pongan en práctica voluntades delictivas, anteriores a la lesión, 2) limitar la punibilidad por tentativa a los supuestos indispensables y 3) hacer posible una realización de los fines de la norma para todas las partes (autor, víctima, legislador, juez). La norma de la tentativa hace abstracción, por eso, del suceso individual, ya que una puesta en peligro concreta sólo cabe determinarla muy inseguramente: La tentativa es un delito de peligro abstracto. Pero ¿cómo es que para aquel autor que persigue una consumación de la lesión a pesar de la prohibición existente va a significar algo la prohibición de poner en peligro abstracto de modo que se llegue a la realización de los fines de la norma? *Vid. el mismo*, JA, 1983, pp. 420 ss., 578 ss., 579 ss.

[17] *Vid. Stratenwerth*, AT, núm. marg. 656.

to de punición de la tentativa es exactamente el mismo de la consumación, como se evidencia también en el hecho de que numerosos delitos consumados no son materialmente sino tentativas. Al atenerse al peligro, la teoría objetiva denomina tentativa a un suceso contrario a las normas de policía, pero no a un comportamiento punible.

A ello se añade la siguiente objeción: Toda teoría idónea de la tentativa tiene que poder explicar la distinción del Derecho positivo entre preparación y tentativa. Pero a tal efecto, el peligro, como concepto cuantificable, es inidóneo, pues entre la preparación y la tentativa se pueden distinguir a lo sumo grados de peligro, pero no peligros cualitativamente distintos. La diferenciación entre peligros cualitativamente distintos sólo cabe llevarla a cabo entre la fase de la acción, por una parte (preparación y tentativa), y la fase posterior a la tentativa acabada, por otra: Sólo después de la terminación de la tentativa, es decir, demasiado tarde, el peligro está ya sujeto a elementos objetivos. Debido a la posibilidad de formar escalas variables de peligros, le falta toda base a la afirmación tan extendida de que la teoría objetiva conduce a una delimitación estricta, propia del Estado de Derecho, entre preparación y tentativa.

La teoría objetiva considera, desde luego con buen criterio, que la exteriorización del autor sólo constituye perturbación cuando es comprensible desde el punto de vista objetivo; en otro caso, el autor no realiza injusto de tentativa, sino que intenta en vano realizar injusto.

16 2. *a)* También es objetiva la teoría que distingue entre tentativa y *falta de tipo* (siempre impune) en sentido estricto, proponiéndose más bien fundamentar la punibilidad que delimitarla. Si falta la consumación, según esta teoría, en la tentativa «la falta (debe afectar) a la propia acción» (falta de tipo en sentido amplio) [18], mientras que en los casos de falta de tipo en sentido estricto la acción es ciertamente idónea y se puede llevar a cabo sin déficit [19], pero se considera que «las circunstancias hacen imposible desde el principio la realización del delito» [20].

b) La separación de acción y situación de partida no puede satisfacer en el plano lógico, pues desde el punto de vista lingüístico suele ser arbitraria. No se comprende por qué, p. ej., en relación con los daños, § 303 StGB, se formula como resultado el daño de una cosa, pero la ajenidad como condición típica. Esta teoría tampoco satisface desde el punto de vista axiológico, particularmente en la distinción entre delitos con medios del hecho descritos taxativamente en el tipo (y entonces, falta de tipo en caso de error sobre la cualidad del medio, por ejemplo la cualidad de veneno en el § 229 StGB) y sin tal descripción (y entonces, tentativa punible en caso de error sobre la cualidad del medio, p. ej., sobre el carácter venenoso de una sustancia en el § 212 StGB) [21].

17 3. *a)* Con arreglo a la *teoría subjetiva*, hay que atender al peligro para la validez de la norma que supone el dolo del autor. La jurisprudencia ha juz-

---

[18] *Dohna*, Aufbau, pp. 56 s.; *el mismo*, Güterbock-Festschrift, pp. 35 ss.; *Frank*, § 43, nota I; *von Liszt-Schmidt*, § 44, I, 2, § 45, III; *Mezger*, Strafrecht § 53, IV, con más bibliografía en nota 12.

[19] *Dohna*, Aufbau, p. 57.

[20] *Mezger*, Strafrecht, § 53, IV (p. 396).

[21] Para la crítica, *vid.* también *Maurach-Gössel*, AT, II, § 40, núm. marg. 128 ss.

gado aplicándola desde las primeras sentencias del *Reichsgericht* [22]. Esta teoría representa una consecuencia de la nivelación de todas las diferencias de significado del actuar social llevada a cabo por la teoría de la equivalencia, desarrollada para la causalidad. Al igual que todas las condiciones de un resultado son «equivalentes», también su falta será siempre «equivalente», es decir, no deben existir diferencias cualitativas, ni siquiera cuantitativas, entre las condiciones de un resultado. Así, todas las tentativas, tanto idóneas como inidóneas, peligrosas como no peligrosas, se funden en la amalgama de resultados en todo caso no suficientemente condicionados [23]. Fundamento de punición, a partir de esta situación, sólo puede serlo el dolo del autor de la tentativa, aludiéndose, debido al principio del hecho, no al dolo mantenido en secreto o no exteriorizado, sino al puesto en práctica [24].

b) Crítica: La teoría subjetiva es útil como teoría para la punición de la consumación, pero no precisamente para la punición de la tentativa, ya que no explica por qué no se incluye toda preparación puesta en práctica. Además, esta teoría no puede situarse inconexamente junto a la teoría de la pena de la consumación. Cuando el *Reichsgericht* señala que «no hay lugar a dudas sobre que en la tentativa la voluntad delictiva es el fenómeno contra el que se dirige la ley penal, en contraposición al resultado que, partiendo de la voluntad delictiva, se pone de manifiesto en la consumación» [25], se malogra la idea de que en toda regulación de la tentativa y de la consumación se trata de un ataque perfecto a la validez de la norma.

18 4. Conforme a la *teoría dualista*, en la tentativa intencional (de propósito) hay que atender al peligro para la validez de la norma que supone el dolo del autor, y, en los demás casos, a la peligrosidad de la conducta [26]. La crítica a cada una de ambas soluciones monistas es aplicable a cada uno de los brazos de la solución dualista.

19 5. *a)* Es subjetiva, pero se esfuerza más por conectar con la acción ejecutiva, la llamada *teoría del autor*, según la cual la tentativa es punible porque en ella —como en la consumación y a diferencia de lo que ocurre en la preparación— ya se ha tomado la decisión sobre que el hecho se va a realizar. La resolución del autor se ha confirmado «en el momento de su crisis». Se castiga, pues, por el dolo probado [27].

---

[22] RG, VS, 1, pp. 439 ss.; RG, 8, pp. 198 ss., 202 s.; BGH, 11, pp. 324 ss., 327; jurisprudencia constante. De entre la doctrina, *Baumann-Weber*, AT, § 32, II, 1; *Dreher-Tröndle*, § 22, núm. marg. 24; *Welzel*, Strafrecht, § 24, IV, 1 *b*.

[23] Otro argumento de la teoría subjetiva era uno *a contrario*, a partir de la regulación del error de prohibición en el § 59 StGB, redacción antigua; el razonamiento no se sostenía en términos lógicos (*Spendel*, NJW, 1965, pp. 1881 ss.) y axiológicamente estaba al menos incompleto (*Engisch*, Heinitz-Festschrift, pp. 185 ss., 188; *Sax*, JZ, 1964, pp. 241 ss.).

[24] La cuestión de la fundamentación de la punibilidad de la tentativa en elementos subjetivos no tiene nada que ver con el Derecho penal del ánimo o de la actitud: Aun cuando el dolo (que desde luego es algo distinto a la actitud) sea aquel elemento hasta el que hay que retrotraerse en la imputación del hecho, ello no quiere decir que se pueda prescindir del hecho en absoluto; no obstante, esto lo confunde la crítica de *Spendel*, NJW, 1965, pp. 1881 ss.

[25] RG, VS, 1, pp. 439 ss., 441.

[26] *Alwart*, Versuchen, pp. 163 ss., 172 ss., 182, 185; *Schmidhäuser*, Studienbuch, 11/1 ss., 16 s., 23, 27 ss., 34 ss.

[27] *Bockelmann*, JZ, 1954, pp. 468 ss., 473; *el mismo*, Untersuchungen, pp. 150 ss., 151, 161 s.; no obstante, discrepando, *Bockelmann-Volk*, AT, § 27, III 2.

b) Esta teoría no lleva más allá que la teoría subjetiva, pues lo que el autor siente como confirmación del dolo no tiene forzosamente que tener algo que ver con la acción ejecutiva típica. P. ej., para el falsificador notorio, la elaboración de un documento inauténtico (§ 267, párrafo 1, 1.er grupo de casos. StGB) *aún* no es prueba del dolo, y el uso de la falsificación perfectamente lograda (§ 267, párrafo 1, 3er. grupo de casos) *ya* no es prueba del dolo.

6. *a)* La (así llamada) *teoría de la impresión* [28] intenta complementar los 20
resultados de la teoría subjetiva mediante la «impresión del hecho sobre la generalidad», el «efecto psicológico-social» [29] o la conmoción de la «confianza de la generalidad en la validez del ordenamiento jurídico» [30].

b) Lo cual está como mínimo incorrectamente formulado: La sede del problema de la tentativa no es la «conmoción» «psicológico-social» de «generalidad» alguna, sino la legitimidad de la intervención anterior a la realización del tipo. Sobre todo en delitos graves, la preparación —casi siempre impune— (p. ej., la preparación minuciosa de un homicidio por parte de un autor único) no le irá a la zaga a la tentativa de un delito leve en cuanto a poder de impresión, pero la preparación *no puede* ser ocasión de reacciones jurídico-penales. Tampoco se puede armonizar el atender al poder de impresión con la proximidad a la lesión, completamente distinta, de la consumación (¡formal!), y consiguientemente también de las fases previas a la consumación. Cuando, p. ej., en la falsificación documental ya está incluso consumado el delito con la elaboración del documento inauténtico, no cabe negar en esta fase, en relación con el engaño planeado, mediante la utilización del documento, la sólida impresión de un ataque a la norma, aun cuando aún no quepa hablar de comienzo de la tentativa. En definitiva, no hay que atender al momento de la conmoción general, sino sólo a la conexión con la realización del tipo, lo que no puede llevarlo a cabo la teoría de la impresión en cuanto a su contenido positivo. Ahora bien, negativamente puede establecer que sin el poder de impresión del hacer no existe motivo alguno para construir una tentativa.

B. La tentativa como infracción normativa puesta de manifiesto y próxima al tipo

1. *a)* Dado que tanto tentativa como consumación suponen ataques a la 21
validez de la norma, el autor de la tentativa, al igual que el de la consumación, debe poner de manifiesto que no se rige por la norma. Tal es el contenido mínimo del comportamiento punible.

b) La libertad de organización interna, que le compete a toda pesona responsable (*supra* 25/1 a ss.), está sujeta a una contraprestación (*synallagma*): La

---

[28] *Jescheck*, AT, § 49, II, 3; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 13 s., ante § 22; *Schönke-Schröder-Eser*, núm. marg. 23, ante § 22; *LK-Vogler*, núms. margs. 37, 54 ss., ante § 22; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 40, núms. margs. 40 ss.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 657; *Papageorgiou-Gonatas*, Grenze, pp. 200 ss.; todos con bibliografía. Acertadamente crítico, *Weigend*, en: Strafrecht, pp. 113 ss., 121 ss.

[29] *Eser*, loc. cit.

[30] *Jescheck*, loc. cit.; no cabe reproducir aquí la flora de pensamiento y lingüística en toda su variedad.

persona tiene que cuidar de que de su ámbito de organización no salgan procesos causales dañosos [31]. Si no cumple este deber, no puede reclamar libertad alguna, lo que quiere decir que lo que la persona no domina es externo, es decir, verificable. El abandono del dominio en perjuicio potencial de otro es una tentativa en sentido *material* (el autor da comienzo a un comportamiento externamente perturbador). Sin embargo, el Derecho vigente no atiende en el § 22 StGB al perjuicio potencial, sino a la realización potencial del tipo (que en no pocas ocasiones está anticipada a la lesión del bien jurídico, *supra* 2/25 a ss., 6/86 a s.); el abandono del dominio con la consecuencia de una potencial realización del tipo es una tentativa en sentido *formal* (porque la consumación que se determina en función de la realización del tipo es un concepto formal, *supra* 25/1 *g*). Así pues, de conformidad con el Derecho vigente hay tentativas punibles exclusivamente formales, en tipos en que incluso la consumación está tan anticipada que aún no se ha realizado el abandono de un curso causal potencialmente dañoso. Así ocurre, p. ej., en la primera variante del § 276.1 StGB; el documento inauténtico no sale del ámbito de dominio del autor sólo mediante la elaboración, y mucho menos mediante la tentativa de elaboración, pero la ley trata a la elaboración como comportamiento externo.

El fundamento de punición de la tentativa es que se pone de manifiesto una infracción de la norma; en la tentativa en sentido material, a través de un comportamiento externo; en la tentativa en sentido exclusivamente formal, a través de un comportamiento que el Derecho positivo declara externo.

22 2. El autor debe poner de manifiesto la infracción de una norma verdaderamente existente, no sólo de una norma que únicamente existe en su imaginación. No se infringe una norma realmente existente cuando el autor, al concebir su dolo, sobre todo al elegir los medios, parte de una situación no relevante desde el punto de vista comunicativo (*vid.* ya *supra* 8/65 *a*).

a) Si el autor intenta emplear poderes sobrenaturales (tentativa supersticiosa), falta la infracción de una norma verdaderamente existente (dicho de otro modo: falta ya el dolo, *supra* 8/6 *a*), pues todos los tipos se limitan al empleo de medios determinados o de medios cualesquiera en el ámbito de la causalidad natural, o imaginados como incluidos en el ámbito de ésta, contra objetos del ámbito de la causalidad natural, o imaginados así [31a]. Un plan con elementos sonbrenaturales, por ello, no constituye dolo típico, y la tentativa de ejecución no constituye tentativa de delito (distinto es el caso cuando sólo los motivos son supersticiosos: La tentativa, ejecutada con medios «terrenales» corrientes, de asesinar al príncipe, con la esperanza de recompensa eterna, es punible). Fundamento de esta limitación sería, según una opinión muy extendida [32], la falta de una impresión que conmueva el sentimento jurídico, en ese

[31] Lo cual es válido también para los delitos de infracción de deber por comisión: El autor es garante de no exteriorizar ningún proceso causal incompatible con la institución. Ejemplo: El juez tiene que garantizar no sólo la existencia de resoluciones correctas, sino la ausencia de resoluciones incorrectas.

[31a] Atinadamente *Zaczyk*, Unrecht, p. 252: «Cuanto menos se establezca la relación jurídica por medio de fuerzas trascendentes, menos puede constituir injusto conjurar tales fuerzas.»

[32] *Gössel*, GA, 1971, pp. 225 ss., 229 ss.; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 41, núm. marg. 142; *LK-Vogler*, § 23, núm. marg. 30; *Schönke-Schröder-Eser*, § 23, núm. marg. 13; *SK-Rudolphi*, § 22, núms. margs. 34 s.; *J. Meyer*, ZStW, 87, pp. 598 ss., 618 s.; *de otra opinión*, *Armin Kaufmann*, Welzel-Festschrift, pp. 393 ss., 403; se trata como supuesto del § 23.3 StGB en *Bauman-Weber*,

comportamiento, lo que desde luego es válido sólo relativamente frente a determinados grupos de personas (los ilustrados), y ello sólo cuando se refiere a los autores raros o peregrinos, pero no a las personas que en general pasan por modélicas. La plegaria pública del obispo primado para impetrar la muerte del príncipe no se podrá declarar irrelevante de acuerdo con la teoría de la impresión. La limitación sólo cabrá explicarla por el esfuerzo de negar la seriedad de una interpretación del mundo que pone en tela de juicio el marco de condiciones en que se inscribe el Derecho [33].

b) a') El autor no parte de una configuración del mundo comunicativamente irrelevante sólo en la tentativa supersticiosa, sino siempre que sustenta una visión del mundo incorrecta en cuanto a sus principios, es decir, cuando deriva sus conocimientos a partir de fuentes inadecuadas por principio (sueños, sentimientos intuitivos, inspiración, etc.) o los «procesa» de modo inapropiado por principio (deja de lado experiencias que tiene; de un caso particular deduce una regla o de una sola excepción deduce la inexistencia de la regla, etc.). Tales tentativas inidóneas no se dirigen contra ninguna norma verdaderamente existente. Y ello por el siguiente motivo: Todo comportamiento susceptible de entenderse ha de interpretarse en determinado contexto. Cuál sea ese contexto se rige por la clase de la relación social en cuestión. Si en esta relación hay una aceptación mutua ilimitada, entonces el sueño y la realidad, lo lógico y lo alógico, se convierten en intercambiables si lo son para el autor. Todo comportamiento adecuado para producir el resultado según la imaginación del autor es entonces comportamiento típico, incluida la tentativa supersticiosa. Sobre un modo orientado tan radicalmente hacia el sujeto actuante pueden establecerse actitudes, pero no interacciones diferenciadas. Estas caben, más bien, sólo cuando están organizadas racionalmente (lo que no quiere decir: hacia objetivos racionalmente fundamentados, sino: de modo racional). Por eso, sólo la organización racional puede constituir organización relevante [33a]. Desde un punto de vista político-criminal: Quien castiga tentativas organizadas no racionalmente, incita a tomar en serio modos de organizar irracionales, y tal revaluación sugiere organizar irracionalmente también la evitación de peligros, lo que significa: ineficazmente, con la salvedad de los aciertos fortuitos. 23

b') Naturalmente, la norma debe asumir hasta cierto punto la perspectiva del autor, sobre todo en los delitos de resultado, pues el autor tiene que juzgar por sí mismo cuándo se produce la situación descrita en la norma. El autor juzga, pues, desde su punto de vista, pero para que se le tome en consideración debe tratarse de un juicio racional. Lo que desde un punto de vista objetivo se presenta como error grave del autor, puede ser sin embargo relevante comu-

---

AT, § 33, IV, 3 *b;* de entre la jurisprudencia, *vid.* RG, 33, pp. 3211 ss., y BGH, LM, § 49 *a*, núm. 10.

[33] Muchos casos de tentativa supersticiosa, curiosamente, no son incluibles por razones de teoría de la participación: Influir en sujetos sobrenaturales no constituye autoría, por falta de dominio del hecho (¿quién decide sobre si el hecho se va a realizar, y sobre su configuración, y quién ejecuta de propia mano la acción ejecutiva?), ni participación, por falta de hecho principal (los seres sobrenaturales no son destinatarios de la norma). De este modo, la exoneración de pena específicamente por lo supersticioso sólo queda para los casos de aprovechamiento de «instrumentos sobrenaturales».

[33a] *Jakobs*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 271 ss., 277 ss.; *vid.* también *Weigend*, en: Strafrecht, pp. 113 ss., 127: tentativa como creación de un riesgo prohibido.

nicativamente, a saber, cuando la situación se presenta, desde el punto de vista del autor, como racionalmente organizada. Ejemplo: Si en un libro especializado sobre plantas venenosas se reproduce por error una variedad de diente de león, una persona no versada en Biología se comporta racionalmente si emplea esta hierba como veneno; ahora bien, no es racional tratar el diente de león como planta venenosa sólo porque junto a la planta yace un animal muerto.

c') Si al autor le faltan los conocimientos evidentes para la generalidad, el comportamiento racional desde su punto de vista, sin embargo, para la concepción general puede ser burdamente insensato (así, en el ejemplo acabado de señalar, del error de impresión evidente); la punibilidad de tales casos la regula el § 23.3 StGB. Pero si a un comportamiento le falta la propia relevancia comunicativa, entonces no se trata de tentativa, sino —dado que el tipo no abarca ya tal comportamiento— de delito putativo.

IV. EL TIPO SUBJETIVO EN LA TENTATIVA

A. La limitación a los delitos dolosos

24 1. Con arreglo al § 22 StGB, intenta un hecho punible quien, según su representación del hecho, da comienzo a la realización del tipo. El tipo objetivo no está completo en la tentativa; el tipo subjetivo, por el contrario, debe darse plenamente, con el mismo contenido y en la misma forma que es necesario para la punición por el delito doloso consumado. Naturalmente, en la tentativa inacabada la voluntad de realizar el último acto parcial no está aún *ejecutada* ; en esa medida existe un déficit de voluntad de *ejecución* frente a la tentativa acabada y a la consumación [33b]. Si para la consumación basta el dolo eventual, también será así para la tentativa [34]. Los dolos o intenciones que trascienden

---

[33b] Dado que, por tanto, en la tentativa inacabada aún no está completo el «acto de voluntad». de acuerdo con *Struensee* (Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 528 ss., 532 s.), el tipo subjetivo estaría sin desarrollar plenamente («atrofiado»), frente a como ocurre en la tentativa acabada (y en la consumación), con la consecuencia de que la tentativa inacabada infringe norma distinta que la acabada (p. 537). Desde luego, sólo desde un planteamiento naturalístico-psicologista cabe fundamentar que haya que atender al detalle de la inervación muscular —expuesto con buen criterio por *Struensee*—. O bien la tentativa inacabada *significa* «realización del tipo» (p. ej., «matar» o «dañar una cosa»), y entonces significa en cuanto a su contenido (cualitativamente) lo mismo que la consumación, o bien no realiza *el mismo* tipo; dicho de otro modo, si el comportamiento significa «realización del tipo», la «falta de desarrollo» del aspecto subjetivo es de naturaleza meramente cuantitativa.

[34] RG, 61, pp. 159 s., 160; 68, pp. 339 ss., 341; doctrina enteramente dominante; de otra opinión, *LK*[7]*-Nagler-Jagusch* (1951), § 43, nota II, refiriéndose a la equiparación, proveniente de *Binding*, Normen, t. II (2), pp. 864 s., entre dolo eventual y dolo alternativo; *Lampe*, NJW, 1958, pp. 332 s.; *Puppe*, NStZ, 1984, pp. 488 ss., 491 (al respecto *infra* 26/22). *De lege ferenda Herzberg*, JZ, 1989, pp. 470 ss., 478, pretende castigar con pena atenuada; *el mismo*, NStZ, 1990, pp. 311 ss., 314 ss. (el § 23.3 StGB se aplicaría analógicamente a supuestos emparentados con el desistimiento); *vid.* asimismo *Streng*, JZ, 1990, pp. 212 ss., 219 s.; *Arzt*, Jescheck-Festschrift, pp. 391 ss., 403, pretende castigar únicamente en caso de consumación el hecho cometido con dolo eventual en los §§ 153 ss. StGB; sus ejemplos se refieren a supuestos de falta de *objetivación* del dolo en un comportamiento arriesgado de modo no permitido; esta escasez de objetivación no siempre la presenta el dolo eventual en los §§ 153 ss. StGB (ejemplos: Un testigo afirma, ostensiblemente al buen tuntún, que un suceso probable, pero desde luego no seguro, ha tenido lugar con

la consumación pertenecen también al aspecto subjetivo de la tentativa, y asimismo los elementos que, tipificando el delito, están situados más allá del dolo; respecto a los elementos complejos, al igual que en los llamados elementos de la actitud, el aspecto subjetivo debe estar presente.

La ley no llama dolo al aspecto subjetivo, sino representación, porque para determinar el comienzo de la tentativa no hay que atender sólo a *que* el autor entienda que el tipo se va a realizar, sino también a *cómo* va a llevarse a cabo. La premeditación, la reflexión o la planificación no hacen falta para la tentativa. Para dejarlo bien claro, en la ley se evitó conscientemente emplear el concepto «plan del hecho» [35]; así, puede intentarse un hecho en estado de arrebato pasional.

2. *a)* Frente a lo que parece dar a entender el § 11.2 StGB, no es posible la tentativa de *delitos dolosos cualificados por el resultado* (§ 18 StGB, *supra* 9/28, 30 ss.; en los delitos imprudentes cualificados por el resultado no cabe la tentativa punible), de forma que no se produzca la consecuencia y sólo esté abarcada a título de imprudencia, bien esté el delito base intentado o ya consumado. Más bien, el § 11.2 StGB ha de interpretarse en el sentido de que la acción dolosa abre la posibilidad de tentativa, sin que, no obstante, haya que apartarse del requisito de producción de resultado en la parte que se ha de originar imprudentemente. No debe estar comprendida la tentativa parcialmente imprudente, sino la tentativa en tanto que concurre dolo; por lo demás, hay que estar a las reglas del delito imprudente. 25

b) Se dan los siguientes grupos de casos [36]: 26

a') Por una parte, la tentativa *en caso de dolo dirigido a la consecuencia* es posible según la reglas generales, es decir, sin tener en cuenta si al menos se ha producido el tipo base [37]. El que ya la tentativa del tipo base pueda ser punible de por sí es indiferente en este caso [38]. Ejemplo [39]: El autor le dispara a una mujer al abdomen, con dolo eventual referido a la pérdida de la capacidad reproductora, pero no acierta; lesiones graves intentadas, § 224 StGB.

b') Por otra parte, es posible la tentativa en caso de *consecuencia producida* y al menos imprudencia (o temeridad) referida a la consecuencia en aque-

---

seguridad) y tampoco sólo en estos delitos; además, incluso el dolo directo puede objetivarse escasamente.

[35] BT-Drucksache, V/4095, p. 11.

[36] Con respecto al texto que sigue, *vid. Hirsch*, GA, 1972, pp. 65 ss.; *Ulsenheimer*, GA, 1966, pp. 257 ss.; *Küpper*, Zusammenhang, pp. 113 ss.; *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte, pp. 234 ss. (extendiendo demasiado); *Laubenthal*, JZ, 1987, pp. 1065 ss., 1067; *Stree*, GA, 1960, pp. 289 ss.; *Oehler* ZStW, 69, pp. 503 ss.; resumiendo, *AK-Paeffgen*, § 18, núm. marg. 106 ss.

[37] BGH, 10, pp. 306 ss., 309 s.; 21, pp. 194 ss.; BGH, GA, 1958, p. 304; *LK-Vogler*, núms. margs. 83 ss., ante 22.

[38] *Hirsch*, GA, 1972, pp. 65 ss., 67 ss., 75, nota 50; *Jakobs*, Konkurrenz, p. 131 con nota 117; *LK-Schroeder*, § 18, núms. margs. 37 ss.; *Jescheck*, AT, § 49, VII, 2; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 18, núm. marg. 10; *de otra opinión* (lo que no *tiene que* ser doloso, no puede fundamentar, en caso de dolo, tentativa alguna), *Schröder*, JZ, 1967, pp. 368 ss.; *Schmoller*, JurBl., 1984, pp. 654 ss., 657 ss.; además (sólo si es punible la tentativa del delito base), *Ulsenheimer*, GA, 1966, pp. 257 ss., 278, pero abandonando esta postura en *el mismo*, Bockelmann-Festschrift, pp. 405 ss., 418, nota 61.

[39] BGH, 21, p. 194.

llos delitos dolosos cualificados por el resultado en los que las condiciones específicas de la consecuencia pueden estar completas antes de la consumación de la parte dolosa del delito, como p. ej., en las coacciones sexuales, § 178.3 StGB (la muerte puede ser consecuencia sólo de la violencia) [40] y robo con homicidio imprudente, § 251 StGB (la muerte, por lo general, no es consecuencia de las coacciones *plus* sustracción, sino sólo de la violencia o de la intimidación) [41], pero no en los §§ 224 y 226 StGB (lesiones graves, lesiones con resultado de muerte), o en el § 307 núm. 1, StGB (incendio grave con resultado de muerte) [42], ya que en estos últimos la consecuencia puede ser una secuela de la consumación del delito base ocasionada dolosamente (*vid. supra* 9/33 ss.). Naturalmente, la tentativa del delito base debe ser aquí punible de por sí, pues el § 18 StGB no cabe referirlo a las consecuencias *fundamentadoras* de la penalidad.

27 3. Es posible la tentativa de las *combinaciones dolo-imprudencia no cualificantes* (*supra* 9/29) en el supuesto de que la consecuencia no se produzca, pero esté abarcada por el dolo, o bien —en caso de imprudencia— se produzca ya durante la tentativa de la parte dolosa [43]. Evidentemente, la tentativa debe constituir un delito grave (*Verbrechen*) o, como delito menos grave (*Vergehen*), estar expresamente conminada con pena (así en el § 353 *b*, párrafo 1, inciso 2, en conexión con el párrafo 3).

28 4. El § 22 no comprende la tentativa imprudente, ya que este precepto exige la representación del hecho como acción y como ocasionamiento del resultado. Para la doctrina que reconoce —frente a la idea aquí propugnada— una imprudencia consciente, con representación igual al dolo (*vid. supra* 8/26 ss.; 9/3), la tentativa imprudente consciente se ajustaría a la definición del § 22 StGB; evidentemente, sería impune, por falta de previsión específica de la punición (§ 23.1 StGB; los hechos imprudentes son delitos menos graves). Pero la tentativa imprudente es posible como forma de delito, aun cuando no la abarque el § 22 StGB (*vid.* ya *supra* en relación con la imprudencia 9/27): El autor lleva a cabo una acción cognosciblemente arriesgada de modo no permitido, pero el resultado no sobreviene (tentativa acabada), o el autor da comienzo a una acción de la que le es cognoscible que puede acarrear secuelas delictivas (tentativa inacabada). En ocasiones aisladas, tal comportamiento realiza un tipo penal (§ 315 *c*, párrafo 3, núm. 2, en conexión con el párrafo 1, núm. 2, letra *f*. 2.º grupo de casos StGB: Alguien intenta dirigirse a una calle en cuya cualidad de calle abierta o cerrada a la circulación ni siquiera repara, temerariamente). Más frecuentemente, la tentativa imprudente está tipificada fragmentariamente como puesta en peligro imprudente (§§ 97.2; 315, párrafos 1§, 5;

[40] RG, 69, pp. 332 s.

[41] RG, 62, pp. 422 ss., 423.

[42] RG, 40, pp. 321 ss., 324; BGH, 20, pp. 230 ss., 231; contra BGH, 7, pp. 37 ss., 39.

[43] Cuestionable; *Schönke-Schröder-Eser*, § 11, núm. marg. 76, consideran «concebible que se intente una acción base que, en caso de conseguirse, comportaría una puesta en peligro imprudente»; es cuando menos dudoso que esta consecuencia del § 11.2 StGB sea querida; en todo caso, ciertamente no es querida la amplitud enorme de la punibilidad de los delitos cualificados por el resultado doloso, que entonces se produce, a todos los supuestos de tentativa imprudente referida a la consecuencia. La punibilidad de la tentativa es controvertida; en contra, *SK-Rudolphi*, § 11, núm. marg. 36; en favor de la punibilidad de la tentativa, *LK-Tröndle*, § 11, núm. marg. 99; *Dreher-Tröndle*, § 353 *b*, núm. marg. 14.

315 *a*, párrafo 1, núm. 3; 315 *b*, párrafos 1, 5; 315 *c*, párrafo 1, núm. 2, StGB) [44]. La tan extendida idea de que no hay tentativa en los delitos imprudentes [45], o bien constituye un uso, exclusivamente terminológico, de la denominación tentativa del delito doloso, o es incorrecta: Lo que se puede llevar a cabo también se puede comenzar, y lo que se puede llevar a cabo con éxito también se puede llevar a cabo sin éxito [46].

B. La resolución de cometer el hecho [47]

1. El autor debe estar decidido al hecho, es decir, a la ejecución de la ac- 29
ción con sus consecuencias pretendidas o bien sólo advertidas; un querer condicionado —así llamado de modo equívoco— no basta [48]. Dado que el mero acariciar ideas, sin que se le añada la decisión, no produce hecho alguno, éste queda fuera de consideración en la tentativa [49]. La decisión necesaria no se debe entender como resolución de que se va a realizar lo propuesto, aun cuanto tal resolución se dará a menudo. Como decisión bastará que el autor se dé cuenta de que —en virtud de su decisión o impulsado por un estado pasional— va a ejecutar lo propuesto. Este entendimiento amplio de la decisión hace posible el dolo en particular en los actos pasionales.

Como los propósitos no puestos en práctica no son punibles, cabe reducir el problema de cómo ha de estar configurada la decisión del hecho para ser punible: Sólo interesa la configuración de la decisión *puesta en práctica*.

---

[44] Sobre otras formas sucedáneas, *vid. Jakobs*, suplemento, ZStW, 1974, pp. 6 ss., 398 ss.

[45] *Zaczyk*, Unrecht, pp. 209 ss. (desde luego sólo con una argumentación relativa a la imprudencia como error por descuido, no a la imprudencia como desconocimiento por indiferencia); *Jescheck*, AT, § 49, III, 1 *a*, § 54, IV; *Stratenwerth*, AT, núms. margs. 16 s., ante § 22.; distinguiendo *Schönke-Schröder-Eser*, § 22, núm. marg. 22; ampliamente, *Alwart*, Versuchen, pp. 154 ss., 156 (de acuerdo con éste, no hay delito imprudente intentado, pero sí «delito imprudente no consumado»).

[46] Acertadamente, *SK-Rudolphi*, § 22, núm. marg. 1; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 40, núm. marg. 72; *Sturm*, ZStW, 59, pp. 23 ss., 32; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung, pp. 192 ss.; *Jakobs*, suplemento ZStW, 1974, pp. 6 ss., 41; *el mismo*, Studien, p. 125.

[47] Las decisiones son controvertidas en los detalles. Como aquí, *Walder*, SchwZStr., 99 (1982), pp. 225 ss., 252; en términos semejantes a como aquí, pero concibiendo más ampliamente la puesta en práctica de la decisión, *Arzt*, JZ, 1969, pp. 54 ss.; principalmente como aquí, pero reconociendo ampliamente un «jugar con la posibilidad» puesto en práctica, pero que aún no compromete, *Roxin*, Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 145 ss., 151; *el mismo*, JuS, 1979, pp. 1 ss., 2 s.; *Roxin*, decide en función de que primen los impulsos al hecho (resolución) o las ideas inhibidoras (no resolución) (Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 145 ss., 154; JuS, 1979, pp. 1 ss., 3). Sus reparos contra la reducción del ámbito de la inducción se resuelven anticipadamente en la interpretación restrictiva de la inducción que aquí se propugna (*vid. supra* 22/22); sobre *Arzt* y *Roxin*: *Ziegert*, Vorsatz, *op.* 45 (quien atiende a si el autor admite como objetivo del comportamiento un motivo apremiante a cometer un delito, pp. 52 ss.). La doctrina dominante decide, conectando con *Schmid*, ZStW, 74, pp. 48 ss., en función de la inclinación al hecho (no decisión) y decisión del hecho sobre una base fáctica insegura, así como resolución con reserva de desistimiento (ambas constituyen decisión); *SK-Rudolphi*, § 22, núms. margs. 4 s.; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 40, núm. marg. 71; *Jescheck*, AT, § 29, III, 3 *c*; *Schönke-Schröder-Eser*, § 22, núms. margs. 18 ss.; *LK-Vogler*, § 22, núms. margs. 9 ss.; *vid.* también *Less*, GA, 1956, pp. 33 ss.; *R. Schmitt*, JuS, 1961 pp. 25 ss.; *Kratzsch*, JA, 1983, pp. 420 ss., 578 ss., 583.

[48] Sobre la terminología, *Schmid*, ZStW, 74, pp. 48 ss.

[49] La llamada inclinación al hecho, *Schmid*, loc. cit., p. 51.

30 2. Si la *inclinación al hecho* no se limita a ser mero acariciar ideas, sino que se despliega hasta el punto de que el autor ejecuta acciones que, dándose el dolo, son acciones preparatorias o incluso comienzo directo de realizar el tipo, hay que distinguir:

a) Si las acciones sólo tienen significado para el autor como preparación del delito o como su comienzo directo, entonces el autor ha abandonado ya el ámbito de lo que no compromete, y se da una decisión del hecho, aun cuando para el propio autor sea incierto si va a poder perseverar en su decisión hasta el final. Ejemplo: El autor levanta el arma blanca contra el enemigo que no barrunta nada (la mera amenaza decae por esta última circunstancia); el que tenga o no el valor de utilizarla no lo sabe ciertamente. Si está excluido que el subconsciente dé sentido al acto, se trata de puesta en práctica de una decisión de lesionar al enemigo.

b) Pero si el actuar es para el autor al menos ambivalente, es decir, que tendrá sentido aun cuando falte la última pieza del delito, el autor aún no ha «invertido» nada especialmente en el delito; aún se mueve en el ámbito de lo que no compromete, y falta la decisión puesta en práctica. Ejemplo: Como en el supuesto de más arriba, pero el enemigo se da cuenta de la acción, como el autor sabe, y para él la amenaza vale ya la pena [50].

c) En caso de acciones comunes de varias personas, hay que tener en cuenta que ya la manifestación de la cooperación frente a los demás intervinientes puede proporcionar un sentido de acción; sólo se impide apreciar que se da la decisión suficiente para la tentativa cuando aún haya de seguir un actuar propio. Concretamente: Quien le deja el arma a un amigo para que éste dispare, actúa en todo caso con decisión del hecho; quien se la da para que el amigo la cargue, puede no tener decisión del hecho alguna.

31 3. De modo semejante a como ocurre en la inclinación al hecho, en la «*decisión sobre una base fáctica de cuya incertidumbre se es consciente*» [51], el autor hace depender su decisión de la presencia o ausencia de determinadas circunstancias objetivas, es decir, independientes de sí mismo.

32 *a)* Cuando el autor, antes de que se produzca la condición, se abstiene de todas las acciones que pueden tener su sentido sólo en favorecer el delito, puede darse una decisión suficiente, pero ello no importa, ya que por falta de objetivación de propósito delictivo decae la tentativa. Ejemplo: El ginecólogo que, en caso de embarazo, está decidido a practicar el aborto a una paciente, a la que de todos modos debe examinar, mediante el examen no pone en práctica decisión delictiva alguna.

33 *b)* Pero si el sentido del actuar del autor reside en el favorecimiento del delito, la condición no impide la decisión. Ejemplos: Igual que en el último ejemplo, pero el médico examina sólo como preparación para el aborto que en su caso realizará inmediatamente [52]. Alguien verifica las posibilidades de convertir un objeto en dinero (en condiciones que excluyen la adquisición legal), a fin de robarlo, si tiene fácil salida. En ambos casos se da la puesta en práctica

[50] RG, 68, pp. 39 ss.
[51] *Schmid*, loc. cit., p. 54.
[52] OLG Hamm, MDR, 1953, pp. 568 ss.

de una decisión delictiva. Contraejemplo [53]: El autor conduce hacia el domicilio de su mujer, a la que se propone matar si fracasa la entrevista. El viaje es como mínimo ambivalente y no objetiviza suceso delictivo alguno.

Es indiferente que el condicionamiento afecte a la posibilidad de consumación del delito, y por eso sea evidente, o bien sólo afecte a la significación del hecho para el autor (ya se base la significación en reflexiones racionales o irracionales). Sobre todo, son posibles los condicionamientos supersticiosos, que no empecen al dolo.

c) Del grupo mencionado en último lugar, de decisión puesta en práctica, 34
pero condicionada, no se distinguen los casos de la llamada *reserva de desistimiento* [54]. Ejemplo [55]: El autor, que planea abusar sexualmente de menores, atrae a la víctima, pero se reserva el abandonar el plan si el niño se echa a llorar. La decisión sobre una base fáctica incierta (una decisión condicionada positivamente a que la víctima permanezca callada) y la decisión con la reserva de desistimiento son aquí enteramente idénticas.

4. La decisión sobre qué sentido tiene para el autor un comportamiento 35
no se podrá demostrar en casos concretos desde el punto de vista forense. Sobre todo, en los casos límite puede que el autor encuentre un sentido ya en su actividad y en el alcanzar una situación de decisión, pudiendo él creer por su parte que pretende el favorecimiento de un delito. Incluso las «inversiones» que cualquiera aporta cotidianamente a fin de mantener abiertas alternativas de acción siguen encontrándose dentro del ámbito de lo que no compromete, aun cuando una de la alternativas se revele delictiva. Son muy difusos los límites entre, por una parte, lo que es resolución puesta en práctica, y, por otra, lo que sólo es pretender mantener abiertas todas las vías. Las inversiones considerables hablan en favor de la resolución puesta en práctica, así como las inversiones mínimas hacen dudar de que se dé algo más que preocupación cotidiana por un número suficiente de alternativas de decisión. Ejemplo: Quien se lleva un trombón al colegio, con el que razonablemente no puede emprender nada más que coacciones al profesor, sólo ha abandonado el ámbito de lo que no compromete en dirección a una decisión cuando para llevar el instrumento debe emplear un esfuerzo considerable. Debido al requisito del dolo en la tentativa, siempre hay que atender únicamente al sentido consciente del comportamiento. Por eso, la finalidad externa o la tendencia sólo subconsciente [56] no pueden *fundamentar* tentativa alguna.

---

[53] También aquí en favor de apreciar resolución puesta en práctica, BGH, 21, pp. 14 ss., 17 s.; *vid.* asimismo BGH, 12, pp. 306 ss., 309, con bibliografía de la jurisprudencia anterior; BGH, 22, pp. 81 s.

[54] *Schmid*, loc. cit., pp. 54 ss.

[55] Con arreglo al Juzgado de lo penal de Basel-Stadt, citado en *Schmid*, loc. cit., pp. 70 s.

[56] *Vid. supra* con respecto al dolo 8/100; especialmente sobre la consciencia en la formación del dolo, *Rasch*, Tötung des Intimpartners, p. 97; *el mismo*, en: *Ponsold*, pp. 67 ss.; *Shewe*, Lange-Festschrift, pp. 687 ss., 698 s.; *Jäger*, MonSchrKrim., 1987, pp. 297 ss., 300; *Haffke*, GA. 1978, pp. 33 ss., 41.

C. El hecho como objeto del estar resuelto

1. *La idoneidad*

36 *a)* El autor debe poner de manifiesto un dolo referido a los elementos *típicos* del delito en cuestión, lo que faltará cuando proceda de modo supersticioso o de cualquier otro modo irrelevante desde el punto de vista comunicativo (*supra* 25/22 s.). Asimismo, debe dar comienzo directo a la realización del tipo, según su representación (es decir, según su *dolo típico*); es irrelevante el que el comportamiento, dejando de lado la perspectiva del autor, es decir, con arreglo a un juicio general, también se pueda entender como un comienzo directo.

Cabría denominar idóneas a las tentativas comunicativamente relevantes e inidóneas a los conatos irrrelevantes; evidentemente, esta terminología sería equívoca, ya que los conatos irrelevantes, por falta de dolo de tipo, no son tentativas en sentido jurídico-penal, sino delitos putativos. Dentro del comportamiento de tentativa penalmente relevante no hay distinción entre el intentar idóneo y el inidóneo [56a]. Más bien, toda tentativa es, ya que no llega a la consumación, examinada desde el desenlace (*ex post*), tentativa inidónea [57], al igual

[56a] *Struensee* (ZStW, 102, pp. 21 ss., 31) pretende distinguir dos clases de tentativa en función de su aspecto subjetivo: los «actos que por aquello a lo que tienden son idénticos al aspecto subjetivo del delito consumado» (ejemplo: Disparar a quien se supone aún vivo), y aquellos otros «que se ejecutan pretendiendo servirse de una relación causal no típica» (ejemplos: conatos supersticiosos, o tentativa de envenenar a un niño pequeño con una lata de champiñones). La punibilidad de los actos de esta segunda clase no cabe deducirla sólo con la teoría subjetiva de la tentativa (*supra* 25/17) (pero tampoco está descartado por principio) (p. 49). Los dolos *concretos* nunca son, obviamente, «idénticos», siéndolo a lo sumo en cuanto a su *género*. *Struensee* obtiene capciosamente sus conclusiones formando ese género —supuestamente siguiendo estructuras objetivas regidas por leyes— de modo que esté exento de errores sobre las leyes causales (mientras que sí puede contener errores de percepción). Tal formación de géneros es —al menos en Derecho penal— arbitraria. Más bien se trata del género de aquellos dolos que en su realización constituyen infracciones de normas. Ante esta caracterización social no hay escapatoria posible. Dicho de otro modo, se trata de dolos con representaciones comunicativamente relevantes, tanto si éstos se han puesto en práctica suponiendo leyes causales erróneas como mediante percepciones erróneas. Además: El límite entre el error de percepción y el error nomológico puede desplazarse mediante reformulaciones. Por expresarlo con un ejemplo: A una persona que sólo supuestamente se encuentra en un lugar (error de percepción) no se la puede matar, *sirviéndose de una ley causal* (error nomológico), con un arma cargada.

[57] Así ya RG, 1, pp. 439 ss., 442. *Zaczyk*, Unrecht, pp. 229 ss., determina de modo distinto el injusto de la tentativa dependiendo de a quién pertenezca el bien jurídico atacado. En los delitos contra la persona, «la cualidad propia de la acción del injusto no sería su idoneidad (causal) para la lesión», sino el «quebrantamiento de la relación de reconocimiento» que en ella reside (p. 250). Pero la relación de reconocimiento tendría que «*existir* con arreglo a su fundamento» para poder ser quebrantada (p. 255). Por eso faltaría la tentativa: en el disparo a una persona ya muerta, en la tentativa de aborto de la que no se encuentra embarazada, en la tentativa de violación sobre un hombre al que se ha confundido con una mujer; pero sí se daría tentativa cuando la frustración «resulta de la individualización (*Selbständigkeit*) de la víctima como sujeto de Derecho» (p. 256): en el introducir la mano en un bolsillo vacío; en el disparo a un tronco de árbol creyendo que se trata de Fulano (de modo distinto si se ha creído que se trata de «una persona»; p. 255 s.). Tales criterios son, *contemplados desde la norma que ha de institucionalizarse* (¡reconoce, acata la norma! O, mejor: ¡Mantén el reconocimiento!), superficialidades: El muerto podría vivir aún se-

que toda tentativa, desde el punto de vista del que la lleva a cabo (subjetivamente *ex ante*) es idónea. El concepto de la idoneidad objetiva de la tentativa, que antes determinaba la doctrina de la tentativa, sólo sigue teniendo trascendencia para la determinación de la pena, en el caso límite de la tentativa burdamente insensata del § 23.3 StGB, así como en general como criterio para la determinación de la pena; cuanto más la víctima y terceras personas entiendan la tentativa como amenazante, más semejante a la lesión es, y tanto menos apropiada es la atenuación de la pena del § 23.2 StGB.

b) En relación con el número de elementos del tipo sobre los que yerra el autor, ello es indiferente si los errores no menoscaban la racionalidad de la representación del autor. Así, el autor de un homicidio puede equivocarse acerca de si el arma cuyo gatillo aprieta esté cargada, o el objeto al que se propone disparar sea una persona, o acerca de ambos extremos, etc. Asimismo, es indiferente que el resultado no se produzca porque medio u objeto sólo existan supuestamente, o bien existan, pero se encuentren en otro lugar. Aun cuando típicamente se requiere un actuar contra la voluntad de la víctima, y este resultado decaiga por un consentimiento desconocido para el autor, no falta la idoneidad subjetiva, la única determinante [58].

Acerca de la determinación objetiva del carácter directo del dar comienzo al hecho, *vid. infra* 25/29.

2. *Delimitación entre tentativa y delito putativo*

a) *Principio*

37 La representación del autor de la tentativa no tiene que abarcar, como también ocurre en el autor de la consumación, el carácter prohibido de la acción. En esta medida rigen las reglas generales sobre conocimiento de la prohibición y error de prohibición (§ 17 StGB). La representación errónea de que un comportamiento —permitido— está prohibido, no fundamenta tentativa de delito, ya que, por falta de ese tipo delictivo, no se puede intentar nada penalmente relevante, sino que se trata de delito putativo —indiscutidamente impune— [59]. Ejemplo: La madre de un niño extramatrimonial que en el proceso de reconocimiento llama prometido suyo al padre de la criatura, al que sólo conoció fugazmente, y que considera que ello constituye falsificación de estado civil, por falta de realización del tipo, no se ve castigada por falseamiento de estado civil

---

gún un juicio objetivo (gráficamente: o, según un juicio objetivo, podría encontrarse en lugar de éste su heredero), etc. En tanto que el autor determina la situación, de modo comunicativamente relevante, como una situación que exige el reconocimiento de otro, se pueden infringir las reglas de la institución «reconocimiento». En los delitos contra la sociedad (pp. 271 ss.), de acuerdo con *Zaczyk*, se vulneraría una «estructura dada». Ejemplo: En la falsificación de moneda, el objeto falsificado tiene que poder valer *objetivamente* como dinero (p. 275). Lo cual es cierto, pero no constituye problema privativo de la tentativa: Aquel que, a quien está engañando, le transmite algo que objetivamente no puede valer como dinero, tampoco consuma un delito del § 146.1 StGB. Acerca del Derecho austríaco, *Burgstaller*, JurBl., 1986, pp. 76 ss.

[58] BayObLG, JZ, 1979, p. 146.

[59] RG, 64, pp. 229 ss., 238 s.; 66, pp. 124 ss., 126; BGH, 8, pp. 263 ss., 268.

(§ 169 StGB), y si sólo intenta este hecho, mucho menos se la castiga por tentativa de falseamiento de estado civil. Una regulación positiva del carácter no prohibido del delito putativo se encuentra en el § 22, párrafo 1, inciso 2, WStG [60]. Acerca del delito putativo por desconocimiento de una causa de justificación, *vid. supra* 11/40.

38 La delimitación entre tentativa y delito putativo se lleva a cabo en función del límite entre tipo y prohibición, en la medida en que la representación errónea de una prohibición que no se da constituye siempre delito putativo, mientras que la representación errónea de que se da un tipo puede ser tentativa pero —en los casos de sobreestimación de deberes— no tiene que serlo necesariamente. Ello afecta a los elementos normativos del tipo y a los deberes especiales.

b) *Los elementos normativos del tipo*

La delimitación entre tentativa y delito putativo resulta difícil en casos concretos, residiendo el motivo ante todo en dificultades relativas a la teoría del dolo, en la llamada valoración paralela en la consciencia del autor respecto a los elementos normativos del tipo. Así como esta valoración paralela, sobre todo en el Derecho penal central, puede desembocar en conocimiento de la antijuricidad, y de este modo tipo y antijuricidad quedan imbricados, en caso de error también se trata de hechos sumamente complejos.

39 *a')* Así como el autor, para obrar con dolo, debe conocer el contenido conceptual de los elementos del tipo, pero no necesariamente su nombre (irrelevancia del error de subsunción), así tampoco habrá ya dolo (delito putativo) si el autor le da erróneamente el nombre de un elemento del tipo a un suceso comprendido correctamente (error de subsunción inverso) [61]. Ejemplos: Tras un accidente con un solo interviniente, el autor se considera obligado a aguardar [62]. El autor supone erróneamente que también los escritos sin otorgante son documentos [63]. La persona que presta juramento lo refiere a un hecho incierto que cae fuera del ámbito del deber de veracidad [64].

---

[60] *Vid.* asimismo § 109 StGB, redacción anterior y, al respecto, *Maurach*, NJW, 1962, pp. 716 ss., 767 ss., 768.

[61] En esto, doctrina dominante; amplia exposición, sobre todo de la jurisprudencia, en *Maurach*, NJW, 1962, pp. 716 ss., 767 ss.; en parte divergiendo considerablemente de la solución aquí propugnada, *Herzberg*, JuS, 1980, pp. 469 ss., que no tiene en cuenta el carácter de norma en blanco de los elementos que requieren valoración paralela. Ampliamente como aquí, *Burkhardt*, JZ, 1981, pp. 681 ss. Exposición de la evolución dogmática en *Tischler*, Verbotsirrtum, pp. 167 ss., 303 ss. y *passim*.

[62] BGH, 8, pp. 263 ss., 268; la tentativa del § 142 StGB, redacción actual, es desde luego impune.

[63] BGH, 13, pp. 236 ss., 240 s.; en contra de BGH, 7, pp. 54 ss., 57 s. La resolución citada en primer lugar no es enteramente obvia; se trataba de marcas de productos alimenticios, es decir, siempre de objetos que en la práctica se utilizan como documentos. Por eso, la valoración paralela del autor habrá abarcado en su núcleo el concepto de documento. De acuerdo con la teoría que atiende sólo a la valoración paralela, sin tener en cuenta la aptitud del sustrato de dicha valoración, habría que estimar, pues, tentativa; de acuerdo con la postura aquí defendida, en cambio, se da un delito putativo; *vid.* en seguida en el texto.

[64] BGH, 14, pp. 345 ss., 350; en otro sentido (tentativa), BGH, 2, pp. 74 ss., 76; 25, pp. 244 ss., 246. Acerca de los delitos de perjurio, *vid.* asimismo *infra* nota 77.

b') Las dificultades residen en el ámbito en que el autor conecta hechos y un significado no perteneciente a los hechos con el concepto de un elemento del tipo [65]. Si aquí se atiende sólo al conocimiento del significado (sin el cual no hay dolo), se difumina la diferencia que separa la configuración —en que se basa el significado— del ordenamiento protegido según la representación del autor y según la situación. Ejemplo gráfico: El autor se representa el ordenamiento como clerical hasta tal punto que entiende que la blasfemia se castiga con justicia como grave amenaza a este orden, e intenta que un blasfemo se sustraiga a esta pena supuestamente merecida; ¿tentativa de encubrimiento, § 258 StGB [66]? Obviamente, el Derecho positivo, a través de la dependencia con respecto al marco penal del hecho previo, establecida en el § 258.3 StGB, excluye la punición del encubrimiento intentado de hechos previos sólo supuestamente punibles. 40

c') A fin de encontrar la solución, con ayuda de la regla de que una valoración paralela demasiado estricta nunca perjudica, hay que distinguir (*vid.* ya *supra* 8/59, 62): 41

— Siempre que el autor, dado su conocimiento del significado, deduzca falsas conclusiones sobre la base fáctica de la valoración paralela, lo incorrecto de la deducción no impide el dolo (y así tampoco la tentativa ni la consumación). Ejemplo: Dado el conocimiento de la ajenidad de una cosa, el dolo no resulta afectado por especulaciones, jurídicamente acertadas o desacertadas, sobre el origen de la propiedad ajena, siempre que lo absurdo de las especulaciones no indique que el autor no entiende el núcleo del ámbito regulativo «propiedad» [66a]. Dependiendo de que se suponga erróneamente la ajenidad, o bien ésta exista objetivamente, se produce tentativa o consumación.

— Si el autor, a partir de determinados hechos, deduce la valoración paralela, ello sólo comporta dolo (y con ello tentativa o consumación) cuando los hechos del género de los representados darían lugar a la misma valoración también objetivamente. De lo contrario, el autor conecta los hechos con un significado que no les corresponde, con arreglo al ordenamiento dado, es decir, no ataca el orden existente, sino un orden imaginario: delito putativo [67]. Ejemplos: El autor considera eficaz una cesión a título de garantía sin constituto posesorio (¡lo que él sabe!), pero emplea para sí la cosa supuestamente cedida; delito putativo [68]. Del mismo modo, se da delito putativo, y no delito fiscal ima- 42

---

[65] *Vid. Schönke-Schröder-Eser*, § 22, núms. margs. 84 ss.; sobre lo que sigue, también *Schaffstein*, OLG Celle-Festschrift, pp. 175 ss.

[66] En favor de apreciar tentativa en un supuesto práctico menos obvio, BGH, 15, pp. 210 ss., 213 s.; *Herzberg*, JuS, 1980, pp. 469 ss, 473; *Schlüchter*, Irrtum, pp. 153 ss., 162 ss.; *la misma*, JuS, 1985, pp. 373 ss., 527 ss., 528 s.; acertadamente en favor de apreciar delito putativo, BayObLG, VRS, 60, pp. 117 s.; *Burkhardt*, JZ, 1981, pp. 681 ss., 685 s.

[66a] Acerca de esta restricción, *vid. Schlüchter*, wistra, 1985, pp. 43 ss., 94 ss., 95.

[67] *Burkhardt*, JZ, 1981, pp. 681 ss., 685 s.; *Otto*, Grundkurs, AT, § 18, IV, 4; *el mismo*, JZ, 1984 pp. 143 ss., 144; *Jakobs*, JR, 1984, pp. 385 ss., 386; *Schlüchter*, wistra, 1985, pp. 46 ss., 94 ss., 95.

[68] En otro sentido (tentativa), OLG Stuttgart, NJW, 1962, pp. 65 s., y la doctrina dominante; ampliamente, *Puppe*, GA, 1990, pp. 145 ss., 154 ss. (sin embargo, *vid.* también, pp. 170 ss., 174 ss.); ciertamente, se trata de un supuesto extremo. La línea directriz de resolución se pondrá de manifiesto en el supuesto de transmisión oral de una finca, a la que se considera eficaz: Si el «transmitente» separa de la finca cosas muebles y las aprovecha, ¿se dará entonces apropiación in-

ginado (§ 370 AO), si el autor declara falsamente un hecho, en la opinión errónea de que el hecho verdadero daría lugar a una deuda tributaria [69]. Pero existe tentativa cuando el autor supone erróneamente que ha tenido lugar un hecho que da lugar a una deuda tributaria, y declara falsamente (indiscutido). En suma, hay que atender a si el autor se dirige contra el orden dado (tentativa) o bien supone que el origen de deberes es más amplio de lo que el ordenamiento dado prevé (delito putativo). En el último caso falta el cuestionamiento de la norma del ordenamiento existente (acerca de los delitos de juramento, *vid.* asimismo en seguida *infra* 25/46 y nota 77; sobre la antijuricidad de la apropiación y del enriquecimiento en los delitos contra la propiedad y el patrimonio, *vid.* en torno a la justificación *supra* 11/41).

42a *d')* Si un elemento normativo del tipo remite a la falta de una causa de justificación, como p. ej., el elemento «conforme a Derecho» en la resistencia, § 113, párrafo 1, en conexión con el párrafo 3, StGB, no se da tentativa, sino delito putativo si el autor, basándose en un error, cree ser destinatario de un deber de soportar fundamentado en una causa de justificación que ampara al agente (*vid. supra* sobre la justificación, 11/41 *a*). Ejemplo: Quien opone resistencia a un funcionario en ejercicio del cargo en una acción que considera conforme a Derecho, pero que en realidad no tiene derecho a realizar en ejercicio del cargo, en la situación concreta o en ningún caso, lleva a cabo delito putativo si supone erróneamente que está obligado a soportar, no importando el origen del error (suposición errónea de los presupuestos fácticos de la justificación o extensión de los límites de la causa de justificación). La solución del § 113.3 StGB se corresponde, pues, con los principios generales.

c) *La suposición errónea de deberes especiales*

43 *a')* La suposición errónea del ejecutor de ser autor idóneo de un delito especial en sentido estricto siempre comporta delito putativo [70] y nunca tentativa. El elemento del tipo que caracteriza al autor limita el ámbito de destinatarios de la norma, ámbito que un «ejecutor» no puede ampliar mediante su error [71]. El no funcionario no puede hacer que se resienta la validez de las normas destinadas a funcionarios (§§ 331 ss. StGB, entre otros), el no educador tampoco las normas destinadas a proteger a sus alumnos en el aspecto sexual (§ 174 StGB). Ello no sólo vale para el caso —indiscutido— en que el autor, apreciando correctamente su posición, se considere erróneamente abarcado por la caracterización de autor idóneo (el empleado civil del Ejército Federal cree

---

debida, a pesar del precepto protector del § 313 BGB? Afirmativamente, *Zaczyk*, Unrecht, pp. 265 con nota 99.

[69] Muy controvertido; *de otra opinión*, BG, 16, pp. 283 ss., 285; *Samson*, en: Strafverfolgung pp. 99 ss., 111 s.; *Maiwald*, Unrechtskenntnis, pp. 29 ss. y *passim* con bibliografía.

[70] El concepto es aquí más apropiado que en el grupo mencionado anteriormente; aquí el dolo de autor se dirige a un delito dado, pero a éste no le afecta el deber por razones objetivas. En el grupo de más arriba se trata de dolo dirigido a algo que a lo sumo constituye delito en la imaginación el autor.

[71] En lo esencial igualmente *Stratenwerth*, Bruns-Festschrift, pp. 59 ss., 60; *Armin Kaufmann*, Klug-Festschrift, pp. 277 ss., 283 ss., 287 ss.; *LK-Vogler*, § 22, núm. marg. 158; *Schünemann*, GA, 1986, pp. 293 ss., 317 s.; *Zaczyk*, Unrecht, pp. 268 ss.; *AK-Zielinski*, §§ 15, 16, núm. marg. 35.

también estar incluido en el concepto de soldado y que su huida está incluida en la prohibición de deserción, § 16 WStG), sino también en caso de conocimiento del significado verdadero de la cualificación de autor.

— Naturalmente, cabe formular todos los tipos, más o menos forzadamente, como delitos especiales aparentes, convirtiendo la formulación de referirse a un ataque a un bien jurídico ajeno y desde luego no disponible, a referirse a un ataque desde la posición de un extraño o no legitimado para disponer: El ataque a la propiedad ajena en los §§ 242, 246 y 249 StGB se puede definir como ataque del no propietario, y desde luego la no disponibilidad del bien para una persona cabe definirla como elemento de la autoría. Ante todo por esta equivalencia verbal, así como por el llamado principio de inversión (al respecto, *infra* 25/52 ss., asimismo *supra* 25/nota 23), un amplio sector doctrinal da el mismo tratamiento a todas las caracterizaciones de la autoría que a los demás elementos del tipo: La suposición errónea de la cualidad de autor se considera equivalente a la sobreestimación de las consecuencias de la acción, o a la suposición errónea de una situación delictiva [72]; en todos los casos concurriría enteramente el «desvalor de acción» [73] incurriéndose en razonamiento circular, pues lo que se trata de fundamentar es que la acción de autor inidóneo sea disvaliosa. 44

b') Con vistas a la solución, hay que distinguir entre si mediante el deber de la norma respectiva está completamente regulada la relación del autor con el objeto de ataque o si el deber sólo garantiza una relación existente ya con independencia de éste. Por lo que se refiere a los delitos de comisión, en el primer caso la relación es puramente negativa (el § 212 StG no exige más que no matar a otro, etc.), en el último caso, en los delitos especiales en sentido estricto, ha de garantizarse o al menos posibilitarse una relación positiva (un funcionario como autor de delitos de funcionario no está suficientemente definido mediante la incorruptibilidad, un testigo como autor de delitos de testimonio tampoco mediante la falta de declaración falsa, etc.). Del mismo modo ocurre en los delitos de omisión: Los deberes de garante en virtud de responsabilidad por organización (deberes de relación, injerencia, asunción) se agotan totalmente en la conservación positiva del bien. Por el contrario, en los deberes en virtud de responsabilidad institucional, la conservación del bien debe hacer posible una relación positiva (los padres no están definidos suficientemente por el hecho de que no deben dejar morir de hambre a sus hijos, §§ 212, 13 StGB, ¡en contraste con el que debe intervenir por injerencia previa!). Existen, pues, relaciones puramente negativas en los delitos de comisión comunes, así como en los deberes aislados de conservar un bien en algunos delitos de omisión, por una parte, frente a deberes especiales propios de un estatus, por otra. 45

Esta distinción ha de aclararse aún más: Los deberes aislados, p. ej., el deber de realizar la prestación de un deudor de Derecho patrimonial, no fundamentan por su parte el estatus de un «obligado»; en el ejemplo, no fundamen- 46

---

[72] *Bruns*, Untauglicher Täter, pp. 10 ss.; *el mismo*, DStr., 1938, pp. 161 ss.; *el mismo*, GA, 1979 pp. 161 ss.; *Schlüchter*, Irrtum, pp. 164 ss.; *la misma*, JuS, 1985, pp. 373 ss., 527 ss., 529; *Jescheck*, AT, § 50, III, 2; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 40, núm. marg. 175; *Lackner*, § 22, nota 2 *b*; *Schönke-Schröder-Eser*, § 22, núm. marg. 76, todos con bibliografía.

[73] *SK-Rudolphi*, § 22, núm. marg. 28.

tan un «estatus de deudor», ni siquiera cuando están asistidos de deberes secundarios. La mera cualidad de deudor en el delito fiscal del § 370 AO, como deber de declaración y pago, no convierte al delito en delito especial. Un estatus sólo se alcanza cuando el deber sancionado jurídico-penalmente forma parte de un haz de relaciones institucionalmente aseguradas (funcionario, padre, madre, tutor, la persona en quien se deposita la confianza, etc.), o bien integra a un obligado en una institución (el testigo, en los delitos de testimonio, como cooperador con la Administración de Justicia, obligado en virtud de reglamentos internos; el auxiliar en el § 203.3 StGB).

47 — Las reglas de una institución sólo las puede vulnerar como autor quien está sujeto a ellas, es decir, quien está especialmente obligado. La suposición errónea de un estatus conduce al delito putativo, aun cuando se supongan erróneamente circunstancias apropiadas para fundamentar el estatus. Ejemplo: No existe distracción de fondos intentada (§ 246, párrafo 1, 2.ª alternativa StGB) cuando el autor de la apropiación supone erróneamente que le ha sido confiada la cosa. Pero sí existe tentativa cuando el, en realidad, *intraneus* yerra sólo sobre la denominación del objeto. Ejemplo: Se trata de distracción de fondos intentada cuando el depositario de la confianza y autor supone erróneamente que la cosa indebidamente apropiada es el objeto confiado.

48 — No cabe conceder que la apreciación de delito putativo sea insatisfactoria cuando el ejecutor no tiene, sólo por error, el estatus que cree tener [74]: Aun cuando en ocasiones el estatus sólo dependa de detalles o formalidades, el Derecho penal no puede ni siquiera fingir una posición que no se ha alcanzado. Al igual que el Derecho penal no libera, p. ej., de formalidades provenientes de la reglamentación de la propiedad en los delitos contra la propiedad y no puede atender a una mera atribución material, del mismo modo tampoco puede prescindir, en un nombramiento de funcionario nulo por simples formalidades, de las normas del Derecho de funcionarios, etc. [75].

49 *c')* En relación con los elementos de la autoría que no caracterizan a nadie especialmente obligado en sentido estricto, rigen las reglas generales [76]. La

---

[74] Así con respecto al caso OLG Kiel, Schleswig-Holsteinische Anzeigen, 1949, pp. 297 s. (una persona que ejercía como supuesto funcionario desde hace tiempo no había sido nombrada válidamente debido a un defecto formal —desconocido para todos— y había cometido una acción que en un funcionario habría constituido delito de funcionario), *Bruns*, Untauglicher Täter, p. 36.

[75] Acertadamente, *Hardwig*, GA, 1957, pp. 170 ss., 175.

[76] Como aquí, en contra de la punibilidad del autor inidóneo, con notables diferencias en la fundamentación y en el alcance: BT-Drucksache V/4095, p. 11 (en otro sentido, *Corves*, Protokolle Sonderausschuß, V, p. 1635); *Stratenwerth*, Bruns-Festschrift, pp. 59 ss.; *el mismo*, AT, núms. margs. 664, 698 ss. (con el resultado de amplia impunidad en los delitos de omisión); *Baumann*, NJW, 1962, pp. 16 ss., 18; *Baumann-Weber*, AT, § 3, IV, 3 *a*, con más bibliografía en nota 70; con fundamentación notablemente divergente, *Schmidhäuser*, AT, 15/59 s.; *Langer*, Sonderverbrechen, pp. 168, 227 ss., 496; *el mismo*, Lange-Festschrift, pp. 241 ss., 244 s.; con fundamentación incorrecta (semejanza con la tentativa supersticiosa), *Foth*, JR, 1965, pp. 366 ss., 371. *Stoeger* (Versuch des untauglichen Täters) intenta distinguir en función de la peligrosidad de la tentativa (p. 68), sobre todo de la capacidad del ejecutor de, en caso de modificarse la situación, cometer el delito como autor idóneo (entonces tentativa; de lo contrario, falta de tipo; p. 69 ss., 78); de modo tan naturalístico no cabe deducir el sentido de norma alguna. De entre la jurisprudencia, decide como aquí principalmente la temprana jurisprudencia del *Reichsgericht*; RG, 8, pp. 198 ss., 200; 29, pp. 419 ss., 420.

distinción entre delitos especiales en sentido estricto y en sentido amplio puede presentar dudas al tener que decidir en el caso concreto [77].

d') Un hecho no típico por falta de deber especial no constituye tampoco hecho principal idóneo para la participación de un *extraneus* si éste, por su parte, supone erróneamente el deber especial: Así como el *extraneus* puede participar en el deber especial a través del § 28.1 StGB, también puede realizar su reverso, un delito putativo. Esta decisión tiene trascendencia para la tentativa de inducción sobre aquel al que se cree obligado especialmente. 50

c') Lo señalado es aplicable a los delitos de propia mano. 51

d) *Resumen*

a') Hay, pues, un principio de inversión [78], aun cuando se le suela formular inexactamente: lo que en caso de conocimiento acertado fundamenta dolo de tipo, en caso de suposición errónea debe comportar tentativa; lo que en caso de conocimiento acertado fundamenta consciencia del injusto, en caso de suposición errónea comporta delito putativo. 52

---

[77] En los §§ 153 ss. StGB, la jurisprudencia ve en la posición con competencia para prestar juramento no la posición que convierte al declarante en *intraneus* del proceso, sino el mero desencadenante del deber de cualquiera de realizar declaraciones verídicas; a partir de ahí es consecuente —a diferencia de como aquí— apreciar tentativa cuando el declarante se cree en una posición que en sí es apropiada para desencadenar el deber de prestar juramento y de veracidad (BGH, 1, pp. 13 ss., 17); así también *Roxin*, Offene Tatbestände, p. 165; *Schlüchter*, Irrtum, p. 156 s.; con respecto a los §§ 153 s. StGB como delito especiales, ampliamente *Langer*, Ernst Wolf-Festschrift, pp. 335 ss., 343 ss.). Si el inculpado en el proceso penal se considera obligado a prestar juramento y a ser veraz, o el testigo ante el fiscal, de acuerdo con la postura que aquí se propugna, en virtud de la aplicación de las reglas de los elementos normativos del tipo, se da un delito putativo (así se presentaban los supuestos en las siguientes sentencias, en todas las cuales, sin embargo, se apreció tentativa: BGH, 5, pp. 112 ss., 117; 10, pp. 272 ss., 275 s.; 12, pp. 56 ss., 58; incluso la punibilidad por tentativa de perjurio del inculpado, en el proceso penal, que sufre error, la señala BGH, 10, pp. 9 ss., 13; en contra, acertadamente, *Roxin*, Offene Tatbestände, pp. 158, 165 ss.). De igual modo hay que decidir en caso de error sobre el alcance del deber de veracidad: La extensión errónea comporta delito putativo (bibliografía *supra* nota 64). Paralelamente hay que decidir con respecto al § 142 StGB, redacción antigua (existiendo en su época punibilidad de la tentativa), en el supuesto de intervención en un accidente supuesta erróneamente, dependiendo de si el § 142 StGB se entiende, con arreglo a su origen, como norma fundamentada institucionalmente dentro de la colectividad (!) de los que toman parte en el tráfico, o bien como una norma para contribuir a las indagaciones, fundamentada sólo con criterios técnicos de organización. Los pormenores son propios de los delitos de la Parte Especial.

[78] La inversión sólo lógica da lugar a un mera reformulación: No por introducir magnitudes negativas se aumenta el conocimiento. La inversión material es admisible sólo en caso de relaciones materialmente simétricas; al respecto, *Puppe*, Lackner-Festschrift, pp. 199 ss.; *Sax*, JZ, 1964, pp. 241 ss.; rechazando el uso del principio de inversión por parte de la teoría subjetiva, *Spendel*, ZStW, 69, pp. 441 ss.; *el mismo*, NJW, 1965, pp. 1881 ss.; en favor de reconfiguración del principio por medio de consideraciones teleológicamente materiales, *Engisch*, Heinitz-Festschrift, pp. 185 ss., con modificaciones notables del marco de discusión hasta ahora observado con respecto a la delimitación entre tentativa y delito putativo; *vid.* asimismo *Jescheck*, AT, § 50, II, 1, nota 14; *Maiwald*, Unrechtskenntnis, pp. 29 ss., que ignora las modificaciones que en seguida se señalarán. Amplia bibliografía en *Tischler*, Verbotsirrtum, pp. 29 ss.

53 *b')* Rigen las siguientes precisiones:

— La «inversión» (suposición errónea) de los elementos de la autoría que designan deberes especiales conduce a deberes imaginarios, es decir, al delito putativo.

— Los dos elementos del dolo, el conocimiento de los hechos y el conocimiento de su significado, sólo se pueden «invertir» conjuntamente.

54 *c')* Así pues, el § 22 StGB no modifica —en relación con el delito consumado— ni el ámbito de los destinatarios de la norma ni el contenido posible del dolo.

V. EL TIPO OBJETIVO EN LA TENTATIVA INACABADA; LA DELIMITACION ENTRE PREPARACION Y TENTATIVA

A. El comienzo de la realización del tipo

55 1. La ley sigue en el § 22 StGB la fórmula de la tentativa de *Welzel* [79], que dice: «La tentativa comienza con aquella actividad mediante la que el autor, según su plan del delito, se dispone directamente a la realización del tipo de delito.» Esta fórmula presenta, frente a la redacción de la ley, la ventaja de designar al contenido de la regulación como comienzo de la tentativa y no como tentativa.

56 2. *a)* El § 22 describe el momento del inicio de la tentativa con el *dar comienzo* a la realización *del tipo*. Como ya basta el disponerse a realizar, queda descartada la teoría formal, que atiende a la realización parcial de la acción típica [80]. Así pues, el homicidio empleando una pistola no se inicia sólo al comenzar a apuntar, la estafa no empieza sólo (y no siempre) al comenzar el propio engaño, sino que el comienzo reside en cada caso en disponerse a realizar estas acciones.

57 *b)* Con la referencia al disponerse a la realización del *tipo* se eliminan también las formulaciones que atienden al peligro cercano o inmediato para el bien jurídico o para otro objeto [81], pues el concepto de tipo es formal, y por eso se

---

[79] Strafrecht, § 24, III (ante 1); con respecto a la situación en buena medida paralela conforme al § 15 del StGB austríaco, *vid. Burgstaller*, JurBl., 1976, pp. 113 ss.; con respecto al comienzo —temprano— de la tentativa en el Derecho suizo, *vid. Arzt*, Recht, pp. 78 ss. (sobre todo sobre la «teoría del umbral», pp. 80 ss.); sobre el Derecho japonés *vid. Yamanaka*, en: Strafrecht, pp. 101 ss.

[80] *V. Hippel*, Strafrecht, t. II, § 29, V, 1; *Dohna*, Aufbau, p. 56; *v. Liszt-Schmidt*, Strafrecht, § 44, III; en términos semejantes, RG, 70, pp. 152 ss., 157; globalmente sobre el Derecho anterior que en el § 43 habla de «comienzo de la ejecución», una fórmula que, con todo, la jurisprudencia dominante interpretaba no como comienzo de la acción ejecutiva *típica*.

[81] Versión de la teoría material-objetiva; OLG Bremen, NJW, 1981, p. 2711 (la sentencia se refiere al § 258 StGB y afecta tangencialmente al tema: Un abogado había persuadido en su despacho a una testigo para prestar una declaración falsa; se trata de una tentativa *acabada de inducción*, pero no de acto preparatorio a título de autoría); *vid.* asimismo *infra* nota 97. Se menciona al peligro como criterio complementario en *Schönke-Schröder-Eser*, § 22, núm. marg. 42; *LK-Vogler*, § 22, núm. marg. 57; *Dreher-Tröndle*, § 22, núm. marg. 11; *Roxin*, en: Einführung, pp. 1 ss., 16; *J. Meyer*, ZStW, 87, pp. 598 ss., 606; *Bockelmann-Volk*, AT, § 27, III, 2 *c*; *Otto*, NJW, 1976,

puede, no ya sólo intentar el tipo, sino incluso realizarlo, sin que se concrete peligro con alguna proximidad (p. ej., en el § 267, párrafo 1, 1.° y 2.° grupos de casos, StGB, en los casos en que la utilización del documento sólo está prevista para tiempo después; *supra* 25/21).

Pero el atender al peligro no sólo es erróneo debido al tenor literal de la ley, sino también por el propio criterio en sí: El peligro es cuantificable como un *continuum*, iniciándose al adoptar el autor la resolución delictiva [82]. Así, la jurisprudencia —frente a las intenciones de la doctrina— ha empleado el concepto de peligro para anticipar el comienzo de la tentativa [83].

3. En la mayor parte de los delitos no coincide la ejecución de la *acción* típica con la *realización* del tipo. El autor ha hecho ya todo (ha administrado el veneno), pero hasta la producción del resultado (muerte) se necesita (necesita el cuerpo de la víctima) su tiempo. Si la realización del tipo se entendiese incluyendo a todas las consecuencias típicas, la fórmula del disponerse directamente a realizar carecería de sentido en estos casos, pues a un proceso que ya se ha encauzado ineluctablemente no se le puede dar comienzo. Por eso el punto de referencia es la *acción* típica en la medida en que con su conclusión, según la representación del autor, éste pierde la influencia sobre el suceso (ejecución del delito sin posibilidad de revocación). Tal puede ser el caso porque el autor ya no puede influir sobre el curso causal subsiguiente, o porque —así, en los delitos de mera actividad (delitos en los que con la conclusión de determinadas acciones *eo ipso* se produce la consumación, *vid. supra* 6/86)— no hay ningún curso causal típicamente relevante tras la conclusión de la actividad. Pero en tanto que no sea éste el caso, es decir, en tanto que el suceso siga siendo reversible según la representación del autor, se aplican otras reglas (ejecución del delito con posibilidad de revocación), que se expondrán *infra*, en relación con la tentativa acabada (25/71 ss.). 58

B. La inmediatez

El § 22 StGB concreta el disponerse a realizar el tipo sólo mediante la nota de que ha de ser directo, inmediato. Así quedan descartadas todas las teorías subjetivas según las cuales la importancia de la fase alcanzada o la proximidad al tipo se vincula a la apreciación del autor: No es la superación de dificultades lo que cuenta, ni tampoco lo que el autor considere típico, sino que hay que atender a la proximidad según el juicio objetivo, donde naturalmente la imagen del decurso es subjetiva (sobre ello, en seguida). Por eso, la formulación 59

pp. 578 s., con más bibliografía; *el mismo*, JA, 1980, pp. 641 ss., 646; poco fructífero es atender al peligro abstracto (¿cómo de abstracto?), como *Kratzsch*, JA, 1983, pp. 578 ss., 57 ss.; *el mismo*, Verhaltenssteuerung, pp. 436 ss.

[82] Acertadamente, *Maurach-Gössel*, AT, II § 40, núm. marg. 46; *Walder*, SchwZStr., 99 (1982), pp. 225 ss., 238, 238; *Berz*, Jura, 1984, pp. 511 ss., 513.

[83] RG, 59, pp. 386; 69, pp. 327 ss., 328; BGH, 20, pp. 150 ss., 151 s.; 22, pp. 81 s., 82; ampliando hasta desbordar los límites, incluso a tenor del Derecho actual, y de modo ya no compatible con el § 22 StGB, BayObLG, JR, 1978, p. 28 (intento de elusión fiscal, al solicitar engañosamente un certificado que después se iba a presentar en la frontera).

de que el autor debe «haber superado el umbral del "¡ahora!"» [84] sólo se corresponde con la ley si se rectifica en el sentido de que el autor quiere realizar [84a] *hic et nunc* la acción ejecutiva *típica* [85]; pues no hay que atender a ningún umbral necesariamente sensible subjetivamente. Lo cual se pone de manifiesto en el hecho de que incluso la plena realización del tipo le puede parecer incidental al autor, sobre todo en los delitos con carácter material de preparación [86], así como en los delitos que se cometen desconociendo la prohibición.

Tampoco resultan útiles las fórmulas que atienden a cuándo se pone de manifiesto el dolo del autor en el suceso objetivo *(dolus ex re);* tal evidencia puede surgir mucho antes de la inmediatez que requiere la ley; pero puede sin embargo faltar incluso en la consumación.

C. Trascendencia de la representación del autor de la tentativa

60 El § 22 determina, finalmente, que hay que atender al comienzo directo de la realización del tipo *según la representación del autor de la tentativa*. Lo decisivo es la proximidad al tipo de un suceso que se representa el autor, y no la de un curso causal apreciado objetivamente. La fórmula, tan difundida de *Frank*, de que existe comienzo de ejecución en los actos «que en virtud de que necesariamente forman un todo con la acción típica, para una concepción natural aparecen como parte de ésta» [87], ya sólo cabe aplicarla si se refiere la «concepción natural» al suceso alcanzado y asimismo planeado por el autor.

D. Concreciones

61 1. Así pues, según la ley, se trata de elementos objetivo-formales (tipo), objetivo-materiales (inmediatez; como *proximidad* al tipo, material, y evidentemente al depender del tipo, formal) e individuales o subjetivos (la representación del autor). Las formulaciones, tan difundidas, en el sentido de que la ley sigue una teoría material o bien subjetiva sólo aciertan en algunos aspectos.

62 2. A fin de determinar positivamente lo que significa disponerse a dar comienzo directamente, una solución orientada rígidamente al tipo pretende atender a si se ejecuta el último acto parcial previo a la acción típica [88]. Ello tropieza con una doble dificultad:

---

[84] *Dreher-Tröndle*, § 22, núm. marg. 11; junto a otras formulaciones, asumido literalmente por BGH, 26, pp. 201 ss., 203; BGH, GA, 1980, pp. 24 s.; BGH, en *Holtz*, MDR, 1980, pp. 271 ss., 272; BGH, NStZ, 1983, p. 364; muy con frases hechas, OLG Koblenz, NJW, 1983, p. 1625.

[84a] BGH, NStZ, 1984, p. 320: «en relación directa espacial y temporal».

[85] En tal sentido también BGH, NStZ, 1981, p. 99.

[86] Acertadamente *Maurach-Gössel*, AT, II, § 40, núm. marg. 47; *Berz*, Jura, 1984, pp. 511 ss., 516.

[87] *Frank*, § 43, nota II, 2 *b;* de entre la jurisprudencia, *vid.* BGH, 2, pp. 380 s., 381; 9, pp. 62 ss., 64; detalladamente, *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 669 ss.

[88] *Maurach-Gössel*, AT, II § 40, núm. marg. 48; *Gössel*, GA, 1971, pp. 225 ss., 226; *SK-Rudolphi*, § 22, núm. marg. 13; *Rudolphi*, JuS, 1973, pp. 20 ss., 23; *vid.* asimismo *LK-Vogler*, § 22, núms. margs. 39 ss.

En primer lugar, el comienzo de la acción *típica*, en los delitos de causación, no se puede determinar con exactitud; la ley llama acción ejecutiva al aspecto de la causación, pero no para registrar este aspecto como acto parcial aislable, como acción concluida, sino para designar la totalidad relevante de todas las posibles acciones típicas. Por ejemplo, el disparar un escopeta se puede dividir en los fragmentos, cada uno de por sí motivables, del ir a dispararla hasta el momento en que se aprieta el gatillo, y a partir de ahí; el que esto último baste típicamente no quiere decir que lo primero sea una acción separada en el sentido del comienzo de la tentativa; otro tanto cabe afirmar de un estrangulamiento de cierta duración, etc.

En segundo lugar, tampoco cabe determinar con exactitud la última acción *previa al tipo*. Lo que, estando acostumbrado, se ejecuta de golpe quizá surgiendo de una sola motivación (sacar, apuntar, quitar el seguro y disparar un arma en un cazador veterano), puede aparecer fragmentado en uno no experimentado, etc. Por eso, según la mencionada doctrina, no hay que atender a «una consideración dividida en movimientos corporales singulares» [89], con lo cual, sin embargo, la solución del acto parcial pierde su estricta sujeción al tipo.

3. *a)* Para la determinación de la acción de tentativa, la admisión en la ley de un elemento descrito en términos de abstracción (la causación), ha de enriquecerse hasta ser un curso de la acción como unidad de sentido, es decir —y de hecho no se deriva hasta ahora de ninguna teoría algo en principio distinto—, hay que formar tipos concretados de acciones de causación, como los describiría la ley si hubiera que atender a la forma de la causación. El resultado de esta formación de tipos no sólo depende de lo que el autor quiera producir (de qué causación se trata), sino también de en qué contexto social debe ocurrir algo [90]. Debido a la multiplicidad infinita de los contextos sociales posibles, no se puede dar ninguna fórmula de tentativa, pero sí un catálogo de *topoi*, que en ocasiones pertenecen a un sistema móvil, es decir, no siempre concurren todos los *topoi* y no siempre es igual la cantidad necesaria [90a]. 63

b) Directrices (negativas) que han de guiar la decisión forzosamente: 64

a') El comportamiento representa tentativa a lo sumo cuando la situación, según la representación del autor, *se aproxima a la consumación*, y en otro caso, no. El comportamiento que supone retardo (ingestión de reconstituyentes, descanso, distracción) no es tampoco tentativa cuando el autor ejecuta estas conductas con el dolo de llevar a cabo inmediatamente después la acción ejecutiva. Pero sí puede haber empezado la tentativa *antes* de tal comportamiento, y persistir por el comportamiento ya llevado a cabo (la pausa para cobrar aliento

---

[89] BGH, 26, pp. 201 ss., 204; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 40, núm. marg. 50; en términos semejantes («concepción natural»), *SK-Rudolphi*, § 22, núm. marg. 13.

[90] El adelantamiento más amplio del comienzo de la tentativa, con arreglo al § 43, redacción antigua, lo efectuó el BGH, en un delito que, de acuerdo con la concepción normal, vulnera graves tabúes, ostenta una acentuada relación con la personalidad, está dirigido contra una víctima especialmente necesitada de protección y lesiona muy pronto una esfera de protección (la patria potestad): el § 176, párrafo 1, núm. 3, StGB, redacción antigua; BGH, 6, pp. 303 s.; *vid.* el panorama que expone *Rudolphi*, JuS, 1973, pp. 20 ss., 21. Rica casuística sobre el comienzo de la tentativa en *Höser*, Vorbetreitungshandlung, pp. 29 ss., 109 ss.

[90a] En términos similares la formación de grupos de casos en *Roxin*, JuS, 1979, pp. 1 ss., 3 ss.; *Berz*, Jura, 1984, pp. 509 ss., 517 ss.; *Sonnen* y otros, JA, 1988, pp. 17 ss., 19 s.

en la tentativa extenuante de robo en un domicilio supone una pausa dentro de la tentativa comenzada ya mucho antes).

65 *b')* El comportamiento mediante el que alguien salvaguarda sus derechos *de modo socialmente usual*, o ejercita el uso común, sólo constituye tentativa cuando tal comportamiento, según la representación del autor, ya ha de ser la propia acción ejecutiva (por eso, al apretar el interruptor de la instalación eléctrica al que se supone conectado un dispositivo explosivo, comienza ya la tentativa, a pesar de la normalidad social de este movimiento; *vid.* los principios que se mencionarán en seguida). No son, pues, tentativas: Dirigirse hacia el lugar el hecho [90b], aun cuando el lugar esté muy cercano, entrar en un gran almacén abierto, para allí robar en cuanto se pueda (distinto es el caso si se penetra subrepticiamente de noche), entrar en un banco para robar, pero sin la máscara o cualquier otro indicio del hecho, ingerir reconstituyentes, para poder perseverar en el hecho, visitar a la víctima en su vivienda, desviar a la víctima mediante persuasión, organización de un viaje común en coche [90c], merodear por el lugar del hecho [90d], discusión con la víctima, que no barrunta nada, sobre si va a tener lugar el comportamiento del hecho (relaciones sexuales con peligro de transmisión de enfermedad) [90e], etc.

Si está permitido el *obrar* en conjunto que condiciona suficientemente el resultado, la tentativa comienza sólo con el *omitir* consecutivo a la acción. Ejemplo: El autor, con dolo de homicidio, se acerca a una velocidad permitida hacia una curva, por cuyo arcén circula un peatón; la tentativa de homicidio del peatón comienza sólo cuando se pone de manifiesto que el autor no tuerce en la curva, sino que deja (*läßt*) (es decir, omite: *unterläßt*) que el coche se dirija por sí solo hacia el peatón.

66 *c)* Directrices (positivas) mutables que orientan la decisión:

a') En favor del comienzo de la tentativa habla la *proximidad temporal* del comportamiento a la acción ejecutiva pretendida, sin interrupción. Por tanto, es tentativa alzar el arma para disparar a continuación [91], siendo indiferente el que haya de estar con el seguro quitado. También se da tentativa en el acecho, si aún es condición de la ejecución que la víctima aparezca en cualquier momento, aun cuando al final la víctima no se presente [92]. También es tentativa —a reserva de la adecuación social de la conducta— examinar la ido-

---

[90b] BGH, StV, 1987, pp. 528 s.

[90c] En otro sentido, BGH, 33, pp. 378 ss., 381 para el § 316 *a* StGB: consumación (§ 11, párrafo 1, núm. 6, StGB) al «comenzar la conducción». Bien es verdad que con la conducción se puede comenzar la *utilización* (*Benutzung*) de las especiales condiciones del tráfico rodado, pero sin la anormalidad social falta el *aprovechamiento* (*Ausnutzen*). Acertadamente crítico, *Günther*, JZ, 1987, pp. 16 ss., 26.

[90d] OLG Hamm, NJW, 1989, pp. 3232 s.

[90e] BayObLG, NJW, 1990, pp. 781 s.

[91] RG, 59, p. 386.

[92] RG, 68, pp. 336 s.; 77, pp. 1 ss.; BGH, 26, pp. 201 ss.; BGH, NStZ, 1984, p. 506; *de otra opinión*, *SK-Rudolphi*, § 22, núm. marg. 15 (tiene que acercarse una persona al lugar; vestigio de las anteriores teorías que exigían la idoneidad objetiva); *Gössel*, JA, 1976, pp. 249 ss., 251; *Otto*, NJW, 1976, pp. 578 s., 579; sin embargo, dudoso, BGH, NJW, 1952, p. 514, con comentario desfavorable de *Mezger*, loc. cit.: Ahí acechaban los autores en su vehículo, del que aún tenían que salir; acertadamente de nuevo BGH, StV, 1989, p. 526.

neidad del objeto, para en caso de resultado positivo ejecutar *ad hoc* la acción [93]. La importación prohibida o «contrabando» comienza cuando se llega inmediatamente ante el control aduanero [93a].

El argumento de la proximidad temporal sólo sirve cuando el autor, sin haber comenzado ya por otro motivo la tentativa, realiza un comportamiento que supone un retardo o es socialmente normal; así pues, no comete tentativa quien aprieta el puño en el bolsillo de su chaqueta para golpear inmediatamente, o —sin nada que llame la atención— toca el timbre para atacar al que va a abrir [93b]. 67

b') El argumento de la proximidad temporal no es invertible [94]. Una gran diferencia temporal no impide la tentativa si el autor no puede llevar a cabo más rápidamente, desde el punto de vista técnico, un hecho del género del planeado, pero comienza a actuar sobre el objeto del hecho. Así pues, se da tentativa de hurto de dinero al comenzar a aplicar el soplete a la caja fuerte, y se da tentativa de homicidio por estrangulamiento, como muy tarde, al comenzar a agarrar a la víctima, etc. A pesar de la diferencia temporal de incluso horas que puede darse, en estos casos cabe hablar, utilizando la fórmula de *Frank*, de *unidad natural del comportamiento de ataque* [95].

No obstante, para poder hablar del carácter unitario del comportamiento de ataque, el autor debe volcarse completamente al ataque. Tal carácter le falta al actuar con interrupciones planeadas (necesarias o facultativas) por medio de otras ocupaciones no relacionadas [95a]. Ejemplo: El autor que le da a la víctima, semanalmente, una dosis de veneno con la esperanza de que la acumulación conduzca a la muerte, comienza la tentativa con el suministro de aquella dosis que por primera vez podría ser letal (discutido). En la estafa procesal (§ 263 StGB) en el curso de un procedimiento civil, la tentativa no comienza con la presentación de alegaciones escritas ante el tribunal, sino con el dar comienzo a la referencia a esas alegaciones escritas en la vista oral [96]. La tentativa de encubrimiento (§ 258 StGB) no comienza ya al influir sobre un testigo de buena fe para que declare falsamente en el proceso venidero [97], sino al dar comienzo éste al testimonio falso en el propio proceso [97a]. Utilizar un título al

---

[93] BGH, 22, pp. 81 s. (hurto); BGH, en *Dallinger*, MDR, 1953, pp. 19 (aborto).

[93a] BGH, 36, pp. 249 ss.; *vid.* asimismo BGH, 31, pp. 216 ss.;, NJW, 1990, pp. 2072 s.

[93b] *Vid.* BGH, StV, 1984, p. 420, donde obviamente no se tiene en cuenta la adecuación social.

[94] En esto acertadamente *LK-Vogler*, § 22, núms. margs. 42 ss.; *Berz*, Jura, 1984, pp. 509 ss., 518; en otro sentido, *Roxin*, JuS, 1979, pp. 1 ss., 5.

[95] En términos semejantes, *Wessels*, AT, § 14, II, 2.

[95a] *De otra opinión*, *Schmoller*, Bedeutung, pp. 57 s.

[96] *Lackner*, § 263, núm. marg. 319; *de otra opinión*, OLG Bamberg, NStZ, 1982, pp. 247 ss., con bibliografía y comentario de *Hilger*, loc. cit., pp. 248 s.

[97] BGH, 31, pp. 10 ss., 12 ss. (con comentario desfavorable de *Beulke*, NStZ, 1982, pp. 330 s.); BGH, JZ, 1982, pp. 424 s.; KG, JR, 1984, pp. 250; HansOLG Hamburg, JR, 1981, pp. 159 s., con comentario favorable de *Rudolphi*, loc. cit., pp. 160 ss.; *vid.* asimismo *supra* nota 81.

[97a] Sigue siendo demasiado prematuro, es decir, con la designación de un testigo en el proceso (¡a la vista del § 138 *a*, párrafo 1, StPO!) comenzaría la tentativa, según BGH, NJW, 1983, p. 2712. El momento indicado en el texto (comenzar el falso testimonio) sólo es determinante en la participación accesoria en el falso testimonio del testigo (*vid.* acerca de la accesoriedad sólo cuantitativa, *supra* 22/19 s.), es decir no en la autoría mediata (*supra* 21/105).

portador con la intención de destruir en seguida la anotación de finiquito no constituye ya tentativa de un delito de falsificación documental [97b].

68 *c')* En favor del comienzo de la tentativa habla la (supuesta) *irrupción del autor en la esfera de protección* del atacado [98]. De acuerdo con esta directriz, la tentativa de hurto se inicia ya con el comienzo de la penetración en la esfera de custodia, p. ej., cuando se comienza el escalamiento en la casa de la víctima [99], al igual que la tentativa de robo comienza ya con las coacciones. Esta directriz sirve sólo cuando la posición alcanzada mediante la penetración en la esfera de protección se va a aprovechar sin abandonarla en el ínterin. Así pues, no se da tentativa cuando la entrada clandestina en la factoría ajena únicamente se lleva a cabo para localizar cosas que sólo el próximo día se van a sustraer, después de una nueva entrada clandestina [100]. No basta el mero contacto con dicha esfera [101], siempre y cuando tal contacto sea común en la relación social. Tampoco basta la penetración en una esfera que el propio titular mantiene abierta para permitir la entrada [101a]. Ejemplo: Quien pretende aprovechar la invitación a cenar para robar cubiertos de plata no inicia la tentativa con la entrada.

[97b] *De otra opinión*, OLG Koblenz, NJW, 1983, pp. 1625, con reseña acertadamente desfavorable de *Küper*, NJW, 1984, pp. 777 s., y comentario desfavorable de *Lampe*, JR, 1984, pp. 164 s. (utilización de un sello «manipulado» como comienzo de la tentativa de utilizarlo *de nuevo* ; con respecto al § 148.2 StGB); pero la manipulación del papel para mejor poder borrar el matasellos puede privar de validez al papel, de modo que su uso constituye tentativa acabada de estafa (OLG Düsseldorf, NJW, 1983, pp. 2341; sobre la punibilidad de la tentativa de estafa, *vid. infra* 31/31, 45) o *consumación* del § 148.2 StGB.

[98] En términos semejantes («contacto» de las esferas de autor y víctima), *Roxin*, JuS, 1979, pp. 1 ss., 5; («relación espacial»), OLG Frankfurt, NJW, 1984, p. 812; de acuerdo con *Walder*, SchwZStr., 99 (1982), pp. 225 ss., 268, para el comienzo de la tentativa bastaría ya la disminución de la protección (p. ej., alejar con engaños al titular de la morada, para poder hurtar sin inconvenientes). *Vid.* asimismo *Zaczyk*, Unrecht, pp. 308 ss.: Comienzo de la tentativa con la «posición de superioridad» del autor. La regla no cabe transferirla generalmente a esferas de protección sólo «espirituales». Ejemplo: La falsificación de documento no constituye ya tentativa de la estafa planeada con el documento falso.

[99] No es posible construir un comienzo tan temprano de tentativa en la calle (esfera con derecho a organización para todos) o incluso en un vivienda perteneciente al autor (esfera con derecho preferente del autor a la organización). Acerca del robo con escalamiento, como aquí, RG, 68. pp. 336 ss.; 70, pp. 201 ss.; sin embargo, demasiado ampliamente, BGH, 2, pp. 380 s.: Preparar un «gato» para abrir las rejas de la ventana desde fuera, como tentativa de robo en el edificio; en este caso aún no se ha tocado la esfera de custodia; demasiado ampliamente también BGH, NJW, 1980, pp. 1759 s.: Tentativa de robo sería ya la manipulación de un neumático en el vehículo donde se transporta dinero, lo que conducirá a que se averíe en cuanto haya marchado 500 o 1.000 metros, momento en que se robará al conductor con violencia; la esfera tabú de la persona aún está intacta; acertadamente, con respecto a supuestos similares, BGH, NStZ, 1989, pp. 473 s. (no hay comienzo de tentativa en el tener dispuestas las herramientas para robar con fractura en el lugar del hecho, si antes de proseguir el autor aún se va a fumar un cigarrillo); similarmente, BGH, StV, 1989, pp. 525 s.; *Roxin*, JuS, 1979, pp. 1 ss., 5. Sobre la *consumación* en el hurto, a pesar de estar aún dentro de la esfera de protección de la víctima, *vid.* BGH, 16, pp. 271 ss., 272 ss.; 23, pp. 254 ss., 255 s.; BGH, NStZ, 1981, pp. 435 s.

[100] En contra de RG, 53, pp. 217 ss., 218, no se da aún tentativa en la acción de conseguir alejar al perro guardián para, volviendo inmediatamente (a lo que después no se llega) poder hurtar: Bien es verdad que se toca la esfera, pero la víctima se aleja primero también. Esto último lo olvidan *Roxin*, JuS, 1979, pp. 1 ss., 6, y *Walder*, SchwZStr., 99 (1982), pp. 225 ss., 268. Acertadamente, RG, 54 pp. 42 ss.; *vid.* asimismo RG, 55, pp. 191 s.

[101] Sólo verbalmente en otro sentido *Roxin*, JuS, 1979, pp. 1 ss., 6.

[101a] *De otra opinión*, BGH, en *Holtz*, MDR, 1985, p. 627.

Se duda sobre si para la penetración en dicha esfera debe añadirse la tipicidad de la continuación. Está por decidir, pues, si análogamente a los casos descritos de tentativa de hurto, también el homicidio [101b] o la violación (§ 177 StGB) o los daños (§ 303 StGB) o el incendio (§ 306 StGB) cabe apreciarlos ya por la mera entrada en la casa. También es dudoso si la tentativa de homicidio se da al suministrar un somnífero para matar a la víctima tan pronto como pierda el sentido.

No constituye presupuesto imprescindible de la tentativa la penetración en una esfera ajena [102], como lo ponen de manifiesto los delitos de consumación anticipada, en los que incluso en la consumación el suceso puede que se encuentre plenamente aún en la esfera del autor. También en otros delitos puede actuar el autor completamente en su esfera, en ciertos casos, hasta la tentativa acabada, p. ej., el francotirador que dispara desde su casa a un transeúnte.

Si la esfera de protección, según la clase de delito, ni siquiera en la consumación se ve afectada, hay que atender a si el autor comienza a influir sobre el objeto de la acción. Ejemplo: En favor del comienzo de la tentativa de falsificación documental (§ 267, párrafo 1, 2.° grupo de casos StGB) habla el que el autor borre o haga raspaduras en partes de un documento auténtico.

d') El argumento es invertible en el sentido en que decae la tentativa cuando la penetración en la esfera de la víctima o la influencia sobre el objeto de la acción son necesarios para la consumación, pero no la preceden aún muy cerca temporalmente: El mero procurarse llaves falsas no constituye aún tentativa de hurto de un coche [103]; el quedar citado con la víctima para después no constituye aún tentativa de un delito planeado sobre tal víctima [104]. Tampoco constituye tentativa de delito la adquisición de medios para el hecho, el enrolamiento de partícipes (¡pero § 30 StGB!), la ida al lugar del hecho o el buscar una ocasión propicia [105]. 69

4. El autor debe dar comienzo directamente a la realización de *todo el tipo*. En los delitos cuya realización requiere varias acciones, antes de dar comienzo al último acto parcial, tal es el caso sólo cuando el autor da comienzo mediante su comportamiento a la secuencia completa de la acción [105a]. Del mis- 70

[101b] Afirmativamente, BGH, NStZ, 1987, p. 20.

[102] *Berz*, Jura, 1984, pp. 511 ss., 517; discrepando sobre todo *Roxin*, JuS, 1979, pp. 1 ss., 6.

[103] BGH, 28, pp. 162 ss.

[104] En otro sentido, BGH, 6, pp. 303 s., habiendo sido superado obviamente por el § 22 StGB, redacción actual; en contra ya con respecto al § 43 StGB, redacción antigua, la doctrina dominante, especialmente *Bockelmann*, JZ, 1985, pp. 193 ss., 194; como aquí, para el caso de acuerdo en que se ha de engañar a la víctima, OLG Karlsruhe, NJW, 1985, pp. 59 s.; al respecto, *LK-Vogler*, § 22, núm. marg. 35.

[105] No constituye tentativa de estafa fingir un hurto para después estafar a la empresa de seguros; acertadamente, BGH, NJW, 1952, pp. 430 s.; en contra, RG, 72, pp. 66 s. Del mismo modo, tampoco constituye tentativa de estafa crear un documento que sólo tras falsificarlo se utilizará para la estafa; BGH, wistra, 1984, pp. 142 s. La tentativa de introducir drogas en el país no comienza ya antes del comportamiento en la frontera; *vid.* BGH, NStZ, 1983, p. 511; *vid.* en contra también RG, 71, pp. 73 s.; más ejemplos sobre el comienzo de la tentativa en la elusión de derechos de aduana en *Höser*, Vorbereitungshandlung, *op.* 73 ss., 187 ss.

[105a] En el engaño de la estafa hay que distinguir: Si tras la acción de engaño la víctima puede sufrir un daño al disponer patrimonialmente, sin intervención del autor, el engaño constituye tentativa acabada de estafa, pues, especialmente en el engaño que determina a contraer una obliga-

mo modo, sólo se dará tentativa de un delito cualificado o especialmente grave cuando el autor da comienzo directamente a la realización del delito base, o bien a la cualificación o agravación [106]. La doctrina contraria [107], que considera suficiente —al menos en las cualificaciones— la realización de *un* elemento del tipo, se basa en una inversión del sentido de la teoría formal, que para el comienzo de la tentativa exige siempre la realización de cualquier elemento del tipo, pero sin fundamentar que ya baste la realización de cualquier elemento. La formación de una banda para perpetrar robos no constituye *per se* tentativa de robo (§ 250, párrafo 1, núm. 4, StGB), la eliminación de extintores que se iban a usar después para apagar un incendio no es tentativa de incendio del § 307, núm. 3, StGB [108], como, invirtiendo la secuencia, el incendio del § 306 StGB no tiene que ser ya tentativa del § 307 sólo porque el autor planee eliminar los extintores, pero aún no ponga manos a la obra para llevar esto a cabo [109]. El perjurio (§ 154 StGB) comienza en el juramento posterior (es decir en el juramento posterior a la declaración falsa —en su caso ya punible de por sí—) sólo con el comienzo directo de prestar el juramento [110]. La tentativa de un delito cualificado o especialmente grave es también posible de modo que las circunstancias cualificantes o agravantes sólo llegan a intentarse, pudiendo estar intentados o bien consumados el delito base o el caso no agravado [111].

---

ción; pero si el autor tiene que intervenir para que se realice la disposición, el engaño constituye tentativa sólo si la disposición se va a efectuar como respuesta inmediata al engaño; *vid.* BGH, 31, pp. 178 ss., 181 s.; *LK-Vogler*, § 22, núm. marg. 35; *Burkhardt*, JuS, 1983, pp. 426 ss., 429 ss.; va más allá *Karollus*, JurBl., 1989, pp. 627 ss. Lo mismo vale para las manifestaciones engañosas que aún han de demostrarse antes de que se llegue a una disposición: Si el que engaña conoce la necesidad de demostración, sus manifestaciones sólo constituyen comienzo de tentativa si la demostración se va a efectuar inmediatamente; *de otra opinión*, BGH, JR, 1989, pp. 390 s., con comentario favorable de *Keller*, pp. 391 s.

[106] Controvertido; como aquí, *Stree*, Peters-Festschrift, pp. 179 ss., con fundamentación pormenorizada y con bibliografía; *Roxin*, JuS, 1979, pp. 1 ss., 7; *Laubenthal*, JZ, 1987, pp. 1065 ss., 1066; *LK-Vogler*, § 22, núms. margs. 79 (en contra de núm. marg. 35, 35 *a*, donde se señala que la realización parcial del tipo siempre fundamenta tentativa); distinguiendo (en función de la serie de delito base y cualificación), *Welzel*, Strafrecht, § 24, III, 2; con respecto al Derecho suizo, *vid. Arzt*, Recht, 1985, pp. 78 ss., 86 s.

[107] Sobre todo la jurisprudencia relativa del § 243 StGB, redacción anterior; RG, 43, pp. 332 ss.; 54, pp. 35 s.; 54, pp. 182 ss., 183; *LK*[9]*-Busch*, § 43, núm. marg. 31, con más referencias jurisprudenciales; Proyecto de 1962, Fundamentación, p. 144; tendencialmente, también *Lackner*, § 22, nota 1 *d*; *Dreher-Tröndle*, § 22, núm. marg. 10.

[108] Pero sí tentativa cuando inmediatamente después de la eliminación se planea el incendio: Entonces se toca la esfera; *Roxin*, JuS, 1979, pp. 1 ss., 7; en otro sentido, *Stree*, Peters-Festschrift, pp. 179 ss., 185.

[109] Todos los ejemplos de *Stree*, loc. cit.

[110] BGH, 4, pp. 173 ss., 176; *vid.* asimismo BGH, GS, 8, pp. 302 ss., 310.

[111] Controvertido para los supuestos especialmente graves; al respecto *supra* 6/100 con nota 188 *b*.

VI. EL TIPO OBJETIVO EN LA TENTATIVA ACABADA

A. Problema que se plantea

El § 22 StGB regula el *comienzo* de la tentativa sólo para el caso en que 71
el autor, según su representación, al concluir la acción ejecutiva pierde la influencia sobre el suceso o no tiene que realizar más de una acción ejecutiva para la consumación (ejecución del delito sin posibilidad de revocación). Si, en el supuesto descrito, el autor ha hecho todo lo necesario según su representación, pero no se ha producido aún la (plena) realización del tipo, se da tentativa acabada. También en los delitos de mera actividad es posible la tentativa acabada (fracasada) si se ejecuta plenamente la acción en una situación inapropiada objetivamente. Ejemplo: El autor de perjurio, al que se le ha tomado previamente juramento, declara datos falsos en el curso de su testimonio, después de que —sin que se dé cuenta el autor— se haya ordenado un breve descanso y el tribunal ya no le esté escuchando; tentativa acabada de perjurio, §§ 22, 154 StGB.

En los delitos cuya consumación presupone un resultado (incluido el peli- 72
gro concreto) independiente de la ejecución de la acción, la delimitación entre tentativa y preparación puede modificarse para el caso en que, incluso después de concluir todas las acciones que son necesarias según la representación del autor para realizar el tipo, exista aún la posibilidad de revocación por parte del autor, según la representación de éste (delitos con posibilidad de revocación). La aplicación literal de la regulación del § 22 StGB, desarrollada *supra*, sólo sería adecuada desde el punto de vista jurídico-conceptual, pero materialmente equivocada. La ley refiere su regulación en el supuesto básico a la comisión. El tratamiento de un proceso compuesto de comisión (acción de tentativa) y omisión (no revocación) debe llevarse a cabo tambien teniendo en cuenta el elemento omisivo. Por ejemplo: Si un autor deja preparada para la víctima, cuya llegada se espera para dentro de unas horas, una bebida envenenada, dispuesta para que se la sirva la propia víctima, pero se queda en el lugar con posibilidad de intervenir, mientras que otro autor se mantiene preparado para servir una bebida envenenada a la víctima tan pronto como ésta llegue, no cabe fundamentar [112] que haya tentativa en el primer caso (el autor lo ha hecho todo, la víctima tiene que servirse ella misma), pero no en el segundo (todavía hay que servirla).

[112] *Herzberg*, MDR, 1973, pp. 89 ss., 93, fundamenta el distinto tratamiento en el peligro que existe cuando la revocación se revela sorprendentemente como inviable; en términos semejantes, *Blei*, JA, 1975, pp. 167 ss. El argumento no basta para fundamentar la punibilidad por tentativa, pues un suceso que materialmente constituye acto preparatorio no se convierte en tentativa por el hecho de ser sumamente peligroso.

B. Solución

73 En orden a la solución —exactamente igual que en la tentativa del delito de omisión— hay que recurrir a las directrices de la tentativa inacabada [113]:

1. Directrices (negativas) forzosas:

a) Se da tentativa en caso de revocabilidad del resultado tras la terminación de la acción (o acciones), en todo caso, cuando mediante la espera ulterior aumenta el *esfuerzo necesario para la revocación*. Ejemplo: Es indiferente si en el supuesto acabado de exponer del envenenamiento de una bebida para una víctima a la que se aguarda, quedan pocas horas, o bien muchas, en que quepa revocación. Sólo es trascendente para la tentativa aquel momento en que —p. ej., como consecuencia de la prisa ahora necesaria— el autor de la omisión, u otra persona que participe en la salvación, han de llevar a cabo especiales esfuerzos para resolver la situación.

b) Siempre que la relación con el resultado de la situación pueda estar cubierta, según la representación del autor, de modo *socialmente normal*, sobre todo mediante la salvaguarda de derechos o el uso común, incluso si se incrementa el esfuerzo necesario para la revocación, no hay tentativa. Ejemplo: El autor fabrica en casa, con materiales propios, una bomba con un temporizador de varias horas, que pone en marcha. Esto por sí solo no es tentativa según los §§ 22, 311, párrafo 1, StGB, ni siquiera cuando, en caso de ulterior espera, el esfuerzo para desactivarla será mayor.

74 2. Directrices (positivas) mutables:

a) En favor de la tentativa habla *la proximidad temporal* de la producción del resultado. Por eso, en general se da tentativa acabada cuando es breve el tiempo que media entre el final de la acción y el resultado esperado.

b) En favor de la tentativa habla la *unidad del comportamiento de intervención*. Ejemplo: Quien arroja a la víctima al agua con dolo de homicidio, también comete tentativa cuando la muerte, según la representación del autor, puede que se vea demorada por los intentos de nadar de la víctima y en tales momentos pueda evitarse mediante una maniobra de salvación.

c) En favor de la tentativa habla que ya haya tenido lugar la *irrupción en la esfera de protección*. Se da tentativa de homicidio al suministrar leche envenenada a un consumidor, aun cuando éste sólo vaya a bebérsela al día siguiente. Pero no constituye tentativa el mero tener preparado tal veneno que la víctima, que nada sospecha, va a recoger al día siguiente.

74a 3. Si al autor que ha creado el peligro dolosamente le falta el dolo en el momento de la pérdida de la posibilidad de revocación, p. ej., porque se ha

---

[113] *Infra* 19/118; la solución es controvertida; acerca del problema, básicamente, y en sus conclusiones esencialmente como aquí, en parte con otra fundamentación, *Roxin*, Maurach-Festchrift, pp. 213 ss.; *el mismo* JuS, 1979, pp. 1 ss., 9 ss.; *vid.*, además, *Jescheck*, AT, § 49, IV, 6; *Schönke-Schröder-Eser*, § 22, núm. marg. 42; *SK-Rudolphi*, § 22, núm. marg. 19; *Otto*, Grundkurs, § 19.II, 3 *c* dd, § 20, I, 2, todos con bibliografía. Principalmente *de otra opinión*, *Herzberg*, MDR, 1973, pp. 89 ss.; *Blei*, JA, 1975, pp. 167 s.; *Gössel*, JT, 1976, pp. 249 ss., 251; *LK-Vogler*, § 22, núm. marg. 71 a 76.

olvidado del peligro, hay que distinguir: Si el autor era antes consciente de la posibilidad de pérdida del dolo, responde por las reglas de la *actio libera in causa* (*supra* 17/64 ss.); si no, sólo viene en consideración la responsabilidad por imprudencia [113a].

4. A los casos de tentativa en autoría mediata con posibilidad de revoca- 75
ción se aplican paralelamente las reglas mencionadas (*vid. supra* 21/105).

VII. PUNICION DE LA TENTATIVA

A. El alcance de la punibilidad y la atenuación facultativa [114]

1. El § 23.1 StGB establece la punibilidad por tentativa de todos los de- 76
litos graves (*Verbrechen*); en relación con los delitos menos graves (*Vergehen*), el precepto se remite a las regulaciones específicas de la Parte Especial. La distinción entre ambas clases de delito se rige por el § 12 StGB. Se alude sólo a los hechos intentados a título de autor, tal como se deriva de la regulación especial del § 30.1 StGB, así como de la accesoriedad de la participación. El dolo del autor no hace falta que se refiera al carácter de delito grave o a la imposición especial de pena en los delitos menos graves: El § 23 StGB sólo regula la punibilidad; el injusto de la tentativa se establece en el § 22 StGB.

2. *a)* La pena se *puede* (hasta 1939; en el antiguo § 44 StGB: se *debe*) 77
atenuar en la tentativa a través del marco penal del § 49.1 StGB (§ 23.2 StGB). Dado que la atenuación se produce a través del marco, dentro del marco atenuado la pena concreta puede estar por encima de la pena mínima del marco no atenuado. Se discute si los motivos de la atenuación del marco penal han de estar referidos a la tentativa. Se discute además si en el caso concreto la pena de la tentiva no sólo ha de extraerse de un marco penal atenuado, sino incluso si puede alcanzar la magnitud de la pena hipotética de la consumación. En orden a la solución:

b) a') Dado que la importancia de toda pena sólo esta fijada relativa- 78
mente a un sistema [115], nunca se puede averiguar una determinada pena sin tener en cuenta un marco penal fijado. Cuando la jurisprudencia [116], con algún apoyo de la doctrina [117], no obstante entiende que cabe adoptar una decisión sobre el marco aplicable «desde una perspectiva global de todas las circunstan-

---

[113a] Muy controvertido; en favor de la responsabilidad en ambas variantes, *Herzberg*, Jura, 1984, pp. 1 ss., 8, argumentando que, incluso produciéndose el resultado, ya no se necesita dolo: pero la pérdida de la posibilidad de revocación es algo distinto que una producción del resultado, es decir, comportamiento del hecho.

[114] Acerca de esta esfera de problemas, detalladamente, *Bruns*, Strafzumessungsrecht, pp. 438 ss.; *el mismo*, Leitfaden, pp. 170 ss.

[115] Ya *v. Liszt*, ZStW, 3, pp. 1 ss., 24; al respecto, *Jakobs*, Schuld und Prävention, p. 4.

[116] BGH, 16, pp. 351 ss.; 17, pp. 266 s.; BGH, STV, 1981, p. 514; StV, 1984, p. 246; *vid.* asimismo BGH, 26, pp. 311 s.

[117] *Bruns*, Strafzumessungsrecht, pp. 440 ss., 446; *el mismo*, Leitfaden, pp. 172; *Maurach-Gössel*, AT, § 40, núm. marg. 183; *Stratenwerth*, Schweizer Juristentags-Festgabe, pp. 247 ss., 261: en el sentido de que la «consideración global» no contraviene la prohibición de doble valoración (§ 46.3 StGB), *Hettinger*, Doppelverwertungsverbot, *passim*.

cias del hecho, para poder abarcar plenamente el hecho intentado, como emanación de la personalidad del autor (?) en su significado para el ordenamiento jurídico vulnerado» [118], este conato (consideración global), en el que con el hecho (¿con el autor?) hay que decidir sobre el marco penal, en lugar de ser al contrario, desde *v. Liszt* [119], ya no se corresponde con el estado actual del debate.

Una interpretación de la ley que innecesariamente elige en la tentativa un marco penal atenuado por motivos cuya toma en consideración la ley admite en la consumación sólo dentro de un marco (p. ej., pronóstico favorable), supone en el legislador una arbitrariedad que tendría que producir consecuencias de Derecho constitucional. A la inversa, también es arbitrario negar al autor de la tentativa la determinación de la pena a partir del marco atenuado por motivos que, en caso de consumación, no podrían conducir (o sólo limitadamente) a elegir un marco más grave (p. ej., antecedentes penales). Por eso, sólo causas referidas a la tentativa determinan si es el marco penal entero o el marco penal atenuado el que constituye el punto de partida de la determinación [120].

Así pues, dado que se trata de causas de atenuación específicas, es posible que coincidan la atenuación por tentativa y un supuesto especialmente grave, así como la negación de la atenuación de la tentativa y la apreciación de un supuesto menos grave.

Desde luego, puede ocurrir que a causas referidas a la tentativa, que por sí solas son demasiado fútiles para elegir el marco atenuado según el § 49.1 StGB, se le añadan otras causas —fútiles— que de ser de más peso, por su parte, podrían dar lugar a una atenuación del marco según el § 49.1 StGB (§§ 13.2, 17, inciso 2, 21, 35, párrafo 1, inciso 2, StGB), y que la suma de estos motivos alcance la intensidad suficiente para formar el marco. Debe ser posible la consideración global de tales causas en sí genuinamente adecuadas para la atenuación [121].

79 *b')* Las *causas referidas a la tentativa*: Referida a la tentativa es, desde luego, la ausencia de resultado; sin embargo, ésta por sí sola no puede conducir a atenuar el marco penal, ya que de lo contrario el precepto facultativo se convertiría en obligatorio. De no producirse el resultado, se puede, sin embargo, atenuar la penalidad, si se da al menos uno de los siguientes dos motivos: 1) La tentativa, si no se pasa de la tentativa, es error, y muestra de incompetencia cuando el error se basa en falta de planes, o en planes apresurados. Sobre todo si no acaecen las consecuencias pretendidas, la tentativas pueden castigarse atenuadamente, pues, por los mismos motivos que la imprudencia, frente al dolo, se castiga en general atenuadamente (sobre ello *supra* 8/5). 2) Que el resultado no se produzca puede deberse a elementos del hecho que suponen retardo. Al

---

[118] BGH, 16, pp. 351 ss., 353.

[119] Loc. cit. en 25/nota 115.

[120] *Timpe*, Strafmilderungen, pp. 64 ss., 88 s., con amplia bibliografía; *Bergmann*, Milderungen, pp. 25 ss.; *Dreher*, JZ, 1956, pp. 682 s.; *el mismo*, JZ, 1957, pp. 155 ss.; *el mismo*, JZ, 1968, pp. 209 ss., 213; *Schönke-Schröder-Eser*, § 23, núm. marg. 7 s.; *SK-Rudolphi*, § 23, núm. marg. 3; *LK-Vogler* § 23, núm. marg. 10.

[121] Desde luego, en contra de ello habla que con esta «gran atenuación debida a la acumulación de pequeñas atenuaciones» se pierde el tipo del fundamento de atenuación aislable, netamente perfilado; *vid.* asimismo *supra* 6/99.

respecto, vienen en consideración casos límites con la tentativa insensata y casos límites con el desistimiento [121a]. Ejemplo: El autor de la tentativa acabada, y que no sabe que ésta ha fracasado, se esfuerza, con medios que no son los mejores, por evitar el resultado. El que la tentativa no esté acabada conduce a la atenuación si acaso cuando aún falta una fase ejecutiva duradera. Que esté acabada no excluye la atenuación, como tampoco excluye el desistimiento; por falta de resultado, falta también aquí la realización del concreto injusto y así la base para el reproche de culpabilidad pleno [122]. Que la tentativa haya fracasado fortuitamente no constituye motivo para negar la atenuación [122a]; pues ¡el fracaso no fortuito, es decir conforme a plan, sería desistimiento!

Algunos de los elementos que suponen retardo pueden desde luego darse en la consumación, es decir, que no parecen ser referidos a la tentativa; así, p. ej., un ataque débil puede determinar la consumación [123]. En caso de consumación, sin embargo, le falta a la inclinación retardadora el «aspecto objetivo»; pues precisamente la debilidad de un ataque únicamente se objetiva cuando el hecho fracasa. Así pues, en la tentativa se le puede atribuir lo que retarda en mayor medida que en la consumación; la exoneración es, por eso, mayor. Otro tanto ocurre en el comportamiento semejante al desistimiento.

Si el juez elige el marco penal atenuado, puede volver a recurrir a los motivos de esta elección para determinar la pena en el marco elegido, en la medida en que sea de un género o de una intensidad superiores a los necesarios para dar lugar al marco atenuado, pues en esa medida no surte doble efecto atenuatorio, a pesar de tenerlo en cuenta dos veces [124].

c) Las causas referidas a la tentativa pueden ser demasiado débiles para 80
elegir un marco penal atenuado; entonces, dentro del marco penal no atenuado, hay que tener en cuenta en la determinación la falta de consumación en sentido atenuatorio [125], y ello incluso en la tentativa inacabada [126]. El que eventualmente puedan existir diversas circunstancias agravantes no puede compensar la falta de resultado [127], pues estas circunstancias se darían también en caso de consumación. A lo sumo, en el supuesto de un comportamiento posterior al hecho, agravante, específicamente referido a la tentativa —difícilmente concebible— se podría alcanzar la pena hipotética de la consumación. Naturalmen-

---

[121a] *Timpe*, Strafmilderungen, pp. 109 ss. (falta de entendimiento) y 127 ss. (desistimiento); BGH, MDR, 1986, p. 271 (desistimiento).

[122] Controvertido; *de otra opinión*, sobre todo, *Armin Kaufmann*, ZStW, 80, pp. 34 ss., 50 s.; *el mismo*, Welzel-Festschrift, pp. 393 ss., 403; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert, p. 216; acerca del problema, detalladamente, *supra* 6/72 s., donde se trata de los intentos de considerar siempre al resultado como elemento de la necesidad de pena.

[122a] BGH, StV, 1984, p. 246, 1985, p. 411; de hecho también BGH, StV, 1986, pp. 378 s.; BGH, 36, pp. 1 ss., 18 ss.

[123] *Stratenwerth*, Schweizer Juristentages-Festgabe, pp. 247 ss., 252 ss., 261.

[124] Muy controvertido; como aquí, *SK-Rudolphi*, § 23, núm. marg. 4, con bibliografía; acerca de la atenuación por el § 21 StGB, BGH, StV, 1984, pp. 151 s.; BGH, NStZ, 1984, pp. 548; 1985, pp. 164 s.; con respecto a supuestos menos graves, BGH, StV, 1985, pp. 54 s., 546. Acerca de la inadmisible doble valoración, BGH, NJW, 1989, pp. 3230 s.

[125] *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 684; *vid.* asimismo *Jahr*, Bedentung, pp. 93 ss.

[126] Sólo en caso de penas absolutas es necesariamente idéntica la pena a la de la consumación; *vid.*, LG Frankfurt, NJW, 1980, pp. 1402 s., 1403.

[127] *De otra opinión*, BGH, 126, pp. 351 ss., 353.

te. la distinción entre la pena de la tentativa y la pena hipotética de la consumación puede ser mínima en el caso concreto y por eso no cabrá entonces justificarla, sobre todo en la tentativa intensa de ataque a un objeto insignificante.

B. La tentativa burdamente insensata

81 1. Para la tentativa burdamente insensata, el § 23.3 StGB abre la posibilidad de, más allá de la regulación del párrafo 2, dejar de imponer la pena o atenuarla discrecionalmente (§ 49.2 StGB: El límite inferior de toda pena desciende hasta el límite mínimo legal, y la multa puede venir a sustituir a la pena privativa de libertad; no estará excluida la reducción de las penas *máximas* según los §§ 23.2, 49.1 StGB). Esta regulación no se refiere al conato —siempre impune— comunicativamente irrelevante, sobre todo al supersticioso (*supra* 25/22 s.), que ni siquiera queda incluido en el concepto de tentativa, sino a la tentativa en la que el autor calcula los procesos causales —localizados acertadamente en el ámbito terrenal— racionalmente, pero parte de una base que testimonia burdas lagunas de saber. Fundamento de la impunidad es el hecho de que el modo en que el autor planea la vida no puede servir en general de referencia, hecho que se pone de manifiesto en la insensatez de la tentativa, y por tanto que su ataque a la norma no puede servir de referencia.

82 2. Pormenores:

a) Con arreglo a la formulación de la ley, ha de estar descartado que la tentativa pudiera conducir a la consumación. Se alude así a la falta de peligro [128], lo que además debe basarse en burda falta de entendimiento. Examinándolos con más detalle, los requisitos se reducen a la burda falta de entendimiento:

Con arreglo a una representación burdamente insensata no puede derivarse un peligro ni realizarse un delito, pues de lo contrario, la representación sería socialmente adecuada y sensata. Así pues, cuando a pesar de la insensatez un comportamiento es peligroso (o incluso se consuma), ello sólo puede obedecer a circunstancias fortuitas conectadas ocasionalmente con el hacer insensato; tales circunstancias no se pueden imputar al hecho doloso por falta de realización del peligro percibido. Ejemplo: Si el autor pretende envenenar a un niño con píldoras de valeriana, se equivoca al cogerlas y le suministra valium, existe un peligro y éste también puede realizarse, pero la tentativa como tal sigue siendo insensata y *como tentativa* (no como hecho imprudente) no cabe tratarla de otro modo que si el autor al equivocarse hubiera suministrado azúcar cande. La falta de peligro imputable (!) se deriva, pues, siempre de la insensatez burda [129].

83 *b)* La tentativa es burdamente insensata cuando la representación del autor diverge con mucho de lo sensato. El que esta representación divergente sea a veces un fenómeno extendido no la convierte en sensata, dado que la insen-

---

[128] BT-Drucksache, V/4095, pp. 11 s.

[129] *De otra opinión*, *Gössel*, 1971, pp. 225 ss., 227 s.; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 40, núm. marg. 189; dubitativo, *Schönke-Schröder-Eser*, § 23, núm. marg. 15; *Roxin*, en: Einführung, pp. 1 ss., 18.

satez no se convierte en sensatez por su difusión [130]. Las ideas equivocadas que sólo expertos pueden eliminar no son nunca burdamente insensatas.

c) La insensatez sólo da lugar a posibilidad de atenuación, según el tenor de la ley, cuando se refiere al género del objeto de ataque o del medio del hecho. Con ello se alude a toda la situación relevante para el tipo. Así pues, también está comprendida la suposición burdamente insensata de ocupar la posición de autor (incluso fuera de la suposición de deberes especiales que desde luego conduce al delito putativo). Está excluido el motivo insensato (daños como medio para un hechizo de amor, etc.), que no necesariamente está en correlación con un hecho insensato, sino que puede más bien conducir a la consumación imputable. 84

d) El § 23.3 StGB se puede aplicar analógicamente a los delitos con consumación anticipada. Ejemplo: Un pasaporte hecho por el autor mediante fotocopia en una hoja de formato DIN-A-4 es un documento inauténtico (§ 267, párrafo 1, 1.er grupo de casos StGB), pero sólo desde un punto de vista burdamente insensato es útil para engañar en el tráfico jurídico. 85

[130] En definitiva, *de otra opinión*, *Schönke-Schröder-Eser*, § 23, núm. marg. 17; *Stratenwerth*. AT, núm. marg. 695.

APARTADO 26

El desistimiento

BIBLIOGRAFIA: *G. Arzt*, Zur Erfolgsabwendung beim Rücktritt vom Versuch, GA, 1964 pp. 1 ss.; *L. Backmann*, Strafbarkeit des vor Tatbeginn zurückgetretenen Tatbeteiligten wegen vollendeter Tat?, JuS, 1981, pp. 326 ss.; *M. Bergmann*, Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt vom Versuch, ZStW, 99, pp. 329 ss.; *el mismo*, Die Milderung der Strafe nach § 49, Abs. 2, StGB, 1988; *U. Berz*, Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz, 1986; *H. Blei*, Comentario a BGH, NJW, 1973, pp. 632, JA, 1973, pp. 395 ss.; *R. Bloy*, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1976; *el mismo*, Zurechnungsstrukturen des Rücktritts vom beendeten Versuch und Mitwirkung Dritter an der Verhinderung der Tatvollendung, BGHSt., 31, 46, y BGH, NJW, 1985, 813, JuS, 1987, pp. 528 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, 35, pp. 184 ss., JR, 1989, pp. 70 ss.; *W. Blumers*, Zur Auslegung des § 371 AO am Beispiel «Tatentdeckung», wistra, 1985, pp. 85 ss.; *P. Bockelmann*, Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig?, NJW, 1955, pp. 1417 ss.; *el mismo*, Comentario a RG, DR, 1942, pp. 431 ss., , loc. cit.; *U. Borchert* y *U. Hellmann*, Die Abgrenzung der Versuchsstadien des § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB anhand der objektiven Erfolgstauglichkeit, GA, 1982, pp. 429 ss.: *W. Bottke*, Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten, 1979; *el mismo*, Zur Freiwilligkeit und Endgültigkeit des Rücktritts vom versuchten Betrug, JR, 1980, pp. 441 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, NJW, 1980, pp. 602, JA, 1981, pp. 63 ss.;*el mismo*, Rücktritt vom Versuch der Beteiligung nach § 31 StGB, 1980; *B. Burkhardt*, Der «Rücktritt» als Rechtsfolgebestimmung, 1975; *A. Graf zu Dohna*, Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch im Lichte der Judikatur des Reichsgerichts, ZStW, 59, pp. 541 ss.; *E. Dreher*, Comentario a BGH, JR, 1969, pp. 105 ss., loc. cit.; *el mismo*, Zum Merkmal der tätigen Reue, MDR, 1967, pp. 934 s.; *el mismo*, Comentario a BGH, 24, pp. 48 ss., NJW, 1971, pp. 1046 ss.; *I. Fahrenhorst*, Comentario a BGH, 34, pp. 53 ss., NStZ, 1987, pp. 278 s.; *P. J. A. Feuerbach*, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche, 1804; *G. Geilen*, Zur Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch, JZ, 1972, pp. 335 ss.; *C.-J. Gores*, Der Rücktritt des Tatbeteiligten, 1982; *K. H. Gössel*, Über den fehlgeschlagenen Versuch, ZStW, 87, pp. 3 ss.; *W. Grasnick*, volens - nolens, JZ, 1989, pp. 821 ss.; *G. Grunwald*, Zum Rücktritt des Tatbeteiligten im künftigen Recht, Welzel-Festschrift, pp. 701 ss.; *H.-L. Günther*, Partieller Rücktritt vom Versuch und Deliktswechsel, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 541 ss.; *A. P. Gutmann*, Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue, 1963, *F. Haft*, Der Rücktritt des Beteiligten bei Vollendung der Straftat, JA, 1979, pp. 306 ss.; *W. Hassemer*, Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch, en: *K. Lüderssen* y *F. Sack* (ed.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Suafrecht, t. I, 1980, pp. 229 ss.; *M. Havekost*, Die Wiedergutmachung des Schadens als Strafaufhebungsgrund im deutschen und österreichischen Strafrecht, ZRP, 1980, pp. 308 ss.; *E. Heinitz*, Streitfragen der Versuchslehre, JR, 1956, pp. 248 ss.; *R. D. Herzberg*, Der Rücktritt durch Aufgeben der weiteren Tatausführung, Blau-Festschrift, pp. 97 ss.; *el mismo*, Der Rücktritt mit Deliktsvorbehalt, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift,

pp. 709 ss.; *el mismo*, Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch, Lackner-Festschrift, pp. 325 ss.; *el mismo*, Beendeter oder unbeendeter Versuch: Kritisches zu einer neuen Unterscheidung des BGH, NJW, 1986, pp. 2466 ss.; *el mismo*, Gesamtbetrachtung und Einzelakttheorie beim Rücktritt vom Versuch: Entwurf einer Synthese, NJW, 1988, pp. 1559 ss.; *el mismo*, Die Not der Gesamtbetrachtungslehre beim Rücktritt vom Versuch, NJW, 1989, pp. 197 ss.; *el mismo*, Problemfälle des Rücktritts durch Verhindern der Tatvollendung, NJW, 1989, pp. 862 ss.; *el mismo*, Rücktritt vom Versuch trotz bleibender Vollendungsgefahr?, JZ, 1989 pp. 114 ss.; *el mismo*, Zur subjektiven Seite des Rücktritts durch Verhindern der Tatvollendung, JA, 1989, pp. 449 ss.; *el mismo*, Theorien zum Rücktritt und teleologische Gesetzesdeutung, NStZ, 1990, pp. 172 s.; *el mismo*, Aufgeben durch bloßes Aufhören? Der BGH im Dilemma einer Theorie, JuS, 1990, pp. 273 ss.; *el mismo*, Strafverzicht bei bedingt vorsätzlichem Versuch, NStZ, 1990, pp. 311 ss.; *R. v. Hippel*, Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch, 1966; *J. Hruschka*, Zur Frage des Wirkungsbereichs eines freiwilligen Rücktritts vom unbeendeten Versuch, JZ, 1969, pp. 495 ss.; *G. Jakobs*, Reseña bibliográfica, NJW, 1977, pp. 670; *el mismo*, Die Bedeutung des Versuchsstadiums für die Voraussetzungen eines strafbefreienden Rücktritts, JuS, 1980, pp. 714 ss.; *el mismo* Comentario a BGH, 35, pp. 184 ss., JZ, 1988, pp. 519 s.; *H.-H. Jescheck*, Comentario a BGH, 7, pp. 296 ss., MDR, 1955, pp. 562 s.; *B. Kadel*, Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum unbeendeten, beendeten und fehlgeschlagenen Versuch, ÖJZ, 1987, pp. 269 ss.; *D. Kienapfel*, Comentario a BGH, 31, pp. 170 ss., JA, 1984, pp. 72 ss.; *el mismo*, Probleme des unvermittelt abgebrochenen Versuchs. Ein Beitrag zur Abgrenzung des unbeendeten und des beendeten Versuchs, Pallin-Festschrift, pp. 205 ss.; *D. Krauß*, Der strafbefreiende Rücktritt vom Versuch, JuS, 1981, pp. 883 ss.; *W. Küper*, Comentario a OLG Karlsruhe, NJW, 1978, pp. 956 ss., loc. cit.; *el mismo*, Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten, JZ, 1979, pp. 775 ss.; *K. Lackner*, Comentario a BGH, 35, pp. 184 ss., NStZ, 1988, pp. 405 ss.; *E.-J. Lampe*, Rücktritt vom Versuch «mangels Interesses», BGH, 35, 184 ss., JuS, 1989, pp. 610 ss.; *D. Lang-Hinrichsen*, Bemerkungen zum Begriff der «Tat» im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Strafzumessung, des Rücktritts und der tätigen Reue beim Versuch und der Teilnahme, Engisch-Festschrift, pp. 353 ss.; *Th. Lenckner*, Probleme beim Rücktritt des Beteiligten, Gallas-Festschrift, pp. 281 ss.; *P. Lewisch*, Zur Endgültigkeit und Freiwilligkeit beim Versuchsrücktritt, ÖJZ, 1990, pp. 396 ss.; *M. Maiwald*, Die natürliche Handlungseinheit, 1964; *H.-W. Mayer*, Zur Frage des Rücktritts vom unbeendeten Versuch, MDR, 1984, pp. 187 ss.; *el mismo nuevamente*, Gesamtbetrachtung und Einzelakttheorie beim Rücktritt vom Versuch, NJW, 1988, pp. 2589 s.; *F. Muñoz Conde*, Der mißlungene Rücktritt: Eine Wiederkehr der Erfolgshaftung, GA, 1973, pp. 33 ss.; *H. Otto*, Fehlgeschlagener Versuch und Rücktritt, GA, 1967, pp. 144 ss.; *el mismo*, Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, Maurach-Festschrift, pp. 91 ss.; *el mismo*, Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten, JA, 1980, pp. 641 ss., 707 ss.; *I. Puppe*, Der halbherzige Rücktritt, NStZ, 1984, pp. 488 ss.; *la misma*, Zur Unterscheidung von unbeendetem und beendetem Versuch beim Rücktritt, NStZ, 1986, pp. 14 ss.; *la misma*, Comentario a BGH, NStZ, 1990, pp. 77 s., loc. cit., pp. 433 ss.; *O. Ranft*, Zur Abgrenzung von unbeendetem und fehlgeschlagenem Versuch bei erneuter Ausführungshandlung, Jura, 1987, pp. 527 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, JZ, 1989, pp. 1128, loc. cit., pp. 1128 s.; *R. Rengier*, Comentario a BGH, 34, pp. 53 ss., JZ, 1986, pp. 964 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, 35, pp. 90 ss., JZ, 1988, pp. 531 ss.; *H.-J. Römer*, Fragen des «ernsthaften Bemühens» bei Rücktritt und tätiger Reue, 1987; *el mismo*, Vollendungshinderung durch «ernsthaftes Bemühen» Überlegungen zu einer Harmonisierung der Rücktrittsvorschriften, MDR, 1989, pp. 945 ss.; *C. Roxin*, Reseña bibiliográfica, ZStW, 77, pp. 60 ss.; *el mismo*, Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, Heinitz-Festschrift, pp. 251 ss.; *el mismo*, Der fehlgeschlagene Versuch, JuS,

1981, pp. 1 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, 33, pp. 295, y BGH, JR, 1986, pp. 423 s., JR, 1986, pp. 424 ss.; *H.-J. Rudolphi*, Comentario a BGH, 31, pp. 370 ss., NStZ, 1983, pp. 361 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, 34, pp. 82 ss., JR, 1987, pp. 162 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, JR, 1987, pp. 335 s., loc. cit., pp. 336 ss.; *el mismo*, Rücktritt vom beendeten Versuch durch erfolgreiches, wenngleich nicht optimales Rettungsbemühen, NStZ, 1989, pp. 508 ss.; *H. Schall*, Der Rücktritt vom Versuch bei bedingtem Tötungsvorsatz und wiederholbarer Ausführungshandlung trotz Zielerreichung, BGH, NStZ, 1990, 30, NStZ, 1990, pp. 623 ss.; *G. v. Scheurl*, Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer, 1972; *F.-C. Schroeder*, Rücktritt vom Versuch OLG Karlsruhe, NJW, 78, 331, JuS, 1978, pp. 824 s.; *H. Schröder*, Die Koordinierung der Rücktrittsvorschriften, H. Mayer-Festschrift, pp. 377 ss.; *el mismo*, Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch, JuS, 1962, pp. 81 ss.; *el mismo*, Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch, MDR, 1956, pp. 321 ss.; *B. Schünemann*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA, 1985, pp. 341 ss., GA, 1986, pp. 293 ss.; *F. Streng*, Tatbegriff und Teilrücktritt, JZ, 1984, pp. 652 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, NStZ, 1985, pp. 358 s., loc. cit., pp. 359 ss.; *el mismo*, Rücktritt und *dolus eventualis*, JZ, 1990, pp. 212 ss.; *K. Ulsenheimer*, Grundfragen des Rücktritt vom Versuch in Theorie und Praxis, 1976; *el mismo*, Zur Problematik des Rücktritts vom Versuch erfolgsqualifizierter Delikte, Bockelmann-Festschrift, pp. 405 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, JZ, 1984, pp. 852, loc. cit., pp. 852 ss.; *Th. Vogler*, Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer an der Straftat, ZStW, 98, pp. 331 ss.; *M. Walter*, Der Rücktritt vom Versuch als Ausdruck des Bewährungsgedankens im zurechnenden Strafrecht, 1980; *el mismo*, Bestimmung der Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch, GA, 1981, pp. 403 ss.; *J. Weidemann*, Der «Rücktrittshorizont» beim Versuchsabbruch, GA, 1986, pp. 105 ss.; *J. Wolter*, Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung, ZStW, 89, pp. 649 ss.; *el mismo*, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld?, Leferenz-Festschrift, pp. 545 ss.; *K. Yamanaka*, Betrachtungen zum Rücktritt vom Versuch an Hand der Diskussion in Japan, ZStW, 98, pp. 761 ss.; *R. Zaczyk*, Comentario a BGH, NStZ, 1984, pp. 216 s., loc. cit., p. 217.

I. POSICION DOGMATICA Y FUNDAMENTO DE LA IMPUNIDAD

1 A. 1. La tentativa es la fase del quebrantamiento de la norma manifiesta, próxima al tipo. Cuando el autor anula la proximidad al tipo y revoca lo manifiesto del quebrantamiento de la norma por propio impulso, la ley le concede la impunidad por desistimiento (§ 24 StGB).

El autor debe poner de manifiesto que su acción de tentativa era incorrecta, interrumpiendo —en la tentativa inacabada— su actuar, deteniendo así lo hecho hasta entonces como fragmento ya inútil [1] (abandonar la ulterior ejecución del hecho, § 24, párrafo 1, inciso 1, 1.er grupo de casos, StGB), o —en la tentativa acabada— paralizando los efectos de su actuar mediante medidas opuestas (evitar la consumación, § 24, párrafo 1, inciso 1, 2.º grupo de casos

[1] Naturalmente, en el caso concreto puede el autor utilizar el fragmento, disponiendo de otro modo. Ejemplo: El autor coloca la cosa que ha cogido en el autoservicio y ya tiene escondida en la mano, en la cesta de la compra. No obstante, en tales casos de comportamiento todavía ambivalente, la objetivación del quebrantamiento de la norma que ha de compensarse es leve.

StGB). Esta objetivación de la revocación en el desistimiento constituye el contrapunto del comienzo de la ejecución en la tentativa.

La objetivación debe ser imputable al autor, en el mismo sentido en el que tienen que ser imputables las buenas obras (voluntariamente, § 24, párrafo 1, incisos 1 y 2, párrafo 2, incisos 1 y 2, StGB), es decir, la objetivación no puede aparecer como un suceso del que se pueda distanciar al autor. Esta imputabilidad o voluntariedad del desistimiento se corresponde con la culpabilidad en la tentativa. Al igual que se pueden realizar culpablemente aquellas consecuencias que el autor no pretende, tampoco en el desistimiento se requiere intención de evitar la realización del tipo; basta que la evitación se lleve a cabo mediante motivación voluntaria [1a] (*infra* 26/34, 46).

2. *a)* El desistimiento es un *comportamiento posterior al hecho* [1b] (§ 46, párrafo 2, último grupo de casos, StGB), bien entendido que sólo se puede llevar a cabo cuando ya concurre un comportamiento punible (la tentativa). Sin embargo, el desistimiento es un comportamiento posterior al hecho *especial* en tanto que no tiene lugar tras un hecho concluido, sino que continúa y concluye un comportamiento inconcluso de modo ahora contrapuesto. Lo especial en el desistimiento no es que tenga lugar tras el comienzo de la tentativa, sino que puede aún modificar el comportamiento de tentativa. El desistimiento es *modificación del hecho*. La modificación del hecho desde luego sólo tiene lugar después de que el hecho se haya hecho avanzar hasta lo punible; este hecho de la tentativa que ha tenido ya lugar no lo puede hacer desvanecerse retroactivamente el desistimiento [2], que sólo puede quitarle al hecho su univocidad para el futuro. Dado que, aunque el autor no deja que la tentativa llegue a la consumación, sin embargo antes la ha puesto en marcha, mediante el desistimiento no se gana gratificación alguna frente al *status quo ante*, sino que el desistimiento no puede hacer como que no ha ocurrido la mácula de que la tentativa existió en algún momento. Cuando el autor se preocupa por la cesación inmediata de la tentativa, ello no supone ningún merecimiento especial, sino nada más que el cumplimiento de un deber [2a]. La plena impunidad en el Derecho vigente sólo cabe explicarla, dada esta situación, por el afán del legislador de no cortar la retirada mediante la conminación penal [3]. 2

Aun cuando el desistimiento no puede hacer desaparecer la tentativa, sí es al menos el motivo para que cese la fase de tentativa. Constituye, pues, en parte, el contrapunto de la tentativa, es decir, la finalización imputable de la tentativa. En caso de desistimiento, sólo brevemente ha existido el quebrantamiento de la norma, y dado que el desistimiento es una realización imputable al autor, también la brevedad de la fase de quebrantamiento de la norma es realización suya (naturalmente, si hubiese cumplido puntualmente su deber, dicha fase no se habría producido en absoluto). Por eso, el desistimiento hace posible la indulgencia, la renuncia a la pena, aun cuando quede un resto de injus-

---

[1a] Desde luego, el § 24 StGB sólo prevé el desistimiento *doloso*. El desistimiento imprudente es a lo sumo circunstancia atenuante. Ejemplo: El ladrón que ha entrado en una vivienda, por descuido craso hace tanto ruido que tiene que huir inmediatamente del lugar del hecho.

[1b] BGH, NStZ, 1989, p. 114.

[2] *De otra opinión, v. Hippel*, Untersuchungen, pp. 58 ss., 64 s., 68 ss.

[2a] *Jakobs*, JZ, 1988, pp. 519 s.

[3] *Jescheck*, AT, § 51, I, 2.

to. La minimización del quebrantamiento de la norma tiene lugar en todos los escalones del delito: Se da fin a la realización del tipo (el dar comienzo directamente) y a la culpabilidad (la deslealtad a la norma). El desistimiento es, pues, una modificación del hecho en todos los escalones del delito. La caracterización usual como causa de exclusión de la pena es enteramente neutra, sin color.

3 *b)* El hecho de que la compensación ya comience en el terreno del tipo, no favorece, a pesar de la exigencia de accesoriedad, a los partícipes, pues para los intervinientes que por su parte no desisten, el desistimiento del ejecutor representa un exceso (inverso) y por ello no es imputable como mérito; así pues, responden por participación en la tentativa que queda [4].

4 B. 1. A la cuestión del fundamento de la impunidad sólo se puede responder con la misma complejidad que caracteriza a los elementos de la imputación. El hecho de que la tentativa y su revocación estén vinculados, se basa:

a) en la conexión de acción entre tentativa y desistimiento en un delito (de lo contrario, las obras conformes a deber y las delictivas no se compensan);

b) en la relación recíproca entre tipo y abandono de la tentativa, así como de culpabilidad y voluntariedad;

c) En el interés político-criminal en el desistimiento.

El centro de interés residirá en la *revocación voluntaria del hecho* [4a]. El tratamiento especial del desistimiento frente a los demás comportamientos posteriores al hecho no es, naturalmente, consecuencia *forzosa* de este principio [5].

5 2. En la jurisprudencia y en la doctrina se suelen absolutizar aspectos aislados [6].

a) Según la teoría político-criminal [7], al autor se le construye un «puente de plata» para que se retire, evitando así la consumación, sobre todo cuando se trata de lesión de un bien [8]. La teoría afecta —salvo en el Derecho tributa-

---

[4] En definitiva, doctrina dominante; en otro sentido sólo (en virtud de una consideración conjunta de tentativa y desistimiento), *v. Hippel*, Untersuchungen, pp. 71 s. Una solución intermedia la aporta *v. Scheurl*, Rücktritt, pp. 35 ss., 40: El resto de injusto que quede en el desistimiento se imputaría al partícipe. Ambas versiones de la consideración conjunta adolecen de que una parte del todo, la tentativa, fue ocasionada imputablemente por el partícipe, pero no precisamente la otra parte: el desistimiento. Con respecto al todo, el partícipe está en posición ambivalente, y optar por lo uno o lo otro es arbitrario. En todo caso, la consideración conjunta no se ajusta en relación con el partícipe; así en definitiva también *Lang-Hinrichsen*, Engisch-Festschrift, pp. 353 ss., 374 ss.; *Bloy*, Bedeutung, pp. 175 ss., 178.

[4a] En términos semejantes la «teoría de la realización de la culpabilidad» de *Herzberg*, Lackner-Festschrift, pp. 325 ss., 349 ss.

[5] En otro sentido las «teorías jurídicas» del siglo pasado; bibliografía en *Gutmann*, Freiwilligkeit, pp. 13 ss.; en la actualidad aún *v. Hippel*, Untersuchungen, pp. 71 s.

[6] Panorama del marco de la argumentación en *Ulsenheimer*, Grundfragen, pp. 36 s.; *Bergmann*, Milderungen, pp. 143 ss.

[7] *Feuerbach*, Kritik der Kleinschrodischen Entwurfs, 2.ª parte, p. 103.

[8] Así en lo esencial también la jurisprudencia del *Reichsgericht*, hacia el final RG, 73, pp. 53 ss., 60; ampliamente al respecto, *Ulsenheimer*, Grundfragen, pp. 38 s.; *Walter*, Rücktritt, pp. 1 ss., 18 s.; aisladamente también el *Bundesgerichtshof*; así, junto a otras consideraciones, BGH, 6, pp. 85 ss., 87; BGH, JR, 1963, pp. 466 s.; discrepando expresamente, BGH, 9, pp. 48 ss., 52.

rio (autodenuncia en el delito fiscal, § 371 AO)— a un motivo de desistimiento en la práctica muy aislado [9]. Además, no se ajusta a la tentativa cualificada (*vid. infra* 26/48), cuando lo ya consumado tiene alguna importancia, ni a los casos de desistimiento de la tentativa objetivamente no consumable con arreglo al § 24, párrafo 1, inciso 2, y párrafo 2, inciso 2, 1.er grupo de casos, StGB. Con todo, la radical impunidad establecida en la ley sólo cabe entenderla como reconocimiento de un interés en el desistimiento [9a].

b) La jurisprudencia argumenta hoy sobre todo en el sentido de una teo- 6
ría del fin de la pena (también llamada teoría del indicio) [10], en virtud de la cual el desistimiento muestra que la «voluntad delictiva del autor» no ha sido lo suficientemente intensa como para ejecutar el hecho; la peligrosidad del autor puesta de manifiesto en la tentativa, mediante esta continuación se revela como insignificante, y la pena no es adecuada en esta situación ni por motivos preventivos-especiales ni preventivo-generales, y, finalmente, tampoco según la «idea de justicia» [11]. Esta teoría formula algo casi evidente: Una institución jurídica tan antigua como el desistimiento no podrá estar configurada en oposición a los fines de la pena. Sin embargo, las directrices para la decisión, según esta teoría, sólo se pueden obtener tan imprecisamente como, a la inversa, a partir de consideraciones difusas sobre el fin de la pena sólo cabe obtener una teoría de la imputación imprecisa [12].

c) Las teorías de la disminución de la culpabilidad [13] y del injusto de la 7
tentativa se ocupan de un fragmento de lo que las teorías del fin de la pena

---

[9] *Vid.* al respecto, *Ulsenheimer*, Grundfragen, NJW, 1955, pp. 68 ss., con bibliografía, p. 274; *Bockelmann*, NJW, 1955, pp. 1417 ss., 1420.

[9a] No obstante, es incorrecto tomar a la teoría político-criminal como vehículo para exonerar al autor de la responsabilidad por aquel injusto de tentativa en cuya continuación hasta la consumación (o hasta la frustración) él ya no puede influir. Lo cual ocurre con respecto a la consideración conjunta *(Roxin*, JuS, 1981, pp. 1 ss., 8; *Kienapfel*, Pallin-Festschrift pp. 205 ss., 215, entre otros; en contra, 26/14 ss.), y con respecto al desistimiento de la tentativa acabada *(infra* 26/19, 21 ss.): Sólo una Política Criminal de miras estrechas anula reglas generales (es decir, la igualdad ante la ley) en aras de una conservación concreta de un bien. Con reflexiones *de ese género* se podría incluso dejar impune al asesino al que se persigue sólo porque renuncia a matar también a sus perseguidores.

[10] Junto a otras consideraciones, ya BGH, 6, pp. 85 ss., 87; más claro, BGH, 9, pp. 48 ss., 52; 14, pp. 76 ss., 80; sin partir de una concepción, BGH, 22, pp. 330 ss., 332, y las sentencias inclinadas hacia la perspectiva del plan del hecho, BGH, 31, pp. 170 ss.; 33, pp. 295 ss.; 35, pp. 90 ss.; entre otras; detalladamente, *Ulsenheimer*, Grundfragen, pp. 39 ss.; de entre la doctrina, además, *Roxin*, Heinitz-Festschrift, pp. 251 ss., 269 (siendo, para *Roxin* —como para la postura aquí asumida—, fin de la pena y culpabilidad conceptos coherentes); *Schönke-Schröder-Eser*, § 24, núms. margs. 2 s.; *SK-Rudolphi*, § 24, núm. marg. 4; *Schmidhäuser*, AT, 15/69; *el mismo*, Studienbuch, 11/68; en lo esencial también *Maurach-Gössel*, AT, II, § 41, núms. margs. 10 ss.; asimismo («exclusión de la responsabilidad próxima a la determinación de la pena»), *Bottke*, Methodik, pp. 565 ss., 611 s. Orientada al fin de la pena está también la concepción de *Walter*, Rücktritt, pp. 43 ss., que interpreta la figura del desistimiento como integración, propia del Derecho penal del autor, del sometimiento a prueba *(Bewährung)* en la imputación del hecho; al respecto, *Küper*, GA, 1982, pp. 228 ss.

[11] En tal sentido, BGH, 48 ss., 52.

[12] En el mismo sentido crítico, *Ulsenheimer*, Grundfragen, pp. 78 s.

[13] *Ulsenheimer*, Grundfragen, pp. 91 ss., 103; *Roxin*, Kriminalpolitik, pp. 33 ss., 35 ss.; *el mismo*, Heinitz-Festschrift, pp. 251 ss., 273 ss. (*vid.* no obstante también nota 10); en la mayoría de los partidarios de la teoría del fin de la pena, la atenuación de la culpabilidad es, más o menos tácitamente, base del juicio, *vid.*, p. ej., *SK-Rudolphi*, § 24, núm. marg. 6.

sólo denominan en cuanto a su resultado [14]. Ambas teorías dan nombre a aspectos acertados, pero no los únicos acertados.

8 *d)* La teoría, tan difundida, de la gracia o premial [15] se limita a formular un —desde luego no evidente— presupuesto de la impunidad, el de que la tentativa antijurídica y el comportamiento conforme a deber del desistimiento deben valorarse conjuntamente. Pero esta teoría no contesta a por qué esto ha de ser así, a saber, debido a la reciprocidad en el tipo y la culpabilidad (tipo de desistimiento y voluntariedad).

II. EL TIPO DE DESISTIMIENTO EN EL AUTOR EJECUTOR

A. La tentativa inacabada

9 1. *a)* Si el autor aún no ha realizado todo lo necesario para la ejecución y si siguiera obrando se produciría el resultado (tentativa inacabada, no fallida), para el desistimiento basta con que no siga actuando (§ 24, párrafo 1, inciso 1, 1.er grupo de casos, StGB). Este abandono del hecho sólo es factible en una situación que permite aún la posibilidad de desarrollo ulterior del plan de la acción con perspectivas de resultado. Ejemplo: Quien se propone hurtar un dineral y sólo encuentra algunas monedas, no abandona la tentativa de hurto si no se lleva nada [16]. Está excluido el desistimiento en todas sus formas cuando el autor ha perdido sus alternativas de conducta (consumar o desistir). El autor que fracasa prematuramente, *ceteris paribus* experimenta menos situaciones de desistimiento que aquel que realiza con éxito la acción ejecutiva. Así un ataque deficiente puede cerrar una posibilidad de desistimiento que en cambio se ofrece en un ataque enérgico. Este y otros elementos que a continuación se expondrán hacen necesaria la revisión en su conjunto del § 24 StGB.

9a *b)* En la medida en que el autor aún no ha ejecutado ninguna acción que a su juicio podría producir ineluctablemente el resultado, un fracaso reparable no impide el desistimiento cuando la parte fracasada y lo que la reemplaza formarían *un* comportamiento delictivo. La situación es distinta a la de la tentativa acabada fracasada: Si en ésta fuera posible el desistimiento mediante abandono voluntario del hecho, el autor estaría mejor situado en caso de fracasar (sin fracaso, en todo caso, un mero no seguir actuando no constituiría desistimiento); en la tentativa inacabada no se produce ninguna posición mejor. Un fracaso es desde luego reparable sólo cuando el autor tiene a su disposición una posibilidad de repetición que comporta una probabilidad de resultado al menos igual a la que le ofrecía el comportamiento fracasado. Ejemplo: El asesino al que se le va la víctima del punto de mira, desiste si podría volver a apuntarla con al menos las mismas posibilidades, pero no si la víctima se aleja tanto que la posibilidad de acertarla desciende sensiblemente, pues con este descenso el

---

[14] *V. Hippel*, Untersuchungen, pp. 58 ss.; con limitaciones también *v. Scheurl*, Rücktritt, pp. 25 ss., y *Bloy*, Bedeutung, pp. 166 ss.

[15] *Jescheck*, AT, § 51, I, 3; *Bockelmann*, NJW, 1955, pp. 1417 ss., 142; *Bockelmann-Volk*, AT, § 27, V, 4 (p. 214); *Baumann-Weber*, AT, § 34, I, 1, etc.

[16] Incorrecta la ubicación del problema en la voluntariedad que lleva a cabo BGH, 4, pp. 56 ss.; 13, pp. 156 s.; acertadamente, *Bottke*, Rücktritt, pp. 23 s., con bibliografía.

autor renuncia a menos de aquello a lo que ha dado comienzo; dicho de otro modo, la parte fracasada ya no la puede alterar.

2. En caso de interrupción del comportamiento de tentativa, con dolo de continuar más tarde (acerca de ello, *infra* 26/35), hay que distinguir: 10

a) La acción de tentativa se abandona siempre que la tentativa y la continuación no realizan el mismo tipo [17]. Ejemplo: Quien renuncia a la tentativa de robo para violar a la víctima que había elegido, abandona en todo caso el robo (naturalmente, ello no en todo caso voluntariamente), si bien no las coacciones.

b) Si la continuación realizara (al menos también) el mismo tipo que la tentativa, se abandona la tentativa siempre que, y sólo si, la continuación no se puede reunir (también) con la tentativa en *una* realización del tipo cuantitativamente aumentada [17a]. Si existe la unión, el autor no abandona la fase de tentativa (pero las partes —voluntariamente— abandonadas no deben agravar en la determinación de la pena) [17b]. Por lo demás, no es necesario que el autor quiera «dejar en paz» para siempre el objeto del ataque; basta con que *ahora* ya no dé comienzo directamente. Ejemplos: El ladrón que se marcha tras la tentativa de robo en domicilio para durante horas buscar coautores, abandona la tentativa porque falta una acción unitaria en sentido «natural» o jurídico [18]. Quien interrumpe el acometimiento con un cuchillo contra su vecino para apuñalar a la mujer de éste, abandona la tentativa de lesiones peligrosas sobre su vecino, porque los ataques contra bienes personalísimos de personas distintas nunca cabe reunirlos en una realización del tipo unitaria (*infra* 32/19). Las soluciones son discutidas en la medida en que en ocasiones se exige no sólo el alejamiento con respecto al hecho concreto, sino con respecto a todo el contexto del plan [19]. Pero como sólo se discute la tentativa iniciada en concreto, únicamente puede importar el abandono de ésta [20]. Los planes delictivos que al menos no han alcanzado la fase de tentativa son irrelevantes para el desistimiento *de la tentativa*; el comportamiento *preparatorio* punible puede seguir siendo punible (sobre ello, *infra* 27/15). Alejarse del principio de que sólo se puede tener en cuenta el hecho concreto vulnera el principio del hecho en favor de consideraciones eticistas [20a].

---

[17] *Herzberg*, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 709 ss., 716; *de otra opinión*, *Streng*, NStZ, 1985, pp. 359 ss., con el argumento de que la identidad de tipo es, *sub specie* § 24 StGB, en todo caso «casual» cuando el autor prosigue el mismo «ataque al bien jurídico, pero a nivel superior» (p. 359); sin embargo, no hay ataques punibles a bienes jurídicos aparte de los ataques tipificados.

[17a] *Vid. infra* 32/1 ss., 5 ss.; en contra de la relevancia de la llamada relación de continuación, *vid. Lenckner*, Gallas-Festschrift, pp. 281 ss., 304, de *infra* 32/38 ss. BGH, 33, pp. 142 ss., con comentario crítico de *Streng*, NStZ, 1985, pp. 359 ss., atiende a la relación de continuación en un caso en que también se podría haber apreciado una acción unitaria en sentido jurídico.

[17b] En definitiva tamnbién BGH, 33, pp. 142 ss., 146 s.

[18] Esencialmente así también *Maurach-Gössel*, AT, II, § 41, núms. margs. 51 ss. De otra opinión, BGH, 21, pp. 319 ss., 332; detalladamente al respecto, *Hruschka*, JZ, 1969, pp. 495 ss.; ecléctcamente, *Schönke-Schröder-Eser*, § 24, núm. marg. 40; *LK-Vogler*, § 24, núm. marg. 79.

[19] RG, 72, pp. 350 ss., 351; BGH, 7, pp. 296 ss., 297; *Baumann-Weber*, AT, § 34, II, 1 *a*; *SK-Rudolphi*, § 24, núm. marg. 18; *Welzel*, Strafrecht, § 25, I, 2 *b*.

[20] *V. Liszt-Schmidt*, Strafrecht, § 46, III; *Schmidhäuser*, AT, 15/81; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 41, núm. marg. 51; *Heinitz*, JR, 1956, pp. 248 ss.; *Lenckner*, Gallas-Festschrift, pp. 281 ss., 303; *Lewisch*, ÖJZ, 1990, pp. 396 ss., 399 s.

[20a] Atinadamente, *Herzberg*, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 709 ss., 718.

10a 3. Si el autor no repara en que podría seguir actuando, acabar la tentativa, y así consumar el delito, precisamente porque ha perdido el interés, ello no excluye el abandono del hecho. Ejemplos: Una parte de la hoja del cuchillo empleado para descerrajar la puerta se rompe en seguida; el autor entiende que eso es mala señal y, sin reparar en que también el cuchillo roto constituiría un medio idóneo para el robo en domicilio planeado de antemano, se marcha a casa. El intruso, al contemplar las obras de arte en el museo, se olvida de llevarse la caja. Se trata de extensiones de la regulación, formulada desde el punto de vista psicologizante, del § 24 StGB, en favor del autor.

Al igual que en la fundamentación del injusto hay ceguera ante los hechos que no debe *ex*culpar (y que, debido a la rígida regulación del § 16.1 StGB *de lege lata* por supuesto exculpa; *vid. supra* 8/5 s.), así en el desistimiento no deberá *in*culpar la ceguera compatible con la motivación favorable al Derecho. Con ello, sin embargo, no se elimina el que la ceguera hostil al Derecho en el desistimiento *ex*culpa tanto como en la tentativa: Quien considera inacabada la tentativa a la ligera, pero a fin de cuentas acertadamente, puede desistir simplemente con no seguir actuando (al igual que aquel que a la ligera no advierte la adecuación para el resultado de su conducta, no comete por eso ya tentativa).

4. *Problemas de error*:

11 *a)* Si el autor considera la tentativa ya fracasada [21], aun cuando objetivamente aún sea idónea, el dejar de actuar no supone decidir en una alternativa y por tanto tampoco decidir contra lo hecho hasta entonces. Falta ya la consciencia de que se ha abandonado el delito (esta consciencia es comparable al dolo en la tentativa). Ejemplo: El vendedor que pretende estafar se aparta del interesado en comprar porque cree que no hay modo de convencer a éste de la veracidad de la garantía (engañosa); en realidad, el vendedor está ya decidido a comprar; no hay abandono del hecho.

12 *b)* Si el autor considera que la actuación posterior puede dar lugar al resultado, aun cuando la tentativa ya haya fracasado objetivamente, el autor puede abandonar el hecho —invirtiendo la fundamentación subjetiva de la tentativa— [22], dado que desde su punto de vista queda una alternativa en la que decidir y la renuncia a la posterior actuación supone dirigirse contra la tentativa. Ejemplo: Un vendedor que pretende estafar, y que ignora que ya le han descubierto sus intenciones, no prosigue el negocio iniciado; abandono del hecho.

13 *c)* Si la consumación ya está suficientemente condicionada o incluso producida, aun cuando el autor suponga que aún no ha hecho todo lo necesario (ejemplo: El edificio se incendia sorprendentemente tras haber derramado gasolina), hay que distinguir:

---

[21] El concepto de fracaso *(Fehlschlag)* se utiliza en distintos sentidos; *vid. Schmidhäuser*, AT, 15/77, nota 13; *LK-Vogler*, § 24, núms. margs. 23 ss.; *Otto*, GA, 1967, pp. 144 ss.; *Gössel*, ZStW, 87, pp. 3 ss.; *Bottke*, Methodik, pp. 355 ss.; *el mismo*, Rücktritt, pp. 21 ss.; *Roxin*, JuS, 1981, pp. 1 ss., 2. A partir de aquí se indicará si se está aludiendo a una perspectiva objetiva o subjetiva.

[22] ¡En el sentido del § 24, párrafo 1, inciso 1.º, 1.er grupo de casos, no p. ej. del párrafo 2! Pues el que —así en el inciso 2— un «hecho no se consuma sin intervención del que desiste» presupone que el hacer de quien desiste ha llevado el hecho, presuntamente, hasta la tentativa.

a') Si el autor considera fracasada la tentativa, falta el abandono del hecho por falta de una alternativa de conducta percibida, y el autor responde por tentativa. El que el resultado vaya a producirse o bien que ya haya acaecido no se le puede imputar al autor como hecho *doloso*, dado que desconocía las condiciones específicas del resultado (*vid. supra* acerca del problema de la consumación prematura 8/76) [23].

b') Si el autor percibe la producción del resultado, falta una vez más la alternativa y por tanto también el abandono.

c') Si el autor supone que se encuentra en la fase de la tentativa inacabada idónea, puede abandonar el hecho *doloso*, dado que la producción del resultado —ocurrida o inminente— no cabe imputarla como hecho doloso (de modo distinto, la doctrina dominante) [23a].

d') Queda intacta la posibilidad de responsabilidad por la producción imprudente del resultado.

5. El autor puede, en caso de injusto divisible, desistir de un injusto par- 13a
cial. Ello tiene lugar, en los hechos yuxtapuestos, mediante el abandono de uno de los cursos causales del hecho. Ejemplo: El autor, que ha dado comienzo al hecho de arrojar una bomba a dos víctimas, vacila hasta que una de las víctima esté fuera de peligro. En caso de injusto dispuesto escalonadamente basta que el autor abandone la realización del injusto cualificante ulterior antes de que se hayan producido las circunstancias a causa de las cuales se establece la cualificación [23b]. Quien penetra en una vivienda con el dolo de robar en seguida al morador, pero se decide, antes de la primera posibilidad de contac-

---

[23] En otro sentido la doctrina dominante, que aprecia delito doloso consumado en caso de producción prematura del resultado: Reponsabilidad por consumación. Para los desvíos inadecuados, *Schönke-Schröder-Eser*, § 24, núm. marg. 22 ss., distingue en función del momento en que se produzca el resultado; pero no se trata de la secuencia de cursos causales, sino de su imputación. *Vid.* asimismo *Wolter*, ZStW, 89, pp. 649 ss., 695. *Ulsenheimer*, Grundfragen, pp. 224 s., pretende eximir de pena, aun en caso de mero *peligro* objetivo de resultado, sólo de acuerdo con las reglas de la tentativa acabada. Lo cual constituye una ampliación consecuente de la protección de bienes jurídicos que persigue la doctrina dominante (consumación), pero un desconocimiento igualmente consecuente de la función del Derecho penal: Después del hecho (es decir, demasiado tarde ya para la protección de bienes), el Derecho penal ha de resolver conflictos sociales. También en caso de situación de peligro objetivamente existente, el desistimiento habla en contra de la tentativa, es decir, en favor de la norma. *Ulsenheimer*, en definitiva, se propone descartar siempre el desistimiento cuando la ausencia de resultado sólo sea producto del azar; en términos muy semejantes, *Eser*, Studienkurs, t. II, caso 33, núms. margs. 30 ss.; lo cual supone aplicar la teoría del injusto orientada subjetivamente (6/72 s.) al desistimiento, y es igualmente atacable como esa teoría: No hay ningún principio en el sentido de que el azar nunca haya de beneficiar al autor; *vid. infra* con respecto a la tentativa acabada, 26/18, 28.

[23a] Supuestamente consumación, *vid.* 8/76, con nota 150. En ocasiones, a pesar de apreciar (sólo) tentativa, se descarta la posibilidad de desistimiento que exonera de pena siempre que la producción del resultado sea objetivamente imputable (*Wolter*, ZStW, 89, pp. 647 ss., 695; *el mismo*, Leferenz-Festschrift, pp. 545 ss., 559 ss., 567, remitiéndose dudosamente a *Frank*, § 46, nota IV). Ello se basa en la idea del *versari in re illicita*, como se pone de manifiesto cuando, de modo objetivamente imputable, se produce otro resultado distinto al propuesto: El género del resultado producido es siempre casualidad, desde el punto de vista subjetivo, en caso de imputación *sólo* objetiva.

[23b] *De otra opinión*, BGH, NStZ, 1984, pp. 216 s.; *vid.* al respecto *infra* 26/48, con más bibliografía en nota 84 *a*.

to, a hurtar sólo y huir si aparece el morador, desiste de la tentativa de robo.

B. El límite entre la tentativa acabada y la inacabada

14 1. *a)* Una tentativa está, sin duda alguna, inacabada cuando el autor no ha hecho aún todo según su plan y desde una perspectiva objetiva falta el peligro de resultado [24]. Es muy debatido el tratamiento de aquellas tentativas sin resultado en las que el autor ha ejecutado ya acciones que, a su juicio, habrían podido producir la consumación o podrían aún, pero ve al mismo tiempo ulteriores posibilidades de actuar que en su opinión determinarían la consumación, si no estuviese ya suficientemente condicionada. Ejemplo: El autor que dispara con dolo de homicidio yerra el blanco con el primer disparo de varios posibles, o no sabe si ha acertado, o si con resultado letal; en cualquier caso desiste de seguir disparando.

La apreciación de tentativa inacabada, sobre todo por parte de la jurisprudencia (la llamada consideración global: el mero abandono del hecho constituye desistimiento que determina la impunidad) [25] se opone tajantemente a la de

---

[24] Ya en caso de peligro de resultado sólo objetivo se sobrepasa en muchas posiciones doctrinales el límite con la tentativa acabada, *vid.* 26/nota 23. *Borchert* y *Hellmann* (GA, 1982, pp. 429 ss., 437) pretenden distinguir en función de la «idoneidad objetiva para el resultado» y ello «en el momento de las actividades de desistimiento». En algún momento, desde luego, la inidoneidad para el resultado (tanto objetiva como subjetivamente) se pone de manifiesto en toda tentativa que no pasa de tentativa. Si el autor espera a este momento, entonces, según esta solución, quedaría absuelto meramente con no seguir actuando, aun cuando haya dejado pasar la fase intermedia de idoneidad objetiva para el resultado sin esforzarse por evitarlo. A la tentativa acabada (desistimiento sólo mediante actividades en sentido contrario) le seguiría, pues, la tentativa inacabada de un modo axiológicamente cuestionable: Las actividades de desistimiento anteriormente necesarias se tornarían obsoletas con el transcurso del tiempo.

[25] La reciente jurisprudencia, continuamente, para aquellos supuestos en los que el plan, *ex ante*, se dirige a varias acciones, o está cuantitativamente indeterminado, BGH, 10, pp. 129 ss., 131; 14, pp. 76 ss., 79; 22, pp. 330 ss., 332 s.; 23, pp. 356 ss., 359; BGH, NJW, 1980, p. 195; BGH, NStZ, 1981, p. 342; BGH, StV, 1981, pp. 514 y 514 s.; StV, 1981, p. 70; OLG Karlsruhe, NJW, 1978, pp. 331 s. (con comentario de *Küper*, NJW, 1978, pp. 856 s.; *Schroeder*, JuS, 1978, pp. 824 s.; supuesto de tentativa de extorsión que se interrumpe tras algunas acciones coactivas: La tentativa de coacciones está entonces acabada), la llamada *perspectiva del plan del hecho*; el abandono del hecho como desistimiento se afirmaba también cuando el autor, al final de la acción, pretende más acciones de un modo que fundamenta relación de continuación. Si en el plan sólo está incluida una acción, con arreglo a esta jurisprudencia estaría descartado el desistimiento mediante abandono; pero si en una situación así se ofrecen más acciones, la jurisprudencia corregía el insatisfactorio resultado reinterpretando el plan; BGH, 22, pp. 176 ss.; al respecto *Dreher*, JR, 1969, pp. 105 ss., 106; amplia exposición de la jurisprudencia en *Otto*, GA, 1967, pp. 144 ss.; *Geilen*, JZ, 1972, pp. 335 ss. Después, la jurisprudencia abandona abiertamente la perspectiva del plan del hecho y atiende a cómo se presenta la situación tras la última acción ejecutiva, es decir, si a juicio del autor es posible seguir actuando (tentativa inacabada, desistimiento con el mero no continuar actuando) o no (tentativa fracasada): Decisión en función de la llamada *perspectiva del desistimiento*; BGH, 31, pp. 179 ss., 175 ss.; 33, pp. 295 ss., 297 ss., con comentario favorable de *Roxin*, JR, 1986, pp. 424 ss. (con respecto al *obiter dictum* en el sentido de que la tentativa está acabada ya en caso de «conocimiento de las circunstancias reales que sugieren la producción del resultado», p. 299, *vid. Weidemann*, GA, 1986, pp. 409 ss.); BGH, 34, pp. 53 ss., 56 s., con comentario favorable de *Rengier*, JZ, 1986, pp. 964 ss., y comentario de *Fahrenhorst*, NStZ, 1987,

tentativa acabada (la llamada consideración individual) [26], y dependiendo del aspecto subjetivo incluso sin posibilidad de desistimiento [27].

b) Debería estar fuera de discusión que las reglas de la tentativa acabada se aplican cuando el autor, tras la ejecución de la acción, cuenta con la posibilidad de que sobrevenga el resultado [27a], pues de otro modo podría desistir con el simple abandono del hecho, aun cuando, debido a su comportamiento previo, de acuerdo con las reglas de los delitos de omisión impropia dolosa, estaría obligado a intentar evitar el resultado [28]. Pero incluso en los casos restantes —es decir, en la idoneidad para el resultado dada *ex ante* de las acciones ejecutadas— la tentativa ha de tratarse como acabada, pues tan pronto como el autor deja seguir su curso, según su plan, a un proceso causal (objetivamente exitoso o no), aunque sólo sea eventualmente (al menos con dolo eventual), ese proceso causal pertenece a partir de entonces al actuar pasado del autor, es decir, el autor ya no tiene actualmente nada que ver con el proceso causal, a no ser que lo revoque mediante medidas de evitación (es decir, según las reglas para el desistimiento de la tentativa acabada) [29]. Un simple abandono del 15

---

pp. 278 s.; BGH, 35, pp. 90 ss., 91 ss., con comentario favorable de *Rengier*, JZ, 1988, pp. 931 ss.; BGH, NJW, 1986, pp. 1001 ss., con comentario en lo esencial favorable de *Roxin*, JR, 1986, pp. 424 ss., 427; BGH, NStZ, 1986, pp. 264 s.; StV, 1987, p. 529; en *Holtz*, MDR, 1988, p. 29; StV, 1989, pp. 246 s.; BGH, 36, pp. 224 ss., con comentario crítico de *Ranft*, JZ, 1989, pp. 1128 s. (error, posteriormente subsanado, del autor sobre la situación de desistimiento); BGH, NStZ, 1990, pp. 30 ss., con reseña desfavorable de *Schall*, NStZ, 1990, pp. 623 ss.; implícitamente también BGH, 35, pp. 184 s. (con respecto a esta sentencia, *vid.* asimismo *infra* 26/nota 59); más conjunción de la jurisprudencia en *Kadel*, ÖJZ, 1987, pp. 269 ss. Para la crítica, *vid. Herzberg*, NJW, 1986, pp. 2466 ss.; *el mismo*, JuS, 1990, pp. 273 ss., y el texto que sigue. Acerca de la tentativa fracasada (el autor no ve posibilidad alguna de continuar actuando): BGH, NStZ, 1989, pp. 18 s. En favor de la consideración conjunta, *Roxin*, Heinitz-Festschrift, pp. 251 ss., 267 ss.; *el mismo*, JuS, 1981, pp. 1 ss., 6 ss.; *Schmidhäuser*, AT, 15/78; *el mismo*, Studienbuch, 11/79 s.; *Wessels*, AT, IV, 3; *Bottke*, Methodik, pp. 467 s.; *el mismo*, Rücktritt, pp. 27 s.; *LK-Vogler*, § 24, núms. margs. 65 ss.; *Ranft*, Jura, 1987, pp. 527 ss., 532 ss. (si es posible una continuación del mismo *género* y si se ejecutó completamente la acción de tentativa imaginada no con *dolo eventual*).

[26] *Baumann-Weber*, AT, § 33, II; *Ulsenheimer*, Grundfragen, pp. 217 ss., 240 s.; *Gutmann*, Freiwilligkeit, pp. 92 ss.; *Burkhardt*, Rücktritt, pp. 90 ss.; *Maiwald*, Handlungseinheit, p. 92; *Geilen*, JZ, 1972, pp. 335 ss., 337, 342 s.

[27] Acerca de las distinciones que siguen, *vid. Jakobs*, JuS, 1980, pp. 714 ss.; *Schönke-Schröder-Eser*, § 24, núm. marg. 21. Eclécticamente, con distintas fundamentaciones, entre las diversas posturas, *Maurach-Gössel*, AT, II, § 41, núms. margs. 46 ss., 81; *Jescheck*, AT, § 51, II, 3 *c, d*; *SK-Rudolphi*, § 24, núm. marg. 14. Sobre el Derecho japonés, *Yamanaka*, ZStW, 98, pp. 761 ss.

[27a] En esto acertadamente también BGH, 31, pp. 170 ss., 175, con comentario favorable de *Rudolphi*, NStZ, 1983, pp. 361 ss., y *Kienapfel*, JR, 1984, pp. 72 ss., y reseña de *Mayer*, MDR, 1984, pp. 187 ss.; BGH, NJW, 1985, p. 2428; BGH, 33, pp. 295 ss., 299 s.; BGH, NStZ, 1986, pp. 1986, pp. 312 s.; en *Holtz*, MDR, 1987, p. 927.

[28] Supuesta la capacidad de acción, etc.; a ello alude *Geilen*, JZ, 1972, pp. 335 ss., 339; de acuerdo en esto *Bottke*, Methodik, pp. 425 s.

[29] Ello lo pasa por alto *Bottke*, Methodik, pp. 467 s. *Walter*, Rücktritt, p. 115, se da cuenta de la cesura, pero indica que el autor, de existir la posibilidad de continuar actuando, puede responder aún a las expectativas si se le abre «otra perspectiva de comportamiento de previsión» (loc. cit., p. 121). Sin embargo, esta interpretación sólo tiene éxito si se desmaterializan las fases legales del delito y se considera que aquello en lo que el autor tiene que responder a las expectativas es en la evitación de un «perjuicio social» futuro, que en todo caso sigue a la tentativa (loc. cit., p. 52). Pero no se está teniendo en cuenta que una tentativa fracasada, como exteriorización no revocable de un comportamiento que defrauda expectativas, constituye por su parte ya un «perjuicio social».

continuar el hecho ya no está vinculado con el proceso causal que se le ha ido de las manos; el mero omitir ulteriores tentativas no constituye desistimiento.

16 2. El interés político-criminal en que no tengan lugar ulteriores tentativas habla en contra de la solución mencionada. No obstante, esto por sí solo no significa nada, dado que la solución se deriva del despliegue de funciones jurídico-penales de carácter *general* y por eso prevalece sobre la posibilidad de solución *individual*, inconexa sistemáticamente [30]. El injusto existente en estos casos no es escaso por motivos imputables, sino fortuitamente. Tal injusto sólo se podría compensar si el autor realizase una obra meritoria que vaya más allá de cumplir su deber (aun cuando entonces la compensación supondría un método burdo de delimitar lo punible con respecto a lo impune). Dado que naturalmente desde un punto de vista objetivo no es posible nada meritorio (el cumplimiento del deber llega hasta el hecho de que no se produzca daño), cabe determinar un superávit de merito a lo sumo en el ámbito subjetivo; para compensar el injusto ya no dominable se pueden establecer especiales exigencias en relación con la voluntariedad de la conducta de desistimiento. En lugar de la actitud meramente legal hay que exigir entonces una aceptación interna del Derecho, arrepentimiento o algo similar [30a]. Obviamente, algo así es, en su limitación a lo subjetivo, incomensurable con la tentativa como suceso objetivo; además, el mirar de reojo hacia lo interno convierte en impracticable la regulación del desistimiento. De todos modos, tal solución sería más defendible que la de la jurisprudencia, que pretende admitir el desistimiento a pesar del injusto no escaso, pero tampoco aporta nada a la compensación [30b]. En definitiva, interesa resaltar que el autor no puede hacer que lo pasado no haya ocurrido: Todo fracaso individual excluye el desistimiento. Acerca del problema de falta de motivo para continuar actuando en la tentativa no fracasada, *vid. infra* sobre la voluntariedad 26/39 s.

17 3. En conjunto se trata de una consecuencia no enteramente satisfactoria del principio del todo o nada establecido en el § 24 StGB [30c]. De todos modos, se puede tener en cuenta, como comportamiento posterior al hecho, el comportamiento no suficiente, pero sí semejante al desistimiento (§ 46, párrafo 2,

---

[30] Esto lo olvidan *Otto*, GA, 1967, pp. 144 ss., 149, y *Roxin*, Heinitz-Festschrift, pp. 251 ss., 267, cuando señalan que el autor, al abandonar, pone de manifiesto objetivamente que deja el camino del delito. Lo cual puede ponerse también de manifiesto tras la consumación. Lo importante sería no sólo que se abandone ese camino, sino que se desande el trecho dejado atrás, lo que no obstante resulta imposible tras un fracaso. El argumento, tan difundido, *en favor de* la solución que aquí se defiende, en el sentido de que es axiológicamente absurdo mantener la posibilidad de exención de pena para el autor con un plan delictivo asegurado —escrupulosamente y con varias vías— hacia el resultado, no es correcta. Como señala *Herzberg*, Blau-Festschrift, pp. 97 ss., 113, 116 ss., el que procede con varias vías efectúa un renuncia que el que se ha preparado insuficientemente ya no puede llevar a cabo, una vez que ha consumido sus medios. Incluso al autor de la tentativa inacabada le beneficia esta renuncia, *vid. supra* 26/9. *Vid.* asimismo *infra* 26/39 *a.*

[30a] *Vid. Jakobs*, JZ, 1988, pp. 519 s.

[30b] La única razón para justificar tales beneficios podría ser el interés por la conservación de bienes, pero entonces la voluntariedad tendría que orientarse *en función de ello*. Entonces sólo actuará voluntariamente quien deje de perjudicar al bien por inteligencia o por miedo a la pena. Pero no es éste el concepto de voluntariedad que emplea la jurisprudencia. Al respecto, *Jakobs*, JZ, 1988, pp. 519 s.

[30c] En el mismo sentido, *Bergmann*, ZStW, 99, pp. 329 ss., con propuestas *de lege ferenda*, pp. 351 ss.; *vid.* también *el mismo*, Milderung, pp. 180 ss.

último grupo de casos StGB), lo que en los supuestos límites conduce a la atenuación del marco penal (§ 23.2 StGB).

C. La tentativa acabada

1. *a)* Acabada es, según los principios *supra* desarrollados, toda tentativa en cuya ejecución el autor juzgó, al menos con dolo eventual, que la consumación podría producirse sin ulterior actuación [30d]. 18

Es indiferente en qué elemento del tipo, de los varios elementos necesarios cumulativamente, el desistimiento impide la realización. Por lo general, se tratará de la evitación del resultado externo; sin embargo, es posible —aun cuando no precisamente importante en la práctica— también la evitación de la consumación procurándose un consentimiento que excluye el tipo [31] o algo similar. Ejemplo: El autor compra al propietario la cosa cuya destrucción ha pretendido en tentativa idónea acabada, antes de la consumación del resultado. Si el autor, en los delitos de resultado cortado, tras la conclusión de la tentativa, puede impedir la consumación mediante el simple abandono de su dolo de continuar actuando (*supra* 8/92 *a*), entonces este abandono basta también como conducta de desistimiento. Ejemplo: En un hurto en autoría mediata, el autor decide, tras haber enviado definitivamente al instrumento, pero antes de que éste haya penetrado en la esfera de custodia ajena, no privar al propietario para siempre del objeto del hecho, sino sólo utilizarlo provisionalmente.

b) El desistimiento está descartado cuando lo que se impide no es la consumación pretendida, sino que, tras la ausencia del resultado pleno o temprano, sólo se impide el resto que falta, o el resultado atrasado que aún falta; pues la consumación que no se ha producido no cabe ya impedirla. Ejemplos: El autor ha disparado a la víctima y considerado posible que la haya acertado con un disparo en el corazón, produciéndole la muerte; sin embargo, sólo le ha alcanzado en una extremidad y puede incluso aún salvarla [32]. El autor incendia un cobertizo de madera ajeno; extingue el fuego, después de llegar a la conclusión de que como máximo va a resultar destruido el techo. En esta situación, el autor puede que evite una consumación más leve o posterior, pero no una consumación en el pleno alcance de su dolo, pues éste está ya agotado en parte mediante el fracaso (subjetivo) [33]. También el paralelismo con la responsabilidad por delito de omisión impropia remite a esta fundamentación y limi- 19

[30d] Mientras que para la jurisprudencia una tentativa es acabada cuando (a) o el autor, tras la ejecución de la acción, estima que el resultado va a producirse sin más intervención suya (tentativa acabada idónea), o bien (2) ha agotado sus posibilidades de actuar (tentativa acabada fracasada). Acerca del problema de la determinación de las posibilidades de acción en el dolo eventual, *vid. infra* 26/39 *a*. Cuando BGH, StV, 1988, p. 201, señala que en caso de dolo eventual la tentativa sólo se consuma «cuando el autor, tras la última acción ejecutiva, consideró (al menos) posible la producción del resultado típico», se olvidó la posibilidad acabada de mencionar en (2).

[31] *Arzt*, GA, 1964, pp. 1 ss.; la evitación, teóricamente construible, de una consumación antijurídica determinando la justificación también eximiría de pena.

[32] *Vid.* BGH, StV, 1982, p. 219, según la cual sin embargo en la situación descrita sería aún posible una evitación del resultado imputable a título de desistimiento; en términos semejantes BGH, StV, 1982, p. 467.

[33] BGH, NStZ, 1981, p. 388, deja ostensiblemente sin abordar la cuestión.

tación de la posibilidad de desistimiento: En caso de capacidad fortuita de evitación, el obligado tiene que actuar; pero lo que finalmente no se ha producido no se puede ni se debe aún evitar [34].

Siempre que no se hayan producido los plenos efectos, posibles según la representación del autor, del comportamiento de tentativa, la tentativa está fracasada en parte [35]; la evitación de aquella consumación que aún puede producirse a través de los efectos reducidos (es decir, frente a lo propuesto, más levemente o más tarde) no libera de responsabilidad por tentativa. Ello es aplicable con mayor razón cuando el comportamiento de tentativa cabe dividirlo en varias acciones singulares, cada una de por sí adecuada para el resultado. Dado que entonces la primera acción singular, en tanto que el resultado no se ha producido, ya convierte en fracasada (subjetivamente) a la tentativa, mediante la evitación del resultado no puede convertirse en impune la tentativa en su totalidad. Ejemplo: Quien mediante el primer disparo que ha realizado con dolo de matar inmediatamente no acierta a la víctima, no queda impune sólo porque con el siguiente disparo la acierte mortalmente, pero en el último instante llame a un médico, que salva a la víctima. Naturalmente, el comportamiento similar al desistimiento constituye una causa de atenuación del marco penal según el § 23.2 StGB.

19a *c) a')* El desistimiento está también excluido cuando el autor ya no puede evitar la consumación *con seguridad*, sino con mayor o menor probabilidad. Y ello por la siguiente razón: Si el autor puede disminuir aún el riesgo de resultado, pero no eliminarlo, queda un resto de riesgo creado imputablemente por el autor, y ya no influible. Si se realiza este riesgo, se da consumación (indiscutido); y si no se realiza, hay una tentativa que ha fracasado (en contra, la opinión dominante, sobre ello 26/21). Si el resto de riesgo no se valorara como tentativa, tampoco se podría valorar como consumación, consecuentemente, cuando se realiza. El esfuerzo del autor por evitar el resultado, que no surte efecto con seguridad, sólo cabe valorarlo, pues, como comportamiento *general* posterior al hecho, pero no como desistimiento. Esta valoración debe llevarse a cabo de modo que sólo se le inculpe por la tentativa del riesgo restante. Sobre todo, el desistimiento de aquella tentativa de homicidio que ocasiona lesiones considerables estará prácticamente excluido. El tenor literal del § 24.1 StGB no se opone a esta solución: Ahí se impone obligatoriamente el criterio de que el autor no responde por la consumación que evita; pero de ahí no se deriva que el autor deba quedar impune cuando deja un resto de riesgo en el que no puede influir, es decir, no impidiendo la consumación *de éste*.

---

[34] Acerca de la relación entre perspectivas de desistir y azar, *vid. Arzt*, GA, 1964, pp. 1 ss.

[35] En las sentencias mencionadas *supra* nota 25, sobre la delimitación entre tentativa acabada e inacabada, se da, pues, una tentativa acabada fracasada que excluye en absoluto el desistimiento (dudoso sólo en BGH, 14, pp. 76 ss.). El que la doctrina mayoritaria pretenda apreciar al menos desistimiento mediante evitación del resultado (críticamente al respecto también *Arzt*, GA, 1964, pp. 1 ss.), bien puede ser una asunción acrítica de soluciones que en la época de la teoría político-criminal fueron apropiadas. *Herzberg*, Blau-Festschrift, pp. 97 ss., 118, propone eximir de pena sólo en caso de evitación activa del resultado, pero no en caso de mero abandono del hecho (la llamada teoría modificada del acto singular). Si el autor sólo hace necesaria la evitación del resultado con el acto que sigue a «n» actos, es decir si el abandono del hecho tras «n» actos no comportaría la exención de pena, pero sí evitar el resultado tras «n+1» actos... esto no es satisfactorio axiológicamente; al respecto acertadamente crítico *Rengier*, JZ, 1986, pp. 964 ss.

b') Con mayor razón está excluido el desistimiento cuando el autor ha creado varios riesgos y ya no puede revocarlos todos. Ejemplo: Quien envenena a su víctima y además la arroja al agua, no puede desistir del dolo de homicidio por medio de envenenamiento (pero sí de la tentativa de homicidio por ahogamiento), si sólo la saca del agua, pero no puede extraerle el veneno, y ello aun cuando el veneno no surta efecto. A menudo no se podrá discernir si el autor origina varios riesgos singulares o *un* riesgo total; también esto habla en favor de no apreciar desistimiento en el problema antes tratado de mera disminución de un riesgo, en relación con el resto de riesgo. Ejemplo: Quien procura un chaleco salvavidas a la víctima, a la que acaba de arrojar al mar en plena tormenta, no ha hecho nada contra el riesgo de que a la víctima se le escape el salvavidas y se ahogue. Quien con manos expertas venda las heridas de la víctima, que él ha causado hincándole un bieldo de manejar el estiércol, con sólo eso no influye en el peligro de muerte por tétanos. En cada caso, el autor responde por el resto de riesgo, aun cuando éste no se realice, no atendiéndose a si se ha de entender el riesgo restante como riesgo inicial disminuido o como riesgo distinto al inicial.

2. *a)* Para quedar impune una vez acabada la tentativa, el autor debe evi- 20
tar la consumación mediante una actividad propia (§ 24, párrafo 1, inciso 1, 2.º grupo de casos, StGB); se puede servir de auxilio ajeno [36], pero ha de ser él quien inicie la evitación y ésta debe poder serle imputada. Si el autor omite toda iniciativa porque considera fracasada la tentativa, según la situación objetiva responderá por tentativa o por consumación. Si la evitación no tiene éxito, no se da desistimiento si el curso causal conducente el resultado sigue siendo imputable [37]. Falta la posibilidad de imputar cuando, en virtud de los principios generales, no se realiza el peligro creado mediante la tentativa. Ejemplo: La víctima a la que se ha envenenado muere mientras la conducen al hospital, en un accidente de tráfico. No se da sino un caso particular de falta de realización del peligro de la tentativa cuando la víctima se niega, sin motivo razonable, a aceptar ayuda, o incluso estorba positivamente las medidas de auxilio [38].

b) El autor debe aprovechar plenamente la posibilidad segura de impedir 21
la realización del tipo. Si se limita a disminuir el peligro de realización del tipo, sin eliminarlo totalmente, responde por la tentativa que queda relativa a ese

---

[36] RG, 15, pp. 44 ss., 46; BGH, NJW, 1973, pp. 632 s. En otro sentido, *Herzberg*, NJW, 1989, pp. 862 ss., 866 s., que requiere la evitación *en concepto de autor* (pero no lo mantiene él mismo, *vid.* loc. cit.); en contra, *Rudolphi*, NStZ, 1989, pp. 508 ss., 510 s.; ampliamente, *Bloy*, JuS, 1987, pp. 528 ss., 534 s.

[37] En otro sentido la regulación en algunos preceptos especiales (§§ 83 *a*, párrafos 1 y 2; 84.5; 85.3; 129.6; 129 *a*, párrafo 5, StGB). Sin embargo, ¡todos estos preceptos contemplan, junto a la exención de pena, su reducción! Sobre la coordinación de estos preceptos, *vid. Schröder*, H. Mayer-Festschrift, pp. 377 ss. De todos modos, queda sin precepto especial la posibilidad de reducción del marco penal, con arreglo al § 23.2 StGB, en virtud de comportamiento semejante al desistimiento.

[38] En definitiva igualmente *Otto*, Maurach-Festschrift, pp. 91 ss., 99; *el mismo*, JA, 1980, pp. 641 ss., y 707 ss., 711; *Schröder*, JuS, 1962, pp. 81 ss., 89; *SK-Rudolphi*, § 24, núm. marg. 28; *Jescheck*, AT, § 51, IV, 1; *LK-Vogler*, § 24, núms. margs. 117 s.; *vid.* asimismo *Arzt*, GA, 1964, pp. 1 ss.; *Lenckner*, Gallas-Festschrift, pp. 281 ss., 292; *vid.* también *supra* con respecto a la imputación objetiva.

resto de riesgo (y si este resto de riesgo se realiza, también por consumación). La doctrina dominante y la jurisprudencia exigen desde luego mucho menos para el desistimiento, entendiendo que no es necesario que el autor disponga de una posibilidad segura de evitar la realización del tipo, no siendo ni siquiera necesario que aproveche plenamente la posibilidad percibida [39]; más bien bastará que aproveche cualquier posibilidad eficaz en definitiva [40]. Pero el hecho de que según esta posición pueda quedar impune quien intenta evitar la consumación menos eficazmente de lo que ha intentado realizarla, supone una contradicción valorativa. Tampoco se puede mantener consecuentemente la opinión de que basta un esfuerzo al final eficaz. Más bien, ello se verá imposibilitado debido a la responsabilidad por injerencia; pues en consideración a la responsabilidad por omisión, derivada de injerencia, existente tras la creación de un peligro de resultado (*infra* 29/41), no se exonera al autor si emprende conscientemente una posibilidad de evitación no óptima, aun cuando al final se revele eficaz. Queda una tentativa *de omisión*, de la que no se desiste. Ejemplo: Quien derriba a la víctima a golpes de modo que no considera improbable su muerte si no se busca auxilio, ciertamente desiste de la tentativa de homicidio mediante acción, según la opinión mencionada, si inicia un auxilio al final eficaz, pero no de la tentativa de homicidio mediante omisión, si su auxilio no supone un aprovechamiento óptimo de las posibilidades de evitación que tenía disponibles [41].

Además, al exigir para el desistimiento menos que el aprovechamiento *pleno* de una posibilidad de evitación *segura*, resulta otra contradicción valorativa más [42]: Quien *antes* de la tentativa emprende una medida contraria *ex ante* no

---

[39] BGH, NJW, 1985, pp. 813 s.; NJW, 1986, pp. 1001 s.; *Grünwald*, Welzel-Festschrift, pp. 701 ss., 715; *Lenckner*, Gallas-Festchrift, pp. 281 ss., 297; *SK-Rudolphi*, § 24, núm. marg. 27 ss.; más estrictamente, BGH en *Dallinger*, MDR, 1972, p. 751; *Rudolphi*, NStZ, 1989, pp. 508 ss., 513 s., atiende a si la salvación es una obra objetivamente imputable; pero *también* puede serlo la no salvación simultánea; *de otra opinión*, BGH, 31, pp. 46 ss., 48 ss.; BGH, NStZ, 1989, p. 525 (al respecto *Rudolphi*, NStZ, loc. cit.; *Herzberg*, JR, 1989, pp. 449 ss.; *el mismo*, NStZ, 1990, pp. 172 s.) (*vid.* asimismo BGH, NStZ, 1986, p. 27); *Roxin*, JR, 1986, pp. 424 ss., 427; también *LK-Vogler*, § 24, núms. margs. 121 s., pero en otro sentido, núm. marg. 123.

[40] También *Herzberg*, NJW, 1989, pp. 862 ss., 865 ss., pretende abrir la posibilidad de desistimiento ya cuando el autor sólo aprecia una *probabilidad* de revocación (en contra *supra* 26/19); naturalmente, requiere que el autor rinda lo óptimo en esta situación. Lo cual no subsana la contradicción valorativa, ya que así no cabe garantizar que el autor invierta en el desistimiento cuando menos tanto como ha invertido en la tentativa. Si se considera defendible la impunidad en tales casos (expresamente, *Bloy*, JuS, 1987, pp. 528 ss., 531 s.), ello sólo puede fundamentarse en el interés por el mantenimiento del bien. *Herzberg* interpreta el desistimiento óptimo en la situación, pero no seguro, en el sentido de que el autor hace todo lo que le es posible. Lo cual no es por sí solo determinante, ya que el autor no rinde lo suficiente, a saber, no proporciona seguridad alguna, y el que no *pueda* hacerlo —lo que *Herzberg* no tiene en cuenta— es asunto suyo.

[41] Lo olvida completamente BGH, StV, 1984, pp. 514 ss.; NJW, 1986, pp. 528 ss., 531.

[42] *Puppe*, NStZ, 19884, pp. 484 ss., 491, percibe esta contradicción y concede primacía al entendimiento general del desistimiento; por eso pretende dejar impunes en absoluto las tentativas cometidas con dolo eventual; en contra, *Herzberg*, NJW, 1989, pp. 862 ss., 867 ss. Sin embargo, se trata no sólo de dolo eventual. Ejemplo: El autor, en un duelo, abate de un disparo a la víctima, con dolo de homicidio, pero no sin antes tener dispuesto un médico. El médico salva a la víctima. *Herzberg* entiende que, en tanto que quede dolo, el esfuerzo por evitar introducido *antes* del hecho no es óptimo. Lo cual es cierto: Optimo es sólo lo que hace decaer el dolo. Consiguientemente, también el esforzarse tras acabar la tentativa tiene que eliminar el dolo, es decir, tiene que operar con seguridad.

óptima, pero eficaz en cuanto a su resultado, responde por tentativa, mientras que aquel que la emprende *después* de la tentativa, desiste, si se sigue la opinión esbozada. Ejemplo: El incendiario que, para evitar la consecuencia de muerte de los moradores de la casa, les avisa antes del hecho por teléfono (con éxito), comete tentativa de homicidio, si, a pesar de la advertencia, juzga no improbable la producción de esa consecuencia; pero podrá desistir cuando, dada igual situación subjetiva, avisa depués de prendido el incendio. Globalmente, sólo queda optar entre la exigencia de pleno conocimiento y aprovechamiento de una posibilidad segura, por una parte, y la sustitución de la coherencia dogmática por el burdo principio de «bien está lo que bien acaba», por otra (*vid.* asimismo acerca del desistimiento de la tentativa de omisión *infra* 29/119). Sería adecuado no requerir sólo que el autor *ex ante* considerara segura la evitación, sino también que haya verificado cuidadosamente su punto de vista; sólo así cabe evitar privilegiar al autor optimista a la ligera. Este requisito, obviamente, no lo establece la ley en la tentativa no fracasada (acerca de la tentativa fracasada, en seguida en el texto).

22 3. *La tentativa acabada cuyo fracaso se desconoce*: Si la consumación no puede producirse de ningún modo, sigue siendo posible el desistimiento mediante el esfuerzo serio por evitar, en tanto que el fracaso le esté oculto al autor, § 24, párrafo 1, inciso 2, StGB. Un esfuerzo serio es, a tenor de los principios aquí desarrollados, sólo el empleo de un medio tenido seriamente por seguro, para evitar la realización del tipo (acerca de la necesidad del efecto seguro, *supra* 26/19). Naturalmente, la doctrina dominante no requiere la seguridad, pero tampoco se da por satisfecha con cualquier conato de evitación [42a]: El autor debe emplear todo lo disponible, en tanto que ello sea razonable para la evitación, es decir, la evitación no tiene lugar con absoluta certeza; en otro caso, se argumenta, quedaría un elemento aleatorio evitable y por eso incompatible con la seriedad. El autor debe verificar la perspectiva de éxito de su iniciativa [42b], pues un intento de evitación que se tiene por seguro a la ligera (o, según la doctrina dominante, por en todo caso con muchas posibilidades) no es serio. Así como al autor nunca le perjudican como tentativa los esfuerzos supersticiosos o de otro modo comunicativamente irrelevantes (*supra* 25/22 s.), tampoco le benefician tales esfuerzos por evitar: Son serios sólo los esfuerzos comunicativamente relevantes [43]. Un esfuerzo menor puede conducir, como comportamiento similar al desistimiento, a modificar el marco penal, a través de los §§ 23.2, 49 StGB. El autor sólo se esfuerza por evitar cuando da comienzo directamente a la evitación, pero no ya con la preparación de este dar comienzo [44]. Ejemplo: Si el autor vuelve con su vehículo al lugar del hecho para

---

[42a] BGH, 31, pp. 46 ss., 48 ss.; 33, pp. 295 ss., 302; *vid.* BGH, NStZ, 1989, p. 525; en otro sentido, *Grünwald*, Welzel-Festschrift, pp. 701 ss., 715 s., omitiendo precisamente la seriedad; *vid.* asimismo *Gores*, Rücktritt, p. 210; *Römer*, Fragen, pp. 34 ss., 38 ss., se da cuenta de la necesidad de establecer paralelismo con la responsabilidad por tentativas de omisión (¡injerencia!).

[42b] *Walter*, Rücktritt, pp. 141 s.; *LK-Vogler*, § 24, núm. marg. 140; *de otra opinión*, *Lenckner*, Gallas-Festschrift, pp. 281 ss., 299; *Grünwald*, Welzel-Festschrift, pp. 701 ss., 715; *Bottke*, Rücktritt, p. 61; *Gores*, Rücktritt, pp. 211 ss.

[43] *Bottke*, Rücktritt, pp. 61 s.; *Gores*, Rücktritt, p. 195.

[44] Controvertido; tendencialmente como aquí, BGH, NJW, 1973, pp. 632 s.; *Blei*, JA, 1073, pp. 395 ss., 397; *de otra opinión*, *Schönke-Schröder-Eser*, § 24, núm. marg. 71.

auxiliar a la víctima, pero descubre que ya se ha prestado auxilio eficaz, ha aprontado esfuerzos, pero no los ha desplegado.

23 4. Es posible el desistimiento parcial. Ejemplo: Quien repara los extintores que previamente ha inutilizado, al ver que (conforme a lo que esperaba) se apresuran hacia el lugar del incendio personas dispuestas a extinguirlo, desiste de la cualificación del § 307, núm. 3, StGB (acerca del desistimiento del delito base, *vid.* § 310 StGB). Es aplicable paralelamente lo señalado en relación con la tentativa inacabada (*vid. supra* 26/13 a).

III. EL TIPO DE DESISTIMIENTO EN LA PARTICIPACION

24 A. El desistimiento del que ha actuado en último lugar no libera de responsabilidad a los otros intervinientes. Sin embargo, éstos pueden desistir por su parte, debiendo tenerse en cuenta, en todos los que no actúan en último lugar, que con lo que realizan ceden al mismo tiempo la ejecución del hecho a los subsiguientes, es decir, que por su parte ya lo han realizado todo cuando el hecho, en el último que actúa, o bien aún no ha llegado a la fase de tentativa o bien en todo caso no a la fase de tentativa acabada. El modo en que los partícipes desisten no puede regirse, pues, por el estado del hecho principal, lo cual lo tiene en cuenta el § 24.2 StGB. Este precepto tiene en cuenta, además, dificultando el desistimiento, la solidarización, llevada a cabo con la intervención, en el quebrantamiento de la norma de los otros partícipes [44a].

25 B. 1. El § 24.2 StGB regula únicamente el desistimiento, pero no de qué se responde cuando falta el desistimiento [45]. De ahí se deriva:

a) En tanto que el hecho principal no alcanza la fase de tentativa, sólo vienen en consideración como fundamentos de la responsabilidad, debido a la accesoriedad cuantitativa, los §§ 30, 31 StGB.

b) En tanto que el interviniente sólo determine la tentativa del hecho principal, si no desiste responde sólo por participación en la tentativa o por tentativa en autoría mediata (en cada caso, siempre que la tentativa esté conminada con pena).

c) En tanto que el interviniente determine la consumación, está excluido para él el desistimiento y por tanto la impunidad a éste vinculada.

26 2. *a)* Así está regulada la decisión sobre la cuestión de *cuándo el interviniente que determina sólo la tentativa, pero en todo caso también la tentativa, se exonera de la responsabilidad por determinar la tentativa*. Para entender la regulación hay que tener en cuenta que el hecho principal puede permanecer idéntico, sobre todo que puede estar consumado, cuando fracasa una tentativa pero ésta se transfiere a otra nueva tentativa. Por eso, un interviniente puede ocasionar *sólo* la tentativa de un hecho que luego «se consuma con indepen-

---

[44a] La legitimación de esta agravación es indiscutida; en contra, *LK-Vogler*, § 24, pp. 154 ss., con bibliografía.

[45] *Lenckner*, Gallas-Festschrift, pp. 281 ss., 282 s.; *Grünwald*, Welzel-Festschrift, pp. 701 ss., 706, 708; *Gores*, Rücktritt, pp. 21 ss., 136 s.; *LK-Vogler*, § 24, núm. marg. 160 s.; *de otra opinión*, *Dreher*, en: Beratungen Sonderausschuß, V, pp. 1760, 1762.

dencia de su anterior contribución al hecho» (§ 24, párrafo 2, inciso 2, 2.° grupo de casos StGB). La decisión sobre la identidad ha de adoptarse teniendo en cuenta si para el ejecutor el cambio interrumpe la tentativa o sólo modifica su contenido; con otras palabras, si el ejecutor llevara a cabo el cambio por sí (ejemplo: Renuncia a que el interviniente siga tomando parte en el proyecto) y esto constituiría para él un desistimiento, entonces se modifica el hecho; en otro caso, no [46].

Pormenores: 27

a') Si no acaece la consumación del hecho principal, el interviniente queda libre de la pena por tentativa cuando es él quien impide la consumación (§ 24, párrafo 2, inciso 1, StGB), o —en caso de que de todos modos no se produzca la consumación— si se esfuerza seriamente por impedirla (§ 24, párrafo 2, inciso 2, 1.er grupo de casos StGB).

— Si un interviniente en la consumación debe aún prestar aportaciones irreemplazables, impide ya la consumación si se niega para el futuro. En esta medida su posición se corresponde con la del autor que ejecuta. En otro caso, la obstaculización de la consumación puede (pero no debe) tener lugar retirando el interviniente su aportación [47]; también determina la impunidad, junto a la retirada de la aportación, la obstaculización mediante denuncia a la policía, advertencia a la víctima, negativa a realizar una aportación reemplazable, si al mismo tiempo se procura que no se consiga en otra parte [47a], auxilio en la legítima defensa contra el ejecutor, en favor del agredido (si p. ej., el inductor dispara sobre el asesino, cuando éste intenta el hecho, en defensa necesaria), etc. Análogamente a la impunidad del *agent provocateur*, basta para el desistimiento que el interviniente determine que su aportación, según su representación, auxilie sólo para la tentativa. Ejemplo: El cómplice de asesinato descarga ocultamente el arma del hecho después de entregársela al autor, pero antes del hecho.

— En relación con la evitación de la consumación y con el esfuerzo serio se aplica, por lo demás, lo señalado *supra* acerca del desistimiento de la tentativa acabada. También aquí el autor ha de considerar su esfuerzo de eficacia *segura* (*vid. supra* 26/19 s.). De todos modos, el esfuerzo serio del § 24.2 StG, en los casos en que el interviniente ha retirado su aportación, sólo tiene la función de poner de manifiesto una desolidarización. En esta medida puede determinarse más levemente: Un intento serio (considerado eficaz con seguridad con buenos motivos) de hacer cambiar de parecer a los cómplices o de detenerlos de otro modo, basta, y si éste fracasa no hace falta que se repita [48]. Na-

---

[46] Así pues, sobre todo las continuaciones en unidad jurídica de acción no eliminan la unidad: críticamente con respecto a la llamada unidad natural de acción, *Haft*, JA, 1979, pp. 306 ss., 310: pormenorizadamente, *Lenckner*, Gallas-Festschrift, pp. 281 ss., 299 ss., excluyendo acertadamente la relación de continuación; en definitiva, de acuerdo en lo esencial *Grünwald*, Welzel-Festchrift, pp. 701 ss., 712 ss.; *vid.* asimismo *v. Scheurl*, Rücktritt, pp. 120; *Gores*, Rücktritt, pp. 235 ss.; *LK-Vogler*, § 24, núm. marg. 171 ss.

[47] RG, 47, pp. 358 ss., 361; 56, pp. 209 ss., 210; 62, pp. 405 ss., 406.

[47a] BGH, NStZ, 1989, pp. 317 s.

[48] En términos semejantes, *Grünwald*, Welzel-Festchrift, pp. 701 ss., 714 ss., con bibliografía; *de otra opinión*, sobre todo *v. Scheurl*, Rücktritt, p. 117; *Gores*, Rücktritt, pp. 211, pp. 200 ss.;

turalmente, sigue siendo posible la responsabilidad por el § 138 StGB, pues quien antes ha tomado parte en un delito y (ya) no responde por su intervención, no puede encontrarse en mejor posición que la persona que nunca ha participado en un delito (*vid. supra* 27/71 y 29/nota 192).

También aquí está excluido el desistimiento cuando no se produce una consumación temprana o plena y sólo se impide una consumación tardía o parcial. Dado que no todo interviniente ejecuta el hecho por sí, sino que el ejecutor actúa para todos los intervinientes (accesoriedad cuantitativa), basta para la impunidad que se produzca una oportunidad de evitación en algún momento anterior a la conclusión de la acción ejecutiva y que se aproveche entonces con éxito, aun cuando puede que entre tanto ya no exista. La posibilidad de evitación no tiene que ofrecerse como posibilidad *segura* antes de la terminación de la tentativa. De todos modos, el curso causal conducente al resultado no debe estar ya (parcialmente) fracasado. Ejemplo: El cómplice consigue, contra lo que esperaba, volver a arrebatar el medio del hecho al autor que se disponía a comenzar inmediatamente el hecho, tras el comienzo de la tentativa, o bien consigue proteger a la víctima de modo que la tentativa, aun cuando llegue a concluir, con seguridad no va a causar daños; desistimiento impune.

— Como peculiaridad en el esfuerzo serio se deriva, en caso de participación (frente a la situación del ejecutor en la tentativa acabada), que el interviniente que no ejecuta puede considerar seriamente (es decir, habiéndolo verificado cuidadosamente) que ya una negativa de ulteriores aportaciones hace imposible la consumación (objetivamente de todos modos inalcanzable) para cualquiera. En tales supuestos, la denegación de ulteriores aportaciones, es decir, el mero omitir, constituye un esfuerzo serio por evitar.

Se trata también de un *caso especial* desde otro punto de vista: Dado que quien interviene no como ejecutor, en estos casos, desde su perspectiva no ha hecho aún todo, es decir, se encuentra, en cuanto a su persona, aún en la fase de la tentativa inacabada, el que no siga actuando lo exonera de responsabilidad por consumación dolosa aun cuando se produzca el resultado: Se trata de un caso de consumación prematura [48a] (sobre ello *supra* 8/76).

28 *b')* Al margen del caso acabado de exponer, rige lo siguiente: Si el hecho principal se consuma, un interviniente sólo llega a verse impune cuando su aportación no determina la consumación y además se ha esforzado seriamente por evitarla (§ 24, párrafo 2, inciso 2, 2.º grupo de casos StGB). El que el interviniente *sólo* elimine los efectos de su aportación no basta para la impunidad cuando esta eliminación no supone ya un esforzarse seriamente por evitar la consumación. Este último es el caso sólo cuando el interviniente considera seriamente que ya la retirada de su aportación convierte la consumación en imposible para cualquiera. En otro caso, es decir, en caso de aportaciones fácil-

---

pp. 200 ss.; *vid.* asimismo *LK-Vogler*, § 24, núms. margs. 182 ss., 184; *Römer*, Fragen, pp. 98 ss.; *el mismo*, MDR, 1989, pp. 945 ss.

[48a] Acerca de este problema, *Herzberg*, JZ, 1989, pp. 114 ss., *Herzberg* propugna la supresión *general* de la pena por *tentativa* en caso de esfuerzo serio por evitar, sin que este esfuerzo impida, en su solución, la pena por consumación —si, a pesar del esfuerzo, se produce la realización del tipo—.

mente reemplazables o dudosas en cuanto a sus efectos [49], el interviniente responde por intervención en la tentativa [50].

c') Si la aportación del interviniente codetermina hasta la consumación, 29
éste responde por intervención en el hecho consumado [51], aun cuando con su esfuerzo por evitar le haya reportado al autor principal, por saldo, más daño que provecho. Ejemplo: Quien le ha dado al autor una de entre tres unidades del medio del hecho, disponibles para éste, cada una de por sí suficiente, y como no puede recobrar su unidad, le quita las otras dos al autor, responde si el autor principal, con la unidad que él le proporcionó, comete el delito [52]. Sin embargo, su esfuerzo se puede tener en cuenta, a su vez, en el § 23.2 StGB como comportamiento semejante al desistimiento. Quien, tras realizar algunas aportaciones causales para la consumación, suspende la actividad ulterior que había prometido, responde por consumación; de todos modos, la ausencia de aportaciones acordadas puede conducir a que se descienda por debajo del *quantum* de cooperación suficiente para la coautoría, y sólo quede participación [53], en su caso junto a conspiración (*Verbrechensverabredung*).

IV. LA IMPUTABILIDAD DE LA CONDUCTA DE DESISTIMIENTO: LA VOLUNTARIEDAD

A. Estado de la cuestión

1. Una conducta de desistimiento exonera de la pena por tentativa cuan- 30
do se lleva a cabo voluntariamente (§ 24 StGB); es decir, la realización del tipo de desistimiento debe serle imputable al que desiste como realización suya, lo cual falta cuando la conducta de desistimiento cabe explicarla por condiciones de las que el que desiste no es responsable. Como contrapartida de la culpabilidad, la voluntariedad sólo puede determinarse, al igual que aquélla, funcionalmente: Lo que es voluntario no cabe verificarlo psicológicamente, pero tampoco mediante una referencia a la norma *general* o jurídica-*general* (orientación por principios positivos o jurídico-positivos), sino sólo por referencia a lo que se ha de sopesar a través del desistimiento, es decir, al hecho *concreto*. *Voluntaria es, por tanto, la motivación a desistir que es incompatible con la moti-*

---

[49] Por ejemplo, proporcionar un medio del hecho que, al ejecutar, se utiliza cumulativamente con otros medios (¡sin utilización no hay participación —al menos— en la tentativa!), ya que es incierta su idoneidad para el resultado. Quien meramente se ocupa de que no se depliegue el efecto potencial de este medio en particular no desiste en el sentido de obtener la impunidad. Con respecto al estar de vigilante, *vid.* BGH, GA, 1966, pp. 209 s.

[50] Agravación frente al Derecho anterior; con respecto a la justificación, *vid. Dreher-Tröndle*, § 24, núm. marg. 16, con bibliografía; exposición de la anterior situación jurídica en *Schröder*, JuS, 1962, pp. 81 ss., 85.

[51] RG, 54, pp. 177 ss., 178; 59, pp. 412 ss., 413; BGH, NJW, 1951, p. 410. Controvertido para aquellos supuestos en los que el ejecutor finge ante el que está dispuesto a desistir que no se va a producir el hecho; *vid. LK-Vogler*, § 24, núm. marg. 163, con bibliografía.

[52] *Vid. Lenckner*, Gallas-Festschrift, pp. 281 ss., 291.

[53] *Vid.* BGH, 28, pp. 346 ss.; *LK-Vogler*, § 24, núm. marg. 162; críticamente, *Backmann*, JuS, 1981, pp. 336 ss., 339 s., quien para la responsabilidad pretende atender al criterio, no manejable en la práctica, de si ha tenido lugar un abandono consciente del «dominio del peligro».

vación de realizar el hecho concreto. La determinación de la voluntariedad es sumamente polémica [54].

31 2. Una teoría desarrollada principalmente por *Frank* intenta distinguir entre motivación autónoma (libre) y heterónoma (no libre); en el motivo que el mismo autor se ha impuesto, éste dice: «No quiero llegar a la meta, aun cuando pudiera»; de otro modo, «a saber» si el autor se dice: «No puedo llegar a la meta, aun cuando quisiera», se da involuntariedad [55]. *Frank* mantuvo la distinción sin tener en cuenta la utilidad político-criminal de las consecuencias y en el supuesto delicado en que se descubre al autor al realizar el hecho, decide según que el autor prevea la obstaculización de la consumación (entonces no hay voluntariedad) o que tema la denuncia y la pena en caso de consumabilidad en tal estado (entonces voluntariedad).

32 3. No hay razón material alguna [56] para dejar impune a un autor que podría ocasionar una consumación pero que ya no podría aprovecharse de ella porque lo capturarían inmediatamente después de la consumación. Ejemplo: El autor podría, a pesar de que se aproxima la policía, romper aún el cristal de la ventana por la que se propone escalar con la finalidad de robar, pero ya no podría llegar a disponer del botín: según *Frank*, desistimiento de la tentativa de daños (por lo que se refiere a la tentativa de robo, decae en la situación descrita la capacidad de desplegar el ánimo de apropiación —el autor ya no ve ninguna oportunidad real de apropiarse—, luego tentativa fracasada). Para evitar tales resultados se ha intentado, conectando con la fórmula desarrollada por *Frank*, atender, en lugar de a la consumación, al resultado pretendido por el autor [57]. Sin embargo, esta solución no da respuesta a los supuestos en los que el resultado pretendido por el autor es posible, pero está lastrado con desventajas: O se trata la mínima divergencia con respecto al plan ideal del autor como fracaso [58] (ejemplo: La persona a la que se asalta para violarla es sólo un poco más vieja de lo que se esperaba: fracaso), o bien hay que ponderar la importancia de los motivos de la evitación, contra el beneficio pretendido (¿hasta qué edad puede tener la persona?), es decir, hay que fijar un ámbito subjetivo de libertad, algo que sin embargo hasta ahora no se ha conseguido ni plantear. Además, no cabe fundamentar materialmente cómo un móvil subjetivamente importante, pero favorable al Derecho o al bien jurídico (compasión, arrepentimiento) no va a beneficiar al autor.

33 4. Por los motivos señalados, también es inviable e insatisfactorio materialmente el intento de la jurisprudencia de distinguir entre un móvil psíquica-

---

[54] Amplia exposición del estado del debate en *Ulsenheimer*, Grundfragen, pp. 242 ss.; *Bottke*, Methodik, pp. 183 ss.

[55] *Frank*, § 46, nota II; las fórmulas no son suficientemente estrictas: La situación en caso de no querer ir más allá *y* no poder ir más allá la cubren ambas fórmulas. La segunda acoge, entre otras, a la tentativa fracasada so capa de la involuntariedad (acertadamente crítico, *Roxin*, Heinitz-Festschrift, pp. 51 ss., 253).

[56] Referida al fin que aquí se propugna para la regulación del desistimiento; dada otra dirección del fin, p. ej., si se sigue la teoría político-criminal, también serían en otro sentido las decisiones materiales.

[57] *Dreher-Tröndle*, § 24, núm. marg. 6; *LK-Vogler*, § 24, núms. margs. 86 ss., 98, con amplia bibliografía de la jurisprudencia; *Welzel*, Strafrecht, § 25, I, 2.

[58] *Dohna*, ZStW, 59, pp. 541 ss.

mente forzoso (involuntario) y otro que aún deja opción (voluntario) [59]. La compulsión, con la consecuencia de excluirse toda actividad volitiva sólo existe en casos de bloqueo mental pleno [60], donde sin embargo ya habría que negar la *conducta* de desistimiento. Cualquier otra graduación dependiente de la intensidad del motivo es arbitraria.

5. *a)* Frente a las determinaciones esbozadas, desde la perspectiva psi- 34
cológica, de la voluntariedad, determinaciones más recientes [61] apuntan a una valoración del cambio de motivación. Tal normativización produce, como inversión de la valoración que se efectúa en la culpabilidad, un punto de partida más bien acertado [62]; éste subyace como directriz inexpresada también en la jurisprudencia, a pesar de la formulación psicológica [63], como se pone sobre todo de manifiesto en el hecho de que, en caso de motivos claramente valorables de modo positivo, eludiendo la compulsión psíquica que en su caso se dé, siempre ha afirmado la voluntariedad [64].

b) En la puesta en práctica, sin embargo, falta la suficiente exactitud. En ocasiones se atiende a la «calidad moral del impulso de desistir», habiendo de encontrar naturalmente el baremo de tal moral en la «moral esotérica del Derecho» [65]. La doctrina suele conformarse con un regreso —de distinto alcance, pero en todo caso, según se sugiere, moralmente indiferente— del autor a la senda del Derecho [66]. Según una concepción similar, la determinación se lleva a cabo valorativamente, pero *ex negativo*: El desistimiento conveniente según la «razón del delincuente» es involuntario, el inconveniente según esta «razón», voluntario [67]. También se encuentra inmediatamente en la determinación de la

---

[59] RG, 47, pp. 75 ss., 78; 75, pp. 393 ss., 395; BGH, 7, pp. 296 ss., 299; 9, pp. 48 ss., 50 (*vid.*, no obstante, también, p. 53); 21, p. 216 s., 217; acerca de esta última sentencia *vid. Dreher*, MDR, 1967, pp. 934 s.; BGH, 35, pp. 184 ss., 186, con comentario en lo esencial favorable de *Lackner*, NStZ, 1988, pp. 405 ss., así como reseña desfavorable de *Bloy*, JR, 1989, pp. 70 ss., y *Jakobs*, JZ, 1988, pp. 519 s.; BGH, StV, 1986, p. 149; *vid.* asimismo *Heinitz*, JR, 1956, pp. 248 ss.

[60] *Welzel*, Strafrecht, § 25, 2.

[61] *Vid.*, sin embargo, ya *M. E. Mayer*, AT, p. 371, nota 10.

[62] *Lackner* (§ 24, nota 3 *b bb*; *el mismo*, NStZ, 1988, pp. 405 s.) repara en lo correcto de la intepretación normativa, pero la considera incompatible con el tenor literal de la ley, y por tanto opuesta al principio *nulla poena sine lege*. Lo cual sólo podría afectar a los supuestos en que la interpretación psicologizante, pero no la normativa, favorece al que desiste, pero no afecta a todos estos casos: La determinación del comportamiento libre por medio de lo conforme a lo norma corresponde a una larga tradición filosófica y consiguientemente, como determinación común, no sobrepasa el límite de la interpretación; *vid. Bottke*, Methodik, pp. 209 s., y *passim*; *Schünemann*, GA, 1986, pp. 293 ss., 323; *Grasnik*, JZ, 1989 pp. 821 ss.; *Lampe*, JuS, 1989, pp. 610 ss., 611 ss.

[63] Pormenorizamente al respecto, *Bockelmann*, NJW, 1955, pp. 1417 ss., 1421; *Ulsenheimer*, Grundfragen, pp. 243 ss., 276; *Roxin*, Heinitz-Festchrift, pp. 251 ss., 264 ss.

[64] Ya RG, pp. 19 ss., 22: «impulsado por su conciencia... es decir, voluntariamente»; BGH, 9, pp. 48 ss., 53: «... el inculpado se avergonzó... luego (su desistimiento) fue voluntario»; sobre la desconexión entre estas sentencias y la determinación de la voluntariedad supuestamente psicologizante, *vid. Ulsenheimer*, Grundfragen, pp. 304 s., con bibliografía.

[65] *Bockelmann*, NJW, 1955, pp. 1417 ss., 1421; *el mismo*, DR, 1942, pp. 431 ss., 433; acentuadamente en contra, *Heinitz*, JR, 1956, pp. 248 ss., 251; *Schröder*, MDR, 1956, pp. 321 ss., 323; *Jescheck*, MDR, 1955, pp. 562 ss.; *Gutmann*, Freiwilligkeit, pp. 45 ss.

[66] *Ulsenheimer*, Grundfragen, pp. 312 ss., 314, con bibliografía; *Jescheck*, AT, § 51, III, 2.

[67] *Roxin*, Heinitz-Festschrift, pp. 251 ss.; ya *el mismo*, ZStW, 77, pp. 60 ss., 91 ss.; *el mismo*, Kriminalpolitik, p. 37; con limitaciones también *Bottke*, Methodik, pp. 188 ss.; *Krauß*, JuS, 1981, pp. 883 ss., 887; en contra, *Ulsenheimer*, Grundfragen, pp. 306 ss.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 720.

voluntariedad el recurso a los fines de la pena: Es voluntario aquel impulso de desistir que apunta en la dirección de prescindir de reacciones preventivo-especiales o preventivo-generales [68] o que indica «suficiente (!) disposición a obedecer la norma» [69].

34a *c)* El punto de vista esbozado, de carácter normativo, procede según el método correcto (normativización), pero se refiere a un objeto incorrecto: Atiende a si el nuevo contenido motivacional del autor es conforme al Derecho; pero no se trata de juzgar los nuevos planes del autor, sino del abandono del conato delictivo en cuestión [69a]. El regreso a la senda del Derecho tiene lugar, por tanto, solamente apartándose de este conato, y no sólo mediante este apartamiento más renuncia a otros delitos; dicho de otro modo, la pregunta que procede es: ¿por qué el autor ya no quiere el delito intentado?, y no ¿qué quiere en lugar de éste?

B. Solución de la problemática

35 1. Al igual que en la determinación de la cupabilidad sólo importa la responsabilidad por un hecho concreto, también en la voluntariedad del desistimiento importa la responsabilidad por haber hecho fracasar la tentativa del hecho concreto, pero no el enjuiciamiento de lo que el autor planea en lugar de la tentativa. Así pues, lo injusto del nuevo planeamiento no tiene que perjudicarle. Ejemplo: El autor renuncia a consumar la tentativa de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas que pondría en peligro a una acompañante (§§ 22, 315 *c*, párrafo 1, núm. 1, letra *a*, párrafo 2, StGB), para violar en ese mismo lugar a dicha persona (§ 277.1 StB); la intención antijurídica en la renuncia no impide la voluntariedad [70]. A la inversa, puede que el carácter conforme a Derecho del nuevo planeamiento no le exonere de responsabilidad. Ejemplo: El autor de una tentativa de hurto, que encuentra inconsciente al ti-

---

[68] *Bottke*, Methodik, pp. 469 ss., también, pp. 572 ss. y, pp. 183 ss., *passim*; *el mismo*, Rücktritt, pp. 67 ss.

[69] *Walter*, Rücktritt, pp. 67 ss.

[69a] *Herzberg*, Lackner-Festchrift, pp. 325 ss., 352 s.

[70] Jurisprudencia constante; BGH, 9, pp. 48 ss., 50; 35, pp. 184 ss., 186 (con respecto a esta sentencia, *vid.* 26/nota 59), todas con más referencias; BGH, NJW, 1980, p. 602; ya RG, 54, pp. 326 s.; 61, pp. 115 ss., 117. Naturalmente, la jurisprudencia limita la solución a supuestos de relación de pluralidad de hechos entre el hecho abandonado y el nuevo, BGH, 33, pp. 142 ss., 145. Ampliamente, y en lo esencial como aquí, *Günther*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 541 ss., 546 ss.; también (aunque criticando el punto de partida que aquí se establece), *Herzberg*, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 709 ss., 713 ss.; *el mismo*, Lacker-Festschrift, pp. 325 ss., 353. En otro sentido (no voluntariedad), *Bockelmann*, NJW, 1955, pp. 1417 ss., 1421; en parte discrepando también *Roxin*, Heinitz-Festschrift, pp. 251 ss., 262; *Bloy*, JR, 1989, pp. 70 ss., 71 s. (involuntariedad en caso de renuncia al pequeño botín en la víctima A por el gran botín en la víctima B: Mezcla del bien concretamente atacado con el género). *Vid.* asimismo *supra* 26/10. La concepción amplia de la voluntariedad, aquí propuesta, que únicamente atiende al motivo de haber dejado fracasar la tentativa, es adecuada sólo cuando este fracaso sea *totalmente* obra del autor. Al respecto *supra* 26/16. La coincidencia de esta solución relativa al desistimiento con la de la jurisprudencia, que también admite desistimiento tras un fracaso corregible, es, pues, meramente externa.

tular de la morada y, renunciando al hurto, llama a un médico, no obra voluntariamente ya sólo por la actitud favorable al Derecho [71].

36 2. Si no es posible mencionar ningún motivo exterior significativo en absoluto para el cambio del plan de la acción, el desistimiento constituye una realización del autor, es decir, es voluntario. Al igual que el autor, en la determinación de la culpabilidad, generalmente ha de responder por sus impulsos e inclinaciones como asuntos propios (juzgados negativamente), así también en el desistimiento la pérdida de disposición a actuar suele ser asunto del autor (juzgado positivamente). Así pues, el autor que cambia de parecer, que pierde el interés [71a], que olvida la ejecución ulterior, que desiste avergonzado [72], que no continúa actuando por «ira, desazón o disgusto sobre el curso causal tal como se viene desarrollando» [72a] o que se deja guiar por remordimientos de conciencia [73], etc., se comporta voluntariamente. La *intención* de evitar la realización del tipo, sobre todo de evitar el resultado típico, puede faltar e incluso faltará por lo general en el desistimiento por ausencia de ulterior interés. En la tentativa inacabada importa sólo el abandono de la voluntad de ejecutar la *acción* típica (acerca de la tentativa acabada, *infra* 26/41).

37 3. Si es posible mencionar una circunstancia externa como motivo del cambio, hay que distinguir —de nuevo paralelamente a la valoración de la culpabilidad:

a) Si la circunstancia externa aumenta el injusto y la culpabilidad, es decir, si refuerza el llamamiento de la norma, entonces el desistimiento sólo es renuncia a un delito incrementado, y no voluntario.

38 *b)* Pero si la circunstancia es neutra en relación con injusto y culpabilidad (o incluso disminuye injusto y culpabilidad), entonces el motivo no aporta jurídicamente un motivo para cambiar de parecer que no existiera ya antes, y la motivación para desistir es incompatible, por tanto, con la motivación de la tentativa; dicho de otro modo, el desistimiento es una realización imputable al autor.

39 *c)* Es indiferente que el motivo exterior sobrevenga conforme a lo planeado o sorpresivamente; asimismo, es indiferente que el desistimiento se tuviera reservado o que tenga lugar espontáneamente. El autor que controla detalladamente y el autor con un marco de la acción sólo determinado globalmente se encuentran equiparados. El aumento de injusto y culpabilidad, pues, no se ha de determinar en relación con el proceso causal planeado, sino en relación con la fase alcanzada de la tentativa. Ejemplos de involuntariedad: Cuando se averigua que la tentativa de hurto ya no se puede consumar sin violencia contra una persona, es decir, como robo, y el autor renuncia a la violencia, no desiste voluntariamente de la tentativa de *hurto*, con independencia de si antes no había pensado en la violencia o bien la había incluido en sus cálculos [73a] (na-

---

[71] *Herzberg*, Lackner-Festschrift, pp. 3245 ss., 352; en otro sentido, *Schröder*, MDR, 1956, pp. 321 ss., 324.

[71a] BGH, 35, pp. 184 ss.

[72] RG, 47, pp. 75 ss., 79.

[72a] BG en *Holtz*, MDR, 1989, p. 857.

[73] RG, 14, pp. 19 ss., 22.

[73a] *De otra opinión*, *Lampe*, JuS, 1989, pp. 610 ss., 614.

turalmente, el autor con dolo amplio, que con el inminente empleo de violencia intentaría ya el *robo*, puede desistir del empleo de violencia y con ello del robo). El padre que, en la tentativa (fracasada) de suicidio, en la que no quiere dejar con vida a sus hijos, sin que éstos al principio se den cuenta de nada, para ahorrarles tormentos psicológicos, se detiene cuando los niños se dan cuenta, desiste involuntariamente [74]; también faltaría la voluntariedad si el padre había planeado el homicidio costase lo que costase. Ejemplo de voluntariedad: Si la mujer a la que se ha asaltado para violarla calla intimidada y el autor renuncia acto seguido a ese delito, actúa voluntariamente, sea como fuere su previsión relativa al comportamiento de la mujer.

39a *d)* Si la ocasión exterior le priva al autor de su motivo para continuar actuando, hay que atender a si cualquier ocasión, incluso el propio gozo en la ejecución del movimiento corporal, frente al motivo perdido, le inculparía —entonces la cesación es involuntaria— o no —entonces la cesación tiene lugar voluntariamente, aun cuando no se conciba nuevo motivo alguno: *El desinterés por delinquir no debe perjudicar*—. El problema se suele tratar en relación con el dolo eventual y ahí únicamente en contra la teoría de la consideración global (*supra* 26/14). Ejemplo: Un conductor introduce el vehículo forzadamente en una plaza de aparcamiento muy justa, a pesar del peligro de daños para un vehículo ajeno, consiguiendo su propósito, sin que pase nada. Si según la teoría de la consideración global un sádico que pretende causar daños puede desistir renunciando a repetir la maniobra, también puede aquel que sin encontrarse en situación de apuro se ha propuesto ocupar la plaza de aparcamiento estrecha [74a] (si se encontraba en situación de necesidad, le perjudica la repetición

---

[74] LG Arnsberg, NJW, 1979, pp. 1420. *LK-Vogler*, § 24, núm. marg. 99.

[74a] Así, de hecho, también BGH, StV, 1989, pp. 247; NStZ, 1990, pp. 30 ss. (con reseña desfavorable de *Schall*, NStZ, 1990, pp. 623 ss., 626, con más referencias); *de otra opinión* , BGH, NJW, 1984, pp. 1693, con comentario acertadamente crítico de *Ulsenheimer*, JZ, 1984, pp. 852 ss.; BGH, StV, 1986, p. 15; NStZ, 1990, pp. 77 s. (con comentario favorable de *Puppe*, loc. cit., pp. 433 ss.); *Maurach-Gössel*, AT, II, § 41, núm. marg. 72 y núm. marg. 119. A fin de evitar privilegiar al autor intencional frente al autor para quien la realización del tipo sólo es consecuencia secundaria, pero no obstante mantener para el autor intencional la posibilidad de exención de pena, *Herzberg*, NJW, 1988, pp. 1559 ss., 1561 ss., pretende tratar como no intencionales (sino dolosos eventuales) los fracasos, ya realizados, de actos singulares. Lo cual, en aquellos supuestos de tipos de tentativa que sólo quepa realizar intencionalmente, comporta la exención de pena, y si no, sobre todo en caso del tipo básico de los delitos de resultado lesivo, la responsabilidad por tentativa fracasada con dolo eventual. Pero así como el fracaso del autor que aún podría realizar el tipo en el futuro no puede revocar su fracaso *pasado* (y ello lo aprecia *Herzberg*) tampoco puede anular su intencionalidad *pasada*. No obstante, si fuera posible una solución, habría que asumirla en la medida en que lo pretendido no se haya realizado, lo que, en los delitos con tendencia interna trascendente, quiere decir: incluso después de la consumación, si bien antes de la terminación. En contra de *Herzberg*, también *Mayer*, NJW, 1988, pp. 2589 s. *Streng*, (JZ, 1990, pp. 212 ss., 216 s.) distingue supuestos con «tendencia (situacional) a la consumación» (un acometimiento a la víctima con dolo eventual de matarla, para vengarse) y otros sin tal tendencia (un acometimiento, pero, p. ej., para poder arrebatarle una cosa). Sólo en el primer caso se daría desistimiento, ya que sólo allí se ha efectuado una renuncia a «aplazar», una interrupción de la «dinámica propia». Pero también esta solución premia al proceder impulsivo y además no ofrece límites manejables (¿cómo es que algunos robos que se inician con dolo eventual de homicidio no desarrollan una dinámica propia de asesinato para encubrirlos?). En contra de *Streng*, *vid. Herzberg*, NStZ, 1990, pp. 311 ss., 312, 315 s., que, por su parte, pretende aplicar analógicamente el § 23.3 StGB en casos de tentativa con dolo eventual.

infructuosa). El problema no se limita a las consecuencias accesorias [74b], no existe en todos los casos de consecuencias accesorias [74c] y afecta también a la tentativa *in*acabada [74d]: La ocasión puede desaparecer antes de que esté concluida la ejecución del comportamiento. Ejemplo de intención: El autor se propone romper el cristal de una ventana; cuando ya se dispone a golpear, ve que está roto; de todos modos, podría romper el cristal de al lado. Ejemplo de consecuencias accesorias: El autor pretende vaciar un tonel, aun cuando el contenido fluya hacia la almástiga de su vecino y le estropee las plantas; cuando se dispone a volcarlo, se da cuenta de que está ya vacío pero que puede procurarse agua con sólo querer. En cada caso importa si la ocasión perdida era más favorable al Derecho que cualquier otra que se ofrezca ahora como continuación en unidad de acción; sólo entonces el autor se rinde ante el injusto mayor. Pero si es concebible alguna ocasión jurídicamente al menos equivalente, no puede atenderse a si el autor la elige y abandona, o bien ni siquiera llega a elegirla.

4. Resultado: *No obra ya voluntariamente el autor que desiste para no ocasionar aún más injusto y no incurrir en mayor culpabilidad, sino sólo aquel para quien lo ya realizado es demasiado.* 40

La solución divergente de ésta, pero dominante, que atiende al plan del autor, no satisface axiológicamente y se olvida del principio del hecho: Las representaciones del autor sólo interesan en la medida en que se ponen en práctica. La diferencia es, por último, psicológicamente muy frágil: P. ej., la falta de planificación de los detalles puede ser señal de indiferencia, pero también de temor ante las consecuencias del hecho. Por eso, no puede interesar la adecuación al plan, sino sólo el estado del delito realizado.

5. La solución rige también para la *tentativa acabada*. Cuando el autor, 41
tras concluir la acción, simplemente se lo piensa mejor e impide la consumación, ello es asunto suyo y el desistimiento es voluntario; otro tanto ocurre cuando detiene la consumación por una circunstancia externa irrelevante para el injusto y la culpabilidad. A tal efecto, es indiferente que está circunstancia se produzca según lo pleanado o sorpresivamente. Ejemplo: La víctima a la que se ha envenenado muestra —según lo planeado o sorpresivamente— sufrimientos evidentes; el autor impide la muerte; desistimiento involuntario, dado que haber asistido impertérrito a los sufrimientos habría aumentado el injusto y la culpabilidad. La pureza de la motivación para desistir carece de función más allá de lo relevante para el injusto y la culpabilidad; ejemplo: El autor salva a la mujer a la que ha arrojado al agua con dolo de homicidio, pero para violarla; desistimiento voluntario de la tentativa de homicidio. Al igual que en la tentativa inacabada, tampoco aquí se requiere ninguna *intención* de evitar el resultado; la salvación puede que sea simplemente una consecuencia secundaria del

---

[74b] Ejemplo de intención (según *Herzberg*, Blau-Festschrift, pp. 97 ss., 113 ss.; *el mismo*, NJW, 1989, pp. 197 ss.): El autor, tras haber apostado sobre que es capaz de romper el cristal de un ventana con un solo tiro de piedra, no acierta al blanco.

[74c] Ejemplo de motivo que continúa en caso de consecuencias secundarias: El autor pretende abrir un armario ajeno con un destornillador, habiendo peligro de dañarlo; la herramienta resbala en el primer intento, sin ocasionar daños.

[74d] Acertadamente, *Puppe*, NStZ, 1986, pp. 14 ss., 16 s.; *la misma*, NStZ, 1990, pp. 443 ss.

nuevo plan del autor [74e], como ocurre en el último ejemplo. Evidentemente, la *acción* de salvamento —como toda ejecución querida de acción, *supra* 8/8— siempre es intencional.

42 6. *Cuestiones concretas:*

El paralelismo entre desistimiento y culpabilidad no quiere decir que de una tentativa cometida sin culpabilidad sea imposible desistir. También en caso de inculpabilidad se le puede imputar al autor su motivación en tanto que propia de él, como en los hechos que son jurídicamente neutros. Ejemplo: Quien interrumpe la tentativa de viajar en coche porque le apetece viajar en tren, desde luego desiste, tanto si el intento de viajar en coche era jurídicamente neutro, como si era inculpable o constituía tentativa del § 248 *b* StGB. Después del desistimiento de una tentativa cometida inculpablemente ya no son admisibles, pues, reacciones independientes de la culpabilidad, así como tampoco se puede castigar aún por el § 323 *a* StGB tras del desistimiento de un hecho realizado en embriguez plena [74f]. Naturalmente, la inimputabilidad interrumpe por definición la relación motivacional (*vid. supra* 18/5), de modo que no cabe desistir, consiguiendo la impunidad, de una tentativa cometida por un imputable, tras sobrevenir la inimputabilidad (pero sí tras sobrevenir la inexigibilidad). Ejemplo: El autor, al comienzo de la tentativa, sufre un traumatismo cerebral que excluye su imputabilidad, y abandona el hecho; no hay desistimiento impune. El problema será casi irrelevante en la práctica, dado que nunca se podrá demostrar una inimputabilidad sobrevenida en la tentativa que se traduzca *en perjuicio* para el autor.

43 *b)* El miedo a la pena es irrelevante, a tenor de los principios mencionados *supra*; importa en todo caso el actuar —temeroso o no— a pesar de la probabilidad de la pena. Al menos en caso de probabilidad intensa, el seguir actuando perjudicaría, es decir, el desistimiento sería involuntario. Ejemplo [75]: La mujer a la que se asalta para violarla reconoce sorpresivamente al autor, que acto seguido desiste, involuntariamente.

En el Derecho anterior (§ 46, núm. 2, StGB anterior), en la tentativa acabada se atendía a si el hecho había sido o no descubierto. Este elemento, paralelamente al cambio de la teoría político-criminal del desistimiento a la teoría del fin de la pena, se interpretaba al principio más bien objetivamente, y luego más bien subjetivamente (como consciencia de haber sido descubierto). En esta última forma, sigue teniendo trascendencia hasta hoy mismo para todas las fases de la tentativa: Si el (supuesto) descubrimiento conduce a sentir vergüenza o arrepentimiento, no excluye la responsabilidad, pero sí cuando incrementa claramente la probabilidad del castigo [76].

[74e] *Herzberg*, JR, 1989, pp. 449 s.; en otro sentido, la doctrina dominante, BGH, 31, pp. 46 ss., 49; 33, pp. 205 ss., 302; NStZ, 1989, p. 525; *Jescheck*, AT, § 51, IV, 1; *Dreher-Tröndle*, § 214, núm. marg. 7; *Lackner*, § 24, nota 4 *a*.

[74f] Controvertido; *de otra opinión*, *Neumann*, Vorverschulden, pp. 91 ss., con bibliografía.

[75] BGH, 9, pp. 48 ss.

[76] Acerca del descubrimiento, *Schönke-Schröder-Eser*, § 24, núms. margs. 50 ss.; *Dreher*, NJW, 1971, pp. 1046 ss.; *LK-Vogler*, § 24, núms. margs. 106 ss., 125 ss.; con respecto al § 46, núm. 2, StGB, redacción anterior, *vid. LK*[9]*-Busch*, § 46, núms. margs. 35 ss.; acerca del § 371 AO, *vid. Franzen-Gast-Samson*, § 371, núms. margs. 71 ss., 73 ss.; *Blumers*, wistra, 1985, pp. 85 ss.

c) Si el autor accede, en el curso de la tentativa, a la perspectiva o la cer- 44
teza de conseguir el resultado pretendido mediante el delito, también sin delito, el desistimiento es involuntario si el autor no puede acumular esos resultados; la opción, innecesaria para el autor, precisamente de la vía delictiva sería más gravosa, en este caso. Ejemplos: La mujer a la que se ha asaltado a fin de violarla manifiesta por su parte su disposición a tener relaciones sexuales voluntarias en el acto; involuntario [77]. El interviniente en una tentativa de estafa descubre el hecho y por ello se le recompensa con una suma tan alta como el beneficio pretendido en la estafa intentada; involuntario [78]. En la medida en que el autor pueda acumular ambos resultados, el desistimiento es voluntario si no se modifican mediante la acumulación el injusto o la culpabilidad. Ejemplos: Quien se propone robar unos cuantos cientos de marcos para gastárselos en el bar, obviamente desiste cuando en el curso de la tentativa se le ocurre, o le comunican, que puede obtener la suma de un deudor con capacidad de pago (ésta es una circunstancia neutra para injusto y culpabilidad). No obstante, es involuntario el desistimiento del autor que actúa en situación de necesidad que disminuye la culpabilidad, si en el curso de la ejecución llega a saber de fuentes (legales) de dinero a raudales.

d) No se excluye el desistimiento por el hecho de que el enjuiciamiento 45
de la fase alcanzada tenga también consecuencias somáticas que hagan imposible continuar actuando. La ausencia de tales consecuencias no perjudicaría desde luego al autor. Ejemplo: Quien, ante el nerviosismo debido a que se aproxima la víctima no puede ni siquiera sostener adecuadamente el arma de fuego, o quien pierde la *potentia coeundi*, consternado ante la lamentable imagen de la mujer a la que ha derribado a golpes para violarla, puede a pesar de ello (mejor dicho, a pesar del fracaso paralelo, objetivo y subjetivo, de la tentativa) desistir voluntariamente cuando no la consecuencia somática, sino ya la conmoción psíquica constituye suficiente motivo del desistimiento. La decisión contraria de la doctrina dominante [79] no tiene en cuenta suficientemente que el fundamento del fracaso de la tentativa reside en el ámbito de organización del autor. Del mismo modo ocurre en los numerosos casos de *shock* debido a las primeras consecuencias del hecho [80]. El alejamiento con respecto a la tentativa en cuerpo y alma no puede comportar menos que el alejamiento sólo anímico.

e) Si el autor capitula ante circunstancias que siente como dificultades, el 46
desistimiento es, a pesar de ello, voluntario cuando estas circunstancias no au-

---

[77] *De otra opinión*, BGH, 7, pp. 296 ss.; BGH, NStZ, 1989, p. 550; como aquí, *Roxin*, Heinitz-Festschrift, pp. 251 ss., 258; RG, 75, pp. 393 ss.; *Herzberg*, Lackner-Festschrift, pp. 325 ss., 360 s.

[78] *De otra opinión*, BGH, NJW, 1980, p. 602; en contra, acertadamente crítico, *Bottke*, JR, 1980, pp. 441 ss., 442 s.; *el mismo*, JZ, 1981, pp. 63 ss.; *Walter*, GA, 1981, pp. 403 ss., 408 ss.

[79] RG, DR, 1943, p. 910; BGH, LM, § 177, núm. 6; *Ulsenheimer*, Grundfragen, p. 319, *vid.* asimismo, p. 330. *Herzberg*, Lackner-Festschrift, pp. 325 ss., 355, no interpreta correctamente la problemática: No se trata de espiritualizar, hasta convertirla en desistimiento, una incapacidad física que se produce, continuando el dolo, sino de no achacar el hecho como fracaso del delito al autor que abandona el dolo *sua sponte* (lo que excluiría el desistimiento), cuando el motivo del abandono *también* tiene efecto físico.

[80] *Roxin*, Heinitz-Festschrift, pp. 251 ss., 265 ss.; *H. Mayer*, AT, § 45, V, 1; *Walter*, Rücktritt, pp. 97 ss.; *de otra opinión*, a su vez, *Ulsenheimer*, Grundfragen, p. 332.

mentan el injusto y la culpabilidad. Así pues, es voluntario, p. ej., el desistimiento por el ruego apremiante de personas allegadas [81] o por persuasión de un testigo del hecho [81a] o por interpretaciones de signos religiosos (una cruz en la cadenita de la víctima) o supersticiosos (un lunar en la frente de la víctima); también es voluntario el desistimiento de la tentativa de violación debido al flujo menstrual [82]. Involuntario es, por el contrario, el desistimiento ante obstáculos cuya superación aumentaría el injusto y la culpabilidad. Ejemplos: La puerta del edificio en el que se iba a robar habría que forzarla, o eliminar al perro de la granja, o desactivar la alarma o dejar fuera de combate al vigilante nocturno, etc.

47 *f)* La decisión [83] acerca de si para el autor es demasiado el injusto o la culpabilidad ya realizados o si sólo lo son los *quanta* que faltan, puede ser tan problemática en el caso concreto [84] como pueden serlo las determinaciones de injusto y culpabilidad. Los casos límites de involuntariedad pueden determinar la atenuación del marco penal de acuerdo con los §§ 23.2, 49 StGB.

V. EFECTOS DE DESISTIMIENTO

48 A. El desistimiento exonera al que desiste de la pena por la *tentativa* que ha abandonado. En caso de desistimiento sólo parcial, queda la responsabilidad por lo restante. Ejemplo: Si el autor de una tentativa de extorsión-robo (*räuberische Erpressung*, § 255 StGB) abandona el empleo de violencia en la persona, pero no de la violencia en las cosas, sigue siendo punible la tentativa de extorsión simple (§ 253 StGB) [84a]. También siguen siendo punibles los delitos ya consumados, sea en el tipo de concurso que sea con la tentativa (en caso de concurso ideal o de leyes: la llamada *tentativa cualificada*). Cuando para el delito consumado existe excepcionalmente una posibilidad especial de exclusión o atenuación de la punibilidad, p. ej., en los §§ 129.6, 129 *a*, párrafo 5, 310, 311 *c* StGB, obviamente mediante el desistimiento pueden cumplirse sus requisitos. Ejemplos: Tras el desistimiento voluntario de la tentativa de homicidio queda la pena por las lesiones ya producidas en su caso [85]; tras el desistimiento voluntario de la violación, quedan las agresiones sexuales ya realizadas del § 178 StGB, o las injurias [86]; tras el desistimiento voluntario de la ten-

---

[81] *Roxin*, Heinitz-Festschrift, pp. 251 ss., 264.

[81a] BGH, NStZ, 1989, pp. 69 s.

[82] BGH, 2, Str. 203/65, sentencia de 4 de junio de 1965, citada en la sentencia discrepante BGH, 20, pp. 279 ss., 280, donde se hallan más referencias a la jurisprudencia dominante, que niega la voluntariedad.

[83] Amplia exposición de toda la jurisprudencia en *Ulsenheimer*, Grundfragen, pp. 253 a 279, y pp. 348 a 236; discusión de esta esfera de problemas en *Bottke*, Methodik, pp. 502 ss.; *Walter*, Rücktritt, pp. 81 ss.

[84] ¿Aumenta el desistimiento del partícipe el injusto y la culpabilidad del autor que no ceja? En favor de la voluntariedad, BGH, StV, 1982, pp. 259 s.

[84a] El llamado desistimiento parcial; *vid.* ya *supra* 26/13 *a* y 23 *a; Streng*, JZ, 1984, pp. 652 ss., 655; *Zaczyk*, NStZ, 1984, p. 217; *Schönke-Schröder-Eser*, § 24, núm. marg. 113; *LK-Vogler*, § 24, núm. marg. 208; *de otra opinión*, BGH, NStZ, 1984, p. 216.

[85] *Vid.* BGH, 16, pp. 122 ss., 123 s.; 21, pp. 266 s. Acerca de las implicaciones sobre el desistimiento del homicidio privilegiado y de las lesiones graves que se producen consiguientemente, *vid. infra* 31/32.

[86] BGH, 7, pp. 296 ss., 300; 17, pp. 1 ss., 2; BGH, StV, 1982, pp. 15 s.

tativa de hurto mediante escalamiento, el allanamiento de morada [87]. En el desistimiento del perjurio intentado de un testigo o perito, en el juramento posterior, queda consumada la declaración falsa no bajo juramento del § 153 StGB, pero generalmente se aplica el § 158 [88]. En relación con el § 138 StGB, *vid. supra* 26/27.

B. En la tentativa de delito cualificado por el resultado en la modalidad en que el delito base no se ha consumado, pero sí se ha producido la consecuencia, tras el desistimiento voluntario queda la determinación del resultado ya ejecutada, en su caso conectada a una parte del tipo del delito base punible de por sí. Ejemplo: Si el autor del robo desiste después de que al intimidar con la pistola cargada se le haya escapado un disparo imprudentemente y haya matado a la víctima, queda, junto a las coacciones, un homicidio imprudente (como parte del tipo de robo ya realizada, punible de por sí), pero cuya relación con el robo decae en virtud del § 251 StGB [89]. 49

C. La exención de la penalidad no abarca a la pena por las fases del delito que preceden a la tentativa; el desistimiento de estas fases se rige por reglas propias [90]. De otro modo, se encontraría en mejor posición quien impulsa la fase previa punible hasta la tentativa y luego regresa a la fase previa, que quien no ha llegado a salir de dicha fase previa. Ejemplo: Quien se ha manifestado dispuesto a cometer un crimen y desiste de la tentativa, pero no de haberse manifestado dispuesto, sigue siendo punible por esto último. Los delitos de peligro abstracto consumados siguen siendo punibles, pero en cambio los delitos de peligro concreto sólo lo son en la medida en que el peligro ya haya existido antes del comienzo de la tentativa o independientemente del dolo de lesionar; con el desistimiento, el autor sólo se ve exento de la responsabilidad por el peligro concreto de la tentativa [91]. 50

---

[87] Acerca del § 243 StGB, redacción anterior, *vid.* RG, 40, pp. 430 ss.

[88] BGH, 8, pp. 302 ss., 315.

[89] RG, HRR, 1941, núm. 521; *LK-Schroeder*, § 18, núm. marg. 42; *Schönke-Schröder-Eser*, § 24, núm. marg. 26; *LK-Vogler*, § 24, núms. margs. 143 s.; *de otra opinión*, *Ulsenheimer*, Bockelmann-Festschrift, pp. 405 ss., 414 s., con amplia bibiografía. La referencia de *Ulsenheimer* a que se ha realizado el peligro derivado de una parte ejecutada de la acción típica, es correcta, pero pasa por alto que la relación con lo no ejecutado sólo reside en el dolo de tipo, y que el comenzar a realizar este dolo queda eliminado por el desistimiento. Así como las coacciones con consecuencia de muerte no son en general un delito cualificado por el resultado, tampoco lo son como resto que queda en el desistimiento de un robo.

[90] *Dreher-Tröndle*, § 24, núm. marg. 18; *de otra opinión*, BGH, 14, pp. 379 ss., 380; BGH, NStZ, 1983, p. 364; *LK-Vogler*, § 24, núm. marg. 199, y la doctrina dominante, lo que sería acertado si el abandono del hecho requerido para el desistimiento también comportara siempre abandono de la preparación (en contra, *supra* 26/10).

[91] Controvertido; *vid. Schönke-Schröder-Eser*, § 24, núm. marg. 110; *Jescheck*, AT, § 51, VI. 2; ampliamente, *Berz*, Formelle Tatbestandsverwirklichung, pp. 64 ss., 98, 100 ss., 124, que opta *de lege ferenda* por la posibilidad de desistimiento eximente en los delitos de peligro abstracto y concreto.

APARTADO 27

La tentativa de intervención

BIBLIOGRAFIA: *H. Blei*, Comentario a BGH, 10, pp. 388 ss., NJW, 1958, pp. 30;*W. Bottke*, Rücktritt vom Versuch der Beteiligung nach § 31 StGB, 1980; *J.-D. Busch*, Die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme und die Geschichte des § 49 a StGB, 1964; *R. Busch*, Zur Teilnahme an den Handlungen des § 49 a StGB, Maurach-Festschrift, pp. 245 ss.; *E. Dreher*, Grundsätze und Probleme des § 49 a StGB, GA, 1954, pp. 11 ss.; *W. Gallas*, Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs, ZStW, 80, pp. 1 ss.; *R. D. Herzberg*, Rücktritt vom Versuch trotz bleibender Vollendungsgefahr?, JZ, 1989, pp. 114 ss.; *H. H. Jescheck*, Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer Personen an einer Straftat, ZStW, 99, pp. 111 ss.; *E. Kern*, Die Äußerungsdelikte, 1919; *K. Kühl*, Comentario a BGH, JZ, 1984, pp. 290 s., y a BGH, 32, pp. 133 ss., JZ, 1984, pp. 292 ss.; *W. Küper*, Versuchsund Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten, JZ, 1979, pp. 775 ss.; *el mismo* , Zur Problematik des Rücktritts von der Verbrechensverabredung, JR, 1984, pp. 265 ss.; *K. Letzgus*, Vorstufen der Beteiligung, 1972; *M. Maiwald*, Reseña bibliográfica, ZStW, 88, pp. 712 ss.; *R. Maurach*, Die Problematik der Verbrechensverabredung, JZ, 1961, pp. 137 ss.; *C. Roxin*, Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung (§ 30 StGB), JA, 1979, pp. 169 ss.; *K. H. Schnarr*, Gehören Vorbereitungshandlungen nach § 30 StGB zum Deliktsbereich von Katalogtaten?, NStZ, 1990, pp. 257 ss.; *H. Schröder*, Grundprobleme des § 49 a StGB, JuS, 1967, pp. 289 ss.; *Th. Vormbaum*, Versuchte Beteiligung an der Falschaussage, GA, 1986, pp. 353 ss.; *H. Zipf*, Probleme der versuchten Bestimmung zu einer Straftat, en: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, núm. 8, 1981, pp. 143 ss.

I. FUNDAMENTO DE PUNICION DE LA TENTATIVA DE INTERVENCION

1 A. Conforme dispone el § 30 StGB [1], la preparación de un delito se castiga a través de ciertos comportamientos de participación [2]. Se discute acerca del fundamento de la ampliación de la punibilidad, frente a la tentativa y la par-

---

[1] El llamado parágrafo Duchesne (durante el conflicto entre la Iglesia y el Estado, en 1873 un belga llamado Duchesne se había ofrecido al arzobispo de París, sin éxito, para asesinar a Bismarck); acerca de la historia, *vid. J.-D. Busch*, Die Strafbarkeit der erfolgslosen Teilnahme und die Geschichte des § 49 a StGB, pp. 47 ss. Derecho comparado en *Jescheck*, ZStW, 99, pp. 111 ss., 136 ss. Con respecto a los actos preparatorios del § 30 StGB como hechos en forma de catálogo, *Schnarr*, NStZ, 1990, pp. 257 ss.

[2] La pertenencia de esta regulación a la participación (en tal sentido en la ley; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 53, núm. marg. 4) o a la preparación como fase previa de la tentativa (*Letzgus*, Vorstufen, pp. 220 s.; *LK-Roxin*, § 30, núm. marg. 2) es controvertida. De la decisión no depende nada, con tal de que esté claro que no se trata de una ampliación de la punibilidad con respecto a la tentativa, sino —en virtud de la renuncia a la accesoriedad cuantitativa— también de una ampliación con respecto a las reglas de la participación.

ticipación. En ocasiones se atiende a la especial peligrosidad de las conexiones conspirativas [3], lo que desde luego debería comportar correcciones de la *lex lata*, ya que en la tentativa de inducción de quien no llega a hacer surgir dolo alguno no cabe hablar de conexión [4]. Otras veces se señala como fundamento de la punición que un interviniente deja que los hechos escapen a su control sin reservarse ulterior influencia [5], lo que sin embargo, según el Derecho vigente, no se ajusta a todas las modalidades de participación (no al manifestarse dispuesto, ni a la conspiración, § 30, párrafo 2, 1.° y 2.° grupos de casos StGB), y, además, pone en tela de juicio la accesoriedad cuantitativa —por lo demás irrenunciable— con respecto al hecho principal [6].

Acumulándolas, las fundamentaciones señaladas cubren todo el ámbito del 2
§ 30 StGB [7]. Sin embago, hay que conectar otra fundamentación más que valga igualmente para todas las alternativas y que una las otras dos fundamentaciones diversas, es decir, la «pérdida de influencia» y la «conexión». Sólo cuando a la preparación, lejana al tipo, de un ataque, al margen de la peligrosidad —que se pone de manifiesto más o menos en todos los actos preparatorios— se añade una circunstancia perfecta y significativa, es aceptable en un Estado de Derecho la anticipación de la punibilidad: *Sólo la comunicación sobre que el delito ha de tener lugar priva a la preparación de la amplia distancia con respecto a la vulneración de la norma, ya que mediante esta comunicación se pone en tela de juicio la propia norma directamente* (es decir, no sólo a través de un hecho antijurídico). La solución se asemeja a la antigua concepción del fundamento de la punición [8], pero evita su absolutización al no negar que la norma se base también en la peligrosidad de la preparación del hecho [9].

II. LOS TIPOS DE TENTATIVA DE INTERVENCION EN PARTICULAR

A. La llamada inducción intentada, § 30.1 StGB

1. *a)* Acerca de la inducción ya se señaló más arriba (22/22) que el in- 3
ductor debe querer determinar que el inducido cometa el hecho precisamente en virtud de su requerimiento. El hecho puede ser, según el § 30.1 StGB, el hecho principal o una ulterior acción de inducción (inducción en cadena). El

---

[3] Así BT-Drucksache, V/4095, p. 13; *Jescheck*, AT, § 65, I, 2; muy exagerado, *Letzgus*, Vorstufen, pp. 126 ss., 135: «reforzamiento de la voluntad criminal» mediante «incitación unilateral o recíproca»; en contra, *Maiwald*, ZStW, 88, pp. 712 ss., 719.

[4] También habría que determinar si el peligro de la vinculación se basa normalmente en la promesa de un hecho concreto —es decir, en el «acuerdo» (*Vertrag*)— o bien en la integración en una banda (o similar) ya realizada hace mucho tiempo, es decir, en la confianza o dominio.

[5] En tal sentido especialmente la concepción del § 32 del Proyecto Alternativo, *vid.* Fundamentación, p. 67.

[6] Así acertadamente críticos *v. Liszt-Schmidt*, Strafrecht 25, § 175, I; críticamente contra este precepto en general, *Kohlrausch-Lange*, § 49 *a*, notas II y III; críticamente contra la validez para *todos* los delitos y todas las modalidades de hecho, *Busch*, Maurach-Festschrift, pp. 245 ss., 252 ss.

[7] En favor de la acumulación, con fundamentación pormenorizada, *LK-Roxin*, § 30. núms. margs. 3, 9 s.; *el mismo*, JA, 1979, pp. 169 ss., 170 s.

[8] Paz jurídica o actitud leal al Derecho; *Binding*, Lehrbuch, BT, t. II, pp. 838 ss.; *H. Mayer*, AT, § 52, I, 1 *a*.

[9] Con respecto al debate anterior, *vid. Frank*, § 49 *a*, nota I, con bibliografía.

dolo del inductor debe abarcar el carácter doloso del hecho principal, así como su consumación. La cuestión más debatida como problema de la «seriedad» del actuar según el § 30 StGB, la del dolo de consumación, no representa especialidad alguna, sino que se rige por las reglas generales: Sin al menos dolo eventual de consumación, la conducta no comporta responsabilidad [10].

La inducción intentada no es sólo la tentativa de hacer surgir un propósito o dolo, sino toda tentativa efectuada mediante inducción de determinar un hecho principal consumado. Así pues, el § 30.1 StGB se aplica también cuando, habiéndose hecho surgir el dolo, sin embargo no se llega al hecho principal (al intentarse el hecho principal comienza la responsabilidad accesoria: inducción a la tentativa). No se requiere la idoneidad, apreciada objetivamente, de la tentativa [11]. Si el inductor se reserva la realización de aportaciones irreemplazables, por falta de pérdida de la influencia y del peligro de conexión, no se da el fundamento de punición.

4 *b)* Dado que el fundamento de punición, también en la comunicación que ya ha ocurrido, se refiere a que debe tener lugar la vulneración de la norma, la determinación no sólo ha de haber comenzado, sino que ha de haber llegado a un punto en que el sujeto de la determinación haya comprendido lo que se le está pidiendo, aunque entonces rechace la ejecución. Así pues, es necesaria una tentativa acabada de inducción, vinculada a la comprensión de lo comunicado por parte del destinatario [12]. La doctrina usual, que se conforma con la tentativa inacabada, ateniéndose a un *obiter dictum* de la jurisprudencia [13], entra en contradicción con la tesis de que se trata de una pérdida de la influencia [14].

5 2. El que el inductor o aquel al que se trata de inducir puedan obrar culpablemente es indiferente para el tipo (§ 29 StGB). También la inducción del instrumento en la autoría mediata cumple los requisitos del § 30.1 StGB, con tal de que el instrumento sea autor de un hecho doloso [15]; evidentemente, en el concurso de leyes la tentativa de inducción se ve desplazada por la tentativa especial, a título de autoría, del autor mediato. Acerca de la determinación per-

---

[10] *Schröder*, JuS, 1967 pp 289 ss., 294; *LK-Roxin*, § 30, núm. marg. 18; RG, 15, pp. 359 ss., 360; 57, pp. 171 s., 172; BGH, 7, pp. 234 ss., 238; también BGH, 18, pp. 1260 s.

[11] Doctrina dominante; *de otra opinión*, *Letzgus*, Vorstufen, p. 188.

[12] Así también la antigua juirisprudencia, pero con otro tenor literal en la ley; RG, 26, pp. 81 ss., 82; también *Kern*, Äußerungsdelikte, p. 26. Un amplio sector exige siempre el acceso de la expresión inductora; *Letzgus*, Vorstufen, pp. 40 s.; *Schröder*, JuS, 1967, pp. 289 ss., 290; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 917; *Jescheck*, AT, § 65, II, 1; *SK-Samson*, § 30, núm. marg. 14; así también a RG, 30, p. 142; 36, pp. 228 ss., 229; más estrictamente, pero de modo no suficientemente estricto, es decir, exigiendo influencia sobre el parecer del destinatario, *Schmidhäuser*, AT, 15/111 (como aquí —«contacto espiritual»— *el mismo*, Studienbuch, 11/112 con nota 57); también ya RG, 47, pp. 230 s.

[13] BGH, 8, pp. 261 ss., 262.

[14] *Roxin* (JA, 1979, pp. 169 ss., 171; *LK-Roxin*, § 30, núm. marg. 16) atiende al «momento de exteriorización», que puede darse antes de la terminación de la tentativa (y puede faltar, a pesar de la terminación de la tentativa; ejemplo: El partícipe ha olvidado introducir el escrito de inducción en el sobre que echa al correo). Aún menos restrictivamente, *Schönke-Schröder-Cramer*, § 30, núm. marg. 9, todos con bibliografía.

[15] *De otra opinión*, *LK-Roxin*, § 30, núm. marg. 21.

sonal y objetiva del hecho y acerca del desvío, se aplican las reglas generales de la inducción.

3 *a)* El hecho que tiene en perspectiva el inductor debe ser un delito grave (§ 12.1 StGB), si es que no se establece expresamente la aplicabilidad a los delitos menos graves (p. ej., § 159 StGB) [15a]. Si la naturaleza de crimen o delito depende de especiales elementos personales (§ 28.2 StGB), hay que determinar para cada interviniente por separado si personalmente se trata o no de un delito grave [16]. La solución es sumamente polémica. En ocasiones se atiende a la persona del destinatario de la inducción [17], lo que sin embargo no tiene en cuenta el alcance de la responsabilidad determinado por el § 28 StGB. En particular, el argumento de que importa evitar hechos peligrosos, ignora la determinación relativa de la peligrosidad en el § 28 StGB. En ocasiones se requiere que ha de darse delito tanto en la persona del destinatario de la inducción como en la del autor de ésta [18], lo cual da idea de la desorientación acerca de lo que son especiales elementos personales. Finalmente, una doctrina muy difundida distingue según que se trate de elementos personales pertenecientes al injusto (entonces hay que atender al destinatario) o de la culpabilidad (entonces no hay que tener en cuenta el elemento) [19]; la irrelevancia de los elementos que no determinan el injusto es algo evidente conforme a la solución aquí dada al § 28 StGB. 6

El dilema argumentativo obedece a que el § 30 StGB se sujeta demasiado al hecho futuro y demasiado poco al cuestionamiento actual de la norma. Si se tiene en cuenta este cuestionamiento, la determinación separada para cada interviniente dimana tan naturalmente como en la consumación. Ejemplos: La tentativa de un *extraneus* de inducir a un juez a que prevarique (§ 336 StGB) es punible, dado que al extraño ciertamente se le castiga por un marco penal atenuado, pero sin relevancia para la naturaleza delictiva de su hecho (§ 12.3 StGB). La tentativa de un *extraneus* de inducir a un funcionario para que torture (*Aussageerpressung*) es punible, dado que el *extraneus*, según el § 28.2 StGB, sólo responde por el § 240 StGB (de todos modos, se discute sobre si el § 343 StGB constituye un delito impropio de funcionario). *Vid.* al respecto *supra* 32/1 ss., sobre todo también en relación con la insatisfactoria situación jurídica de que los especiales elementos (del injusto) no sean imputables a tenor del § 28.2 StGB.

b) En los delitos especiales, la tentativa de inducción debe referirse a un deber especial realmente existente. Ejemplo: La tentativa de una *extraneus* de 7

[15a] Al respecto *Vormbaum*, GA, 1986, pp. 353 ss.

[16] En tal sentido, limitado al § 280 *a* StGB, redacción anterior, BGH 3, pp. 228 s.; 14, pp. 353 ss. En lo esencial como aquí, *Lackner*, § 30, nota 1; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 53, núms. margs. 24 ss.; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 30, núms. margs. 10 ss.; *Schröder*, JuS, 1967, pp. 289 ss., 292; *SK-Samson*, § 30, núm. marg. 11; *Maurach*, JZ, 1961, pp. 137 ss., 141.

[17] En tal sentido la jurisprudencia; BGH, 6, pp. 309 ss., de modo que para el marco penal queda por considerar el § 28.2 StGB (loc. cit., pp. 310 s.); igualmente, *Bockelmann*, AT, § 27, VI. 1 *a*, *b*'; *Letzgus*, Vorstufen, pp. 205 s.; *Welzel*, Strafrecht, § 16, II, 7; así también § 35.3 del Proyecto de 1962.

[18] Así la Propuesta de Proyecto Alternativo, § 32.2; *vid.* también *Baumann-Weber*, AT, § 37, IV, 4 *b*, β.

[19] *LK-Roxin*, § 30, núm. marg. 39 ss.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 913 ss.; *Dreher-Tröndle*, § 30, núm. marg. 6; *Jescheck*, AT, § 65, I, 4; *Gallas*, ZStW, 80, pp. 1 ss., 33.

inducir a quien, según cree, dirige un asunto jurídico para que prevarique, es impune [20]; si la dirección sólo existe supuestamente, porque falta ya el asunto jurídico que dirigir (un miembro de una asociación cree que el presidente tiene potestad jurisdiccional en los asuntos de la asociación), se trata de un delito putativo; si, por el contrario, el autor considera a una persona (ajena) como director de un asunto realmente pendiente, falta el necesario acceso de la declaración de inducción a un autor idóneo. Cuando se induce a una persona, en la actualidad no obligada en especial, pero que lo estará en el futuro, ello sólo es punible si el deber jurídico surge realmente, pues sólo el estatus comporta el deber específico. Ejemplo: Se induce al futuro juez, ya antes de su nombramiento, a que prevarique; punible sólo cuando tenga lugar el nombramiento [20a].

8 4. La complicidad en la inducción intentada es materialmente posible [21], pero impune [22], como se deriva de que: *a)* la inducción a la complicidad intentada, cualitativamente del mismo valor, es impune (el § 30 StGB menciona sólo a la inducción); además *b)* la complicidad en la preparación, en concepto de autor, es impune (falta un hecho principal al menos intentado), con lo cual un *minus*, a saber, la complicidad en la tentativa de inducción, no puede ser punible; y finalmente *c)* el § 30 StGB menciona expresamente la *inducción* en cadena, lo que sería superfluo si rigieran las reglas generales de la complicidad para los hechos del § 30 StGB [23].

B. La aceptación del ofrecerse, § 30, párrafo 2, 2.° grupo de casos StGB

9 Se trata de un caso especial de la inducción intentada: El receptor de la aceptación pregunta al que ha de prestarla si debe cometer el hecho (hecho principal o inducción intermedia). La complicidad intentada a instancias de una invitación que se ofrece es impune, como lo es la complicidad espontáneamente prestada [24].

El ofrecimiento no tiene por qué ser serio, al igual que una inducción intentada tampoco ha de tener necesariamente éxito, para ser punible. No im-

---

[20] *De otra opinión, Schönke-Schröder-Cramer,* § 30, núm. marg. 13.

[20a] En otro sentido la doctrina dominante, que si bien no trata el problema expresamente, en los §§ 153 ss., en relación con los §§ 30, 159, StGB, entiende que hay punibilidad cuando aún no existe el estatus procesal, p. ej., en la tentativa de inducción al perjurio a quien probablemente va a ser nombrado testigo. Dado que los §§ 153 ss. StGB, en comparación con los demás deberes especiales, sólo presuponen un estatus insuficiente, constituyen casos extremos entre delitos especiales y delitos comunes: Su tratamiento apenas admite implicaciones relativas al entendimiento de la distinción entre delitos especiales y delitos comunes.

[21] De modo que el cómplice es un partícipe en el sentido del § 138 StGB; BGH, StV, 1982, p. 220.

[22] BGH, StV, 1982, p. 220, con amplia bibliografía; doctrina dominante; *de otra opinión, Dreher,* GA, 1954, pp. 11 ss., 17; *Busch,* Maurach-Festschrift, pp. 245 ss., 252.

[23] Al respecto, detalladamente, *LK-Roxin,* § 30, núms. margs. 45 ss. La eventual invitación a mostrarse dispuesto no tiene por qué ser seria: ésta puede interpretarse incorrectamente como seria, y entonces existe el peligro de suposición errónea de compromiso; *vid.*, no obstante, *infra* 27/14.

[24] *Schröder,* JuS, 1967, pp. 289 ss., 290 s.; *Letzgus,* Vorstufen, pp. 96 ss.; *LK-Roxin,* § 30, núms. margs. 88 ss., con más bilbiografía; *de otra opinión, Blei,* NJW, 1958, p. 30; *el mismo,* AT, § 81, II, 3; *Dreher-Tröndle,* § 30, núm. marg. 11.

porta el que se ofrece, sino el que acepta [25]. Ejemplo: Un juez se ofrece bromeando, ante una parte, a prevaricar; la parte se lo toma al pie de la letra y acepta; punible a tenor de los §§ 30.2, 336, 28.1 StGB.

Con respacto a la recepción de la declaración de aceptación, al carácter culpable de la intervención, a la determinación del delito grave y a la impunidad de la complicidad a petición, se aplican las reglas de la inducción intentada.

C. El manifestarse dispuesto, § 30, párrafo 2, 1.er grupo de casos, StGB

El manifestarse dispuesto abarca: *a)* la aceptación de una inducción a un he- 10
cho principal o a una inducción intermedia; *b)* el ofrecerse, aun dependiente de una inducción, a un hecho principal o a una inducción intermedia, así como también *c)* la manifestación, ante otro, de estar dispuesto, no siendo necesaria aún una inducción. También en el último supuesto la declaración puede comprometer fácticamente a aquel que la expresa, y en su caso incluso más fuertemente que un acuerdo multilateral, acuerdo que —en contraposición a la declaración unilateral— con el consentimiento multilateral se puede suprimir. Tampoco la medida del cuestionamiento de la norma es, en la declaración de quien «va por libre», que es independiente de una inducción, menor que en una disposición a actuar dependiente [26].

El manifestarse dispuesto siempre ha de ser en serio [27]; de lo contrario falta el peligro de la conexión. La manifestación —como en la inducción— tiene que ser recibida y comprendida. En relación con el carácter culpable de la participación, la determinación del delito y la impunidad de la complicidad con el ofrecerse se aplica lo señalado acerca de la inducción intentada.

D. La conspiración, § 30, párrafo 2, 3.er grupo de casos, StGB

1. Conspiración es el acuerdo —no necesariamente voluntario— [28] de al 11
menos dos personas [29] para la comisión común de un delito grave en plano de igualdad, es decir, como coautores o como inductores conjuntos [29a]. La decisión de cometer el delito grave debe ser tan firme como es necesario para la tentativa. Los requisitos relativos a la determinación del hecho son los mismos que en la inducción: no bastan las deliberaciones previas [30]; las modalidades, que han de determinarse cuanto más cercanas al hecho mejor, o bien según vaya avanzando el hecho, pueden quedar abiertas, pero debe estar ya establecido con qué principios han de determinarse. Bajo estas condiciones, ni siquie-

---

[25] Igualmente, BGH, 10, pp. 388 ss.

[26] En otro sentido —estaría excluido el grupo de casos de *c*— la doctrina dominante; *Letzgus*. Vorstufen, pp. 89 ss.; *Jescheck*, AT, § 65, III, 3; *LK-Roxin*, § 30, núm. marg. 85, con más bibliografía.

[27] RG, 63, pp. 197 ss., 199.

[28] *De otra opinión*, BGH, NJW, 1956, pp. 30 s.

[29] RG, 55, p. 87.

[29a] No como cómplices; BGH, GA, 1988, pp. 501 s.

[30] BGH, 12, pp. 306 ss., 309.

ra es necesaria la concreción de la víctima en el ataque a bienes personalísimos [31] (¡pero sí posibilidad de concretar!). No basta fijar simplemente la clase de delito [32]. Ejemplo: La conspiración de procurarse dinero en todo caso asaltando un banco no está concretada en este sentido, aun cuando quepa determinar los medios; pero sí la conspiración de asaltar aquel banco de un distrito cuyas medidas de seguridad, habiéndolas verificado, parecen las más deficientes.

Los intervinientes pueden acordar, dependiendo de la situación, hechos alternativos [33]. Ejemplos: Los partícipes se proponen hacer depender de la probabilidad de ser descubiertos, tras un robo con violencia, violar a la víctima, matarla o bien dejarla marchar; la violación y el homicidio están (junto al robo) acordados en términos punibles [34].

12 2. Si uno de los conspiradores se reserva el no tomar parte, él es impune, por falta de dolo de consumación, si cree aún poder impedir el hecho [35]. Pero si parte de la consumabilidad del hecho por parte de los otros y su colaboración fue constitutiva para el acuerdo de voluntades de los demás, responde por inducción intentada del § 30.1 StGB [36].

13 3. En relación con el carácter culpable de la participación, la determinación del delito grave (¡en caso de aplicabilidad del § 28.2 StGB, la conspiración puede ser punible sólo en la persona del interviniente cualificado!), y la punibilidad de la complicidad con la conspiración, se aplica lo señalado acerca de la inducción intentada. La inducción a la conspiración es inducción a la coautoría o a la inducción intermedia conjunta.

III. LA PUNIBILIDAD DE LA INTERVENCION SEGUN EL § 30 StGB

14 La pena, de acuerdo con la poco clara regulación del § 30, párrafo 1, incisos 1 y 2, StGB, es la pena de la tentativa del delito grave respectivo (teniendo en cuenta los casos más o menos graves) [36a], pero con una atenuación obligatoria del marco penal de acuerdo con el § 49.1 StGB. Dado que la pena de la tentativa es igual a la de la consumación, con atenuación facultativa (§ 23.2 StGB), la pena por los hechos del § 30 es a fin de cuentas la pena de la consumación con atenuación obligatoria. Esta discriminación tan escasa con respecto a la tentativa no está lo suficientemente clara. Si se aplica el § 28.1 StGB, hay que atenuar por partida doble.

La aplicabilidad, ordenada por el § 30, párrafo 1, inciso 3, StGB, de la cláusula de la falta de discernimiento del § 23.3 StGB, ha de referirse especialmen-

---

[31] De otra opinión, *Maurach*, JZ, 1961, pp. 137 ss., 140; OLG Hamburg, MDR, 1948, pp. 368 s.; distinguiendo en función del significado de la concreción para el plan del hecho, *LK-Roxin*, § 30, núm. marg. 66.

[32] Menos estrictamente, *LK-Roxin*, § 30, núms. margs. 65 s., con referencias jurisprudenciales.

[33] BGH, 12, pp. 306 ss.

[34] *Vid.* BGH, NJW, 1973, pp. 156 s., 157; BayObLG, NJW, 1954, pp. 1257 s.

[35] *Vid.* BGH, 18, pp. 160 s., 161.

[36] En términos semejantes, *LK-Roxin*, § 30, núm. marg. 61, con bibliografía.

[36a] BGH, 32, pp. 133 ss., 135 ss.

te a los actos preparatorios mencionados en el § 30 StGB; como ejemplos cabe citar la conspiración bajo una condición que evidentemente nunca se va a producir, la tentativa de inducción con medios burdamente inidóneos (p. ej., tratar de inducir al primer transeúnte que pasa), el manifestarse dispuesto ante una oferta que en seguida se va a conocer con certeza como no seria, etc. Si lo insensato no es la preparación, sino la ejecución del hecho que se toma en perspectiva, se aplica ya la cláusula del § 30, párrafo 1, *inciso 1,* StGB. Los actos preparatorios supersticiosos no quedan abarcados; como ejemplos pueden citarse la manifestación de estar dispuesto a cometer un delito grave, proferida ante instancias sobrenaturales, la tentativa de inducción recurriendo a la mediación de tales instancias, etc.

IV. EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA DE INTERVENCION

A. Toda la fase de influir hacia la consumación se divide en (intervención en la) preparación con la regulación del desistimiento del § 31 StGB, y (intervención en la) tentativa con la regulación del desistimiento del § 24 StGB. La impunidad en el desistimiento de la tentativa y en el desistimiento de la tentativa de intervención sigue en cada caso (en parte) reglas propias, porque en la tentativa, que se caracteriza por la cercanía al tipo del comportamiento, basta ya abandonar la proximidad al tipo, mientras que a la tentativa de intervención, por falta de proximidad al tipo, no puede descartársela (*vid. supra* 26/10 y 50). 15

El § 31 StGB ha de referirse al hecho concretado en cada caso en la tentativa de intervención; acerca de la concreción rigen para la tentativa de inducción los mismos principios que en la inducción. A tenor de éstos, las meras variaciones dentro de las modalidades que han de decidirse con proximidad al tipo no constituyen abandono del plan originario. La decisión es dudosa sobre todo en caso de aplazamiento (aplazamiento por un año de una conspiración para asesinar, ¿desistimiento?) [37].

En la medida en que un partícipe ya no debe aportar nada necesario para la prosecución del acontecer delictivo, sólo puede —a diferencia del partícipe en la tentativa (*supra* 26/27)— desistir cuando aprovecha una posibilidad *segura* de revocación que él se ha *reservado* (*supra* 26/119 ss.), pues precisamente la ley no trata la aportación del partícipe de modo accesorio, sino como ejecución (de la preparación). Ejemplo: Quien revoca una inducción que ya ha tenido éxito sólo con medios de eficacia insegura (o de eficacia segura, pero habiéndose desarrollado fortuitamente) (no es desistimiento), se encuentra en definitiva como el partícipe que intenta una inducción de eficacia no segura, pero sí arriesgada de modo no permitido (punible conforme al § 30, párrafo 1, inciso 1, StGB).

B. El comportamiento de desistir: 16

1. También en el § 31 StGB está excluido el desistimiento cuando, a juicio del partícipe, el hecho principal ha llegado a ser imposible o cuando un com-

[37] *Vid.* acerca de este problema *Bottke,* Rücktritt, pp. 30 ss., 34.

portamiento que, según el dolo del partícipe, debería acarrear el resultado de participación, ha fracasado. Ejemplo: El destinatario de la inducción no accede; otros modos ulteriores de influir puede parecer que conseguirán el objetivo, pero en todo caso la (primera) tentativa de inducción ha fracasado [37a]. Asimismo, está excluido el desistimiento cuando la consumación se ha producido de modo imputable. Ejemplo: El destinatario de la inducción ha mentido en su rechazo; en realidad ha sido inducido y comete el hecho.

17 2. En el ámbito restante, la situación del que *se ha manifestado dispuesto* (§ 30, párrafo 2, 1.er grupo de casos StGB) se corresponde con la del ejecutor directo del § 24.1 StGB. En consecuencia, el § 31, párrafo 1, núm. 2, StGB requiere el abandono del propósito (la ley se refiere a aquel que se ha manifestado en solitario dispuesto a un hecho; en caso de manifestación de estar dispuesto por parte de quienes actúan conjuntamente, es de aplicación preferente el § 31, párrafo 1, núm. 3, StGB), debiendo ser determinado el abandono del propósito por evitar la consumación, si el propósito ha llegado hasta la tentativa acabada.

No se requiere, según el inequívoco tenor literal de la ley, la constancia externa del abandono [38].

18 3. Otro tanto se aplica a la *conspiración* (también en forma de *aceptación de ofrecimiento* para actuar conjunto), en la que el partícipe irreemplazable puede impedir la consumación simplemente con no continuar actuando: el «evitar» en el § 31, párrafo 1, núm. 3, StGB equivale para este grupo de casos al «abandonar» [38a]. En este grupo de casos, el autor se ve exonerado del riesgo de error, dado que desde su perspectiva no ha dejado de controlar el transcurso del hecho, de modo que la producción del resultado constituiría un caso de consumación prematura (*vid.* acerca del desistimiento de la tentativa 26/27). Ejemplo: Quien en la conspiración para asaltar un banco cree ser el único en poder conseguir los necesarios pases para acceder al departamento del banco, queda libre mediante la negativa contraria al acuerdo, aun cuando se produzca la consumación [38b].

19 4. Los otros grupos de casos de la conspiración y los casos de la aceptación de ofrecimiento, en los que al que acepta no le queda nada irreemplazable que hacer, se corresponden con los supuestos básicos de la situación del § 24.2

[37a] En otro sentido la doctrina de la consideración conjunta (*supra* 26/14), sobre todo la jurisprudencia; así, sin mencionar el problema y dada una voluntariedad cuando menos dudosa, BGH, JZ. 1984, pp. 290, 291; al respecto, *Küper,* JR, 1984, pp. 265 s., 266 s.

[38] Los redactores de la ley pretendían una constancia; *vid.* Niederschriften, t. II, apéndice núm. 46, nota 3, sobre § *b;* la constancia también sería adecuada: En la consecuencia muy próxima temporalmente —contada en relación con la realización imaginada del tipo— de acciones de *tentativa,* el abandono se suele poner de manifiesto en el cambio de dirección de la acción, pero en acciones de *preparación* esporádicas no. Controvertido; como aquí, *Bottke,* Rücktritt, p. 48; *LK-Roxin,* § 31, núms. margs. 16 ss.; *SK-Samson,* § 31, núm. marg. 17; *Schönke-Schröder-Cramer,* § 31. núm. marg. 8; *de otra opinión, Jescheck,* AT, § 65, IV. 2; *Dreher-Tröndle,* § 31, núm. marg. 6; *Lackner,* § 31, nota 1 *b; Baumann-Weber,* AT, § 37, IV, 4 *b,* ↓.

[38a] BGH, JZ, 1984, pp. 290 s., con comentario en lo esencial favorable de *Küper,* JR, 1984, pp. 265 ss.; BGH, 32, pp. 133 ss., 134 s.; ambas sentencias con comentario favorable de *Kühl,*, 1984, pp. 292 ss.

[38b] Acerca de este problema, *Herzberg,* 1989, pp. 114 ss.

StGB: El comportamiento de desistimiento del § 3 *a*, párrafo 2, núm. 3, StGB es, por tanto, la evitación activa de la consumación.

5. En la *tentativa de inducción*, en el § 31, párrafo 1, núm. 1, StGB, la ley 20
requiere cumulativamente el abandono y la eliminación del peligro de consumación, lo que es adecuado en la concepción aquí desarrollada, según la cual es necesario, entre otras cosas, la terminación de la tentativa de inducción. Sin embargo, con esta tentativa el inductor no ha perdido aún el control sobre la decisión de consumar, es decir, no en los casos en que ha de realizar adicionalmente aún complicidad irreemplazable; en estos casos, basta para el desistimiento con no continuar obrando. Ejemplo: El inductor al perjurio no menciona en el proceso al testigo inducido [39] (aunque se había comprometido a ello; por lo demás, falta desde el principio la pérdida de influencia y el peligro de conexión).

En relación con el riesgo de error, vale lo dicho sobre la conspiración (27/18), siempre que el autor, desde su perspectiva, aún tenga en sus manos la decisión. Un peligro de consumación apreciado objetivamente, que el autor no ha percibido y que tampoco se realiza, no impide el desistimiento a través del simple no continuar actuando [40]. Si el inducido puede continuar actuando por sí solo, es decir, si el autor ha perdido el control sobre la decisión, éste debe impedir la actuación del inducido; así pues, soporta el riesgo de que tenga éxito o no la evitación. Ejemplo: El inducido a cometer asesinato cede aparentemente a los intentos de disuasión, pero después comete el hecho; responsabilidad por consumación (acerca de la cuestión de si se da inducción o sólo complicidad con la consumación, *vid. supra* 22/22). Si ya ha salido mal el intento de suscitar el dolo y el inductor se ha dado cuenta de ello, la inducción ha fracasado y está descartado el desistimiento.

En definitiva, la regulación del § 31, párrafo 1, núm. 1, StGB se corresponde con la del § 24, párrafo 2, inciso 1, StGB.

6. Para todos los actos preparatorios del § 30 StGB rige lo siguiente: En 21
caso de preparación fracasada desde el punto de vista objetivo, que sin embargo el autor considera idónea, basta, según el § 31.2 StGB, que éste se esfuerce seriamente por impedir la consumación. La regulación se corresponde con el § 24, párrafo 2, inciso 2, StGB. Ejemplo: Quien ha aceptado un ofrecimiento y no sabe que el que se ha ofrecido no va a conseguir la consumación, deviene impune cuando, advirtiendo a la víctima, denunciando el hecho a la policía, etc., se esfuerza por impedir el resultado de un modo que considera eficaz por razones fundadas. Si cree seriamente que el que se ha ofrecido no va a encontrar a la víctima sin su ayuda, deviene impune ya por el mero no continuar actuando [40a]. No obstante, si el que se ofrece encuentra a la víctima por propio esfuerzo y ejecuta el hecho, ha de responder. Así pues, el partícipe en la preparación, en tanto que llega a ser causal para la consumación, soporta el riesgo de consumación, al igual que el partícipe en la tentativa [41]. Si el hecho se con-

---

[39] BGH, 4, pp. 200 s.

[40] *Bottke*, Rücktritt, p. 45; *LK-Roxin*, § 31, núm. marg. 7; *SK-Samson*, § 31, núm. marg. 11; *de otra opinión, Maurach-Gössel*, AT, II, § 53, núms. margs. 58 ss.; *Lackner*, § 31, nota 1 *a*.

[40a] BGH, JZ, 1984, pp. 290 s., 291 (con respecto a 2); *Küper*, JR, 1984, pp. 265 ss., 271 s.

[41] *Bottke*, Rücktritt, pp. 59 ss.

suma o intenta con independencia de la aportación del partícipe de la preparación, el esforzarse seriamente por impedir la consumación exonera al partícipe de responsabilidad *por la preparación*; sigue siendo posible la responsabilidad por la omisión de denunciar tipificada en el § 138 StGB (*vid. supra* 26/27 e *infra* 29/nota 192). Ejemplo: El partícipe en una conspiración para asesinar, que sin embargo no ha realizado ninguna aportación favorecedora, desiste de un delito de los §§ 211, 30 StGB mediante la representación contraria seria, aun cuando se dé cuenta de que sus representaciones contrarias no sirven de nada; se mantiene la responsabilidad por el § 138 StGB. También aquí la mera «rescisión» de la cooperación puede constituir un esfuerzo serio, si el autor puede suponer, basándose en fundadas razones, que por ello no se llegará a la comisión del hecho [42].

22 C. En relación con la voluntariedad, siempre necesaria, se aplica lo señalado en torno al desistimiento de la tentativa.

[42] BGH, NStZ, 1987, pp. 118 s.

TITULO II

Contenido y estructura de la imputación, principalmente en el delito de omisión

CAPITULO VI

La imputación en el delito de omisión

APARTADO 28

Acción y omisión

BIBLIOGRAFIA: *N. K. Androulakis*, Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963; *G. Arzt*, Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, JA, 1980, pp. 553 ss., 647 ss., 712 ss.; *R. Barwinkel*, Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1968; *H.-J. Behrendt*, Die Unterlassung im Strafrecht, 1979; *R. Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, t. II (1), 2.ª ed., 1914; *A. Böhm*, Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, JuS, 1961, pp. 177 ss.; *R. Busch*, Zur gesetzlichen Begründung der Strafbarkeit unechten Unterlassens, v. Weber-Festschrift, pp. 192 ss.; *K. Engisch*, reseña bibliográfica, MonSchrKrim., 1939, pp. 414 ss.; *el mismo*, Tun und Unterlassen, Gallas-Festschrift, pp. 163 ss.; *W. Gallas*, Studien zum Unterlassungsdelikt, 1989; *K. H. Gössel*, Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt, ZStW, 96, pp. 321 ss.; *G. Grünwald*, Das unechte Unterlassungsdelikt, tesis doctoral, Göttingen, 1956; *B. Haffke*, Unterlassung der Unterlassung?, ZStW, 85, pp. 44 ss.; *F. Haft*, Die Unterlassungsdelikte, ein Lernprogramm, JA, 1982, pp. 473 ss.; *R. D. Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *G. Jakobs*, Regreßverbot beim Erfolgsdelikt, ZStW, 89, pp. 1 ss.; *H.-H. Jescheck*, Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im deutschen und ausländischen Strafrecht, ZStW, 77, pp. 109 ss.; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *el mismo*, Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, JuS, 1961, pp. 173 ss.; *Arthur Kaufmann*, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 200 ss.; *D. Kienapfel*, Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen, ÖJZ, 1976, pp. 281 ss.; *H. J. Lütt*, Das Handlungsunrecht der Steuerhinterziehung, 1988; *L. Philipps*, Der Handlungsspielraum, 1974; *C. Roxin*, Pflichtwidrigkeit und Erfolg beifahrlässigen Delikten, ZStW, 74, pp. 411 ss.; *E. Samson*, Begehung und Unter-

lassung, Welzel-Festschrift, pp. 579 ss.; *R. Schmitt*, Zur Systematik der Unterlassungsdelikte, JZ, 1959, pp. 432 ss.; *W. Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen im Strafrecht, 1974, *B. Schünemann*, Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen, ZStW, 96, pp. 287 ss., *U. Sieber*, Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der passiven Gesprächsteilnahme, JZ, 1983, pp. 431 ss.; *G. Spendel*, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 183 ss.; *U. Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988; *E. Struensee*, Die Struktur der fahrlässigen Unterlassungsdelikte, JZ, 1977, pp. 217 ss.; *G. Timpe*, Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983; *el mismo*, Die Nötigung, 1989; *K. Volk*, Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen, Tröndle-Festschrift, pp. 219 ss.; *J. Welp*, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968.

I. LA DISTINCION ENTRE ACCION Y OMISION

A. Principios de la distinción

1 1. La *acción* es la realización evitable del resultado (*supra* 6/20 ss.), constituyendo resultado ya la ejecución de un movimiento corporal (delitos de mera actividad), o bien una consecuencia situada más allá de este movimiento corporal (delitos de resultado). La evitabilidad, es decir, el dolo o la imprudencia, vincula al resultado con la motivación: Importan aquellos resultados que son conocidos (dolosos) o al menos cognoscibles (imprudentes), y conocidos o cognoscibles como consecuencia de un proceso motivacional. Procesos motivacionales son las direcciones de impulsos voluntariamente conformadas o (en los automatismos) voluntarias y conformables sin ulterior actividad corporal.

En este sencillo modelo se considera como sistema a un complejo psicofísico de efectos entre motivación y aparato motor: Lo que interesa es el *output* de este sistema; cómo se las arregle el sujeto con su motivación es asunto suyo en el ámbito del injusto. ¿Quién va a ser, además, responsable por la motivación, sino el propio sujeto? En concreto: Da lo mismo que alguien, por ser apático o abúlico, no haga nada, o que otro reprima con gran esfuerzo una intensa tendencia hacia una acción; en cualquier caso, no se actúa; también da igual que alguien ceda al instante a su intenso impulso a la acción, o bien que se derrumbe la defensa interna tras mucho luchar; en cualquier caso, se actúa. Al sistema de la acción se atribuyen todas aquellas circunstancias para dominar a las cuales no hace falta más que la ausencia de motivación incorrecta.

2 2. Todas las acciones pueden reformularse como omisiones (pero no, a la inversa, todas las omisiones como acciones) [1], no fijando la atención en el mo-

[1] Así, no obstante, para los delitos de omisión impropia, la llamada teoría de la interferencia; *Binding*, Normen, t. II (1), pp. 546 ss., 556: La omisión es una «acción interna». Sin embargo, la paralización de una voluntad de salvar no es una acción interna, sino precisamente el final de un proceso interno, y si falta desde el principio la voluntad de salvar, con mayor razón fracasa la teoría de la interferencia. Con respecto a este problema, *vid. Armin Kaufmann*, Dogmatik, pp. 244, 268 s.; *Welp*, Vorangegangenes Tun, pp. 45 ss.; *Herzberg*, Unterlassung, pp. 38 s.; *Gallas*, Studien, pp. 3 ss.

vimiento corporal motivado, sino en que se omite el «refrenar el motivo» [2]. Dado que, sin embargo, para la realización que hay que rendir según este modelo, no rigen las reglas generales de los delitos de omisión —en el concepto de acción no hay que atender a la especial capacidad para «refrenar», etc. (con detalle, *supra* 6/21 s.)— la reformulación no produce fruto alguno, sino sólo complicación.

3. Quien *actúa* cuando no debe actuar tiene, pues, *un motivo de más para realizar un movimiento corporal.* La frase es reversible: Quien *omite* cuando debe actuar tiene *un motivo de menos para realizar un movimiento corporal.* Ambas modalidades pueden ser jurídico-penalmente relevantes; junto a las *normas de prohibición*, que se infringen mediante la comisión de la acción prohibida y que se obedecen mediante la omisión de ésta, aparecen las *normas de mandato*, a las que se obedece mediante la ejecución de la acción prescrita, y que se infringen mediante la omisión de ésta [3]. La mencionada distinción coincide con la diferenciación tan extendida entre la causalidad (acción) y la no causalidad (omisión) del comportamiento [4], pero permite caracterizar mejor el comienzo de la causalidad: Este no reside en el cuerpo (el cuerpo del que está tendido ante el aparcamiento ajeno es condición de la obstaculización, pero no lo es —mientras que está tendido— su motivación) o en el movimiento corporal, sino en la motivación. 3

4. En casos concretos pueden darse, referidas al mismo resultado, tanto una acción como una omisión; la relación de ambos modos de conducta cons- 4

---

[2] Así en especial el concepto negativo de acción de *Behrendt*, Unterlassung, pp. 121 ss., 130. y *passim;* con mayor precisión sobre el concepto negativo de acción, *supra* 6/33.

[3] *Armin Kaufmann* ha desarrollado un principio de inversión que permite trasladar la dogmática del delito de comisión al de omisión, de acuerdo con el cual el efecto jurídico igual en cada caso viene activado por la «estructura» inversa respectiva y la «forma de aparición» igual en cada caso indicaría el respectivo efecto jurídico inverso (Dogmatik, pp. 87 ss., 316 s., y *passim*; críticamente, *Haffke*, ZStW, 87, pp. 44 ss.). Este principio se basa en suponer una naturaleza simétrica o refleja del comportamiento delictivo. Aun cuando fuese atinada tal suposición, hay que dudar que la simetría exista con respecto a la «estructura» lógico-normativa y ontológica (?) y no con respecto a una significación social —que también facilite el contrapunto de la «estructura» en el caso concreto— del hacer y del omitir. En todo caso, este principio no ha de aplicarse sólo en una dirección tal como si fuese prevalente la responsabilidad por comisión. Se trata más bien de sintonizar recíprocamente acción y omisión, de modo que también puede efectuarse una inversión desde el ámbito de la omisión al de la comisión, como se ha hecho en esta obra al desarrollar posiciones de garante para los delitos de comisión (*supra* 7/56 ss.). Así pues, el principio no puede sustituir el trabajo dogmático, sino a lo sumo confirmarlo; así en lo esencial *Kaufmann*, loc. cit., p. 89; *vid.* asimismo *Struensee*, JZ, 1977, pp. 217 ss., 218 ss.

[4] *Jescheck*, AT, § 58, II, 2; *LK-Jescheck*, núm. marg. 83, ante § 13; *Grünwald*, Unterlassungsdelikt, pp. 21 ss.; *Kienapfel*, ÖJZ, 1976, pp. 281 ss., 286; *Roxin*, ZStW, 74, pp. 411 ss., 415 s.; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 7, ante § 13; *Samson*, Welzel-Festschrift, pp. 579 ss., 587 s.; en definitiva también *Schmidhäuser*, AT, 16/105 s.; *Lütt*, Handlungsunrecht, pp. 40 ss. La distinción de *Engisch* en función del obrar o de la falta de empleo de energía —entendida no «naturalísticamente», sino «con sentido social»— (Gallas-Festschrift, pp. 163 ss.) a lo sumo puede incrementar la evidencia de una delimitación fundamentada de otro modo (*vid.* además *Engisch*, loc. cit., pp. 274 s.), a no ser que se quiera, p. ej., considerar acciones también los accesos epilépticos (¡empleos de energía intensos!). Atendiendo igualmente al empleo de energía *Welp*, Vorangegangenes Tun, pp. 109 ss.; *Androulakis*, Studien, pp. 55 s.; *vid.* asimismo *Sieber*, JZ, 1983, pp. 431 ss., 434 s. Para *Gössel*, el empleo de energía sólo es característico de la acción comisiva, a la que se añadiría la *acción* omisiva (*Maurach-Gössel*, AT, II, § 45, núm. marg. 20).

tituye entonces un problema concursal, siempre que ambas modalidades sean típicas, antijurídicas y culpables. No existe una prevalencia general de uno de estos dos modos de conducta [5]. Ejemplo: Alguien suelta por falta de atención el freno de un coche, en una carretera en cuesta abajo, y omite, conociendo las consecuencias, inmovilizar el automóvil, que comienza a rodar y lesiona a una persona; lesiones antijurídicas imprudentes por acción y lesiones antijurídicas dolosas por omisión. Naturalmente, la evitabilidad (así ya en el ejemplo acabado de mencionar), la antijuricidad o la culpabilidad pueden variar de una modalidad a otra. Ejemplo: La víctima de una agresión apuñala al atacante con dolo de homicidio en defensa necesaria y se demora conscientemente en buscar un médico para la salvación, muriendo el atacante; homicidio doloso justificado y omisión de prestar socorro antijurídica (§ 323 *c* StGB) [6]. La regla a menudo indicada de que hay que atender al punto esencial del comportamiento [7] sólo se puede utilizar como directriz para decidir el concurso *después de* valorar jurídicamente todas las versiones del comportamiento. Como regla para determinar la valoración jurídica, conduce a abandonar la dogmática en favor de consideraciones vagas [8].

B. Grupos de supuestos

5 La distinción entre acción y omisión es siempre clara, dada la nitidez de ambos conceptos. Cuando concurran ambas modalidades de comportamiento no siempre serán ambas jurídicamente relevantes. Grupos de supuestos:

6 1. Si el autor realiza una acción lesiva, que sería inocua si se añadiera una acción ulterior, sólo tiene de más el motivo para haber realizado la acción, a no ser que exista deber de actuar. Ejemplos: Quien distribuye géneros no desinfectados entre personas que resultan infectadas, actúa; está prohibida la distribución, no es que la desinfección esté prescrita [9], a menos que excepcionalmente concurra un deber jurídico de tratar los géneros. Igualmente, sólo hay que atender a la acción cuando alguien adelanta a un ciclista sin guardar la suficiente distancia lateral de seguridad, ya que no existe un deber de adelantar [10]. Del mismo modo hay que decidir cuando alguien lleva en coche a un niño sin haber asegurado el cierre de las puertas [11]. También constituye acción que un cónyuge abandone el domicilio conyugal, lo que da lugar a que el otro cónyuge mate al hijo común y se suicide [12]. Bien es verdad que en los supues-

---

[5] *De otra opinión*, es decir, en el sentido de que «en la duda» (?) ha de apreciarse acción, *Arthur Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 200 ss., 212; *Spendel*, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 183 ss., 194.

[6] *Vid. infra* con respecto a la injerencia; sobre la sucesión de dolo e imprudencia, *vid.* también BGH, 7, pp. 287 ss., 288 s.

[7] Así BGH, 6, pp. 47 ss., 59. *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 158, ante § 13, con más bibliografía; *Blei*, AT, § 84, II, 1; *Wessels*, AT, § 16 I, 2.

[8] *SK-Rudolphi*, núm. marg. 6, ante § 13; *AK-Seelmann*, § 13, núm. marg. 27.

[9] En otro sentido, RG, 63, pp. 211 ss., 214 («caso de la lana de cachemir», *Ziegenhaarfall*); muy controvertido.

[10] *Vid.* BGH, 11, pp. 1 ss.

[11] En otro sentido OLG Karlsruhe, Justiz, 1976, pp. 435 s.

[12] En otro sentido BGH, 7, pp. 268 ss.

tos mencionados se ha omitido algo, pero sólo en el caso en que el autor quiera actuar, y de actuar no existe deber alguno.

2. Aun cuando exista deber de actuar, hay que decidir conforme a las reglas mencionadas más arriba, pero pueden coincidir acción y omisión. Tal es el caso cuando se ejecuta una acción lesiva incorrecta (un motivo de más) en lugar de la acción salvadora prescrita (un motivo de menos). Ejemplo: Un médico opera por error una hernia en el costado derecho, sano, en lugar de en el costado izquierdo, enfermo; la omisión de la curación (motivo de menos) y la lesión mediante la operación (motivo de más) se hallan en concurso ideal (§ 52 StGB). Este puede ser el caso incluso si se da la identidad de los objetos de ataque; ejemplo: Un médico vulnera aún más, con un tratamiento incorrecto, el órgano enfermo a curar. 7

3. En la medida en que la salvaguarda de intereses jurídicamente reconocidos siga a una mera autorización o bien incluso a un mandato de actuar, puede conducir a intervenir en bienes ajenos, pero sólo si la intervención es necesaria [13], puede producirse la siguiente situación: Una acción está permitida sólo si otra acción complementaria reduce o elimina las consecuencias de la intervención; sin embargo, si es imposible ejecutar la acción complementaria, o la ejecución perjudica intereses jurídicamente reconocidos, está permitida la intervención no atenuada [14]. Ejemplo: Un médico sólo puede conducir (acción) un coche, incluso en una emergencia, si tiene disponible el permiso de conducir, lo que en la práctica puede significar que se lo tenga que meter en el bolsillo (acción); sin embargo, este deber pasa a un segundo plano cuando la prestación de socorro se ve menoscabada por su cumplimiento (p. ej., porque el buscar el permiso de conducir requiere tiempo); dada esta situación, el motivo para actuar (conducir el coche) sin el motivo para la acción complementaria no es incorrecto en todo caso (no de más) sino que, si se da la posibilidad de reducir o eliminar la consecuencia, el motivo sólo es de menos reducidamente, es decir, en parte: Se trata de un delito de omisión. Cómo se califique tiene interés para el injusto: El autor no responde por toda la intervención causada, sino sólo por el *quantum* de intervención que es evitable mediante una acción adicional [15]. Ejemplo: El médico que opera sin anestesia sólo responde por el dolor superfluo, pero no por la intervención quirúrgica como lesión [16]. 8

[13] Acerca del concepto de necesariedad, *vid. supra* con respecto a los §§ 32, 34, StGB. 12/30 ss.; 13/16 ss.

[14] Se trata de acciones *idénticas*. En tanto que en vez de una acción arriesgada se podría haber escogido *otra* menos arriesgada, el mandato de la norma tiene el sentido de *omitir por completo* la acción excesivamente arriesgada. La inevitabilidad de un resto de riesgo es entonces problema del contexto del fin de la norma.

[15] El resultado coincide con la aplicación de la teoría del fin de la norma, *vid. supra* 7/72 ss.

[16] La solución no es válida cuando la acción no salvaguarda interés alguno. Ejemplo: Un médico que conduce ebrio hacia un establecimiento de hostelería que se encuentra a mitad de camino al domicilio de un paciente en situación de emergencia, al cual podría dirigirse el médico en estado de necesidad justificante, pero al que no pretende dirigirse, no debe conducir ebrio: un motivo de más, *ergo* acción.

II. LOS TIPOS *(TATBESTÄNDE)* LEGALES DE LOS DELITOS DE OMISION

9 A. En ocasiones, las infracciones de normas prescriptivas se declaran punibles ya mediante las formulaciones de un precepto de la Parte Especial (o de leyes penales especiales). Se trata de delitos *propios* (mejor, primarios) de omisión [17], en los que el injusto y la punibilidad están formulados legalmente, naturalmente con distinto grado de determinación.

10 1. En los delitos de omisión propios *semejantes a la comisión* (semejantes a la acción), la omisión es una modalidad delictiva con la medida y género de injusto de la modalidad de acción: actuar y omitir equivalen expresamente. Todos los delitos de este género ostentan, al menos para la modalidad de omisión, la descripción expresa, o complementable mediante interpretación, de un autor obligado especialmente, en sentido amplio (garante) [18], aunque sea veladamente, al definir el deber especial mediante el poder de organización, que excluye a terceros, sobre el propio ámbito o actividad vital (así en el § 370 AO) [19], mediante la posesión de una cosa peligrosa (así en el § 94, párrafo 1, núm. 2, StGB: permitir el acceso de extraños a un secreto de Estado) [20], mediante la posición espacial del propio cuerpo (así en el § 123, párrafo 1 2.° grupo de casos, StGB: omisión de abandonar la morada ajena) o mediante el vínculo social de la propia persona (así en las injurias del § 185 StGB [21], e incluso en el permitir llevar a cabo acciones de carácter sexual sobre personas sujetas a la propia custodia, en los §§ 174 ss. StGB), es decir, mediante la asignación de un ámbito de organización a la configuración responsable.

La concreción del deber especial no va en ocasiones más allá de la determinación *grosso modo* del marco (p. ej., no en el abandono de personas que no pueden valerse por sí mismas, del § 221, párrafo 1, 2.° grupo de casos StGB), correspondiéndose los problemas de concreción con los del deber de responder en el § 13.1 StGB (así pues, en los delitos impropios de omisión, *infra* 28/12; 29/1 ss.). En esos casos, la ley, pero sólo para el delito concreto, ha formulado *que* (también) existe una norma prescriptiva para los obligados especialmente de modo determinado sólo en cuanto al marco, y su infracción corresponde a una acción; dicho de otro modo, el § 13.1 StGB resulta desplazado por la regulación específica de la Parte Especial. Sin embargo, con ello no se descarta

---

[17] La distinción que aquí se efectúa sigue a *Armin Kaufmann*, Dogmatik, pp. 275 ss.; *el mismo*, JuS, 1961, pp. 173 ss.; también *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 980, 1034; en términos semejantes, *Schmitt*, JZ, 1959, pp. 432 ss. La distinción, antes tan extendida, en función de si el omitente infringe una prohibición (impropia) o un mandato (propia) (en tal sentido aún *Baumann-Weber*, AT, § 18, I y II, 1), queda excluida, de acuerdo con la concepción de lógica de las normas aquí defendida, en la que las omisiones nunca infringen prohibiciones. Exposición detallada de las concepciones propugnadas para distinguir, *Herzberg*, Unterlassung, pp. 22 ss., que a su vez distingue en función de si un tipo cabe realizarlo sólo mediante omisión (propia) o también mediante acción (impropia); *vid.* asimismo *Schünemann*, ZStW, 96, pp. 287 ss., 302 s.

[18] Muy controvertido para algunos delitos en particular; *vid.* los pormenorizados análisis en *Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen, pp. 176 ss., 235, 349 ss.

[19] *Vid.*, asimismo BGH, 23, pp. 319 ss.

[20] *Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen, p. 183.

[21] *Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen, pp. 227 ss., con más bibliografía.

también la atenuación del § 13.2 StGB (para su aplicación a los delitos propios de omisión e incluso a los delitos de infracción de deber en la comisión, *vid. infra* 29/123 ss.).

La equiparación de la omisión con la comisión en la Parte Especial puede tener lugar al mencionarse específicamente la alternativa de comportamiento, como el no abandonar la morada ajena, en el allanamiento del § 123.1 StGB [22] o el descuido de un deber en el § 223 *b*, párrafo 1, StGB (dañar la salud de personas sujetas al cuidado de uno mediante incumplimiento del deber de cuidar), o el que el funcionario de policía deje que se cometan lesiones, en el § 340.1 StGB [23]. Sin embargo, la ley emplea conceptos de comportamiento que abarcan tanto comisión como omisión, sobre todo caracterizando el comportamiento como «infracción de deber», siempre que esto ocurre, sin limitarlo a un deber, sólo para la omisión o sólo para la acción (§§ 170 *b* —no prestación de alimentos—, 170 *d* —omisión de los deberes de custodia y educación—, 266, párrafo 1, 2.° grupo de casos, StGB —incumplimiento del deber de administración leal—, entre otros).

2. Otro grupo de delitos propios de omisión no es nunca *semejante a la comisión* en la medida en que la norma infringida, a pesar del mismo resultado de peligro o de lesión, es más leve y también está sancionada más levemente que la norma de prohibición del correspondiente delito de comisión. Se trata de los §§ 138 s. (omisión del deber de denunciar delitos planeados) y 323 *c* StGB (omisión de prestar auxilio). En estos preceptos se trata de penalizar una lesión de la solidaridad mínima *general* ante un peligro para bienes importantísimos; no se trata, pues, de delitos especiales. La opinión tan difundida de que en estos delitos no es que se ordene evitar el resultado, sino sólo ejecutar determinado comportamiento [24], o sea, que se trata de delitos de mera actividad a la inversa [25], es errónea: el § 323 *c* StGB no puede ser un delito de mera 11

[22] BGH, 21, pp. 224 ss., 225.

[23] Ampliamente, *Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen, pp. 176 ss., 304 ss.; aquí se encuadra también el § 221, párrafo 1, 2.° grupo de casos StGB: El abandonar (a un menor, etc.) es ciertamente comisión, pero no la acción constitutiva del injusto, sino sólo la manifestación externa de la voluntad de omitir el auxilio; así pues, se trata de un delito de omisión propia disimulado (oculto por una comisión —a su vez realizable mediante una omisión impropia, BGH, 21, pp. 44 ss., 47; BGH, NStZ, 1983, p. 454—); *Schöne*, loc. cit., pp. 24 s.; controvertido.

[24] En tal sentido —a la vez restringiendo el concepto de omisión propia a estos delitos no equivalentes a comisión y presuntamente tampoco orientados al resultado— *Jescheck*, AT, § 58, III, 2; *el mismo*, ZStW, 77, pp. 109 ss., 122; *LK-Jescheck*, núm. marg. 84, ante § 13; *Busch*, v. Weber-Festschrift, pp. 192 ss., 193 s.; *Böhm*, JuS, 1961, pp. 177 ss., 178; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 8, ante § 13; *Wessels*, AT, § 16, I, 1. Totalmente sesgado, BGH, 14, pp. 280 ss., 281: Si (con arreglo al § 84 GmbHG, redacción anterior) en caso de quiebra sólo se castiga al gerente de una sociedad de responsabilidad limitada (GmbH) en caso de que haya omitido la solicitud de declaración de quiebra, en esa medida está descrito el comportamiento prescrito y sólo puede tomar parte quien coopera en la omisión de este comportamiento descrito, y no quien oculta de cualquier otro modo la situación de quiebra. Un delito vinculado a determinado comportamiento (inverso) de tales características no tiene forzosamente nada en común con un delito de mera actividad (inverso). Entre las distintas posturas, *Maurach-Gössel*, AT, 45, núm. marg. 35 ss.

[25] La postura se deriva del esfuerzo por no tener que tratar el deber jurídico de actuar, en los términos de los §§ 138 y 323 *c* StGB, como deber de evitar el resultado en el sentido del § 13 StGB, ya que, en otro caso, cualquiera que se encontrase en la situación típica de los preceptos mencionados se convertiría en garante y por tanto en susceptible de punición por los §§ 211 ss., 306 ss. StGB, etc. El resultado —correcto— se deriva con facilidad de la debilidad del mandato

actividad a la inversa, porque la actividad prescrita no está descrita con exactitud, y sólo cabe mencionarla por su relación con el resultado (socorro a fin de eliminar el desamparo para los bienes afectados); otro tanto cabe afirmar en relación con el § 138 por su vinculación a la evitabilidad del resultado [26]. Bien es cierto que ambos delitos comprenden también tentativas de omisión (p. ej., negar el socorro o no presentar la denuncia que *ex post* resultan ser superfluos); por esto se trata de delitos de emprendimiento parciales, en los que sin embargo no es posible prescindir de la relación con el resultado, como tampoco lo es en la tentativa en general [27].

12 B. De acuerdo con el tenor literal de gran número de preceptos penales especiales, y sobre todo de acuerdo con la mayoría de los delitos de resultado (§§ 211 ss. —delitos contra la vida—, 223 s. —lesiones—; sin embargo, *vid.* el § 223 *b*, párrafo 1, última alternativa de conducta StGB, mencionada *supra*; 239 —detención ilegal—, 263 —estafa—, 303 ss. —daños—, 306 ss. StGB —incendios—), sólo se castiga el actuar, e incluso los preceptos ni siquiera sugieren que el omitir constituya injusto. Para los preceptos de esta clase, el § 13.1 StGB contiene una norma general de transformación, o más exactamente, una norma de complementación, la cual indica que la norma de prohibición del delito de comisión ha de complementarse con la norma prescriptiva de un delito de omisión y que a la infracción del mandato ha de aplicársele la sanción correspondiente a la infracción de la norma de prohibición. Los delitos de omisión que surgen así, complementando genuinos delitos de comisión, se llaman delitos de omisión *impropios* (mejor, secundarios). Ejemplo: Junto a la prohibición, reforzada con pena, del § 212 StGB, de no matar a una persona mediante acción (p. ej., no arrojar al agua a quien no sabe nadar), aparece a través del § 13.1 StGB el mandato, reforzado con pena, de mantener la vida de una persona mediante una intervención conforme a deber (p. ej., dado el deber, sacar del agua a quien no sabe nadar).

III. EL PROBLEMA DEL DEBER ESPECIAL EN LA OMISION EQUIPARABLE A LA COMISION

13 A. La omisión semejante a la comisión, al menos como omisión impropia, parece ser siempre un delito especial; bien es verdad que según el tenor literal de la ley todos deben responder por las consecuencias dañosas evitables (realizadas dolosa o imprudentemente) de su obrar, pero sólo los obligados a responder (§ 13.1 StGB) tienen que evitar consecuencias dañosas mediante acciones de salvación. La fundamentación de esta diferencia —después de todo sólo verbal— tiene trascendentales consecuencias desde el punto de vista dogmático (en relación con la aplicabilidad de la participación a la omisión, con la

normativo de los preceptos referidos. Ampliamente, *Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen, pp. 60 ss., con bibliografía.

[26] Ampliamente, *Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen, pp. 43 ss., 100 ss.; 103 ss., 172 s.; 349 ss.

[27] *Armin Kaufmann*, Dogmatik, pp. 230 ss.; *Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen, pp. 72 ss., 160 ss.

fundamentación de posiciones de garante y con la punición de la omisión por comisión, entre otras cuestiones).

Como fundamento de la preponderancia (externa, verbal) de las prohibiciones, se señala que el mandato requiere empleo de energía por parte del obligado, mientras que la prohibición no; por tanto, la observancia de la prohibición se puede exigir más fácilmente [28]. No obstante, tal planteamiento sólo convence en caso de mínima consecuencia dañosa y necesidad de gran empleo de energía; por el contrario, en caso de pequeño empleo de energía para evitar graves consecuencias dañosas, con arreglo a la ponderación legal de intereses (o sea, según los principios del § 34 StGB), pasa a un segundo plano el interés en no tener que emplear energía alguna. Ejemplo: Si una vida humana amenazada puede salvarse con una breve llamada telefónica a un médico, la limitación a los especialmente obligados de la omisión semejante a la comisión —es decir, la limitación de los §§ 211 ss. StGB; el § 323 *c* StGB sigue siendo aplicable como delito comisible por cualquiera— no se puede explicar con el interés preponderante del que omite. Del mismo modo, tampoco convence la explicación de que los mandatos, por el deber de acomodarse enteramente a una concreta secuencia de la acción, limitarían la libertad en mayor medida que las prohibiciones, en las que sólo se exceptúa del ámbito por lo demás ilimitado de lo permitido una forma concreta de comportamiento [29]: El resultado de la ponderación jurídica del interés por la libertad y de la medida de utilidad de un mandato puede decantarse en el caso concreto en favor del mandato (p. ej., en una evitación, que se puede llevar a cabo incidentalmente, de peligros para bienes de alto rango); y a la inversa, en el caso concreto las prohibiciones pueden quitar más libertad, como, p. ej., cuando sólo una acción prohibida hace posible ulterior desarrollo de la libertad, p. ej., en la prohibición de escaparse de la prisión [30]. Pero también es inadecuado el intento de referir la preponderancia de las prohibiciones y la necesidad de un deber especial para los mandatos semejantes a la comisión, jurídico-políticamente, al carácter «antiliberal» de mandatos tuteladores [31]. Como tampoco reporta solución el tratar los bienes jurídicos, desde una perspectiva «individualista», como magnitudes existentes aisladamente a las que nadie puede perturbar en su desarrollo, pero en las que las los desarrollos erróneos sólo se pueden impedir excepcionalmente «de modo solidario» [32]. Ya cada prohibición de delito de resultado exige tener en cuenta la existencia del bien protegido y amplía en esa medida la perspectiva individualista, sobre todo cuando el bien ajeno se encuentra en el ámbito vital del que actúa. Ejemplo: La prohibición de atropellar al borracho que está tendido delante del aparcamiento particular del que actúa no cabe explicarla con una perspectiva «individualista» [33]. Más aún «tutela» una prohibición cuando

---

[28] *Engisch*, Gallas-Festschrift, pp. 163 ss., 173 s.; en definitiva en términos semejantes, *Sieber*, JZ, 1983, pp. 431 ss., 434 ss.

[29] *Engisch*, MonSchrKirm., 1939, pp. 414 ss., 423; *Armin Kaufmann*, Dogmatik, p. 86; *Bärwinkel*, Struktur, p. 17.

[30] Acertadamente, *Samson*, Welzel-Festschrift, pp. 579 ss., 586.

[31] *Baumann-Weber*, AT, § 18, I, 1. Se trata de una idea procedente de *Feuerbach* en el sentido de que «la obligación originaria del ciudadano» se refiere «sólo a omisiones» y de que un delito de omisión» presupone «una especial razón jurídica», la cual no se requiere en el delito de comisión, Lehrbuch, § 24.

[32] *Samson*, Welzel-Festschrift, pp. 579 ss., 595; *Stein*, Beteiligungsformenlehre, pp. 321 ss.

[33] *Vid. Timpe*, Strafmilderungen, pp. 169 s.; *Jakobs*, ZStW, 89, pp. 1 ss., 2 s., nota 4.

el actuar sólo va a surtir efectos en el propio ámbito vital y sólo recibe efectos externos a través de actividades de otras personas. Ejemplo: A quien apaga la luz en su casa, sabiendo que en la calle sin iluminar van a tropezar transeúntes inevitablemente, y van a resultar lesionados, no se le puede hacer responder sin tener en cuenta un deber de solidaridad. A la inversa, los mandatos que existen debido al aseguramiento del tráfico o a una acción previa (injerencia) (*vid. infra* 29/29 ss.) tienen tan poco que ver con la solidaridad como las prohibiciones, ya que son sólo deberes de acotar el propio ámbito vital, no de sacrificarse en aras de otros.

14 B. *Así pues, como hay mandatos que no presuponen solidaridad, y prohibiciones que sólo existen en caso de solidaridad, el cambio de fundamentación de la responsabilidad no puede ser entre todas las omisiones, por una parte, y todas las comisiones, por otra, sino sólo dentro de las comisiones, así como dentro de las omisiones* (*vid.* ya *supra* acerca de la imputación objetiva, 7/56 ss.).

En el supuesto básico de los delitos de comisión se trata de que nadie extienda su propio ámbito de organización o bien un ámbito de organización que él gobierna, sin respetar los ámbitos de organización de otras personas. El que tal extensión sin consideración por los demás tenga lugar mediante una acción (contrariando una prohibición) o mediante una omisión (contrariando un mandato) depende a menudo de variables situadas dentro de la organización de un ámbito, y contemplada desde fuera es fortuita [34]. Ejemplo: El que un conductor, para no atropellar a un peatón, tenga que frenar (hacer) o no seguir acelerando (omitir) depende de circunstancias (construcción de la máquina, comportamiento previo del conductor, etc.) independientes de la decisión axiológica de que el autor no debe continuar avanzando a costa de la salud y la vida de otros. Así pues, hay ámbitos en los que la comisión y la omisión son prácticamente convertibles, sin que la comisión cambie nada en el fundamento de responsabilidad: No deben surgir hacia afuera del propio ámbito de organización condiciones dañosas; dicho de otro modo, quien utiliza la libertad de actuar de modo que no es posible evitar daños en otros sin emplear esfuerzo (p. ej., frenar el vehículo), debe soportar ese empleo de esfuerzo [35].

Este fundamento de responsabilidad no está conectado a la práctica intercambiabilidad de comisión y omisión, sino que rige en general, cuando alguien, al configurar su vida, da lugar a peligros para otro, o aparta a otro del dominio de peligros ya creados. Ejemplo: Quien organiza el abrir una fosa, debe cuidar de que nadie caiga en ella. Los mandatos situados en este ámbito (deberes de relación) tienen tan poco que ver con la solidaridad y son tan poco «antiliberales» *per se* como las prohibiciones.

El ámbito de organización en el sentido esbozado no debe entenderse como un ámbito definido forzosamente objetiva y espacialmente, del que, dado un determinado hacer u omitir, surja en sentido literal una condición del resulta-

---

[34] *Philipps*, Handlungsspielraum, pp. 140 ss.; *Timpe*, Strafmilderungen, pp. 171 ss.; *el mismo*, Nötigung, pp. 89 ss.; *Volk*, Tröndle-Festschrift, pp. 219 ss., 225, 237; *vid.* asimismo *AK-Seelmann*, § 13, núm. marg. 24.

[35] Se trata de un problema paralelo al de la formación del concepto de acción, en el que también se concibe una relación operante psicofísica como sistema y se enjuicia en función de sus efectos externos; *vid. supra* 6/21 s.

do. Se trata más bien de la formación de ámbitos de responsabilidad por peligros, y tales ámbitos no sólo pueden definirse a través de objetos o acciones, sino también a través de los resultados que se tratan de evitar, sin que cambie nada en el fundamento de responsabilidad. Ejemplo: Cuando aquel que, bromeando, arroja a un niño hacia arriba, debe cogerlo al vuelo para evitar daños corporales, y si no lo hace así y el niño resulta lesionado, debe buscar un médico para evitar secuelas, etc.; este deber de actuar no existe en virtud de un deber especial de solidaridad para con el niño, sino porque las medidas de salvación constituyen el empleo de esfuerzo que surge con la configuración del ámbito de organización consistente en tirar bromeando el niño hacia arriba; el ámbito de organización se define en el sentido de que abarca el empleo de esfuerzo necesario para evitar daños en otros.

Resumen: En los delitos de omisión semejantes a la comisión hay deberes de actuar que representan costes de la libertad de actuar. *El fundamento de responsabilidad por el delito de omisión en estos casos (deberes en virtud de responsabilidad por organización) es idéntico al fundamento de responsabilidad por los delitos de dominio de comisión: tener consideración por los otros al configurar el propio ámbito de organización.*

C. Junto a la responsabilidad en virtud de incumbencia por la organización como contrapunto de la propia libertad de desarrollo personal, aparece la responsabilidad en la infracción de deberes de sacrificarse, es decir, como garantía de la solidaridad. Estos deberes están vinculados a instituciones como el matrimonio, la relación paterno-filial, las relaciones de confianza especiales, etc. (en detalle, *infra* 29/57 ss.). La garantía de los bienes, o de que no se produzcan peligros, se ve flanqueada en estos deberes por la garantía de las instituciones. *El delito de omisión caracterizado por la lesión de tales deberes encuentra su contrapunto en el hacer, en los delitos de infracción de deber* (*vid. supra* acerca de la imputación objetiva 7/70 s.). Por tanto, los autores de los delitos de infracción de deber participan del privilegio del § 13.2 StGB (*infra* 29/126). 15

D. En definitiva, la preponderancia de las prohibiciones está fundamentada estadísticamente en la práctica, pero no porque existan especiales presupuestos de responsabilidad en los mandatos que no se requieran en las prohibiciones. Tanto los mandatos como las prohibiciones tienen su fundamento de responsabilidad en los requisitos *a)* de tener consideración por los demás en la configuración del propio ámbito de organización (responsabilidad en virtud de incumbencia por la organización) y *b)* de la solidaridad institucionalmente reforzada (responsabilidad en virtud de incumbencia institucional). Tanto en la comisión como en la omisión se añade la responsabilidad por *c)* la vulneración de la solidaridad mínima (§§ 138, 323 *c* StGB). La distinción materialmente más significativa no es, pues, la que separa comisión y omisión, sino la que atiende al fundamento de la responsabilidad: entre responsabilidad en virtud de incumbencia por la organización y responsabilidad en virtud de incumbencia institucional (*vid.* ya *supra* acerca de la imputación objetiva 7/71). 16

APARTADO 29

El delito de omisión impropia

I. ALCANCE DE LA REGULACION DEL § 13.1 StGB

BIBLIOGRAFIA: *N. K. Androulakis*, Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963; *R. Bärwinkel*, Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1968, *P. Bockelmann*, Betrug verübt durch Schweigen, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 437 ss.; *J. Brammsen*, Erfolgszurechnung bei unterlassener Gefahrverminderung durch einen Garanten, MDR, 1989, pp. 123 ss.; *R. Busch*, Zur gesetzlichen Begründung der Strafbarkeit unechten Unterlassens, v. Weber-Festschrift, pp. 192 ss.; *K. Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestande, 1931; *el mismo*, Reseña bibliográfica, MonSchrKrim., 1939, pp. 414 ss.; *el mismo*, Vom Weltbild des Juristen, 2.ª ed. 1965; *W. Gallas*, Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW, 80, pp. 1 ss.; *N. Geidies*, Betrieb «wilder Müllkippen durch Unterlassen», NJW, 1989, pp. 821, *G. Grünwald*, Das unechte Unterlassungsdelikt, tesis doctoral, Göttingen, 1956; *el mismo*, Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte, ZStW, 70, pp. 412 ss.; *K. A. Hall*, Über die Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, Grünhut-Erinnerungsgabe, pp. 213 ss.; *W. Hardwig*, Die Zurechnung, 1957; *R. D. Herzberg*, Die Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR, 1971, pp. 881 ss.; *el mismo*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *J. Hruschka*, Rettungspflichten in Notstandssituationen, JuS, 1979, pp. 385 ss.; *G. Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *H. Kahrs*, Das Vermeidbarkeitsprinzip und die conditio-sine-qua non-Formel im Strafrecht, 1968; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *el mismo*, «Objektive Zurechnung» beim Vorsatzdelikt?, Jescheck-Festschrift, pp. 251 ss.; *Arthur Kaufmann*, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 200 ss.; *D. Kienapfel*, Zur Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen, ÖJZ, 1976, pp. 197 ss.; *K. Lackner*, Der Alternativentwurf und die praktische Strafrechtspflege, JZ, 1967, pp. 513 ss.; *E.-J. Lampe*, Tat und Unrecht der Fahrlässigkeitsdelikte, ZStW, 101, pp. 3 ss.; *M. Maiwald*, Kausalität und Strafrecht, 1980; *el mismo*, Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte, JuS, 1981, pp. 473 ss.; *J. Nagler*, Die Problematik der Begehung durch Unterlassen, GS, 111, pp. 1 ss.; *E. Nickel*, Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte im Hinblick auf den Grundsatz nullum crimen sine lege (Art. 103 Abs. 2 GG), 1972; *H. Otto*, Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterien bei Erfolgsdelikten, NJW, 1980, pp. 417 ss.; *I. Puppe*, Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW, 92, pp. 863 ss.; *O. Ranft*, Rechtsprechungsbericht zu den Unterlassungsdelikten, JZ, 1987, pp. 859 ss., 908 ss.; *C. Roxin, W. Stree, H. Zipf, H. Jung*, Einführung in das neue Strafrecht, 2.ª ed. 1975; *H.-J. Rudolphi*, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966; *F. Schaffstein*, Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, Honig-Festschrift, pp. 169 ss.; *W. Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz, 1974; *el mismo*, Unterlassungsbegriff und Fahrlässigkeit, JZ, 1977, pp. 150 ss.;

B. Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971; *el mismo*, Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung, GA, 1974, pp. 231 ss., *el mismo*, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeitsund Gefährungsdelikte, JA, 1975, pp. 435 ss., 511 ss., 575 ss., 647 ss., 715 ss., 787 ss.; *el mismo*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, *el mismo*, Comentario a BGH, StV, 1985, pp. 229, loc. cit., pp. 229 ss.; *el mismo*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA, 1985, pp. 341 ss., GA, 1986, pp. 293 ss.; *H. Schürmann*, Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz, 1986; *G. Spendel*, Zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte, JZ, 1973, pp. 137 ss.; *R. Steiner*, Die Begehung schlichter Tätigkeitsdelikte durch Unterlassen, de lege lata et ferenda, MDR, 1971, pp. 260 ss.; *G. Stratenwerth*, Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, Gallas-Festschrift, pp. 227 ss.; *K. Ulsenheimmer*, In dubio contra medicum - Ausweitung der strafrechtlichen Arzthaftung?, Arzt und Krankenhaus, 1982, pp. 66 ss.; *H. Walder*, Die Kausalität im Strafrecht, SchwZStr., 93 (1977), pp. 113 ss.; *J. Welp*, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968; *E. A. Wolff*, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965; *G. Wolfslast*, Comentario a BGH, NStZ, 1981, pp. 218 s., loc. cit., pp. 219 s.

A. Los delitos de omisión impropia surgen al *complementar los delitos de comisión con una variante omisiva* en el alcance determinado por el § 13.1 StGB. La referencia, continuamente necesaria, a los delitos de comisión no sirve sólo para concretar los delitos de omisión, sino también para verificar la sistematizabilidad de las estructuras de los delitos de comisión. Ya *supra* (7/56 ss.), en las consideraciones generales, han surgido al respecto límites de los delitos de comisión (el hacer en el propio ámbito de organización, incluida la omisión por comisión) que si sólo se tienen en cuenta los delitos de comisión son difíciles de mostrar, pero que se ajustan perfectamente al integrar los delitos de omisión. Para mantener la referencia a las supuestas especialidades de los delitos de omisión en el control de la sistemática de todos los delitos se lleva a cabo primero el tratamiento de los delitos de omisión impropia, es decir, de los determinados legalmente con menor precisión. 1

B. Conforme al § 13.1 StGB, sólo se pueden completar los delitos de comisión con una variante omisiva cuando al tipo del delito pertenece un *resultado*. Resultado, en el sentido de este precepto, es todo lo que se puede evitar, es decir, en principio, el resultado típico de los delitos de resultado, bien sea una lesión (p. ej., la muerte en el § 212 StGB), bien una puesta en peligro concreto (p. ej., para la vida e integridad física o importantes valores materiales en los §§ 315 ss. StGB) o bien —en los delitos con carácter material de tentativa (*supra* 25/2)— un suceso significativo en el camino hacia una lesión (p. ej. la perfección de un documento inauténtico, § 267 StGB; la combustión autónoma de un edificio, § 306 StGB) [1]. Pero también en los delitos de mera actividad se da resultado, siempre que —como ocurre por lo general— la actividad 2

[1] El incendio por omisión es posible no impidiendo que llegue a prenderse el incendio o no eliminando un incendio ya existente, al igual que el incendio por comisión es posible tanto causando un incendio que continuará ardiendo autónomamente como causando la continuación de la combustión autónoma de un incendio; *de otra opinión*, *Schünemann*, Grund und Grenzen, pp. 370 s.

se describa como intervención activa sobre un objeto (conducir *un automóvil*); la intervención cabe separarla, como resultado, de la acción [2]. Naturalmente, en los delitos de mera actividad —pero también en los delitos de resultado vinculados a determinado comportamiento— surgen especiales problemas en la *correspondencia* con la acción (*vid. infra* 29/78 ss.), debido a la vinculación de la intervención a un comportamiento *determinado*.

También en los delitos de propia mano, en lugar de la insuficiencia personal que se pone de manifiesto en un acto, puede situarse la de una omisión; ejemplo: La madre que, pasivamente, deja que se produzca la realización del yacimiento con ella por parte de su hijo menor de edad, dada su capacidad de evitación, responderá por los §§ 173.1, 13.1 StGB (*vid.* asimismo la variante de omisión propia en el § 16.1 WStG). Las restricciones a la participación en los delitos de propia mano (*supra* 21/22) se mantienen obviamente en los delitos de omisión; ejemplos: Si en el ejemplo mencionado más arriba también el padre omite impedir la relación sexual del hijo con la madre, por falta de intervención física, no es coautor del hecho por el § 173, párrafos 1 y 2, StGB, sino sólo partícipe. Tampoco el policía militar que, infringiendo su deber, deja de capturar al desertor, puede ser más que partícipe en la deserción, por falta de deserción propia (§ 16.1 WStG).

3 C. La ley regula sólo el resultado de la complementación del delito de comisión con una variante omisiva, es decir, la punibilidad. La complementación del injusto, que necesariamente ha de precederla, la tiene que realizar la dogmática: la fundamentación del injusto como infracción de un *mandato* de actuar. *El que* el mandato haya de complementarse no puede ponerse en duda, ya que la omisión de una acción sólo puede constituir injusto cuando la acción está prescrita [3]. La cuestión de *cuándo* existe un mandato la responde la ley obviamente sólo mediante la fórmula, que ya se ha revelado como poco expresiva, de la evitación del resultado, así como mediante los conceptos abstractísimos del deber de responder de que el resultado no se produzca y de la correspondencia con la realización activa.

---

[2] En definitiva como aquí, *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 160, ante § 13 y § 13, núm. marg. 3; *Grünwald*, Unterlassungsdelikt, p. 19; *KKOWiG-Rengier*, § 8, núms. margs. 10 s.; *vid.* asimismo *Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen, pp. 326 s.; *Steiner*, MDR, 1971, pp. 260 ss.; en otro sentido la doctrina dominante; *Schmidhäuser*, AT, 16/68; *LK-Jescheck*, § 13, núm. marg. 2, con más bibliografía; para los delitos contra el medio ambiente, *Geidies*, NJW, 1989, p. 821.

[3] No obstante, cabe interpretar las prohibiciones tan imprecisamente que se ajusten también a situaciones propias de mandatos; ejemplo: La prohibición de dejar pastar el ganado propio en predios ajenos se puede entender como prohibición de llevar allí el ganado, o como mandato de no dejarlo ir allí, obviamente sin sustraerse así a la distinción entre acción (llevar) y omisión (dejar ir). El que la diferencia de comportamiento entre acción y omisión no tiene que ser una diferencia axiológica, es decir, que la acción y la omisión pueden tener que valorarse igualmente en determinadas situaciones, es precisamente el contenido del § 13.1 StGB, y por eso no supone un argumento en contra de la nitidez de la distinción. La doctrina dominante concibe las descripciones de acciones de la Parte Especial como descripciones de comportamiento que abarcan tanto acciones como algunas omisiones, pero no puede pasar sin una distinción más nítida desde la perspectiva lógico-normativa, ya que tal doctrina sólo pretende añadir una posición de garante a la parte omisiva del tipo; en tal sentido la solución del tipo desarrollada por *Nagler*, GS, 111. Acerca de la evolución histórico-dogmática *vid. Rudolphi*, Gleichstellungsproblematik, pp. 5 ss.; *Welp*, Vorangegangenes Tun, pp. 25 ss.; *Jescheck*, AT, § 58, I, proporciona un panorama con bibliografía.

De todos modos, está determinado legalmente *que* hay delitos de omisión impropia; así se zanjan todos los intentos de engalanar, por exigencias del artículo 103.2 GG y § 1 StGB, la omisión impropia como cuasi-acción [4], sobre todo entendiendo el concepto de causalidad de modo que se ajuste a la omisión de evitar el resultado (acerca de ello *infra* 29/15 *a')*. Cuando, p. ej., se castiga por el § 222 StGB a quien causa por imprudencia la muerte de una persona, en caso de omisión no hay que atender a la causalidad de la omisión, sino —en la complementación prescrita en el § 13.1 StGB— al no haber llegado a ser causal de la evitación de la muerte.

D. 1. *a)* Menos inobjetable desde la perspectiva jurídico-constitucional 4
es la indeterminación del deber jurídico de responder (*deber de garante*) [5]. De todos modos, se afirma que el deber especial (en sentido amplio) restringe la punibilidad, formulada en sí, de todas las omisiones; al surtir efecto *in bonam partem*, no se vería afectado por la prohibición de dictar leyes indeterminadas [6]. Esta interpretación, sin embargo, no es correcta; dejando de lado el hecho de que todo elemento sin el que no se puede castigar, fundamenta la responsabilidad [7], falta ya un mandato general que pudiera restringirse: el § 13.1 StGB sólo da cuenta de mandatos para especialmente obligados en sentido amplio. Sin tener en cuenta el § 13.1 StGB, los delitos de comisión abarcan, no obstante, junto a las acciones, todas las omisiones, cuando las descripciones de comportamiento se interpretan de modo tan vago que en conjunto, es decir, tanto para acciones como para omisiones, ya no son compaginables con la prohibición de dictar preceptos indeterminados. Así, el matar en los § 211 ss. StGB habría que interpretarlo en el sentido de que abarca todo comportamiento en que se causa la muerte o no se la impide, interpretación que cabría compararla con exorcizar al diablo sirviéndose de Belcebú [8].

b) A la inversa, se afirma *de lege lata* la anticonstitucionalidad de toda pu- 5
nición por omisión impropia [9]. Tal rigorismo saca de contexto la prohibición de leyes penales indeterminadas. Sólo la denominación de objetos concretos está totalmente determinada. Todo concepto genérico es —en medida variable— indeterminado (*vid. supra* 4/13 ss.). Dada esta situación, la anticonstitucionalidad del § 13.1 StGB por el elemento del deber de responder sólo cabe afirmarla cuando el estándar de determinación promedio *de la Parte Especial* se absolutiza como norma; no obstante, este estándar nunca ha regido *en la Par-*

---

[4] En contra, fundamental, *Armin Kaufmann,* Dogmatik, pp. 280 ss.; *Grünwald,* ZStW, 70, pp. 412 ss.

[5] Tampoco el § 13 del Proyecto de 1962 contiene una enumeración de los deberes de garante; *vid.* al respecto su Fundamentación, pp. 123 ss., 124 s. Acerca de la enumeración de los deberes de garante en el § 12 del Proyecto Alternativo, *vid.*, acertadamente, *Gallas,* ZStW, 80, pp. 1 ss., 16 ss.; *Lackner,* JZ, 1967, pp. 513 ss., 516.

[6] *Maurach-Gössel,* AT, II, § 46, núms. margs. 38 ss.

[7] *Schöne,* Unterlassene Erfolgsabwendungen, p. 279, con más bibliografía; se trata de una tentativa igualmente inidónea de determinar presupuestos de responsabilidad en sentido exclusivamente favorable, tal como se emprende análogamente en la culpabilidad, *supra* 17/33.

[8] *Vid.* para la crítica, *Welp,* Vorangegangenes Tun, pp. 143 s.; *Schünemann,* Grund und Grenzen, p. 69.

[9] *Schöne,* Unterlassene Erfolgsabwendungen, pp. 355 s.; *Schürmann,* Unterlassungsstrafbarkeit, pp. 187 s., que desde luego sobreestima la significacion jurídica de la diferencia naturalística entre actuar y omitir, pp. 42 ss.

te General (los conceptos dolo, imprudencia, participación, culpabilidad, etc. —por no hablar de las reglas de determinación de la pena, en parte esbozadas conceptualmente sólo de modo incipiente— son menos determinados que, p. ej., los conceptos persona, cosa, ajena, etc.). Por ello, la prohibición de leyes penales indeterminadas ha de interpretarse como prohibición de quedarse a la zaga del estándar del ámbito de regulación respectivo, o bien de renunciar a la determinación alcanzable (*vid. supra* 4/23 ss.). Ni siquiera este último es el caso en el § 13.1 StGB, como ponen de manifiesto las notables controversias, que se expondrán más adelante [10], incluso en relación con los fundamentos del deber de responder (*infra* 29/26 ss.). A lo sumo, la ley habría podido proporcionar, no exhaustivamente, mediante ejemplos indicativos (positivos o negativos), un modelo básico de deberes de responder (o de su ausencia) [11]. En el estado actual, evidentemente no es posible deducir de un deber de responder otro deber análogo, y así sucesivamente, porque tales asociaciones valorativas cabría continuarlas indefinidamente. Más bien, todo deber tiene que estar afianzado sistemáticamente mediante referencia a los delitos de comisión o a los deberes mencionados en la Parte Especial en los delitos de omisión propia semejantes a la comisión [12].

6 2. Hay poca esperanza de que las dificultades de la determinación general de los deberes para la omisión impropia se puedan soslayar mediante regulaciones especiales en la Parte Especial [13], pues siempre que tal procedimiento se ha llevado ya a cabo, a saber, en los delitos de omisión propia semejantes a la comisión, el legislador no ha conseguido una determinación de la formulación que satisfaga el estándar de la Parte Especial más que en los supuestos concretos no problemáticos (p. ej., en los §§ 123, 265 *b*, 340, 357 StGB); en los demás supuestos, no se pasa de la mera denominación de un deber de custodia, de protección, etc., no sobrepasándose la determinación alcanzable mediante la regulación general de la Parte General. Además, mediante el desplazamiento no se aclara ningún problema material.

7 E. La *cláusula de correspondencia* [14] no es, p. ej., una red de seguridad para cazar al vuelo las inseguridades en la fundamentación de deberes de res-

---

[10] Las controversias han abordado también el fundamento de la determinación de la regulación; *vid.* BT-Drucksache, V/4095, p. 8.

[11] La problemática ha conducido a distintas propuestas de solución. *Vid.* en especial la distinción entre tipo de interpretación y tipo (de codificación o) de tenor literal en *Schmidhäuser*, AT, 5/42, 16/11 ss.; *Bärwinkel*, Struktur, pp. 16 ss. *Nickel*, Problematik, pp. 172 ss., pretende restringir el artículo 103.2 GG, en tanto que directriz al legislador, a la fundamentación o agravación retroactiva de la pena, pero admitiendo leyes indeterminadas.

[12] Lo cual corresponderá a las intenciones de *Stratenwerth*, en el sentido de limitar el deber a supuestos en los que la equiparación «se impone irrecusablemente», AT, núm. marg. 988.

[13] *De otra opinión, Armin Kaufmann*, Dogmatik, pp. 287 ss.; *Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen, pp. 342 ss.; *Grünwald*, ZStW, 70, pp. 412 ss., 425; *Busch*, v. Weber-Festschrift, pp. 192 ss., 203 ss.

[14] Su significado ha quedado sin aclarar en el proceso legislativo. Los redactores del Proyecto de 1962 entendían la equivalencia requerida en el § 13 tal como aquí se entiende la cláusula de correspondencia, es decir, como cláusula para la transformación de modalidades de acción. No obstante, entendían que podían compensar un déficit referido a ello mediante un plus fundamentado de otro modo —p. ej., a través de deberes de evitar especialmente intensos—, Fundamentación, p. 125; los autores de la Fundamentación relativa a la actual redacción de la ley reescribieron la cláusula como fórmula vacía, BT-Drucksache, V/4095, p. 8.

ponder [15], rigiendo más bien para aquellos delitos en los que la acción descrita típicamente no se agota en cualquier causación del resultado, sino que únicamente ciertos modos de acción realizan el tipo. En estos delitos vinculados a determinado comportamiento, la complementación con una versión omisiva debe llevarse a cabo también en correspondencia con la descripción de la acción [16]. Ejemplo: Los malos tratos mediante acción son un tratamiento *inadecuado* del cuerpo ajeno; la versión omisiva tiene que asumir esta inadecuación para la omisión (con detalle, *infra* 29/87 ss.).

II. LA IMPUTACION OBJETIVA

BIBLIOGRAFIA: *Vid.* la incluida en I.

A. El hecho del resultado

El tipo objetivo es idéntico, en relación con el *hecho del resultado*, al del 8
delito de comisión. Qué es lo que puede ser resultado ya se indicó más arriba, al exponer el alcance del § 13 StGB. El resultado puede consistir también en una cualificación de un delito, p. ej., la consecuencia grave en los §§ 224 s. StGB. Siempre que para la consumación (o para la consumación de una cualificación) están descritos estadios intermedios en el *iter* que conduce al resultado, también han de darse tales estadios, p. ej., la concreta peligrosidad común del proceso conducente a la muerte en el § 211.2 StGB, grupo intermedio *in fine*, StGB, o el error y la disposición patrimonial como fases intermedias hacia el daño patrimonial en el delito de estafa del § 263 StGB.

Al igual que en el delito de comisión, también en el delito de omisión puede ser difícil determinar cuándo un resultado se ha producido completamente y su reversión ya no constituye una evitación del resultado, sino una prestación sustitutoria. La dificultad se deriva de la circunstancia de que en los tipos a menudo no se menciona el bien de cuya protección se trata, sino un objeto situado anticipadamente, en el que se objetiviza el bien en cuestión. Así, p. ej., la libertad se objetiviza en la propiedad, y por lo que se refiere a la libertad, la devolución del dinero hurtado constituye evitación del resultado; pero en el hurto no se menciona la libertad, y por lo que se refiere a la propiedad, su devolución no constituye evitación del resultado, sino prestación sustitutoria. Desde luego, no se trata de un problema específico de los delitos de omisión. *Vid. supra* 6/83; 12/25.

---

[15] *De otra opinión*, es decir, en favor de una «valoración global» del comportamiento en el sentido de comprobación de la equivalencia, *Henkel*, MonSchrKrim., 1961, pp. 178 ss.; *Androulakis*, Studien, pp. 219 ss., 222; con un criterio intermedio, *Dreher-Tröndle*, § 13, núm. marg. 17.

[16] Doctrina dominante; *Gallas*, Niederschriften, t. XII, pp. 79 ss., 80; *Roxin*, en: Einführung, pp. 4 ss.; *Herzberg*, Unterlassung, pp. 66 ss.; *Kienapfel*, ÖJZ, 1976, pp. 197 ss., 199, etc.

B. Las posiciones de autor

9 Si en los delitos de comisión sólo pueden ser autores determinadas personas [precisión terminológica: También quien omite típicamente se suele llamar autor (*Täter*) aunque precisamante no *haga* —*tut*— nada que realice el tipo], ello reza también para la omisión impropia. Así pues, autor del § 217 StGB puede serlo sólo la madre del hijo extramatrimonial, autor de una lesión sólo puede serlo otro (no hay autolesión, mediante omisión, punible), autor de un acto exhibicionista sólo un varón (la mujer que, infringiendo un deber, no tapa a un varón desnudo, no es autor de un hecho del § 183.1 StGB), etc.

C. La capacidad de evitación

10 1. El autor debe haber sido *capaz en abstracto* para evitar el resultado por medio de una acción [17]. La capacidad abstracta se corresponde con el movimiento corporal influible mediante motivación (causal del resultado) en el tipo objetivo del delito de comisión (a partir de ahora denominado abreviadamente acto voluntario).

Acerca del concepto de capacidad: Al igual que en el acto voluntario del delito de comisión se trata de delimitar la causalidad referible al obrar humano, no atendiéndose en el tipo objetivo al contenido del acto o a la evitabilidad de la consecuencia, así también la acción potencial en el tipo objetivo del delito de omisión ha de formarse sin tener en cuenta la cognoscibilidad de las consecuencias de la acción (y con mayor razón, sin tener en cuenta la plausibilidad del motivo de la acción, es decir, sin tener en cuenta la dirección de los impulsos). Se trata sólo de que el autor podría haber llevado a cabo la acción salvadora con sólo querer realizarla —sea por los motivos que sea— [18]. El concepto de la capacidad abstracta atiende, pues, sólo a que determinado comportamiento se puede desencadenar voluntariamente: Supuesto el motivo del comportamiento, éste debe ser realizable psíquica y físicamente para el autor individual.

11 2. Así quedan descartados como emprendimiento de salvación los movimientos corporales potenciales que *(a)* no se pueden desencadenar voluntariamente o bien *(b)* que físicamente no se pueden ejecutar.

---

[17] La situación en función de la cual se rige el contenido del deber de actuar se llama situación típica; *Welzel*, Strafrecht, § 27 A, I, 1 (no obstante, *vid.* loc. cit., § 28, A, I, 1: hecho del resultado como situación típica); *Jescheck*, AT, § 59, I; *Armin Kaufmann*, Dogmatik, pp. 96 s. En los delitos de acción se trataría, paralelamente, de la situación que determina lo prohibido en concreto. El concepto no es imprescindible, cuanto más que no está claro en qué medida tiene que ajustarse —en los delitos de omisión— a la capacidad individual de acción (*vid.* al respecto *Armin Kaufmann*, loc. cit.).

[18] Al igual que en el delito de comisión, también aquí el valor de este complicado proceso se limita a la ventaja didáctica de poder tratar los problemas de la causalidad (hipotética) no en su reflejo en el dolo, sino como relación objetiva. De renunciar a esta ventaja, el comportamiento omisivo evitable en concreto, es decir, el comportamiento omisivo doloso o imprudente, se puede llevar hasta tan antes del tipo objetivo como en el delito de comisión cabe anticipar la acción evitable (dolosa o imprudente); *vid. supra* 7/1 s.; acerca de las variantes del concepto de capacidad en los delitos omisivos, *vid. Schöne*, JZ, 1977, pp. 150 ss.

a) Que los actos convulsivos, etc., no se pueden ejecutar voluntariamente, no tendrá prácticamente importancia. Sí es relevante, en cambio, que en las acciones muy complejas la falta de rutina o de automatismo no se puede sustituir únicamente por medio de la voluntariedad: nadar, conducir un vehículo en situaciones no totalmente elementales, escribir a máquina con celeridad, etc., son acciones que sólo se pueden realizar si se cuenta con la rutina, y si no falta ya la capacidad abstracta. Ejemplo: El no haber salvado a una persona que se ahogaba, y que resulta muerta, por parte de quien no sabe nadar —si no existe otra posibilidad de salvación— no realiza el tipo de un delito contra la vida humana, ya por falta de capacidad abstracta.

b) La capacidad física para la ejecución de la acción falta cuando no se tiene suficiente agudeza de los órganos sensoriales o suficiente fuerza muscular, etc.

3. La capacidad física para la salvación no es necesariamante la capacidad 12
para la salvación de propia mano. Así pues, quien no sabe nadar es capaz en abstracto para salvar a quien se ahoga si puede proferir gritos de socorro y así avisar a personas que sí saben nadar, etc.

Si varias acciones son idóneas alternativamente para la salvación, existe una capacidad abstracta múltiple. Ejemplo: Contra el incendio de una casa puede lucharse con éxito de propia mano, antes de que se extienda, o bien alertando al dueño de la casa o a los bomberos.

4. La capacidad abstracta de acción no es una capacidad individual de 13
realizar la acción salvadora, al igual que un acto voluntario causal no es una acción típica. Sólo designa una fase en el camino hacia la determinación del comportamiento típico de omisión. El paralelismo que aquí se propugna entre acto voluntario y capacidad de acción en abstracto se sustituye en la doctrina de muy distintos modos por otras definiciones: En ocasiones se define la capacidad como conocimiento de que amenaza producirse el resultado, dada la cognoscibilidad, objetivamente determinada, de la acción *ex ante* [19]. Pero también se encuentran definiciones que atienden a la cognoscibilidad objetiva tanto de la producción del resultado como de la posibilidad de evitación [20]. Dado que estas imputaciones objetivamente fundamentadas tienen que ser todas corregidas con la perspectiva subjetiva, puede renunciarse a ellas sin menoscabo alguno [21]. Cierta definición de la capacidad de acción quebranta la distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo, y según ella hay que atender —en caso de conocimiento de que amenaza producirse el resultado [22] o sin este conocimiento [23]— a la posibilidad, individualmente dada, de realizar la acción salvadora; este concepto designa, con arreglo a la terminología que aquí se propugna, la capacidad concreta de acción. Asimismo, se pone en duda la idoneidad de dis-

---

[19] *Jescheck,* AT, § 59, II, 2.

[20] *Schönke-Schröder-Stree,* núms. margs. 142 s., ante § 13; *Maiwald,* JuS, 1981, pp. 473 ss., 479.

[21] Ampliamente en contra de las capacidades determinadas objetivamente, *supra* con respecto a la imprudencia, 9/8 ss.; *vid.* asimismo *Herzberg,* Unterlassung, p. 200.

[22] *Armin Kaufmann,* Dogmatik, pp. 96 ss., 106, *vid.* asimismo, pp. 46 ss.; *Welzel,* Strafrecht. § 28, A. I, 3 *c.*

[23] *Stratenwerth,* AT, núms. margs. 1032 s.

tinguir entre capacidad de acción y capacidad de motivación, atendiéndose únicamente a la posibilidad de decisión libre (culpable) [24].

14 5. Hasta ahora no se ha aclarado suficientemente qué medida de empleo de esfuerzo se exige del obligado en el delito de omisión, es decir, si tiene que aportar una prestación con la máxima concentración y (literalmente) hasta caer exhausto, si debe emplear todos los medios disponibles, o bien si se puede dar por satisfecho con menos. El problema coincide con la consideración del saber especial en la determinación del riesgo permitido (*supra* 7/49 ss.). Se trata de que la autorización del riesgo se configure conforme a un estándar objetivo. Nadie está obligado a ir más allá de ese estándar. Ejemplo: Nadie tiene que procurarse un limpialuneta del vehículo, por encima de lo que se le exige, y si se la ha procurado, no tiene por qué utilizar el aparato. Naturalmente, en determinadas situaciones, personas que se han buscado un riesgo especial o que están obligadas institucionalmente, pueden ser responsables de evitar un peligro sin tener en cuenta límites del estándar; los detalles son propios de la teoría del conflicto de deberes (*supra* 15/12 ss.).

En tanto que el garante no tenga que responder por la disponibilidad de lo necesario para la salvación, sólo está obligado a intervenir con sus propios bienes cuando habría estado obligado a soportar si la salvación la hubiese emprendido otro. Así pues, el límite lo traza el § 34 StGB, no el § 323 *c* StGB: El obligado a evitar tiene que procurarse materiales allá donde los encuentre, incluso entre los suyos propios, pero sólo en el marco de lo proporcional y adecuado. Ejemplo: El médico, que emprende un tratamiento en caso de emergencia, no tiene que, ya por haberlo emprendido, donar su propia sangre para una transfusión, de ser necesaria, pero sí emplear sus propios vendajes. Análogamente, el potencial de salvación disponible, ya no propio del potencial estándar, sólo tienen que emplearlo las personas que únicamente están obligadas a determinado estándar en el marco del § 34 StGB, y ello sólo cuando el procurarse el potencial es propio del estándar [25] (de lo contrario, no se pasa de la omisión de socorro del § 323 *c* StGB). Ejemplo: En un accidente de proporciones inusitadas, si todos los vehículos de los servicios de emergencia organizados están siendo empleados, los vehículos particulares de los auxiliadores sólo tienen que ponerse a disposición en una situación del § 323 *c* StGB, ya que es propio del estándar de un servicio de emergencia organizado el tener dispuestos vehículos, pero no el requerirlos. Naturalmente, una persona obligada sólo a un estándar puede fundamentar una confianza especial en su capacidad especial para intervenir. Ejemplo: Si una organización de salvamento se ha hecho con un helicóptero de especiales prestaciones, la prestación hay que aprovecharla en caso de necesidad (a ello se refiere la confianza especial); pero no existe deber de garante de emplear el helicóptero de prestaciones aún mayores, perteneciente a la presidencia de la organización.

---

[24] *E. A. Wolff*, Kausalität, p. 45 s.; *Androulakis*, Studien, pp. 113 ss.

[25] En otro sentido *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1103.

D. La causalidad hipotética

1. La capacidad abstracta se refiere a una acción que evite el resultado. 15
Si la acción se hubiera ejecutado, no se habría producido el resultado. La *omisión*, como no ejecución de una acción, *no es causal del resultado acaecido* (es condición sólo negativa, *vid. supra* 7/25 s.), sino que el autor habría llegado a ser causal, en la hipótesis de haber ejecutado la acción, de la ausencia de resultado (la llamada causalidad hipotética de la omisión).

La polémica en torno a la causalidad de la omisión, «una de las más infructuosas que la ciencia del Derecho penal ha sostenido» [26], enseña lo difícil que para el Derecho penal es cortar el cordón umbilical con las categorías naturalísticas: Si a la omisión le falta la causalidad para el resultado, así falta —según parece— también entre el que omite y el resultado la conexión que permita efectuar la imputación del resultado. Sin embargo, el proceder correcto se desarrolla a la inversa: Los principios de la imputación deciden sobre si es necesaria, y cómo, la causalidad.

2. *a)* La fórmula de la *conditio sine qua non* desempeña, en la cuestión 16
de la causalidad de la omisión, un papel que ocasiona confusión (*supra* 7/8 ss.): «El comportamiento que ha de suprimirse mentalmente, en el hacer positivo, es un empleo de energía determinado, concreto, mientras que en la omisión es su negación; si suprimo mentalmente esta última, entonces, de acuerdo con el principio *duplex negatio est affirmatio*, llego a la acción que se añade mentalmente, que por tanto es completamente idéntica, en cuanto a su sentido, a la omisión suprimida mentalmente» [27]. Ello está, como poco, formulado sesgadamente: La omisión, como negación de un empleo de energía, no constituye una magnitud negativa, sino que no es magnitud alguna, es la nada, y consiguientemente, por definición, aquello que está suprimido mentalmente y que no se puede volver a suprimir mentalmente. Además, el suprimir mentalmente se refiere a la sustracción, mientras que el principio de la *duplex negatio*, en que se busca la solución, rige para la multiplicación. No se trata en absoluto de suprimir mentalmente, sino de negación: La omisión, como negación de una acción determinada, puede volver a negarse, dando como resultado lo positivo [28]. No obstante, como ya se indicó en torno a la causalidad (*supra* 7/25), las condiciones exclusivamente negativas (es decir, las negaciones de un algo, y no un algo de signo negativo, como, p. ej., ser deudor) de un resultado bien es cierto que

---

[26] *v. Liszt-Schmidt,* Strafrecht, § 30, 2.ª parte, II, con bibliografía sobre las posturas que entretanto han pasado a ser históricas; sobre estas posturas, además, *Nagler,* GS, 111, pp. 1 ss., 28 ss.: *Mezger,* Strafrecht § 16, III.

[27] *Engisch,* MonSchrKrim., 1939, pp. 414 ss., 426; *el mismo,* Kausalität, p. 31; *el mismo,* Weltbild, p. 135; Blei, AT, § 86, II; *Baumann-Weber,* § 18, II, 2; *Hall,* Grünhut-Erinnerungsgabe, pp. 213 ss., 224; en cuanto al planteamiento también *Jescheck,* AT, § 59, III, 3; *Wessels,* AT, § 16. II, 3. También la jurisprudencia opera con esta fórmula; RG, 58, pp. 130 ss., 131; 63, pp. 392 ss., 393; 75, pp. 49 ss., 50. Distinguiendo, *Armin Kaufmann,* Dogmatik, pp. 57 ss.: Hay causalidad de la omisión, pero no causalidad del omitente (al que se pudiera «suprimir mentalmente» sin que surgiese un actuar salvador); pero ya en la comisión es incorrecto «suprimir mentalmente» *(wegdenken)* (¿hacia dónde?) al sujeto actuante (y no sólo a la acción); lo que hay que imaginar es en cada caso otra situación motivacional.

[28] En tal sentido acertadamente *Spendel,* JZ, 1973, pp. 137 ss., 139.

en sentido lógico existen, pero no se dan realmente y no constituyen objetos física, psíquica o espiritualmente en el sentido de que se pudieran emplear en la configuración de un situación (en un suceso). Las condiciones negativas en este sentido quedan fuera de la relación causal jurídico-penal. El concepto de condición negativa cabe a lo sumo emplearlo como expresión abreviada de que, en la hipótesis de que se diera lo negado, se habría condicionado la evitación del resultado negativamente condicionado (si el que omite obrase, evitaría el resultado), debiendo tenerse en cuenta siempre el carácter hipotético de la causación.

De todos modos, sobre todo en el ámbito de la interacción social, es cuestión de definición del punto cero qué constituye un suceso y qué no. Se puede definir todo comportamiento permitido como magnitud no relevante jurídicamente, obteniéndose entonces todo comportamiento no permitido, sea hacer u omitir, como suceso que puede «suprimirse mentalmente» y que en *este* sistema es «causal» [29]. Así pueden proceder, p. ej., los representantes del concepto social de acción [30]: Evadirse de lo esperado como correcto es entonces comportamiento jurídico-penalmente relevante y «causal». Ejemplo: Tanto si el padre golpea a su hijo como si no lo alimenta, en todos caso se aparta del estado de lo equilibrado socialmente, es decir, del cero social. Naturalmente, la «causalidad» así determinada no cabe utilizarla para describir el comportamiento permitido, ya que presupone la definición de éste. En el ejemplo: El que golpear sea condición conforme a ley natural de la muerte, pero el no alimentar sea un no evitar una muerte ya condicionada conforme a ley, ha de determinarse, y describirse como prohibido o prescrito, con auxilio de una causalidad que no recurra a lo regulado jurídicamente. Pero como no hay ningún dogma que indique que todo autor de un delito consumado ha de haber sido causal de un resultado, la duplicación esbozada del sistema causal es infructuosa, a pesar de su viabilidad sin contradicciones; no se hace sino formular de otro modo la idea de que el autor de la omisión responde por haberse negado a realizar la causalidad salvadora.

17 *b)* Otro tanto es aplicable para el procedimiento en que, bajo el nombre de causalidad, se pregunta por la capacidad del autor para modificar el *status quo* mediante alternativas de conducta. Si se determina una diferencia de resultado entre la acción ejecutada y su omisión, o entre la omisión llevada a cabo y la acción hipotética, debe darse la «causalidad» del comportamiento realmente ejecutado [31]. En relación con el ejemplo arriba indicado: La diferencia entre golpear y no golpear, así como entre no alimentar y alimentar, es en todo caso la diferencia entre la muerte y la vida. Por factible que sea consecuentemente esta solución, sin embargo no comporta modificación alguna de la idea de que la omisión no condiciona *positivamente* nada; no se hace sino dirigir la cuestión hacia la diferencia entre un omitir y un actuar. Sin embargo, la respuesta a esta pregunta sólo cabe obtenerla, a su vez, al igual que con el con-

[29] *Vid. Jakobs*, Studien, p. 23, con más bibliografía.

[30] *E. A. Wolff*, Kausalität, pp. 33 ss., 55; de hecho procede en el mismo sentido ya *M. E. Mayer*, AT, cap. 4.º C, II, 3, con formulaciones sugerentes.

[31] *Herzberg*, Unterlassung, pp. 204 s.; de hecho también *Maurach-Gössel*, AT, II, § 46, núms. margs. 23 ss.; *vid.* asimismo *Jakobs*, Studien, p. 27.

cepto de la causalidad, como estar condicionado positivamente, conforme a ley natural; las modificaciones se limitan a lo terminológico.

c) En definitiva, la formación de un sistema en el que también se puede designar como causal la omisión, no promete reportar ganancia alguna, sino sólo confusión terminológica. Lo problemático no es la ausencia, en la omisión, de la causalidad que caracteriza a la acción, sino la imputación (mediante hacer u omitir) de resultados evitables [32]. 18

E. Riesgo permitido, contexto del fin de la norma

1. Las instituciones de la imputación objetiva de la comisión se aplican análogamente, lo que para el riesgo permitido quiere decir lo siguiente: La situación que un autor puede llevar a cabo de modo permitido actuando tampoco tiene que evitarla. Ejemplo: Si los padres pueden enviar solos a la escuela a sus hijos, utilizando medios de transporte (¡hacer!), no tienen por qué llamar a sus hijos para que regresen, ni vigilarlos, si éstos se ponen en camino por propia iniciativa. En relación con el ámbito de la posición de garante en virtud de responsabilidad por organización (*infra* 29/29 ss.), de aquí se deduce que una organización arriesgada de modo permitido nunca da lugar a una posición de garante de que se repliegue esta organización. La afirmación que a menudo se encuentra para describir el límite de la posición de garante en el sentido de que no hay deber alguno de un organizador de excluir riesgos ubicuos, se puede, pues, formular como descripción de un riesgo permitido. Sin embargo, el comportamiento arriesgado de modo permitido (o justificado) puede dar lugar a deberes si amenaza realizarse el riesgo, pero sólo desde luego para el caso de que —aun cuando permitido— se haya buscado un riesgo *especial* (acerca de ello, *infra* 29/39, así como 29/30). 19

2. En relación con el contexto del fin de la norma hay que tener en cuenta que para la imputación del resultado es necesario que su evitación la hubiese conseguido el autor mediante la ejecución de la acción prescrita [32a]. De lo contrario, no se pasa —supuesta la representación del autor y el comienzo directo (§ 22 StGB)— de la tentativa.

En ocasiones se señala que la evitación del resultado ha debido ser posible con una probabilidad rayana en la seguridad [33], lo cual sólo es correcto como formulación procesal; la propia situación en que la hipotética salvación habría tenido éxito es más que probable, es decir: real [34].

---

[32] *Welp*, Vorangegangenes Tun, pp. 165 ss.; *Schmidhäuser*, AT, 16/74 ss.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1025; *Schönke-Schröder-Stree*, § 13, núm. marg. 61; *Bockelmann*, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 437 ss., 449 ss.; *Arthur Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 200 ss., 214 ss.; *Walder*, SchwZStr., t. 93 (1977) pp. 133 ss., 152 ss.; *vid.* asimismo *Maiwald*, Kausalität, pp. 77 s., con más bibliografía.

[32a] BGH, StV, 1985, p. 229; NStZ, 1987, p. 505; BGH, en *Holtz*, MDR, 1988, pp. 100 s.

[33] *LK-Jescheck*, § 13, núm. marg. 18; *Jescheck*, AT, § 59, II, 4.

[34] Acertadamente, *Schmidhäuser*, AT, 16/76. Los problemas no son distintos a los que se presentan en la interrupción de cursos causales salvadores; el que una interrupción de la circulación sanguínea (curso causal salvador) con consecuencia de muerte se efectúe mediante acción o mediante omisión no altera nada en la realidad de la relación entre hacer y muerte u omisión y muerte; lo único que ocurre es que en un caso se trata de una relación causal y en otro caso no.

20 3. La doctrina dominante requiere desde luego para la imputación del resultado algo menos que el éxito de la salvación hipotética; bastará ya la omisión de disminuir un riesgo de resultado [35]. Esta teoría ha de rechazarse por los mismos motivos que hablan en contra de la imputación en virtud del incremento del riesgo en el delito de comisión (*supra* 7/98 ss.) [36]. Como fundamentación de que baste la omisión de atenuar el riesgo se señala que el garante está obligado al comportamiento de salvación mejor en cada caso; si este comportamiento no surte efecto con seguridad, ello no elimina el deber. No obstante, el contenido del deber, mencionado correctamente, no condiciona la responsabilidad *por el resultado* si se infringe el deber, pues en caso de eficacia no segura el autor está obligado a intentar de todos modos la salvación, y su responsabilidad por tentativa —sólo si se da el dolo— es incuestionable [37]. El principio de la disminución del riesgo tiene una plausibilidad incipiente exclusivamente en los casos en que se omite reducir un alto riesgo hasta convertirlo en un resto de riesgo insignificante. Ejemplo: La enfermera no esteriliza el instrumental quirúrgico; la infección de las heridas nunca se puede evitar con completa seguridad. En el supuesto inverso, en la omisión de una reducción de riesgo insignificante, y quedando un resto de riesgo considerable, se pondrá de manifiesto la imputación por sospecha. Ejemplo: Los bomberos a los que se ha llamado no intentan ya extinguir el fuego del edificio que se encuentra en llamas; las expectativas de éxito son sólo mínimas; —¿daños consumados en el edificio?— El supuesto correctivo [38] para el principio de disminución del ries-

---

[35] *SK-Rudolphi*, núm. marg. 16, ante § 13; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1028; *el mismo*, Gallas-Festschrift, pp. 227 ss.; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 46, núm. marg. 23; *Schaffstein*, Honig-Festschrift, pp. 169 ss., 172; *Hardwig*, Zurechnung, p. 162; *Kahrs*, Vermeidbarkeitsprinzip, p. 52; *Otto*, NJW, 1980, pp. 417 ss.; *Brammsen*, MDR, 1989, pp. 123 ss.

[36] Consecuente la jurisprudencia del BGH: BGH, 6, pp. 1 ss., 2; BGH, NJW, 1979, pp. 1258 s.; StV, 1985, p. 229; NJW, 1987, p. 2940. De acuerdo con *Lampe*, ZStW, 101, pp. 3 ss., 120 ss., la teoría de la disminución del riesgo resulta incompatible con el tenor literal del § 13.1 StGB (omisión de *evitar el resultado*). El argumento que se suele esgrimir en el sentido de que en caso de omisión de disminuir el riesgo sin certeza de la salvación el proceso causal no es imputable, porque en el delito de omisión se trata de la fundamentación de la imputación del resultado, mientras que el aumento del riesgo en el delito de comisión sólo limita la imputación del resultado ya dada a través de la causalidad (*Schünemann*, JA, 1975, pp. 435 ss., 647 ss., 655; *el mismo*, StV, 1985, pp. 229 ss., 232 s.; *el mismo* GA, 1985, pp. 341 ss., 357 s.; *LK-Jescheck*, § 13, núm. marg. 18, nota 24; *Jescheck*, AT, § 59, III, 4, nota 26), no afecta al principio de la disminución del riesgo: De acuerdo con este principio, en la comisión la causalidad no sustenta ya una imputación del resultado que luego hubiera que limitar mediante el aumento del riesgo, sino que el propio aumento del riesgo es el elemento que fundamenta la imputación del resultado, al igual que, según este principio, en la omisión se trata genuinamente de disminución del riesgo y no de causalidad hipotética. El que obviamente los defensores del principio de aumento del riesgo dan más a la causalidad de lo que es correcto de acuerdo con *su propia* teoría, al renunciar a la responsabilidad en caso de aumento de riesgo, pero no realización *demostrada* del riesgo, no afecta al principio, sino que representa una variante defectuosa de su uso.

[37] El que se comporta con lealtad a la norma intenta entonces evitar el resultado realmente y no, p. ej., con mayor o menor probabilidad. Lo cual lo pasa por alto *Stratenwerth*, AT, núms. margs. 1026 s., al señalar que, sin aplicar el principio de disminución del riesgo, para la imputación del resultado sólo habría que «emprender el intento de salvar un bien jurídico amenazado... cuando no se pudiera prácticamente dudar del resultado»; igualmente, *Brammsen*, MDR, 1989, pp. 123 ss., 125.

[38] El requisito de que el resultado tenga que presentarse precisamente como «realización del peligro no disminuido, al incumplir un deber, es decir, antijurídico» (*SK-Rudolphi*, núm. marg. 16, ante § 13, entre otros), sólo cabe aplicarlo a los riesgos compuestos de *distintos* riesgos *singulares*

go, de que *ex post* hay que demostrar que la acción prescrita habría disminuido «efectivamente» el riesgo [39] es inidóneo: El concepto de riesgo es hijo de la incertidumbre y la incertidumbre es hija de los límites del conocimiento; es imposible comprobar, de modo procesalmente vinculante, cuándo cabe apreciar un límite del conocimiento (¿cuántas muestras de riesgo son necesarias para la formación de una estadística de riesgo?); hasta los límites de principio (los datos necesarios superan la capacidad de almacenamiento) no se puede hacer avanzar en todo caso a un proceso penal. Dicho de otro modo: al igual que el principio del incremento del riesgo en los delitos de comisión, tampoco es viable la disminución del riesgo como principio de la imputación del resultado (no como principio de la concreción del comportamiento prohibido o prescrito), sin hacer que las dudas, en caso de aclaración insuficiente, surtan efecto también *en contra* del autor.

De todos modos, sería posible —de nuevo paralelamente a la situación en caso de incremento del riesgo mediante hacer— castigar *siempre* por consumación en caso de no determinar la disminución del riesgo desde la *perspectiva ex ante*, si acaece el resultado. La consideración *ex post* podría descartarse completamente; pero entonces se pondría de manifiesto el falseamiento de los delitos de resultado, a los que se sustituiría por delitos de peligro concreto con la añadidura del resultado como mera condición objetiva de punibilidad [40]. Ejemplo [41]: Un médico omite, infringiendo su deber, tratar a un paciente; éste muere; no resulta posible aclarar si el tratamiento habría servido de algo —¿más que homicidio intentado (en caso de imprudencia, impunidad)?—. Si bien la seguridad de la posibilidad de surtir efecto no es demostrable, sí será a menudo seguro que el auxilio habría demorado el acaecimiento del resultado [42]. Entonces hay que responder por consumación cuando ya la sola oportunidad de aplazamiento fundamenta el deber de salvar. Ejemplo: Dado que una operación de importancia por lo general no es ya conveniente para prolongar la vida

—y entonces en parte no eliminados— (p. ej., el riesgo de inanición y el riesgo de congelación para un niño abandonado). En caso de riesgos que se van superponiendo (p. ej., la velocidad excesiva en una curva, de 100 o 120 o 140 kilómetros por hora, etc.), el correctivo desemboca en que el grado más alto sólo se realiza cuando, de haberse disminuido el riesgo, el resultado no se habría producido *con certeza*. No cabe fundamentar consecuencias axiológicas de distinciones en tal medida aleatorias en una situación.

[39] *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1028; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 16, ante § 13, entre otros.

[40] En definitiva como aquí, la doctrina dominante; BGH, 6, pp. 1 ss., 2; 7, pp. 211 ss., 214; BGH, NJW, 1954, pp. 1047 s., 1048; *Herzberg*, MDR, 1971, pp. 881 ss., 882; *Armin Kaufmann*, Jescheck-Festschrift, pp. 251 ss., 257; *Jescheck*, AT, § 59, III, 4; *LK-Jescheck*, § 13, núm. marg. 18; *Baumann-Weber*, AT, § 18, II, 2; *Schönke-Schröder-Stree*, § 13, núm. marg. 61; *Schmidhäuser*, AT, 16/74; *AK-Seelmann*, § 13, núm. marg. 61; *vid. Schünemann*, JA, 1975, pp. 435 ss., 647 ss., 654; *vid.* además la bibliografía citada *supra* con respecto al incremento del riesgo en la acción (7/98 ss.).

[41] BGH, 7, pp. 211 ss.

[42] *Vid.* RG, 51, p. 127; BGH, NStZ, 1981, pp. 218 s., con comentario de *Wolflast*, loc. cit., pp. 219 s.; BGH, NStZ, 1985, pp. 26 s.; críticamente, *Ulsenheimer*, Arzt und Krankenhaus, pp. 66 ss.; *Ranft*, JZ, 1987, pp. 859 ss., 863. En la medida en que es posible retrasar la producción del resultado —acerca del retraso de la muerte, *vid.* en seguida en el texto; en bienes materiales se trata siempre sólo de espacios temporales que abren posibilidades reales de aprovechamiento—, hay que conceder a los partidarios de la teoría del incremento del riesgo que con la responsabilidad por una anticipación en su caso mínima del resultado no se agota el injusto de la disminución de perspectivas.

por unas horas (en su caso incluso bajo los efectos de la anestesia), en la pérdida de un corto espacio de tiempo no se puede consumar de modo objetivamente imputable la infracción del deber de hacer posible la supervivencia por algún tiempo mediante tal operación.

21 4. También los demás problemas del contexto de protección de la norma han de decidirse paralelamente a la solución en los delitos de comisión; sobre todo, tampoco en el delito de omisión cabe determinar la disminución del riesgo teniendo en cuenta hipotéticos cursos causales dañosos.

22 *a)* En la omisión hay que atender a la realización de aquel riesgo a cuya evitación está obligado el que omite. Como ejemplo puede servir el supuesto, que con tantas variantes se presenta, de una maniobra de adelantamiento incorrecta en la circulación rodada (*supra* 7/80 ss.), con el matiz de que el que adelanta no conduce activamente a una distancia lateral demasiado reducida, sino que omite corregir la dirección del automóvil para ampliar dicha distancia.

23 *b)* Si la salvación es imposible sólo porque en caso de comportamiento conforme a deber otras personas causarían imputablemente, mediante una interrupción del curso causal salvador, o no evitarían mediante la no prosecución, contraria a deber, del curso causal salvador, se mantiene la imputación (*vid. supra* 7/93). Ejemplo: Quien no asegura mediante señales luminosas una zanja, si cae en ella un transeúnte, responde por las consecuencias lesivas incluso si no cabe descartar, o bien es seguro, que dichas señales habrían sido robadas antes del accidente [43]. El vigilante nocturno no cierra, infringiendo su deber, la puerta que en otro caso el ladrón habría escalado (*vid.* asimismo *infra* acerca de la participación por omisión 29/102).

El riesgo que se ha de eliminar se realiza también en el resultado cuando el autor podría evitar el curso causal real conducente al resultado, pero simultáneamente habría puesto las condiciones para un riesgo concurrente con otro curso causal hacia el resultado. Ejemplo: Quien es garante de que se guarden cosas de propiedad ajena en una bodega, pero omite almacenarlas, de modo que se estropean, realiza el riesgo de que se estropeen esas cosas aun cuando el almacenamiento habría conducido a que perecieran igualmente mediante un incendio de la bodega.

Faltando la realización del riesgo, la situación puede estar, sin embargo, configurada de manera que en caso de comportamiento conforme a deber se habría evitado el resultado típico. Pero el emprender la acción de salvación no podría explicar en este caso la evitación del resultado (en relación con el concepto de explicación rige lo señalado 7/74, con el matiz de que no se trata de explicar el daño producido, sino la salvación omitida). Ejemplo: Si el médico hubiera operado conforme a deber, habría encontrado completamente intacto el órgano supuestamente enfermo, pero con ocasión de la operación habría eliminado la verdadera causa de la enfermedad, bien por error, o bien por haberla descubierto y eliminado oportunamente.

24 *c)* Paralelamente a la situación en la comisión, en la que la variante neutra para el resultado, o que lo disminuye, dentro de un riesgo idéntico, no es

[43] *De otra opinión,* OLG Hamm, NJW, 1959, p. 1551, y la doctrina dominante; no obstante, como aquí *Puppe,* ZStW, 92, pp. 863 ss., 906 s.; *vid.* asimismo RG, 74, pp. 350 ss., 352 ss.

contraria a deber (*supra* 7/89), tampoco en la omisión existe deber alguno de producir variaciones neutras para el resultado (o incluso que lo aumentan) dentro del mismo curso causal arriesgado. Ejemplo: Si el que omite sólo puede sacar del arma del hecho el primero de los doce cartuchos y el autor necesita para la consumación a lo sumo siete cartuchos, no es contrario a deber dejar el arma con doce cartuchos.

d) Las hipotéticas causas del daño carecen de influencia en la realización 25
del riesgo, de nuevo analógamente a la situación en la comisión (*supra* 7/90). Ejemplo: Un medicamento, administrado conforme a deber por un médico, habría curado la enfermedad que se trataba, pero habría dado lugar a otra nueva enfermedad de la misma entidad. El riesgo que ha de evitar el autor se realiza si el médico omite administrar medicamentos. A diferencia de lo que ocurre en la comisión, está justificada por el conflicto de deberes la omisión en caso de que el mismo resultado se produciría hipotéticamente, incluso en otro bien, pero de la misma importancia (*vid. supra* acerca de la justificación 15/6). En el supuesto del ejemplo, la omisión no sería, pues, antijurídica, a pesar de la ralización del riesgo, si además se da el aspecto subjetivo de la justificación. El error sobre el curso causal hipotético no afecta al tipo, sino a los presupuestos de una causa de justificación. En la medida en que el bien que ha de salvarse en sí y el bien que hipotéticamente se pondría en peligro son idénticos, en una situación en que por falta de necesariedad no es situación justificante, es posible la atenuación del injusto hasta quedar reducido al injusto de la tentativa o al injusto de la puesta en peligro abstracta (*vid. supra* acerca de la comisión 7/92).

III. LA IMPUTACION OBJETIVA, 1.ª CONTINUACION: LAS POSICIONES DE GARANTE

BIBLIOGRAFIA: *G. Arzt*, Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, JA, 1980, pp. 553 ss., 647 ss., 712 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, StV, 1986, pp. 59 s., loc. cit., pp. 337 s.; *R. Bärwinkel*, Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1968; *Chr. v. Bar*, Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)pflichten, JuS, 1988, pp. 169 ss.; *H.-J. Behrendt*, Affekt und Vorverschulden, 1983; *G. Bemmann*, Zur Fragwürdigkeit der Zwangsernährung von Strafgefangenen, Klug-Festschrift, pp. 563 ss.; *H. Blei*, Garantenpflichtbegründung beim unechten Unterlassen, H. Mayer-Festschrift, pp. 119 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, 27, pp. 10 ss., JA, 1977, pp. 137 s.; *P. Bockelmann*, Betrug verübt durch Schweigen, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 437 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, NJW, 1961, pp. 1934 ss., loc. cit., pp. 1934 s.; *A. Böhm*, Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1957; *el mismo*, Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, JuS, 1961, pp. 177 ss.; *W. Bottke*, Suizid und Strafrecht, 1982; *J. Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, 1986; *P. Bringewat*, Selbstmord, Suizidpatient und Arztpflichten im Strafrecht, NJW, 1973, pp. 540 ss.; *M. Bruns*, AIDS, Alltag und Recht, MDR, 1987 pp. 353 ss.; *H. Dahs*, Zur strafrechtlichen Haftung des Gewässerschutzbeauftragten nach § 324 StGB, NStZ, 1986, pp. 97 ss.; *D. Dölling*, Suizid und unterlassene Hilfeleistung, NJW, 1986, pp. 1011 ss.; *el mismo*, Zulässigkeit und Grenzen der Sterbehilfe, MedR, 1987, pp. 6 ss.; *S. Dönicke*, Strafrechtliche Aspekte der Katastrophenmedizin, 1987; *D. Doering*, Strafrechtliche Garantenpflicht aus homosexueller

Lebensgemeinschaft?, MDR, 1972, pp. 664 s.; *A. Eser*, Sterbehilfe und ärztliche Verantwortung, MedR, 1985, pp. 6 ss.; *W. Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *H. Fünfsinn*, Comentario a BGH, StV, 1985, pp. 56 s., loc. cit., pp. 57 ss.; *W. Gallas*, Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, JZ, 1960, pp. 649 ss., 686 ss.; *el mismo*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten unter besonderer Berücksichtigung des «verantwortlichen Bauleiters», 1964; *el mismo*, Studien zum Unterlassungsdelikt, 1989; *F. Geerds*, Kenntnisnahme vom Tatverdacht und Verfolgungspflicht, Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 389 ss.; *M. Geiger*, Comentario a BGH, JZ, 1983, pp. 151 ss., loc. cit., pp. 153 s., *G. Geilen*, Garantenpflichten aus ehelicher und eheähnlicher Gemeinschaft, FamRZ, 1961, pp. 147 ss.; *el mismo*, Stillschweigen des Angehörigen beim Mordkomplott, FamRZ, 1964, pp. 385 ss.; *el mismo*, Zur Mitverantwortung des Gastwirts bei Trunkenheit am Steuer. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom vorangegangenen Tun, JZ, 1965, pp. 469 ss.; *el mismo*, Comentario a BayObLG, JZ, 1973, pp. 319 s., loc. cit., pp. 320 ss.; *el mismo*, Suizid und Mitverantwortung, JZ, 1974, pp. 145 ss.; *Chr. Geisler*, Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltrecht, NJW, 1982, pp. 11 ss.; *K. Geppert*, Die gegenwärtige Regelung der Zwangsernährung von Gefangenen, Jura, 1982, pp. 177 ss.; *E. Göhler*, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers für die in seinem Betrieb begangenen Zuwiderhandlungen, Dreher-Festschrift, pp. 611 ss.; *W. Gropp*, Suizidbeteiligung und Sterbehilfe in der Rechtsprechung, NStZ, 1985, pp. 97 ss.; *E. Heinitz*, Comentario a BGH, JR, 1955, pp. 104 s., loc. cit., pp. 105 s.; *M. Henke*, Comentario a OLG Stuttgart, NJW, 1984, pp. 2879 s., NStZ, 1985, pp. 124 s.; *H. Henkel*, Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten, MonSchrKrim., 1961, pp. 178 ss.; *R. D. Herzberg*, Garantenpflichten auf Grund gerechtfertigten Vorverhaltens BGH, NJW, 1970, 2252, JuS, 1971, pp. 74 ss.; *el mismo*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *el mismo*, Zur Strafbarkeit der Beteiligung am frei gewählten Selbstmord, dargestellt am Beispiel des Gefangenensuizids und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Vollzugsbediensteten, ZStW, 91 pp. 557 ss.; *el mismo*, Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb, 1984; *el mismo*, Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt, JA, 1985, pp. 131 ss., 177 ss., 265 ss., 336 ss.; *el mismo*, Zur Garantenstellung aus vorangegangenem Tun, JZ, 1986, pp. 986 ss.; *Th. Hillenkamp*, Beweisnot und materielles Recht, Wassermann-Festschrift, pp. 861 ss.; *el mismo*, Comentario a BayObLG, JR, 1988, pp. 299 ss., loc. cit., pp. 301 ss.; *H. J. Hirsch*, Ehre und Beleidigung, 1967; *el mismo*, Comentario a BGH, JR, 1979, pp. 429, loc. cit., pp. 429 ss.; *E. Horn*, Comentario a BayObLG, JR, 1979, pp. 289 ss., loc. cit., pp. 291 ss.; *el mismo*, Strafbares Fehlverhalten von Genehmigungs- und Aufsichtsbehörden, NJW, 1981, pp. 1 ss., *Y. Hsü*, Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten, 1986; *H. Hüwels*, Fehlerhafter Gesetzesvollzug und strafrechdiche Zurechnung, 1986; *U. Iburg*, Zur Unterlassungstäterschaft im Abfallstrafrecht bei «wilden» Müllablagerungen, NJW, 1988, pp. 2338 ss.; *B. Immel*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht, 1987; *G. Jakobs*, Reseña bibliográfica, ZStW, 91, pp. 637 ss.; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *R. Keller*, Comentario a OLG Frankfurt, JR, 1988, pp. 168 ss., loc. cit., pp. 172 ss.; *D. Kienapfel*, Die Garantenpflichten (§ 2 StGB): System, Voraussetzungen und Grenzen, JurBl., 1975, pp. 13 ss.; *M. Köhler*, Die bewußte Fahrlässigkeit, 1982; *H. Konrad*, Probleme der eheähnlichen Gemeinschaft im Strafrecht, 1986; *F.-W. Krause*, Erfüllt die Nichtverfolgung durch den Staatsanwalt bei privat erlangter Kenntnis den Tatbestand des § 346 StGB?, GA, 1964, pp. 110 ss.; *el mismo*, Verfolgungspflicht bei privater Kenntnis und Strafvereitelung im Amt, JZ, 1984, pp. 548 ss.; *A. Kreuzer*, Comentario a BGH, JR, 1984, pp. 293 s., loc. cit., pp. 294 ss.; *K. F. Kugler*, Ingerenz und Selbstverantwortung, tesis doctoral, Bochum, 1972; *H.-H. Kühne*, Strafrechtliche Aspekte der Suicid-Ab-

wendung in Strafanstalten, NJW, 1965, pp. 671 ss.; *R. Kusch*, Die Strafbarkeit von Vollzugsbediensteten bei fehlgeschlagenen Lockerungen, NStZ, 1985, pp. 385 ss.; *K. Kutzer*, Strafrechtliche Überlegungen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten und zur Zulässigkeit der Sterbehilfe, MDR, 1985, pp. 710 ss.; *C. Landscheidt*, Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten, 1985; *H. Lilie*, Comentario a BGH, NStZ, 1983, pp. 313 s., loc. cit., pp. 314 s., *H.-D. Lippert*, Rechtsprobleme bei der Durchführung von Notarzt- und Rettungsdienst, NJW, 1982, pp. 2089 ss.; *el mismo*, Die Stellung des Notarztes bei der Durchführung von Rettungsund Notarztdienst, MedR, 1984, pp. 41 ss.; *H.-J. Lütt*, Das Handlungsunrecht der Steuerhinterziehung, 1988; *M. Maiwald*, Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte, JuS, 1981, pp. 473 ss.; *V. Meinberg*, Amtsträgerstrafbarkeit bei Umweltbehörden, NJW, 1986, pp. 2220 ss.; *J.-E. Meyer*, Zur ärztlichen Verantwortung bei der Verhinderung eines Suizids aus psychiatrischer Sicht, MedR, 1985, pp. 210 ss.; *Möhrenschlager*, Comentario a LG Bremen, NStZ, 1982, pp. 164 s., loc. cit., pp. 165 s.; *W. Naucke*, Comentario a BGH, JR, 1977, pp. 289, loc. cit., pp. 290 ss.; *U. Neumann*, Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des «Opfers», JA, 1987, pp. 244 ss.; *E. Nickel*, Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte im Hinblick auf den Grundsatz «nullum crimen sine lege», 1972; *P. Nitze*, Die Bedeutung der Entsprechensklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB), 1989; *W. Nöldeke* y *St. Weichbrodt*, Hungerstreik und Zwangsernährung, NStZ, 1981, pp. 281 ss.; *H. Ostendorf*, Das Recht zum Hungerstreik, 1983; *el mismo*, Das Recht zum Hungerstreik, GA, 1984, pp. 308 ss.; *H. Otto*, Vorangegangenes Tun als Grundlage strafrechtlicher Haftung, NJW, 1974, pp. 528 ss.; *el mismo*, Comentario a BayObLG, JZ, 1987, pp. 826 ss., loc. cit., pp. 828 ss.; *el mismo* y *J. Bramnsen*, Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassung, Jura, 1985, pp. 530 ss., 592 ss., 646 ss.; *K. Pfleiderer*, Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun, 1968; *O. Ranft*, Rechtsprechungsbericht zu den Unterlassungsdelikten, JZ, 1987, pp. 859 ss., 908 ss.; *R. Rengier*, Kündigungsbetrug des Vermieters durch Tun und Unterlassen bei vorgetäuschtem Eigenbedarf, BayObLG, NJW, 1987, 1654, JuS, 1989, pp. 802 ss.; *K. Rogall*, Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichnerletzung in Betrieben und Unternehmen (130 OWiG), ZStW, 98, pp. 573 ss.; *C. Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 5.ª ed., 1989; *el mismo*, Die Mitwirkung beim Suizid - ein Tötungsdelikt?, Dreher-Festschrift, pp. 331 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, NStZ, 1985, pp. 319 s., loc. cit., pp. 320 s.; *H. -J. Rudolphi*, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966; *el mismo*, Comentario a BGH, JR, 1974, pp. 159 s., loc. cit., pp. 160 s.; *el mismo*, Probleme der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Amtsträgern für Gewässerverunreinigungen, Dünnebier-Festschrift, pp. 561 ss.; *el mismo*, Häusliche Gemeinschaft als Entstehungsgrund für Garantenstellungen?, NStZ, 1984, pp. 149 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, StV, 1982, pp. 516 s. y pp. 517 s., loc. cit., pp. 518 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, JR, 1987, pp. 335 s., loc. cit., pp. 336 ss.; *E. Samson*, Zur Strafbarkeit der klinischen Arzneimittelprüfung, NJW, 1978, pp. 1182 ss.; *Chr. Sangenstedt*, Garantenstellung und Garantenpflicht vom Amtsträgern, 1989; *C. P. Schmidt*, Die strafrechtliche Verantwortung Betriebsangehöriger für Arbeitsunfälle, 1986; *R. Schmitt*, Der Arzt und sein lebensmüder Patient, JZ, 1984, pp. 866 ss.; *el mismo*, Ärztliche Entscheidung zwischen Leben und Tod in strafrechtlicher Sicht, JZ, 1985, pp. 365 ss.; *W. Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz, 1974, *H. Schröder*, Eigenhändige und Sonderdelikte bei Fahrlässigkeitstatbeständen, v. Weber-Festschrift, pp. 233 ss.; *M. Schubarth*, Zur strafrechtlichen Haftung des Geschäftsherrn, SchwZStr., 92 (1976), pp. 370 ss.; *P. Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971; *el mismo*, Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung, GA, 1974, pp. 231 ss.; *el mismo*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, *el mismo*, Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Ve-

rantwortlichkeit für Unterlassungen, ZStW, 96, pp. 287 ss., *el mismo*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA, 1985, pp. 341 ss., GA, 1986, pp. 293 ss.; *el mismo*, Die Strafbarkeit von Amtsträgern im Gewässerstrafrecht, wistra, 1986, pp. 235 ss.; *N. Schultz*, Amtswalterunterlassen, 1984; *el mismo*, Aufhebung von Garantenstellungen und Beteiligung durch Unterlassen, BGH, NJW, 1984, 2639, JuS, 1985, pp. 270 ss.; *K. Seelmann*, Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantenpflichtdogmatik, GA, 1989, pp. 241 ss.; *J. Seier*, Kündigungsbetrug durch Verschweigen des Wegfalls von Eigenbedarf, NJW, 1988, pp. 1617 ss.; *U. Sieber*, Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der «passiven» Gesprächsteilnahme, JZ, 1983, pp. 431 ss.; *C. Sowada*, Strafbares Unterlassen des behandelnden Arztes, der seinen Patienten nach einem Selbstmordversuch bewußtlos auffindet?, Jura, 1985, pp. 75 ss.; *W. Stree*, Garantenstellung kraft Übernahme, H. Mayer-Festschrift, pp. 145 ss.; *el mismo*, Ingerenzprobleme, Klug-Festschrift, pp. 395 ss.; *el mismo*, Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung, BGH St., 32, 262 y BGH NStZ., 1984, 452, JuS, 1985, pp. 179 ss.; *G. Timpe*, Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983; *H. Tröndle*, Zwangsernährung und Rechtsstaat, Kleinknecht-Festschrift, pp. 411 ss.; *P. Ullrich*, Strafrechtlich sanktionierte Hilfeleistungspflichten in der Schweiz, 1980; *H. Ulrich*, Unterlassene Hilfeleistung des Arztes gegenüber einem behandlungsunwilligen Patienten?, MedR, 1983, pp. 137 ss.; *P. Ulmer*, Die deliktische Haftung aus der Übernahme von Handlungspflichten, JZ, 1969, pp. 163 ss.; *H. Wagner*, Amtsverbrechen, 1975; *J. Wagner*, Selbstmord und Selbstmordverhinderung, 1975; *U. Weber*, Garantenstellung kraft Sachherrschaft?, Oehler-Festschrift, pp. 83 ss.; *el mismo*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Bürgermeistern und leitenden Verwaltungsangestellten im Umweltrecht, 1988; *J. Welp*, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968; *H. Welzel*, Zur Problematik der Unterlassungsdelikte, JZ, 1958, pp. 494 ss.; *el mismo*, Comentario a OLG Karlsruhe, JZ, 1960, pp. 178 s., loc. cit., pp. 179 s.; *W. Winkelbauer*, Die strafrechtliche Verantwortung von Amtsträgern im Umweltstrafrecht, NStZ, 1986, pp. 149 ss.; *E. A. Wolff*, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965; *D. Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973.

A. Panorámica

26 1. Autor de un delito de omisión sólo puede serlo el titular de un *deber de responder* de que se evite el resultado (deber de garante). La determinación del garante es una de las tareas más difíciles de la Parte General. Dado que la propia ley es indeterminada, la determinación segura del deber de garante en el sistema de la imputación resulta indispensable para la del fundamento y límites de la imputación. Es usual la orientación hacia las fuentes de los deberes (teoría formal de los deberes jurídicos, teoría de las fuentes jurídicas, o mejor: consideración genética) [44, 45], mencionándose por lo general la ley, el contrato, el hacer precedente (injerencia, es decir, el introducir, imponiéndolos, cursos causales dañosos en una organización ajena) y las estrechas comunidades vita-

[44] Se trata de una teoría formal del deber jurídico sólo en tanto que importa si el deber surge de la ley o de contrato; complementar estas causas de nacimiento con fuentes jurídicas no formales, es decir, injerencia y estrecha comunidad de vida, suprime la conexión estricta de la omisión impropia con deberes jurídicos formales extrapenales.

[45] BGH, 2, pp. 150 ss., 153; 19, pp. 167 ss., 168; *Baumann-Weber*, AT, § 18, II, 3 *c*, ß; *Dreher-Tröndle*, § 13, núms. margs. 5 s.; *Lackner*, § 13, nota 3, entre otras.

les [46]. Como la ley requiere un deber de responder de carácter *jurídico*, la fuente debe proporcionar deberes jurídicos —y no, p. ej., «sólo» morales— [47]. Y como además se trata de delitos de omisión semejantes a la comisión, el deber jurídico de obrar en los delitos de omisión impropia tiene que ser de la importancia del deber jurídico de omitir en los delitos de comisión; por eso se descartan sobre todos como deberes de garante los deberes jurídicos derivados de los §§ 138 y 323 *c* StGB [48]. Ejemplo: Quien se encuentra en el bosque a un niño extraviado y no lo auxilia, responde sólo por el § 323 *c* StG, pero no por los §§ 223 ss., 211 ss., 13 StGB. La teoría de las fuentes jurídicas no reporta apenas más que una utilidad mnemotécnica.

2. Una teoría de las funciones, más moderna, ordena los deberes de ga- 27
rante de acuerdo con su contenido: Una parte de los deberes sirve a la defensa de un bien determinado contra procesos que afecten a su existencia (deber de garante de protección, deber de garante de custodia), otra parte a la vigilancia de una determinada fuente de peligros en favor de todos los bienes que potencialmente pueden resultar afectados (deber de garante de vigilancia, deber de aseguramiento) [49]. Esta ordenación no viene a reemplazar a la derivación con respecto a un fundamento jurídico, sino que la presupone [50], pero precisa los deberes en la medida en que, en lugar del deber de garante difuso en cuanto a su dirección, sitúa al deber del garante orientado definidamente. Ejemplo: Si un cónyuge es garante de protección con respecto al otro, de ahí no se deriva nada en relación con un deber de vigilancia en favor de terceros, si el otro —de modo imputable o no— los pone en peligro [51]. Sin embargo, con esta precisión del contenido funcional se agota ya el rendimiento de la teoría de las funciones [52]. Sobre todo, no se pueden vincular consecuencias sistemáticas a la distinción entre deberes de protección y deberes de vigilancia, dado que un mismo cometido puede generalmente formularse como función de protección y como función de vigilancia: La protección para una persona es vigilancia, en favor suyo, de los peligros que la amenazan, y la vigilancia de una fuente de peligro es protección de las personas en peligro en cada caso. Por ejemplo: ¿Es el salvavidas protector de todos los huéspedes ante los peligros derivados del agua o vigilante de este peligro? Relevante es únicamente el establecimiento del fin de protección, es decir, que el salvavidas sólo responde en relación con determinadas personas (no es garante de los que se bañan fuera del estableci-

---

[46] Más estrictamente, no obstante, *Stratenwerth*, AT, núms. margs. 989 ss.; *Blei*, H. Mayer-Festschrift, pp. 119 ss., 133 ss., 142 s.

[47] Con respecto a la jurisprudencia anterior al § 13 StGB, redacción actual, *vid.* BGH, 7, pp. 268 ss., 271.

[48] Por todos, *Armin Kaufmann*, Dogmatik, pp. 285 s.

[49] Así en primer lugar *Armin Kaufmann*, Dogmatik, pp. 283 ss.; además, *Schönke-Schröder-Stree*, § 13, núm. marg. 9; *Schmidhäuser*, AT, 16/39 s.; *el mismo*, Studienbuch, 12/232; *SK-Rudolphi*, § 13, núm. marg. 24 s., *Henkel*, MonSchrKrim., 1961, pp. 178 ss., 189 ss.; *Hruschka*, JuS. 1979, pp. 385 ss.; *el mismo*, AT, p. 119.

[50] *LK-Jescheck*, § 13, núm. marg. 19; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 46, II, C, 1 *a*.

[51] BGH, 19, pp. 295 ss., 297; OLG Stuttgart, NJW, 1986, pp. 1767 ss., 1768, con reseña de *Ranft*, 1987, pp. 908 ss.; 909 ss.; en otro sentido aún BGH, 6, pp. 322 ss.

[52] *Geilen*, AT, § 44, I, 3 *b* y *c*; *Roxin*, Täterschaft, pp. 659 s.; más escéptico aún, *AK-Seelmann*, § 13, núm. marg. 35. Decididamente *de otra opinión* («toda la significación no se ha valorado hasta ahora plenamente»), *Hruschka*, AT, p. 119.

miento) y sólo con respecto a determinados peligros (no es garante de evitar las insolaciones, etc.).

28 3. A tenor de la fundamentación que, *supra* 28/13, se señaló para la necesidad de deberes de garante en los delitos de omisión, ya está preesbozada la sistematización de los deberes de garante, materialmente, según el fundamento de responsabilidad [53]: Se trata, por una parte, paralelamente a los deli-

[53] Las propuestas de solución con respecto al fundamento de la responsabilidad se han ido pormenorizando hasta ser inabarcables. Ejemplos significativos:

1) *E. A. Wolf* intenta una materialización de la causalidad hasta convertirla en un «ocasionar»; «ocasionar» es desviarse libremente con respecto a un estándar de comportamiento definido como normal; la medida de auxilio que alguien dependiente necesita se define como algo que le corresponde: «eso es propio de una vida normal, conforme a la determinación, y no constituye un favorecimiento especial» (Kausalität, p. 37).

2) *Schünemann*, paralelamente al delito de resultado por comisión, aprecia el fundamento de responsabilidad en el «dominio sobre el origen del resultado», concretando esta relación por medio del «dominio sobre las causas esenciales del resultado» y el «dominio sobre el desamparo de la víctima» (Grund und Grenzen, pp. 229 ss., 236, 241; *el mismo*, GA, 1974, pp. 231 ss., 234; *el mismo*, Unternehmungskriminalität, pp. 87 ss.; *vid.* también *el mismo*, ZStW, 96, pp. 287 ss., 304 ss.; *el mismo*, GA, 1985, pp. 341 ss., 374 ss.); la principal consecuencia es que la injerencia, por falta de dominio actual, ya no supone fundamento de responsabilidad alguno (en el mismo sentido *Sangenstedt*, Garantenstellung, pp. 318 ss.). No obstante, el concepto de dominio actual sólo cabría utilizarlo en las omisiones (actualmente no ocurre nada) con modificaciones con respecto a la comisión. Además, con esta solución queda reducido el material a sistematizar: El dominio actual no es el único fundamento de responsabilidad ni siquiera en la comisión, como, p. ej., no lo es en los delitos de infracción de deber. Tampoco se trata de que la omisión se haga a imagen de los delitos de comisión, sino de sistematizar la comisión y la omisión concebida asimismo originariamente como la comisión (acertadamente críticos, *Herzberg*, Unterlassung, pp. 189 ss., 192 s.; *Brammsen*, Entstehungsvoraussetzungen, pp. 69 ss.).

3) En los delitos de comisión, *Welp* aprecia el fundamento de responsabilidad en la confianza, que se defrauda mediante una iniciativa final (posición del autor), de un bien proclive a incidencias externas en virtud de esa confianza (posición de la víctima) (Vorangegangenes Tun, pp. 171 ss.); en la omisión, *Welp* busca verificar condiciones en las que igualmente se encuentre la «relación de confianza defraudada mediante iniciativa final» (loc. cit., p. 177). *Welp* halla estas condiciones en acciones previas del autor que condicionan un resultado adecuadamente, si bien como acciones arriesgadas lícitas o como acciones inculpables (consecuencia de la participación del inculpable en la actividad, loc. cit., p. 192). En estos casos, el resultado sería obra del autor sobre una víctima proclive y necesitada de que se proteja su confianza. La atribución al autor se efectúa en el comportamiento previo antijurídico en virtud del género de comportamiento, y en caso de comportamiento previo lícito, en virtud del deber de la víctima de conformarse con tal comportamiento; este deber sólo cabe fundamentarlo existiendo deber complementario de salvar; en otro caso no se alcanzaría el objetivo jurídico de hacer posible un máximo de libertad de acción y de integridad de los bienes (loc. cit., p. 224). *Vid.* asimismo *infra* 29/39 ss.

4) El modelo más importante, que prescinde de deberes institucionales, procede de *Gallas*, Studien, pp. 67 ss., 91 ss. La razón es —junto a una interpretación amplia de la asunción, sobre todo de los deberes de la policía fundamentados por asunción (p. 83)— la suposición de que, aparte de la responsabilidad por organización, se trata de relaciones de proximidad (en lugar de instituciones), y en las relaciones de proximidad se captarían anticipadamente de forma jurídica los deberes *morales*. Pero no es la proximidad lo que decide: Las personas no sólo organizan el mundo, sino que viven en un mundo ya conformado, efectuándose la conformación permanente del mundo social por medio de instituciones. Dicho de otro modo, la protección de la existencia de perspectivas no es más que el aspecto negativo de la sociedad (*no* dañar); el mundo *común*, lo que también es la sociedad, se queda en *Gallas* sin garantía jurídico-penal (a excepción de —desde su punto de vista— una inconsecuencia con respecto a la relación paterno-filial, p. 92).

5) *Bärwinkel* se orienta por «el hecho valorativo del papel social en la relación de garantía», no bastando cualquier expectativa ante quien desempeña un papel, sino sólo la expectativa que ha

tos de dominio por comisión, de la responsabilidad por la configuración de un ámbito de organización y, por otra, paralelamente a los delitos de infracción de deber por comisión, de deberes de llevar a cabo determinada prestación sobre otro. Consiguientemente, los deberes de garante del primer grupo se llaman *deberes en virtud de responsabilidad por organización*, y los del segundo grupo *deberes en virtud de responsabilidad institucional* [53a].

La fuente jurídica formal es secundaria en esta clasificación. Sobre todo, una ley no crea *ex nihilo* la posición de garante, sino que a lo sumo puede aclarar los límites de la responsabilidad por la organización o de una institución [54].

---

de mantenerse «para una vida colectiva provechosa de modo absolutamente necesario en el sentido de especial perentoriedad» (Struktur, pp. 91 ss., 104 ss.).

6) *Pfleiderer* pretende desarrollar los deberes de garantía no en comparación con la situación que se da en los delitos de comisión, sino deduciéndolos de los llamados supuestos básicos, empleando un «procedimiento analógico» (Garantenstellung, p. 126); los supuestos básicos serían supuestos de responsabilidad *por omisión*, reconocidos en general (*vid.* asimismo *Schmidhäuser*, AT, 16/52; *Henkel*, MonSchrKrim., 1961, pp. 178 ss., 189 ss.). Como supuestos básicos del ámbito que se suele conocer como injerencia menciona *Pfleiderer* «la liberación de quien está encerrado» (*op. cit.*, p. 130), «la expendición de alimentos o medicamentos perjudiciales para la salud» (*op. cit.*, p. 133), etc. Este método hallará gran difusión como método de asegurar resultados obtenidos de otro modo, cuando no incluso como método de obtención de deberes a los que luego se les encasqueta en un sistema. *Vid.* al respecto la exposición de *Schünemann*, Grund und Grenzen, pp. 79 ss.

7) De acuerdo con *Brammsen*, Entstehungsvoraussetzungen, pp. 103 ss., 105, 113 ss. (matizadamente, también *Brammsen* y *Otto*, Jura, 1985, pp. 530 ss., 536), los deberes de garante se basan en «especiales expectativas de comportamiento perceptibles desde fuera en tanto que cesión de un especial ámbito de influencia social». «Lo decisivo es que el omitente no haya cumplido la expectativa de acción dirigida a su especial ámbito de influencia social y que a la vez tiene en cuenta su posición social, aun sabiendo que otras personas, en su comportamiento, se orientan por su hacer tendente a evitar el resultado, esperado como algo seguro, y lo han tenido en cuenta como factor determinante en su vida cotidiana» (Entstehungsvoraussetzungen, p. 123; en contra, *Sangenstedt*, Garantenstellung, pp. 334 s.). Obviamente, así no cabe deducir posiciones de garante, sino que nada más se las describe y ello sólo imperfectamente; la responsabilidad por injerencia tiene que definirse, a falta de «posición social» del que se injiere, como responsabilidad por comisión (Entstehungsvoraussetzungen, pp. 284 ss.). Consiguientemente, la concreción de esta teoría se agota en una enumeración ordenada, al modo de la jurisprudencia de conceptos (con arreglo a los conceptos genéricos garante de protección y garante de custodia), de las posiciones de garante que se presentan (Entstehungsvoraussetzungen, pp. 149 a 283), sin aproximarse a los principios en función de los que surgen expectativas. El que con el procedimiento esbozado se determinen «posiciones de deber extrajurídicas» (Entstehungsvoraussetzungen, p. 114) y se trasformen en algo jurídico, no es más que una ilusión, pues las expectativas no son separables de su apoyo jurídico. ¿Qué serían, concebidos sin envoltura jurídica, p. ej., el matrimonio, la policía, la Justicia, etc.?

8) Como aquí, *Timpe*, Strafmilderungen, pp. 171 ss., 188 ss.; *Hüwels*, Gesetzesvollzug, pp. 121 ss.; en términos semejantes, *AK-Seelmann*, § 13, núms. margs. 50, 98 ss.; *Seelmann*, GA, 1989, pp. 241 ss., 253, 256; críticamente *Sangenstedt*, Garantenstellung, pp. 347 ss.

[53a] Las posiciones de garante no se transmiten con la sucesión. Pero la *aceptación* (e incluso la administración provisional) de una herencia, como toda asunción de una organización, puede hacer surgir posición de garante en virtud de responsabilidad por organización. En la medida en que antes cabía heredar el señorío del Estado, también se heredaban los deberes institucionales vinculados a aquél.

[54] *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 996. Por eso, p. ej., los deberes de los §§ 16 ss., 32 ss. PStG no constituyen todos deberes de garante en el marco del § 169 StGB (*de otra opinión*, *Maurach-Gössel*, AT, II, § 46, núm. marg. 78). Mientras que los deberes con arreglo a los §§ 18, 34, PStG cabe entenderlos como deberes de garante en virtud de responsabilidad por organización, los deberes de inscripción (en caso de parto) para comadrona, médicos y (en caso de nacimiento y muerte) terceros no cabe fundamentarlos ni por organización ni institucionalmente, constituyendo por

Así, p. ej., los preceptos que a este respecto se suelen mencionar, es decir, los §§ 1353 ss. BGB para el deber de custodia recíproca de los cónyuges, y el § 1626.1 BGB para el deber de custodia de los padres para con sus hijos menores de edad, no son constitutivos para los deberes de garante en el sentido de que sin las normas de Derecho positivo mencionadas decayesen tales deberes. Si el legislador no hubiese positivizado tales deberes, por evidentes, pero sí hubiera reconocido las instituciones matrimonio y relación paterno-filial, la falta de positivización no menoscabaría la posición de garante. Además, sólo con un principio material cabe aclarar si un deber jurídico constituye un deber de garante o bien un deber de menor importancia (de trascendencia sobre todo para los deberes de funcionarios, regulados en conjunto legalmente al menos en cuanto a su marco). Naturalmente, sería erróneo querer determinar los deberes de garante sin tener en cuenta la situación normativa. La realidad relevante para el Derecho penal no cabe determinarla sin tener en cuenta la configuración jurídica. Así, p. ej., es equivocada la conclusión, que a menudo se extrae, a partir de un deber de garante en el matrimonio, de un supuesto deber de garante en otros grupos de convivencia íntima, dado que hace abstracción del reconocimiento jurídico de la relación de la que surge la expectativa de auxilio (*infra* 29/66).

B. Los deberes en virtud de responsabilidad por organización

1. *Los deberes de aseguramiento en los deberes de relación y en la injerencia*

a) Fundamentación de estos deberes

29 *a')* Ya se señaló que la responsabilidad por acciones sólo es un caso más entre los varios posibles de responsabilidad por los efectos de un ámbito de organización (*supra* 24/14). Este ámbito de organización puede definirse, además de a través de acciones —la responsabilidad por acción es responsabilidad por la vulneración del aseguramiento, en la relación, del aparato psicofísico [54a]—,

tanto deberes que afectan a cualquiera, sin una trascendencia que los equipare a la comisión. Los deberes derivados del § 60.1 SGB I son deberes de garante, según OLG Koblenz, NJW, 1984, pp. 1979 s. Con respecto a los deberes de garante en el marco del § 370, párrafo 1, núm. 1, AO, acertadamente, *Lütt*, Handlungsunrecht, pp. 96 ss. Acerca de los § 6, 56, 101, StVollzG, *vid. infra* 29/75.

[54a] En las comunicaciones, en lugar de las acciones se produce la comunicación como información. Esta comunicación se crea a menudo mediante una acción, pero en función del contexto en el que se han introducido los participantes, puede constituir una comunicación también el silencio o la percepción tácita, pero ostensiblemente atenta, etc. Lo cual comporta un deber de aseguramiento en la convivencia, relativo al propio comportamiento comunicativo, como deber de evitar delitos mediante las comunicaciones que uno admite o que uno tiene que admitir según las reglas sociales (lo que significa: pertenecientes a la propia organización). Ejemplo: A un abogado le pide un interlocutor que le apoye en una conversación con otro socio, y se le presenta a éste al comienzo de la conversación con la función mencionada; en esta conversación, el primer socio extorsiona al segundo, para sorpresa del abogado, que asiste callado, pero atento: *Si* este comportamiento ha condicionado el resultado (reforzando al extorsionador o intimidando a la víctima), el abogado responde como partícipe; muy controvertido, en favor de la comisión, BGH, StV, 1982, pp. 517 s., con comentario de *Sieber*, JZ, 1983, pp. 431 ss.; en favor de la omisión, pero negando posición de garante, *Rudolphi*, StV, 1983, pp. 518 ss.; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 7, ante § 13;

a través de medios materiales de despliegue; ello conduce a los *deberes de relación*, es decir a los deberes de asegurar frente a peligros derivados de objetos o actividades empresariales, etc. El ámbito de organización puede además definirse a través de determinado comportamiento ya llevado a cabo, tanto si se trata de acción como de omisión: Los efectos potenciales del comportamiento concluido determinan entonces el alcance de la responsabilidad por la organización; ello conduce a los deberes por *injerencia* (hacer precedente).

b') Los deberes de relación, al igual que los de injerencia, se refieren en 30
principio (pero no siempre) al *aseguramiento* de una fuente de peligros, es decir, el obligado tiene que preocuparse de que su ámbito de organización no tenga efectos externos dañinos. Fundamento de los deberes es, pues, la incumbencia o responsabilidad del organizador por la organización interna, excluyendo la de las personas amenazadas en sus bienes. El deber, a causa de la responsabilidad no compartida del titular del ámbito de organización es independiente del comportamiento del que está amenazado por el peligro; en particular, el deber no se anula por que la futura víctima se comporte a su vez imputablemente de modo tendente al daño. Ejemplos: El conductor ha de evitar colisionar con los ciclistas que se aproximan a su vehículo tambaleándose por efecto de la embriaguez. El empresario ha de detener la actividad de su obreros que se encuentran derribando un muro incluso cuando están en peligro personas que no han respetado el cerramiento reglamentario. El deber también es independiente de si el aseguramiento es posible planificadamente o en el caso concreto sólo por casualidad. Así, p. ej., el titular de la morada debe asegurar su techo frente al peligro de que caigan tejas, aun cuando la necesidad de llevarlo a cabo sólo se le haya mostrado casualmente, y sin esta revelación fortuita habría faltado el comportamiento imputable. El conductor de un vehículo cuyos frenos fallan para su sorpresa, debe conducir el vehículo de manera que se vaya deteniendo sin ocasionar daños.

El deber concluye —al igual que el deber de omitir en los delitos de comisión— cuando se trata de contactos, socialmente adecuados, del ámbito de organización, que amenazan dañar a otro (*vid. supra* 29/19). No constituye ya contenido de los deberes de aseguramiento auxiliar solidariamente a un ámbito de organización por su parte organizado hacia el resultado o amenazado por parte de terceros. Así pues, nadie tiene que preocuparse por un *output* salvador de su ámbito de organización o de impedir un *output* socialmente adecuado sólo porque ello le sea útil a terceras personas. Ejemplos: Si las hojas de un árbol común en el lugar amenazan taponar la toma de la instalación de aire acondicionado del vecino, sin embargo no se espera del propietario de la finca, bajo pena del § 303 *c* StGB, que evite que se vayan cayendo las hojas. Quien sabe que el asesino de su vecino se va a deslizar subrepticiamente por su propia finca, no participa en la muerte si no cierra la puerta (omisión) [55] o incluso la

---

Ranft, JZ, 1987, pp. 431 ss. En las resoluciones BGH, StV, 1982, p. 516, y loc. cit., pp. 516 s. (al respecto *Ranft*, loc. cit., p. 861), las personas no se habían comprometido con el significado delictivo de su comportamiento comunicativo. Pero si los respectivos autores lo han entendido así, ésa es simplemente *su* interpretación, pero no una objetivamente válida.

[55] *Frisch*, Verhalten, pp. 245 ss.; en definitiva, *de otra opinión*, *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, pp. 458 ss., que aprecia complicidad sin deber de garante. La decisión de *Roxin* se basa en la idea de abuso del Derecho (loc. cit., pp. 486 s.); no obstante, de ese modo se diluye el límite, jurídicamente relevante, de la solidaridad, aun cuando este precepto establezca la relación *ge-*

abre (acción); pero responde por vulneración de la solidaridad mínima a través del § 323 *c* StGB. Sin embargo, sí existen deberes de aseguramiento siempre que se elimine el potencial de aseguramiento al que tiene derecho el titular de un ámbito de organización ajeno. Ejemplo: Quien debe asegurar una zanja de modo que no caigan en ella los transeúntes, por lo que se refiere al médico de urgencias como transeúnte, está también obligado al aseguramiento en favor del paciente de éste. La situación no es distinta a la de la interrupción de procesos causales salvadores mediante acción. En relación con los deberes relativos a las declaraciones, sobre todo en las procesales, *vid. infra* 29/nota 92 a.

31 *c')* En el ámbito de los deberes de aseguramiento, la injerencia es absorbida por los deberes de relación [56]. El comportamiento precedente es un acto de organización que da lugar a un peligro que obliga al aseguramiento al titular del ámbito de organización que se ha convertido en peligroso [57]. Responsable de un ámbito de organización es el legitimado para configurarlo y con ello para excluir de él a otras personas. Esta posición se suele alcanzar mediante una acción (construcción y apertura de un calle; compra o edificación de una casa; creación de un monopolio en el mercado; ocupación de un animal sin dueño, etc.), pero en casos aislados también mediante una omisión (omisión de repudiar la herencia; omisión de expulsar al animal que le ha tomado apego; omisión de impedir la actividad del apoderado que realiza una adquisición, etc.) y existe genuinamente para la propia persona (quien siente que va a sufrir un ataque convulsivo, ha de salir de la tienda de objetos de porcelana [58]; quien está infectado con un germen —no ubicuo— debe advertir a las personas con las que entra en contacto) [58a]. Al legitimado se equipara aquel que se conduce como legitimado, excluyendo fácticamente a los demás, p. ej., el ladrón. El deber es delegable (*infra* 29/46 ss.); por medio de la delegación sólo se ve liberado el obligado primariamente si el que emprende satisface las exigencias, y únicamente en esa medida [59].

---

neral (es decir, la relación sin deberes especiales) entre libertad y solidaridad. Si el ejemplo del homicidio se reduce a un caso de daños moderados, se pondrá de manifiesto la vulneración de los límites del § 323 *c* StGB.

[56] Muy controvertido; en favor de la distinción de los deberes, pero sin indicar criterios exactos a tal efecto, *LK-Jescheck*, § 13, núm. marg. 35; *Kugler*, Ingerenz, pp. 147 ss; *Rudolphi*, Gleichstellungsproblematik, p. 68; *Otto*, NJW, 1974, pp. 528 ss., 532; rechazando en general la injerencia: *Schünemann*, Grund und Grenzen, pp. 284 ss. En favor de la identidad de los deberes, vinculando muy estrechamente los deberes de relación con una acción previa fundamentadora de deber, *Welp*, Vorangegangenes Tun, pp. 241 ss.; *vid.* asimismo *Arzt*, JA, 1980, pp. 712 ss., 715.

[57] Naturalmente, ello es válido sólo en tanto que otro autor no desposea al titular de un ámbito de organización de sus bienes y los someta a su propia disposición; ejemplos: Aquel a quien le empujan contra la luna de un escaparate no tiene que intentar evitar la consecuencia en virtud de un deber de relación equivalente a comisión (*Herzberg*, Unterlassung, pp. 299 s.); el titular de la morada no es garante de que desde su tejado nadie arroje tejas a los transeúntes, etc.

[58] En cuanto al planteamiento, acertadamente, BayObLG, JR, 1979, pp. 289 ss., con comentario desfavorable de *Horn*, loc. cit., pp. 291 ss.: Quien sabe, pero no puede evitar de modo imputable, que va a incurrir en un estado de incapacidad para conducir, debe asegurarse de no conducir en tal estado; acerca del problema de la correspondencia o equivalencia en los §§ 316, 13 StGB, *vid. infra* 29/79.

[58a] *De otra opinión, Bruns*, MDR, 1987, pp. 353 ss., 355 s., en tanto que se refiere a médicos como personas con las que se está en contacto.

[59] BGH, 19, pp. 286 ss.; más ampliamente *infra* 29/52.

Los deberes de aseguramiento con respecto a peligros que se derivan de cosas no se refieren necesariamente a cosas típicamente peligrosas o a peligros típicos de cosas, aunque en la práctica se concentran en éstos. El motivo único y suficiente de su existencia es el derecho a configurar con exclusión de otras personas.

Ejemplos de deberes de aseguramiento [60]: El titular de un vehículo debe impedir que se le utilice si no está en condiciones de circular [61]; si el vehículo, tras un accidente, constituye un obstáculo para la circulación, tanto titular como conductor —sin consideración a la culpa en el accidente— tienen que asegurar el vehículo de modo que no lleguen a dañarse otros usuarios de la vía pública [62]. El promotor y el constructor deben asegurar la obra [63]. Las instalaciones que están abiertas al uso público ha de mantenerlas el propietario en un estado que excluya daños para los usuarios o para terceros [64]; ello se aplica especialmente también para las vías públicas. Los productos destinados al comercio deben estar libres de defectos [64a]. El propietario de un perro debe excluir los riesgos hasta por debajo del riesgo permitido [65]. Las instalaciones deportivas públicas han de mantenerse libres de «peligros que no se perciban a simple vista» [66]. Si la peligrosidad de una instalación no es evidente para cualquier usuario, también ha de asegurarse (o hay que hacer que se evidencie la peligrosidad) aun cuando no esté dedicada al uso público (p. ej., si el uso se lleva a cabo antijurídicamente). Ejemplo [66a]: Si los peligros de bañarse en una charca excavada no son ostensibles para cualquiera, tampoco para niños, el titular debe advertirlo o cerrar el paso a la charca, aun cuando no la haya destinado al uso libre; motivo suficiente es el dominio que se le asigna o que él reclama. Quien posee o reclama el dominio de una finca tiene que impedir o contrarrestar la eliminación de residuos peligrosos en su finca (§ 326.1 StGB). Naturalmente, cuando son terceros quienes eliminan residuos con independencia de la organización del dueño, éste únicamente responde de evitar el resultado si existe un motivo especial [66b] (acerca de ello, *infra* 29/32 ss.); la obligación del que perturba un estado de policía no constituye deber de garante. El deudor tiene que administrar ordenadamente en caso de endeudamiento excesivo o si amenaza sobrevenir su incapacidad de hacer frente a sus obligaciones (en relación con el § 283 StGB) [66c].

---

[60] Casuística detallada en *LK-Jescheck*, § 13, núms. margs. 35 ss.; *v. Bar*, JuS, 1988, pp. 169 ss.

[61] BGH, VRS, 17, pp. 389 s., 390; 22, pp. 212 ss.; 27, pp. 185 s., 186.

[62] BGH, 5, pp. 393 ss., 394.

[63] BGH, 19, pp. 286 ss., 288; OLG Karlsruhe, NJW, 1977, pp. 1930 s.; OLG Stuttgart, NJW, 1984, pp. 2897 s.; *Gallas*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, pp. 31 ss., 52 ss.

[64] RG, 14, pp. 362 ss., 363 s. (alumbrado de un hueco de escalera en una casa de inquilinos); BGH, VRS, 18, pp. 48 ss., 51 (aseguramiento de una instalación deportiva a fin de que no caigan pelotas a la carretera cercana); RG, 57, pp. 148 ss. (cobertura de una zanja en una finca muy frecuentada); BayObLGSt., 1971, pp. 230 ss., 232 (aseguramiento de maquinaría).

[64a] BGH, NJW, 1990, pp. 2560 ss., 2562 s.

[65] OLG Celle, NJW, 1970, pp. 202 s.

[66] BGH, NJW, 1971, pp. 1093 ss., 1094, con bibliografía; BGH, NJW, 1973, pp. 1379 ss.

[66a] BGHZ, JZ, 1989, pp. 249 ss.

[66b] Extendiendo demasiado, *Iburg*, 1988, pp. 2339 ss., 2343.

[66c] Muy controvertido; *de otra opinión* —el deudor no sería garante— *Tiedemann*, KTS, 1984, pp. 539 ss., 544., con bibliografía.

32 *d')* También son posibles deberes de aseguramiento en virtud de un *comportamiento* peligroso *de otras personas*, en particular delictivo. Sin embargo, en estos casos no siempre hace falta un motivo especial por el que se vincule el ámbito de organización propio con el de otros. No basta la sucesión puramente fáctica del curso causal entre uno y otro, ni siquiera en caso de previsibilidad del transcurso, dado que el otro por principio es responsable por sí, es decir, la organización de su ámbito vital es en sí —sin motivo especial— asunto suyo. El ámbito de organización propio puede estar vinculado con el comportamiento de otra persona de cuatro formas distintas: mediante acciones peligrosas propias, mediante cosas o situaciones peligrosas, mediante el poder sobre la otra persona, y finalmente mediante la repercusión del comportamiento del otro sobre el ámbito de organización propio.

33 — Constituye acción peligrosa propia la *participación en el comportamiento de la otra persona,* es decir, inducción, complicidad y coautoría. La posibilidad de responsabilidad por omisión impropia tras haber participado mediante acción surte efecto sobre la punibilidad sobre todo en los casos en los que sólo el omitir se efectúa con todos los elementos del delito. Ejemplo: Quien como agente provocador «induce» a otro al hecho, debe asegurar —p. ej mediante disuasión— a la víctima potencial con anterioridad al hecho, si tras la acción se da cuenta de que el hecho principal no va a quedar en mera tentativa. Además, se trata de los casos en que el emprendimiento común no realiza tipo alguno, pero sí crea el riesgo de realización de un tipo. Ejemplo [67]: Si uno de los coautores alumbra el lugar del hurto, según lo acordado, con una antorcha, todos los partícipes deben eliminar el peligro de incendio. Pero quien, sin tomar parte, sólo crea la ocasión para el delito de otras personas, no tiene deber de aseguramiento alguno.

34 — Los deberes de aseguramiento frente a la *utilización de cosas peligrosas por parte de otras personas* existen cuando al ámbito de organización pertenecen objetos cuya libre disponibilidad general ya no queda en el marco del riesgo permitido. La exclusión de la libre disponibilidad está regulada legalmente en cada caso, p. ej., en relación con material radiactivo, sustancias explosivas, armas, etc. [68]. Ejemplos: El propietario del vehículo debe cuidar de que no lo utilicen personas no cualificadas, como p. ej., personas embriagadas [69] o sin permiso de conducir [70]; debe impedir incluso la utilización por parte de personas cuya cualificación no puede comprobar [71]. Sin embargo, no existe deber de aseguramiento del conductor ante la utilización por parte del propietario embriagado, dado que el propietario, frente al conductor, posee un poder de organización prevalente [72]. El propietario de un vehículo debe también asegurarlo si personas en sí cualificadas lo utilizan de modo contrario a las reglas de la

---

[67] OLG Schleswig, NStZ, 1982, pp. 116 s. En esta sentencia se pasa por alto la posibilidad de participación no punible *per se*, pero sí fundamentadora de deberes.

[68] *Vid.*, p. ej., los §§ 7 ss. WaffG, § 3 ss. AtomG, § 7 SprengstG, § 2 KriegswaffenG, etc.

[69] BGH, 14, pp. 24 ss., 28; 18, pp. 6 ss.; 18, pp. 359 ss., 361 s.; OLG Karlsruhe, GA, 1980, pp. 429 ss., 431 (con una formulación demasiado amplia de los «compañeros de borrachera»); OLG Hamm, NJW, 1983, pp. 2456 s. (igualmente con demasiada amplitud).

[70] BGH, VRS, 27, pp. 185 s., 186.

[71] BGH, 17, pp. 289 ss.

[72] OLG Karlsruhe, JZ, 1960, pp. 178 s., con comentario de *Welzel*, loc. cit., pp. 179 s.

circulación [73] (dudoso). El empresario debe cuidar de que las máquinas y aparatos cumplan los preceptos de seguridad en el trabajo [73a]. Existen situaciones peligrosas cuando se retiene o anula el potencial de aseguramiento *protector ante daños a terceros*, a cuya existencia tiene derecho la víctima potencial (*vid. supra* 29/30). Ejemplos: El autor impide de broma a la víctima cerrar la puerta de la vivienda, y no deja de hacerlo ni siquiera cuando otras personas se introducen en la morada de la víctima. El autor obstaculiza con su vehículo en la autovía de modo que, con el comportamiento (incluso moderadamente imprudente) de otros conductores, pueden sobrevenir accidentes.

— Los deberes de aseguramiento por el *poder sobre otras personas* —al igual que en el dominio sobre cosas— constituyen el contrapunto del poder de organización que excluye a otras personas [74]. Por eso, están sujetos al derecho de configurar el contenido del comportamiento de otras personas. Así, p. ej., los padres (o las demás personas legitimadas para educar) están obligados a impedir los hechos punibles u otros comportamientos peligrosos de los niños sometidos a su cuidado [75]. Los funcionarios de prisiones están obligados a impedir aquellos delitos de los internos que la restricción de la libertad posibilita especialmente. El deber de aseguramiento ante hurtos ocasionales en el curso del trabajo en la prisión, al igual que ante el hecho ocasional de un no recluso se sujeta, por el contrario, al deber general del Estado de velar por la seguridad y el orden [76]. 35

— La vinculación de un ámbito de organización con el comportamiento ajeno mediante *la repercusión de este comportamiento sobre el ámbito de organización propio* es trascendente sobre todo para el titular de actividades. El titular de una actividad no tiene derecho de configuración sobre el comportamiento de sus colaboradores, sino que cada colaborador, en la medida en que asume las consecuencias jurídico-laborales, puede ajustar su actividad en favor del titular. La responsabilidad del titular por el comportamiento delictivo, o peligroso de otra forma, del colaborador, dada esta situación, y según las reglas mencionadas, puede llevarse a cabo a través de colusión y a través de cosas peligrosas de la empresa o actividad. Por ejemplo, el titular debe evitar la expendición de sustancias venenosas así como la utilización de los vehículos de la empresa contraria a los usos, etc. A ello se añade que las acciones en el marco de 36

---

[73] BayObLG, JZ, 1959, pp. 638 s.; BayObLGSt., 1962, pp. 278 s.; demasiado amplio (deber del autoestopista, que causalmente está presente, de evitar que el conductor huya del lugar del accidente), OLG Stuttgart, NJW, 1981, p. 2369; acertadamente, OLG Frankfurt, NJW, 1983, pp. 2038 s., 2039.

[73a] *Schmidt*, Verantwortlichkeit, pp. 59 ss., con bibliografía; *Herzberg*, Verantwortung, pp. 231 ss.

[74] El poder de organización comporta asimismo el deber de asegurar a quien está determinado por otros ante los peligros derivados de la falta de su propia determinación, es decir, alimentar al niño o al interno en institución penitenciaria, facilitarles la asistencia médica, etc. Sin embargo, tales deberes de asistencia no existen sólo dentro de los límites de los deberes en virtud de responsabilidad por organización, sino que van más allá en casos concretos: También hay que asistir al desamparado que no puede esperar auxilio por parte de terceros (el niño nacido en lugar apartado, el preso a quien se ha encontrado medio congelado en el bosque y a quien se vuelve a internar); se trata de asistencia institucionalizada, al respecto *infra* 29/57 ss.

[75] BGH, FamRZ, 1958, pp. 211 ss.; BGHZ, NJW, 1980, p. 1044 s.; OLGZ Celle, NJW, 1970, pp. 202 s.

[76] Va más allá —deber amplio de aseguramiento—, RG, 53, pp. 292 s.; *vid. infra* 9/74 ss.

la actividad siempre son también acciones en el ámbito de actividad del titular. Este, si bien no responde por el propio comportamiento de los otros, sí lo hace en cambio por la configuración, determinada por ese comportamiento, de su ámbito de organización. Así como el propietario de una casa no se ve liberado del deber de asegurar las tejas de su techo si un trabajador las ha encajado mal por descuido, también el titular de la empresa responde por el estado peligroso de su empresa, en la medida en que aún son sus asuntos los que se organizan. Ejemplo: Debe impedir el suministro de productos cuyo uso es perjudicial (p. ej., alimentos en mal estado), así como acordar negocios antijurídicos (p. ej., comercio de armas no autorizado) [77] en nombre de su empresa; pero si colaboradores suyos de tendencia anarquista utilizan las instalaciones de la empresa como almacén *propio* de explosivos, el titular de la actividad se equipara a un tercero. La responsabilidad por el § 130 OWiG es en parte más extensa debido a la amplia punibilidad del comportamiento imprudente, y en parte más reducida debido sobre todo a la limitación a deberes que afectan al titular de la actividad o empresa «como tal» [77a]. Acerca de las relaciones de servicio público, *vid.* § 357 StGB y § 41 WStG.

36a *e')* Siempre que no se trate de cosas peligrosas (al respecto *supra* 29/34), de que otra persona se arrogue relaciones con la cosa ajena no surgen deberes para el dueño de dicha cosa; de esta relación es entonces responsable la otra persona. Ejemplos: Si una organización terrorista coloca un explosivo en un edificio o alguien escribe frases injuriosas o blasfemas en la pared de una casa ajena o en un vehículo ajeno [77b], de ahí sólo no surgen deberes de aseguramiento del titular —parcialmente desposeído [77c].

b) Cuestiones próximas

37 *a')* La jurisprudencia ha ampliado los deberes de aseguramiento en relación con el comportamiento de otras personas mucho más allá del marco acabado de indicar. Así, se considera que un cónyuge está obligado a impedir he-

---

[77] BGH, NJW, 1990, pp. 2560 ss., 2562 ss.; Tribunal Federal suizo, 96, IV, pp. 155 ss.; *Noll*, Verhandlungen, 49. DJT, t. II M, pp. 20 ss., 29; *vid.* asimismo *Schubarth*, SchwZStr., 92 (1976), pp. 370 ss.; *Göhler*, Dreher-Festschrift, pp. 611 ss.; ampliamente, *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, pp. 62 ss., 77 ss., 84 ss., con vinculación demasiado estricta de la responsabilidad al «dominio» ejercido actualmente; negando en general la posición de garante del titular de la empresa, *Hsü*, Garantenstellung, pp. 165 ss., 250 ss.; demasiado amplio («responsabilidad general del principal por las acciones de sus dependientes»), *Rogall*, ZStW, 98, pp. 573 ss., 616 ss., 618; más estrictamente, *LK-Jescheck*, § 13, núm. marg. 45; *SK-Rudolphi*, § 13, núm. marg. 35 *a*; con fundamentación inapropiada («relación de autoridad»), *Landscheidt*, Problematik, pp. 112 ss. (no importa hasta dónde llega el derecho de dirección del principal —p. ej., éste puede prohibir abandonar la empresa en la jornada laboral, evitando así delitos «fuera»— sino más bien qué es lo propio de su ámbito de organización; y no forma parte de ello, sobre todo, el comportamiento del trabajador con ocasión de realizar su tarea). Incorrecta la fundamentación en RG, 58, pp. 130 ss., 133: *culpa in eligendo*, el colaborador es de por sí responsable; la creación de la oportunidad de delitos no es *per se* causa de imputación.

[77a] Con respecto al § 130 OWiG ampliamente *Rogall*, ZStW, 98, pp. 574 ss., con amplia bibliografía.

[77b] *Vid.* los supuestos indicados en *Weber*, Oehler-Festchrift, pp. 83 ss., 84.

[77c] Discrepando en parte *Weber*, Oehler-Festschrift, pp. 93 ss., 86, 93.

chos punibles del otro [78]. Esta valoración acertaba en una época en que se concebía idealmente el comportamiento de los cónyuges como configuración de un mundo en común, y el matrimonio consiguientemente como una «empresa» conjunta que comprendía por así decirlo la vida entera de ambos cónyuges; al cambiar esta concepción del matrimonio, la jurisprudencia ha quedado desfasada. También es equivocado, del hecho de proporcionar alcohol a adultos derivar, con la jurisprudencia antigua, deberes de aseguramiento ante delitos del embriagado; en todo caso, mientras éste obre por su parte responsablemente —aunque sólo sea de modo limitado—. Bien es cierto que el alcohol puede ser un objeto especialmente peligroso; sin embargo, su consumo por parte de personas responsables no está limitado jurídicamente [79]. Lo propio cabe afirmar en relación con el suministro de otros medios de los que se puede disponer libremente en el marco del riesgo permitido [80]. Las jurisprudencia también ha ampliado la conexión del comportamiento ajeno con las acciones propias, ateniéndose únicamente a la aptitud fáctica de las acciones para que otro las continúe hacia lo delictivo. El que el otro, por su parte, sea responsable se pierde de vista al atender únicamente a dicha conexión fáctica. Ejemplos: El deber de impedir el perjurio en un proceso por divorcio no se puede fundamentar en el comportamiento adulterino con quien presta el testimonio, aun cuando la relación continúe incluso en el momento del proceso [81]. La participación en un delito no fundamenta deber de garante de impedir hechos de ocultamiento no acordados —p. ej., la muerte de un testigo—, a no ser que la participación haya debilitado el potencial defensivo de la víctima [82].

b') Se discute si la posesión de un espacio cerrado puede dar lugar a un deber de garante; la jurisprudencia ha reconocido sobre todo deberes del poseedor del local de proteger a las personas situadas dentro de ese local ante ata- 37a

[78] RG, 74, pp. 238 ss., 285; BGH, 6, pp. 322 ss., 323 s.; y abiertamente BGH, 19, pp. 295 ss., 297.

[79] Así ya BGH, 19, pp. 152 ss., 154 s.; 25, pp. 218 ss., 221; 26, pp. 35 ss., 38; en contra de BGH, 4, pp. 20 ss.; rechazándolo, *Geilen*, JZ, 1965, pp. 469 ss.; *vid.* asimismo *Landscheidt*, Problematik, pp. 127 ss. Por lo demás, es decir, en caso de pérdida de la responsabilidad debida a embriaguez, la responsabilidad igual a la comisión sólo es adecuada cuando el defecto en el ebrio se ha creado en autoría mediata (p. ej., habiéndose administrado ocultamente la bebida alcohólica, o a niños o a alcoholizados patológicos, etc.). En otro caso, el comportamiento de una persona ebria puede constituir una «desgracia» en el sentido del § 323 *c* StGB (omisión del deber de auxilio), sobre todo si toma parte en la circulación rodada. En la medida en que la propia persona embriagada se ha situado ella misma en la situación de defecto, su responsabilidad (*actio libera in causa*, § 323 *a* StGB) excluye que se atribuya el conflicto a otras personas, aparte de las reglas de la participación. Lo cual es válido también en favor de personas que han servido o despachado el alcohol, etc.; quién es el que despacha en un establecimiento de hostelería y quién es sólo consumidor depende de datos aleatorios de la logística referida al caso; *de otra opinión*, la jurisprudencia, loc. cit., y la doctrina dominante.

[80] Así pues, se equivoca BGH, 11, p. 353 ss., 355: fundamentación de responsabilidad por haber entregado ingenuamente un cuchillo de bolsillo, con el que después da una puñalada el receptor; así también LG Berlin, MDR, 1965, p. 592.

[81] En otro sentido, RG, 72, pp. 20 ss., 23; matizadamente, también BGH, 17, pp. 321 ss., con referencias de la jurisprudencia anterior; más bibliografía en *LK-Willms*, § 154, núms. margs. 15 ss.; *Schönke-Schröder-Lenckner*, núms. margs. 39 s., ante § 153; acerca de la punición de la omisión en caso de sospecha (no demostrable) de comisión en estos casos, *vid. Hillenkampf*, Wassermann-Festschrift, pp. 861 ss., 9864 s.

[82] *Supra* 29/33; *infra* 29/45.

ques de terceros [83], pero en tiempos más recientes sólo de modo restringido [84]. Hay que distinguir los siguientes aspectos:

— La posesión de un local da lugar a aquellos deberes de aseguramiento que suponen el reverso de todo poder de organización (incluso en objetos tan triviales como camas, armarios, juguetes, etc.). Ejemplo: El titular de la morada es garante de que al huésped no le caiga en la cabeza una lámpara de araña, siendo indiferente que el objeto estuviera ya mal instalado al recibir la vivienda, se instalara mal después o hubiera perdido su suficiente estabilidad originaria por cualquier suceso posterior, pues en todo caso la organización del titular de la vivienda excluye a otras personas de la configuración. Naturalmente, presupuesto de la responsabilidad es que la víctima potencial no sea responsable prevalentemente por la puesta en peligro de sus bienes. Ejemplo: Si la policía inspecciona una cabaña que ostensiblemente amenaza ruina, pudiéndole caer vigas en la cabeza, al propietario no le afectan deberes especiales.

— Si una persona se mantiene en un local seguro para la vida de relación y cerrado, sin que su poseedor sea responsable prevalente por su estancia, el daño que amenace no pertenece ya al ámbito de organización del poseedor. La posesión *per se* no fundamenta una posición de garante, al igual que, por lo demás, de la conexión puramente fáctica de un comportamiento socialmente adecuado con una fuente de peligro tampoco se derivan deberes de garante. Ejemplos: Si un cliente padece un ataque al corazón en una tienda, el titular de la tienda está obligado a auxiliar por el § 323 *c* StGB, pero no como garante. Ello rige sobre todo en relación con peligros que amenazan por el comportamiento delictivo de terceras personas; nadie es garante, como titular de un local, de que las personas que se encuentren dentro no se inflijan daños entre sí, pues las personas libres conservan su propio ámbito de organización también en locales ajenos [85]. Naturalmente, en lugar de la posesión del local *otras* circunstancias pueden dar lugar a posiciones de garante (*vid. supra* 29/32 ss.), p. ej., la posesión de cosas peligrosas (armas, venenos) en el local, con exclusión de la autoprotección de la víctima. Ejemplo: Quien acoge en su vivienda a una persona a la que persiguen, debe velar por que no esté allí más en peligro de lo que lo estaba fuera.

---

[83] RG, 72, pp. 373 ss.; BGH, NJW, 1966, p. 1763; BGH, 27, pp. 10 ss., 12 s., atendiendo, naturalmente, no al poder de organización, sino a la confianza; al respecto *infra*, 19/67 ss.; en definitiva como la jurisprudencia: *Blei*, JZ, 1977, pp. 137 s.; *el mismo*, o AT, § 87, I, 4 *c*; *Dreher-Tröndle*, § 13, núm. marg. 12; *Lackner*, *§ 13, nota 3 c*, bb.

[84] Sólo si la vivienda supone una fuente *especial*, de peligros; BGH, 30, pp. 391 ss., 396; *vid.* también OLG Stuttgart, NJW, 1981, pp. 182 s., 183.

[85] Muy controvertido; ampliamente (y en lo esencial como aquí), *Landscheidt*, Problematik, pp. 73 ss., 84 ss. y *passim*, con exposición de la jurisprudencia, pp. 27 ss., y de la doctrina, pp. 456 ss.; también como aquí en lo esencial, *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1020; *Schünemann*, Grund und Grenzen, pp. 360 ss.; *el mismo*, ZStW, 96, pp. 287 ss., 309 s.; también BGH, GA, 1971, pp. 336 ss.; OLG Zweibrücken, StV, 1986, pp. 483 s.; en términos semejantes, *Rudolphi*, NStZ, 1984, pp. 149 ss., 151, 153 s.; *SK-Rudolphi*, § 13, núm. marg. 37; *Herzberg*, Unterlassung, pp. 332 s.; *LK-Jescheck*, § 13, núm. marg. 44; *Schönke-Schröder-Stree*, § 13, núm. marg. 54; *Naucke*, JR, 1977, pp. 290 ss.; ampliamente —pero en favor de límites de responsabilidad más amplios— *Bärwinkel*, Struktur, pp. 139 ss., 149 ss., 159 ss., con más bibliografía (al respecto, *Landscheidt*, Problematik, pp. 47 ss.); *Brammsen*, Entstehungsvoraussetzungen, pp. 267 ss. (si «amenazan producirse lesiones de bienes jurídicos elementales»).

— Igualmente, el poseedor de un local que pueda cerrarse no es *per se* garante de que no queden encerradas personas dentro, bien sea mediante comportamiento delictivo o permitido, evitable o inevitable (y, tras haber quedado encerradas, consiguientemente tampoco está obligado a *salvar* como garante); pero sí puede haber asumido un deber de aseguramiento de los visitantes (*infra* 29/46) (en museos, escuelas, etc.); también se asume en particular la garantía de la libertad ambulatoria en favor de aquellas personas que acceden a un local con la voluntad del poseedor. Ejemplo: Si un parroquiano embriagado se pone enfermo, el hostelero debe —según prefiera el cliente— dejarlo salir o dejar entrar al médico. Tambien de la injerencia y de la creación de riesgos especiales (laberinto), etc., se pueden derivar posiciones de garante.

2. *Los deberes de salvación en los deberes de relación y en la injerencia*

a) En el marco hasta ahora caracterizado se trata de deberes de asegura- 38
miento, es decir, de deberes de impedir los efectos dañosos de un ámbito de organización que está definido a través de cosas o del comportamiento propio o ajeno. A ellos se añaden, naturalmente con un alcance más limitado, los *deberes de salvación*; éstos consisten en deberes de inhibir cursos causales peligrosos, que ya se salen del ámbito de organización del alcance señalado, e incluso pueden haber alcanzado el de la víctima. Ejemplo: El alimento perjudicial para la salud ya está vendido y está almacenado en casa del consumidor o ya ha sido consumido, y el consumidor necesita auxilio médico.

El curso causal peligroso puede, en tales situaciones, asignarse al ámbito de organización de la víctima (o de otras personas). Así pues, en la determinación de la responsabilidad por el curso causal concurren (al menos) dos sistemas: aquel del que procede el curso causal y aquel en el que se continúa desarrollando. Dada esta situación, hace falta un motivo especial para poder prolongar el deber del obligado al aseguramiento, como deber de salvación, hasta dentro del ámbito de organización ajeno.

Aunque el deber se prolongue, no deja de ser un deber en virtud de responsabilidad por organización, pues no se trata tampoco de procurar auxilio solidariamente a la víctima, sino de responder por las consecuencias de la organización propia [85a]. Dicho de otro modo, el ámbito de organización *propio* no se determina en estos casos a través de cosas o comportamiento, sino a través de las consecuencias de la relación con cosas y de las consecuencias del comportamiento, es decir, a través de los resultados delictivos potenciales. Ejemplo: El que un fabricante que quiere hacer procesar materiales infectados, los haga desinfectar previamente, o entregue ropas de protección para su procesado, o tras el procesado haga llegar auxilio médico eficaz al primer síntoma leve de infección, es —supuesta la misma eficacia de las medidas— equivalente para el estado de salud. En la variante mencionada en último lugar el ámbito de organización propio del fabricante se define a través de consecuencias potenciales y se superpone al ámbito de organización de los trabajadores —fundamentada a través de la responsabilidad sobre el propio cuerpo.

[85a] *AK-Seelmann*, § 13, núm. marg. 125.

39 *b)* Por eso, la cuestión básica es cuándo el ámbito de organización del autor puede extenderse hasta los potenciales resultados delictivos. Mientras que en los deberes de relación —sin razón (*infra* 29/42)— se rechazan los deberes de salvación, la cuestión en la injerencia [86], como cuestión relativa a la cualificación del comportamiento precedente, es extremadamente polémica.

En la medida en que se exige que el comportamiento precedente ha de realizar de modo adecuado el peligro del resultado típico [87], el cumplimiento de tal exigencia fracasa por la inutilidad general del concepto de adecuación en el marco de los presupuestos de la responsabilidad (*supra* 7/31 ss.). Materialmente, se trata de que el peligro no da lugar a ningún deber de salvación equivalente a la comisión si es consecuencia del riesgo existencial general y no cabe dirigirlo conforme a plan mediante la evitación de la acción previa. Ejemplos: Al constructor de una casa no le afecta ningún deber, equivalente a la comisión, de salvar a los que queden enterrados entre los escombros en caso de terremoto [88]. Si al reventar un neumático alguien sufre un ataque al corazón debido al fragor de la explosión, al titular o al conductor del vehículo no le afecta ningún deber de salvación equivalente a la comisión; tales sorpresas son posibles ubicuamente y por eso representan un riesgo propio de cualquiera.

Por lo demás, existe unanimidad acerca de que no cualquier comportamiento que condicione el peligro da lugar a un deber de salvación. La limitación se busca sobre todo en la fórmula [89] de que el comportamiento previo ha de haber sido objetivamente contrario a deber, aun cuando no necesariamente culpable. Y ello se fundamenta en el derecho de la persona puesta en peligro a quedar indemne con respecto al comportamiento contrario a deber, y si no al menos que se le exonere de las consecuencias dañosas del comportamiento contrario a deber [90]. Esta limitación restringe demasiado del deber. Bien es ver-

---

[86] En la medida en que ésta no se niega en absoluto, sobre todo por parte de *Schünemann*, Grund und Grenzen, pp. 281 ss., 313 ss.; *el mismo*, GA, 1974, pp. 231 ss.; muy críticamente, también *Welzel*, JZ, 1958, pp. 494 ss.

[87] *Schönke-Schröder-Stree*, § 13, núm. marg. 34; *LK-Jescheck*, § 13, núm. marg. 32, con amplia bibliografía.

[88] *Vid. Herzberg*, Unterlassung, pp. 301 s.; *el mismo*, JZ, 1986, pp. 986 ss., 989 s. De acuerdo con *Herzberg*, estaría obligado a salvar, en virtud de injerencia, quien ya «al tiempo de llevar a cabo su actuación que dio lugar al peligro era responsable de evitar en la medida de lo posible el resultado (que ahora amenaza manifiestamente producirse)» (JZ, 1986, p. 989); en contra, *Rudolphi*, JR, 1987, pp. 162 ss., 165. Esta fórmula no tiene en cuenta que el deber de aseguramiento es consecuencia del dominio del propio ámbito de organización, mientras que en los deberes de salvación nadie está excluido, es decir, habría que fundamentar por qué el que actuó previamente ha de estar más obligado que cualquier otro.

[89] Además, en ocasiones se postula que el «género e importancia» de la infracción del deber contenida en la acción precedente tienen que estar en una «relación adecuada» con la «magnitud, proximidad e importancia del peligro»: *LK-Jescheck*, § 13, núm. marg. 34; *Jescheck*, AT, § 59, IV, 4 *a; Blei*, AT, § 87, I, 2 *c;* el postulado se basa en un arcano de *E. A. Wolff*, Kausalität, pp. 42 s.; este recurso a valoraciones difusas sólo es necesario si ha fracasado la limitación de la responsabilidad por omisión.

[90] Fundamental, *Gallas*, Studien, pp. 88 ss.; *Rudolphi*, Gleichstellungsproblematik, pp. 157 ss., 163 ss.; *el mismo*, JR, 1974, pp. 160 ss.; *SK-Rudolphi*, § 13, núm. marg. 39; *LK-Jescheck*, § 13, núm. marg. 33; Jescheck, AT, § 59, IV, 4 *a; Lackner*, § 13, nota 3 *a, d'; Schmidhäuser*, AT, 16/54; *Schünemann*, ZStW, 96 pp. 287 ss., 308; *Schönke-Schröder-Stree*, § 13, núm. marg. 35; *Nickel*, Problematik, pp. 193 s., BGH, 3, pp. 82 ss., deduce la posición de garante de un riesgo no permitido que no es que amenace producirse, pero que «fue creado en relación in-

dad que el que obra antijurídicamente —o el que omite contrariamente a su posición de garante— pretende hacer un uso *especial* de su libertad, de modo que el empleo de esfuerzo para limitar las consecuencias pesan sobre él antes que sobre la víctima potencial en cuyo ámbito de organización él irrumpe por medio del uso de la libertad especial. Pero esta situación no está limitada al comportamiento antijurídico, pues también hay un uso *permitido* de la libertad especial, es decir, de aquella que sobrepasa la libertad general de acción, y la sola autorización no constituye motivo para exonerar al destinatario de la libertad del empleo de esfuerzo para limitar las consecuencias y gravar con este empleo de esfuerzo a la víctima potencial, que por su parte no se ha movido en el marco de riesgos especiales.

El que la vinculación del comportamiento conforme a Derecho con deberes de salvación es compatible con el sistema de libertades de comportamiento se pone de manifiesto —fuera de la injerencia— en las autorizaciones de comportamiento que sólo se conceden con la reserva de emplear prevenciones de salvación con carácter previo a la ejecución del comportamiento [91]. Ejemplo: El piloto de un barco sólo puede transportar a un niño si éste lleva chaleco salvavidas o al menos está sujeto con cinturón de seguridad; si tal aseguramiento no resulta posible por anticipado, el comportamiento puede que esté sin embargo permitido si una acción de salvación, que equivale a un dispositivo de salvación, en caso de peligro garantiza que con certeza se puede sacar al niño del agua. Pero no se trata únicamente de abarcar tales casos de autorizaciones condicionadas, sino que éstos constituyen más bien sólo un ejemplo de la conexión entre libertad especial y deber de garante.

c) Mediante el análisis respectivo de las libertades de comportamiento pre- 40
tendidas por el que actuó previamente, por la persona puesta en peligro y, en su caso, por cualquier otro participante, hay que determinar a qué ámbito de organización han de atribuirse las consecuencias del comportamiento precedente [92, 92a]. Siempre que sólo se trate del que actuó previamente y de la persona puesta en peligro, ello significa lo siguiente:

---

mediata con el accidente». Esta «inmediatez» es algo totalmente externo (unidad de acción, simultaneidad o similar) y por eso no puede ser fundamento de responsabilidad; *Ranft,* JZ, 1987, pp. 859 ss., 864 s.; *Rudolphi,* JR, 1987, pp. 162 ss.; *de otra opinión, Herzberg,* JZ, 1986 pp. 986 ss., 989 ss.

[91] Al respecto, ampliamente, *Welp,* Vorangegangenes Tun, pp. 212 ss. *Vid.*, con respecto a la imprudencia, también *Zielinski,* Handlungs- und Erfolgsunwert, pp. 171 ss.

[92] *AK-Seelmann,* § 13, núms. margs. 117 s.; igualmente en el planteamiento, con notables diferencias en los resultados, *Welp,* Vorangegangenes Tun, pp. 209 ss.; *Herzberg,* Unterlassung, pp. 294 ss.; *el mismo,* JuS, 1971, pp. 74 ss.; *Baumann-Weber,* AT, § 18, II, 4 *c; Maurach-Gössel,* AT, II, § 46, núms. margs. 98 ss.; *Otto,* NJW, 1974, pp. 528 ss., 534; *Maiwald,* JuS, 1981, pp. 473 ss., 482 s.; *Behrendt,* Affekt, pp. 79 ss.; en términos semejantes, *Stratenwerth,* AT, núm. marg. 1009; *Bockelmann-Volk,* AT, § 17, B, I, 6 *e*, aa; *Dreher-Tröndle,* § 13, núm. marg. 11; *Wessels,* AT, § 16, II, 6 *c.*

[92a] Una persona está obligada a *aseguramiento,* por sus *manifestaciones,* en la medida en que el destinatario tenga derecho a la veracidad, estando en gran medida por aclarar el alcance de tal derecho. Ejemplo: El arrendador comunica verazmente a su procurador, en un proceso de desahucio, que necesita la vivienda para sí, pero antes de que el procurador lo alegue ante el tribunal (definitivamente), cesa la necesidad: Como pronto, con la alegación del procurador, la información abandona el ámbito de organización del que insta el desahucio; así pues, éste tiene deber aseguratorio hasta entonces. De manifestaciones antijurídicas surgen deberes de *salvación,* ejemplo: Una parte alega imprudentemente hechos falsos en el proceso, de lo que se da cuenta en seguida:

41 *a')* De la acción previa antijurídica siempre se deriva un deber de salvación. Ejemplos: Quien empuja a otro imprudentemente a un estanque, poniéndolo en peligro de ahogarse, debe rescatarlo, para no hacerse acreedor a la pena por los §§ 211 ss., 13 StGB, o salvarlo, de cualquier otro modo, de ahogarse. Tras haber declarado falsamente de modo evitable en un proceso, el testigo debe evitar las consecuencias perjudiciales de su declaración.

42 *b')* A partir de acciones previas en el marco del riesgo permitido se deriva deber de salvación si se dan dos requisitos: El riesgo permitido no debe referirse a un comportamiento ejecutado por cualquiera comúnmente; así pues, debe ser un comportamiento con mayor riesgo que el existente en el comportamiento cotidiano ineludible. Además, la persona puesta en peligro debe haber adoptado las prevenciones de seguridad de su incumbencia.

Indicio de la existencia de un riesgo especial son la responsabilidad por la puesta en peligro y el seguro obligatorio jurídico-civiles. Riesgos especiales existen, p. ej., en el tráfico aéreo y ferroviario, en la caza, en la producción y uso de numerosas sustancias peligrosas (veneno, explosivos, material radiactivo, etc.) y en los experimentos con medicamentos. También el funcionamiento de un vehículo se podrá graduar aún como riesgo especial, aun cuando este riesgo se ha ido aproximado a los riesgos cotidianamente inevitables; pero, con todo, el Derecho carga sobre el propietario una responsabilidad por la puesta en peligro y un seguro obligatorio, y no deja que la víctima potencial tenga por su parte que velar de su protección contra accidentes. De ahí se deduce que los peligros de la actividad no se valoran jurídicamente como peligros de la vida de todos; por eso, la actividad, aunque se mantenga en el marco del riesgo permitido, no sólo comporta deberes de aseguramiento, sino en caso de accidente también deberes de salvación, p. ej., en favor de implicados en el accidente heridos, que necesiten asistencia médica [93]. Otro tanto cabe afirmar de la puesta

---

llevará a cabo una estafa procesal mediante omisión si no corrige la declaración (y siempre que realice los demás elementos típicos de la estafa). Si una alegación conclusa y correcta se convierte en incorrecta por la evolución de los acontecimientos, no surge deber de salvación, ya que es bien conocido que el mundo puede cambiar, de modo que, en esa medida, el declarante no es responsable prevalente. Ahora bien, quien es parte procesal utiliza al tribunal —por parte del demandado: obligado por las circunstancias— para que con autoridad delimite su organización con respecto a la del contrario. Por eso cabe entender la resolución judicial como acto de organización de las partes, de modo que las partes (pero no, p. ej., los testigos) están obligados a *asegurar*. Ejemplo (BayObLG, JZ, 1987, pp. 826 ss., con comentario desfavorable de *Otto*, loc. cit., pp. 828 ss., y en parte favorable de *Hillenkampf*, JR, 1988, pp. 301 ss., así como reseña favorable de *Rengier*, JuS, 1989, pp. 802 ss., 805; ampliamente *Seier*, NJW, 1988, pp. 1617 ss., con bibliografía; *vid.* asimismo *infra* 29/69 con nota 140 *a*): Si el demandante alega que necesita para sí la vivienda en el proceso de desahucio relativo a una relación de arrendamiento, necesidad que cesa algún tiempo después de la alegación, debe *asegurar* que el tribunal, en virtud de su demanda, no condene al demandado a desahucio en virtud de necesidad del propietario.

[93] Sumamente controvertido; *de otra opinión*, los autores citados *supra*, 19/nota 90; BGH, 25 pp. 218 ss., ha dejado por decidir la cuestión cuando por todas partes (conductor y víctima) hubo comportamiento correcto. Por lo demás, también el § 142 StGB habla en favor de la valoración jurídica como riesgo especial. Con todo, el marco penal de este precepto apenas cabe armonizarlo con el del § 323 *c* StGB. Faltando el deber de garante —de acuerdo con una doctrina muy difundida, en caso de comportamiento conforme a Derecho, si la víctima se ha comportado incorrectamente—, la garantía de la vida y la integridad física de la víctima tras un accidente de tráfico (§ 323 *c* StGB) es más débil que la garantía de que el responsable cargue con los costes de hospital y enterramiento (§ 142 StGB).

en circulación de productos, como lo pone de manifiesto la responsabilidad por la puesta en peligro del § 1 ProdHaftG [93a].

La conexión de derecho especial y deber de salvación, es decir, la atribución del curso causal peligroso al ámbito de organización del que actuó previamente, pierde obviamente su legitimación cuando la situación de peligro sólo ha surgido porque la víctima por su parte ha ejercido derechos especiales. Ejemplo: El conductor, hacia cuyo coche se acerca tambaleándose una persona embriagada, tiene deber de aseguramiento, pero si ocurre un accidente no es garante de la salvación de ésta si resulta accidentada [94].

Dado que en los riesgos especiales no se trata especialmente de riesgos de acciones, sino de la imputación de esferas de riesgo, es posible el deber de salvación también como consecuencia de la mera responsabilidad por cosas o actividades, es decir, como deber de relación «prolongado». Ejemplo: El dueño de una empresa química, si se produce un escape de una nube de gas venenoso, está obligado a salvar, debido al peligro especial de la actividad, y ello sin tener en cuenta su comportamiento previo en relación con este suceso en especial.

c') De las acciones previas justificadas se deriva un deber de salvación, si acaso, cuando no se puede imputar a la persona puesta en peligro la necesidad de intervención, es decir —con las limitaciones que después se mencionarán—, en el estado de necesidad agresivo [95], pero desde luego no en la legítima defensa [96]. Ejemplo: El atacado, en el marco de la defensa necesaria, apuñala al agresor, que muere de resultas de ello; omisión del deber de socorro del § 323 *c* StGB, pero no delito contra la vida en omisión impropia. Otro tanto cabe afirmar para los delitos permanentes; ejemplo: Quien, en estado de necesidad agresivo, ha encerrado por poco tiempo a una persona, la debe liberar una vez que 43

[93a] También en un caso de responsabilidad por el producto dejó sin responder el BGH, si un comportamiento precedente no contrario a deber podía bastar para fundamentar deberes de salvación, pues entendió que sería suficiente ya una «desaprobación del resultado de puesta en peligro» (NJW, 1990, pp. 2560 ss., 2563). Esta solución es de una amplitud desmesurada; la inclinación al daño que se pone de manifiesto *ex post* en el resultado no indica necesariamente comportamiento «objetivamente contrario a deber» (en tal sentido no obstante el BGH, loc. cit.), sino que el curso causal dañoso puede haber sido *ex ante* objetivamente imprevisible, es decir, una desgracia no imputable.

[94] BGH, 25, pp. 218 ss., 222; *de otra opinión* aquellos autores que consideran obligado a salvar incluso al autor que actuó en situación de legítima defensa; *vid. infra* 19/nota 96.

[95] A este respecto, también algunos partidarios del criterio de la antijuricidad amplían la injerencia, p. ej., *SK-Rudolphi,* § 13, núm. marg. 40 *a*; la necesidad de ampliación viene a demostrar que la sola antijuricidad no constituye el criterio correcto que permita sistematizar; en esto acertadamente, *Herzberg,* JZ, 1986, pp. 986 ss., 988. También cabe cuestionarse la posición de garante de quien se ve favorecido por el hecho amparado en estado de necesidad, ya que a su ámbito de organización afluyen las ventajas de la intervención.

[96] Muy controvertido; como aquí, BGH, 23, pp. 327 s.; BGH, NStZ, 1987, pp. 171 s. (con reseña de *Ranft,* JZ, 1987, pp. 859 ss., 865 s.) y la doctrina dominante; *de otra opinión, Welp,* Vorangegangenes Tun, pp. 266 ss.; *Herzberg,* JuS, 1971, pp. 74 ss.; *el mismo,* Unterlassung, pp. 197 s.; *Ullrich,* Hilfeleistungspflichten, pp. 55 ss.; *Baumann-Weber,* AT, § 18, II, 4 *c*, quienes señalan que al agresor no hay que tratarlo como no pacífico (*friedlos*); sin embargo, la «protección básica» del «pacífico» no se efectúa a través de los delitos de omisión impropia, sino a través del § 323 *c* StGB; este precepto protege también al agresor; *vid. LK-Spendel,* § 32, núm. marg. 333, con bibliografía.

haya cesado la situación de peligro, pero quien comete la detención en legítima defensa sólo responde como cualquiera (§ 323 *c* StGB).

44 *d')* Al que interviene sólo le afecta un deber de salvación prevalente sobre el de la víctima de la intervención si ésta, incluso si se supone su capacidad, ni siquiera estaba obligada por el § 323 *c* StGB a colaborar en la evitación del peligro del estado de necesidad. Sólo en este caso existe para la víctima de la intervención un deber de *soportar* jurídicamente puro (es decir, que no surge sólo fundándose en la situación fáctica). Ejemplo: Quien toma agua del grifo situado en el jardín de su vecino para extinguir un incendio en el cobertizo de la bicicleta de un tercero tiene que cerrar el grifo, para evitar daños en el macizo de flores, aun cuando el propio vecino se encuentre allí mismo. Si, por el contrario, la propia víctima de la intervención, presupuesta su capacidad, está obligada a evitar el peligro del estado de necesidad, el que interviene gestiona también un asunto de ésta, y si acaso debe continuarlo cuando la propia víctima no puede asumir la tarea [96a].

44a *e')* La salvación es objetivamente asunto del que resulta favorecido, es decir, desde la perspectiva jurídica es organización suya. Debido a esta pertenencia de la intervención a su organización, al favorecido le afectan deberes de salvación, y además preferentemente al deber de salvación del que interviene, pues éste no ejecuta más que una organizacion objetivamente ajena [96b]. Ello rige también cuando salvador y víctima de la intervención son la misma persona. Ejemplo: Un motorista, para evitar colisionar con un peatón que temerariamente circula por la calzada, desvía su moto hacia la cuneta, donde cae, necesitando auxilio para evitarle daños ulteriores; el transeúnte debe auxiliar en calidad de garante, dado que el motorista también organizó asuntos de éste. E incluso con preferencia sobre el beneficiado responde quien ocasionó la calamidad que ha de evitarse mediante la acción en estado de necesidad, cuando el ocasionamiento ocurrió al acarrear un riesgo especial.

45 *d)* Siempre que en el curso causal peligroso entre el que actuó previamente y la persona puesta en peligro *medie otro interviniente*, para que responda el que actuó previamente hace falta —como en los deberes de aseguramiento— una conexión especial con el comportamiento del interviniente ulterior. Los fundamentos de esta conexión son los mismos que en los deberes de aseguramiento, pero aquí limitados a los casos de riesgos especiales, sobre todo de descuido de deberes de aseguramiento. Los cuatro fundamentos: 1) participación en el comportamiento del ulterior interviniente (ejemplo: El inductor es garante, como el propio autor) [97]; 2) responsabilidad por cosas peligrosas, siempre que ésta no decaiga por la transmisión al interviniente (ejemplo: Quien custodia deficientemente sustancias explosivas se convierte en obligado a salvar si un tercero las utiliza de modo peligroso, pero no así quien las suministra a la auto-

---

[96a] El problema está aclarado en escasa medida. En tanto que la salvación no sea necesaria para mantener la proporcionalidad requerida en el estado de necesidad agresivo, en todo caso no cabrá fundamentar un deber de salvación *del que interviene*, cuando estaba obligado a la intervención por el § 323 *c* StGB.

[96b] *El beneficiado* estará obligado a salvar también cuando, de omitir la salvación, quede intacta la proporcionalidad; dudoso. Lo mismo se aplicará a aquellas personas que, como garantes, actúan en favor del beneficiado.

[97] Acerca de la participación mediante omisión *vid. infra* 19/101 ss.

ridad competente, que por su parte las utiliza mal); responsabilidad por situaciones peligrosas (ejemplos: Quien bloquea la autovía de modo evitable, habiendo niebla, lo que da lugar a un accidente, debe salvar como garante a aquellos accidentados que se vieron envueltos en el accidente no por propia imprudencia temeraria. Pero quien sale a pasear por el bosque con una persona embriagada, a falta de riesgo especial, no se convierte por ese hecho en garante con respecto a las consecuencias del ataque de un asaltante) [97a]; a este grupo pertenece también el debilitamiento del potencial defensivo de la víctima (ejemplo: Quien sitúa a una persona en una situación de desvalimiento debe cuidar de que otros —sobre todo los coautores que colaboran en producir el desvalimiento— no aprovechen esa situación) [97b]; 3) poder sobre personas que intervienen ulteriormente, siempre que el poder se ejerciese descuidadamente (ejemplo: Por la mala vigilancia, pero no sólo por eso, el padre se convierte en obligado a salvar de las fechorías de su hijo menor de edad); finalmente 4) la repercusión del comportamiento ajeno, siempre que se descuidaran los deberes de aseguramiento relativos a éste (ejemplo: El fabricante de conservas que permite, aunque sólo sea imprudentemente, que su almacenista suministre productos nocivos para la salud, debe retirar los productos para evitar la responsabilidad equivalente a la comisión).

3. *La asunción de deberes, obligaciones y disposiciones a actuar, así como la liberación del primariamente obligado mediante asunción*

a) A quien comienza a asumir un determinado rol, p. ej., como buen sa- **46**
maritano, se le puede sujetar, en determinadas circunstancias, a las expectativas del rol, surgiendo para él un deber jurídico de realizar el comportamiento adecuado a ese rol. Se trata de una confianza cualificada en la constancia de esquemas de comportamiento, es decir, de la responsabilidad en virtud de incumbencia institucional. De modo distinto ocurre en la asunción en sentido estricto [98]: aquí solo la disposición expresa, o declarada concluyentemente, hacia el aseguramiento o la salvación constituye el motivo de que se conduzcan bienes ajenos a un estado en el que el aseguramiento o la salvación son necesarios, o ya no se pueden garantizar de otro modo. El motivo de la responsabilidad por asunción es el mismo que en la injerencia: El autor debe responder

---

[97a] BGH, NStZ, 1983, pp. 454 s.

[97b] En definitiva igualmente BGH, StV, 1982, p. 218; BGH, NStZ, 1985, p. 24; BGH, StV, 1986, pp. 59 s., con comentario de *Arzt*, loc. cit., pp. 337 s.; *de otra opinión, Stree*, Klug-Festschrift, pp. 395 ss., 403.

[98] En general no se distingue entre responsabilidad en virtud de confianza especial y en virtud de asunción; *Schönke-Schröder-Stree*, § 13, núms. margs. 26 ss.; *Stree*, H. Mayer-Festschrift, pp. 145 ss.; *SK-Rudolphi*, § 13, núms. margs. 58 ss.; *LK-Jescheck*, § 13, núms. margs. 26 ss.; no obstante, distinguiendo, *Blei*, H. Mayer-Festschrift, pp. 119 ss., 126 ss.; *Schünemann*, Grund und Grenzen, pp. 342 ss., 348 ss.; *el mismo*, ZStW, 96, pp. 287 ss., 307 s., todos con más bibliografía. Bien es cierto que también en la asunción a menudo se confía en el que asume. Pero esto no tiene por qué ser así, sobre todo puede que, p. ej., el trabajador por turnos sólo quiera librarse de la responsabilidad y no cuente con el cumplimiento reglamentario de las tareas por parte de aquel que lo releva. Así pues, las expectativas hacia el que asume pueden ser cognoscitivamente en el sentido de que no va a realizar lo asumido. Lo cuestionable no es en estos supuestos la fundamentación del deber por asunción, sino la liberación de aquel de quien se asume; al respecto *infra* 29/52.

por las consecuencias de cómo configura su propio ámbito de organización; aquí: por el comportamiento de asunción [99]. En el actuar por otro existen reglas especiales (§ 14 StGB; al respecto, *supra* 21/11), así como en otros casos regulados legalmente [99a].

47 *b)* Por consiguiente, se asume el cumplimiento de una expectativa cognoscitiva (que ha de apreciarse en función de la oportunidad fáctica), no el de una expectativa normativa (garantizada jurídicamente). Ejemplo: Si una vecina asume el cuidado del niño, aun cuando es cognoscible que los padres habrían dejado al niño solo en caso de necesidad, no se convierte en garante por asunción, del mismo modo que tampoco convierte en garante haber eliminado cualquier otra medida de «protección» no eficaz [100]. A la inversa, sí se convierte en garante aquel que asume el auxilio eficaz de parte de una persona que a su vez está obligada únicamente por el § 323 *c* StGB [101], o bien no obligada a ayudar. Del mismo modo, llega a ser garante quien asume las obligaciones de autoprotección [102] de la persona a la que se trata de proteger [103], con tal que sin la asunción quepa esperar medidas de autoprotección eficaces fácticamente.

---

[99] *Vid. Stree*, H. Mayer-Festschrift, pp. 145 ss., 158; *Blei*, H. Mayer-Festschrift, pp. 119 ss., 137 s.; muy críticamente, *Brammsen*, Entstehungsvoraussetzungen, pp. 184 ss., en contradicción evidente con sus asertos en p. 205.

[99a] P. ej., para el encargado de la protección de las aguas; al respecto *Dahs*, NStZ, 1986, pp. 97 ss.

[100] OLG Karlsruhe, JZ, 1960, pp. 178 s., con comentario favorable de *Welzel*, loc. cit., pp. 179 s.; *Stree*, H. Mayer-Festchrift, pp. 135 ss., 155 ss.; *de otra opinión, Blei*, AT, § 87, I, 3 *b*; Herzberg, Unterlassung, pp. 353 s.; *SK-Rudolphi*, § 13, núms. margs. 59 s., pero atendiendo en conjunto a la confianza, al respecto *infra* 29/67 ss.

[101] Si, de entre varios obligados por el § 323 *c* StGB «queda» el cumplimiento en uno de ellos, el deber de éste no aumenta hasta convertirse en posición de garante, pues no asume nada, sino que el deber se da genuinamente en él.

[102] *De otra opinión*, para la responsabilidad por delito en Derecho civil, *P. Ulmer*, JZ, 1969 pp. 163 ss. De acuerdo con lo que aquí se propugna, un médico de urgencias es ya garante en virtud de haber sustituido a cualquier otro auxilio eficaz, aun cuando el que esté dispuesto no se halle regulado legalmente (*vid.* BGH, 7, pp. 211 ss., 212; OLG Hamm, NJW, 1975, pp. 604 s.; *Gallas*, Studien, pp. 83 ss.; *AK-Seelmann*, § 13, núm. marg. 101; *Jescheck*, AT, § 59, IV, 3 *c*; *LK-Jescheck*, § 13, núm. marg. 27; *Blei*, AT, § 87, I, 4 *a; de otra opinión, SK-Rudolphi*, § 13, núm. marg. 61; *Schünemann*, Grund und Grenzen, p. 353; *Ranft*, JZ, 1987, pp. 908 ss., 914): La organización por medio de asociaciones de médicos se realiza para evitar la regulación legal de auxilio eficaz. El médico singular, mediante su encuadramiento en la organización, a su vez «desplaza» el auxilio de otro médico (*Stree*, H. Mayer-Festschrift, pp. 145 ss., 160). Junto a la posición de garante en virtud de asunción se da una posición de garante en virtud de confianza especial que se traspasa, por la vía de la confianza que proporciona garantía, al médico competente (*vid. infra* 29/73). Con respecto a los fundamentos jurídicos de la organización de los servicios de urgencia sanitarios y de los servicios de socorro, *vid. Lippert*, NJW, 1982, pp. 2089 ss.; *el mismo*, MedR, 1984, pp. 41 ss.; acerca del supuesto de catástrofe, *Dönicke*, Aspeckte, pp. 24 ss.

[103] En el caso BGH, 26, pp. 35 ss., no era de esperar el cumplimiento efectivo de la incumbencia de autoprotección, pues la víctima se había puesto sola en camino (*vid.*, pp. 35 s.); así pues, está descartado el deber de garante por asunción (en otro sentido el BGH, loc. cit., p. 39); en contra de la injerencia en un caso así, *vid.* ya *supra* 29/37 con nota 79). En este supuesto en concreto queda pues, a lo sumo responsabilidad por confianza especial (que no obstante no se da en caso de mero embriagarse en el bar). Desde luego, queda el § 323 *c* StGB, y responsabilidad por comisión si se expulsa al borracho, sin causa de justificación, con *vis absoluta*, o se le echa en autoría mediata (la víctima como instrumento de la autolesión).

c) a') El deber de garante comienza con la asunción. Existe asunción 48
cuando el autor no sólo promete una prestación expresa o concluyentemente, sino además cuando da a entender que él, a causa de su promesa, espera y considera adecuado el abandono de otras medidas de protección, lo que en efecto ocurre [104]. Ejemplos: El maestro anima al débil alumno de natación a que pruebe su capacidad donde el agua es profunda; el guía de montaña acompaña, según lo acordado, al turista inexperto por una ruta difícil; el transeúnte ofrece el brazo al invidente para cruzar la calle [105]. La promesa no tiene por qué tener eficacia jurídica, sino que puede tratarse de prometer un favor cuyo cumplimiento no cabe demandar judicialmente; lo relevante no es el vínculo contractual [106], sino la conexión fáctica, de la que hay que responder, entre el ámbito de organización propio y uno ajeno. Por eso, puede ser garante una persona sin plena capacidad negocial (p. ej., la «canguro» de quince años).

Si la conexión con un ámbito de organización ajeno se produce a través de una promesa que está viciada por un defecto del que ha de responder el receptor, no surgirá deber alguno, pues el abandono de la otra posibilidad de pro-

---

[104] Este abandono de los acontecimientos se suele determinar (conectando con *Stree,* H. Mayer-Festschrift, pp. 145 ss., 160, y *Welzel,* Strafrecht, § 28, I, 4, ß, así como *Mezger,* Strafrecht, § 16, IV, 2) en función de cuándo no cabía ya evitar *fácticamente* la puesta en peligro. Lo cual es correcto en la medida en que hasta ese instante puede resurgir la responsabilidad de aquel de quien se asume (al respecto *infra* 29/52); pero no es correcto que quien asuma quede libre en todo caso. Ejemplo: La canguro que se despide sin mediar preaviso ante los padres en el intermedio de la ópera, obliga a éstos a volver a casa inmediatamente, pero ella misma no queda libre de responsabilidad si los padres no cumplen su deber, aunque hubieran podido. El instante de la asunción ha de regirse por cuándo quien cuida primariamente de la protección se ha ajustado a la asunción *en sus actos de disposición,* aunque ello sea reversible. Esta determinación normativa, que atiende al derecho a que se le descargue a uno del cuidado, se reafirma cuando son posibles reajustes de las disposiciones, pero sólo en caso de vulneraciones de intereses jurídicamente trascendentales. Ejemplo: La canguro a la que una médica en servicio de urgencias despide, no puede despedirse sin mediar preaviso sólo porque ésta podría descuidar fácticamente el servicio de urgencias y cuidar de su niño. Presentan dificultades los supuestos de asunción de incumbencias de autoprotección. Así, en un conocido ejemplo, el guía de montaña no responderá cuando, en contra de lo acordado y aunque en el momento del acuerdo estaban disponibles otros guías cualificados, no aparece en el lugar donde se había estipulado, aventurándose los turistas a emprender solos la excursión (*Welzel, Stree,* loc. cit.). La evidencia de este resultado se basa en la suposición de que la autopuesta en peligro deviene entonces sumamente irrazonable. Pero cuando no es ése el caso, p. ej., porque son insignificantes los peligros e importante el interés por la excursión, p. ej., porque se efectúa a fin de realizar urgentes mediciones, no existe motivo para descargar de responsabilidad al guía (por haberle incumbido el auxilio en la excursión) en virtud de la posibilidad fáctica de evitar el peligro. En definitiva, el que asume sólo llega a verse libre mediante un «despido o rescisión» si pierde la capacidad para intervenciones salvadoras antes del momento crítico (del comienzo de la tentativa) y el llamado primariamente a cuidar, dada una posterior confianza (normativa y enteramente contrafáctica), no vela por ningún interés plausible para la esfera de *sus* bienes: La posición de garante del que asume pasa entonces a un segundo plano tras la autolesión; con respecto a la delimitación entre la participación impune en una autolesión y la lesión punible de una víctima que coopera por omisión, *vid. infra* 29/53 ss.

[105] Así pues, en los supuestos de confianza que proporciona garantía (p. ej., la policía, *infra* 29/73), el funcionario singular responde también por asunción: su disposición manifestada a intervenir excluye la intervención de otras personas que podrían hacerlo subsidiariamente.

[106] *Gallas,* Studien, p. 79. *De otra opinión,* en lo que se refiere a que bastaría la sola vinculación contractual, BGH, 5, pp. 187 ss., 190: deber en virtud de contrato de trabajo, de evitar hurtos; BGH, 6, pp. 198 s.: debe poner al corriente sobre la propia insolvencia a la otra parte en el contrato de obra.

tección no cabe imputarla aquí al que promete, sino al que ha manipulado la promesa. Ejemplo: El excursionista, en la cumbre de la montaña, le manifiesta al guía que no puede pagarle y que al contratar sus servicios ya lo sabía; el guía da por rescindido el contrato; no hay posición de garante del guía, sino sólo deberes derivados del § 323 *c* StGB. Tampoco surgen deberes por la asunción del comportamiento antijurídico. Ejemplo: Quien «asume» salvar la moneda falsa de que la decomisen (§§ 150, 74) y destruyan, no se convierte en garante, por constituir encubrimiento lo prometido (§ 258, párrafos 1 y 2, StGB) y por falta de puesta en peligro de intereses jurídicamente protegidos. Tampoco llega a ser garante quien, mediante la asunción, hace posible un delito que da lugar a la necesidad de auxilio, pues la situación de necesidad no deja de ser asunto del que da lugar a ella. Ejemplo: No vincula la promesa al terrorista, dada con anterioridad a un atentado, de asistencia médica si resulta lesionado.

Si, *tras* la asunción, se averigua que la protección que se esperaba en otro caso, y que se abandonó por la asunción, no habría sido eficaz, no obstante permanece el deber del que asumió, pues este deber se rige por la existencia de la expectativa originariamente existente (*ex ante*), y no por su viabilidad *ex post*. Consiguientemente, tampoco se reajusta el deber en perjuicio del que asume si después resulta que las medidas de seguridad originariamente existentes tenían superior eficacia. Así como el que se ve beneficiado pierde la oportunidad de las medidas de seguridad abandonadas, pero por otra parte no soporta ya los riesgos del fracaso de éstas, también recibe la oportunidad de la prestación asumida y soporta el riesgo de que fracase.

49 *b')* La promesa constituye asunción cuando aparta a alguien, no necesariamente al responsable primario, de procurarse otra protección eficaz. Así, el socorrista en la playa es responsable por asunción también de los bañistas que no conocen su existencia; empero, esto es así sólo en la medida en que su vigilancia haya impedido otra protección eficaz desde una perspectiva *ex ante* [107]. La asunción puede limitarse a determinadas medidas de auxilio, p. ej., a controlar un bien y buscar auxilio *ajeno* si el bien llega a encontrarse en una situación arriesgada. En este caso, el que asume no tiene que reemplazar de propia mano el auxilio ajeno, si no puede procurarlo y su esfuerzo no es cualitativamente peor que la protección abandonada a causa de la asunción.

50 *c')* El riesgo a que da lugar el que realiza la promesa debe apartarlo como garante sólo si es de intensidad jurídicamente relevante. Así es posible asumir la reducción de un riesgo aún permitido (p. ej., la instalación de un sistema de frenos ABS en un automóvil, aun cuando éste no forme parte del equipamiento legalmente prescrito) [108], pero no la reducción por debajo del riego existencial general (el segundo médico de cabecera del monarca no es garante si el primero goza de excelentes facultades, pero por causalidad no está disponible).

51 *d)* El deber de garante concluye cuando se ha realizado lo asumido. A menudo se habrá asumido también el preocuparse de proporcionar un «suce-

[107] Controvertido; como aquí, *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1002; *de otra opinión*, *SK-Rudolphi*, 13, núm. marg. 59; *Stree*, H. Mayer-Festschrift, pp. 145 ss., 159; *Schünemann*, Grund und Grenzen, pp. 350 ss.

[108] Así también BGH, 19, pp. 286 ss., 291 s.: encargo a un ingeniero, junto al promotor de la obra, en labores de excavación complicadas desde el punto de vista de la estabilidad.

sor» [109]. Además, la fundamentación de un deber mediante especial confianza, que acompaña a la asunción, puede abrir otro marco de responsabilidad. Pero si falta ésta, no se prolonga el deber. Ejemplo: Quien ha asumido el cometido de sacar a un espeleólogo de la caverna a determinada hora no tiene que esperar en todo caso horas y horas si el espeleólogo —bien sea por indiferencia, distracción o accidente— no aparece en el lugar convenido de la caverna; sólo existiría deber de aguardar si se hubiese asumido también eliminar los riesgos de impuntualidad (naturalmente, siempre queda el § 323 *c* StGB). Sobre todo en caso de asunciones por hacer un favor y asunciones de auxilio en favor de bienes de escaso valor, en general sólo se asumirá una misión estrictamente limitada [110].

d) Por medio de la asunción *a partir de* un garante, éste queda liberado, 52
a no ser que tenga que responder de la cualificación del que asume. Ejemplo: El ingeniero de turno en los altos hornos, a través de su sustituto dispuesto por la dirección de la empresa, queda libre de tener que supervisar el horno. Si el obligado primariamente tiene que responder de la elección de un sucesor cualificado, pero no sólo de la eliminación del peligro, éste queda exonerado por la asunción por parte de persona cualificada, aun cuando éste falle a continuación. Ejemplo: El médico de urgencias que deja al enfermo en manos de un especialista no tiene que estar al quite si el especialista comete errores, pues el médico de urgencias sólo tiene que garantizar la disponibilidad continua de asistencia médica. Sin embargo, quien ha de responder de la propia existencia de un bien (p. ej., los padres con respecto a la salud de sus hijos) o de la propia eliminación de un peligro [111], sólo queda liberado con la reserva de que el que asuma realice reglamentariamente la labor. En caso de riesgos de importancia, puede que la cesión en casos concretos sólo se mantenga en el marco del riesgo permitido si el primariamente obligado controla la ejecución por parte del que ha asumido; así, p. ej., el especialista debe controlar a su médico auxiliar en la realización de trabajos no completamente elementales.

4. *Los deberes en virtud de responsabilidad por organización para impedir autolesiones*

a) Al igual que en la comisión, tampoco en la omisión existe realización 53
del tipo mediante intervención accesoria en una autolesión. No obstante, la propia cooperación con la víctima puede representar lesión a otro. Tal es el caso, en primer lugar, cuando el cooperador que omite es garante *ante* la víctima de

[109] Así, en el caso RG, 17, pp. 260 ss., la asunción del cuidado de una persona achacosa estaba concluida al expirar el período de cuidado *y*, se había instado al municipio a que lo reasumiera; desde luego, podría haber quedado responsabilidad por confianza especial; incorrectamente, OLG Hamm, NJW, 1987, pp. 2245, según el cual de una información veraz, prestada por hacer un favor, se deduciría el deber de mantener al corriente al destinatario sobre los cambios de la situación.

[110] En términos semejantes, *Stree*, H. Mayer-Festschrift, pp. 145 ss., 161; *Jescheck*, AT, § 59, IV, 3; *Kienapfel*, JurBl., 1975, pp. 13 ss., 22.

[111] Por ejemplo, el promotor y el constructor en relación con los peligros de la obra (BGH, 19, pp. 286 ss., 288; OLG Karlsruhe, NJW, 1977, pp. 1930 s.; *Gallas*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, p. 36, 45).

la evitación de su daño; en segundo lugar, cuando se da autoría mediata por omisión, y en tercer lugar, cuando la víctima, sin ser instrumento, no puede consentir con eficacia en el comportamiento lesivo del autor. En los deberes en virtud de responsabilidad institucional —al igual que en los delitos de comisión, *supra* 21/116— se aplican las reglas de los delitos de infracción de deber, que no se atienen a la accesoriedad.

54 *b) a')* La posición de garante que impone al que omite un deber *ante* el que se lesiona, si éste actúa dolosamente sólo tiene sentido en caso de inferioridad del que se lesiona, debido a la ubicuidad de la posibilidad de autolesión. En el ámbito de la autolesión no dolosa el fin de protección llega más allá; el proteger de la autolesión al que se lesiona constituye en ocasiones el fin principal de un deber, sobre todo en los deberes de relación. Así, p. ej., el titular de una actividad tiene que cumplir los preceptos de seguridad en el trabajo aun cuando los trabajadores, imprudentemente, no les den valor alguno. No obstante, los deberes concluyen cuando el que interviene, conociendo la situación de peligro, y sin ser inferior al primariamente obligado en sus capacidades para apreciar las consecuencias, introduce en su ámbito de organización el curso causal dañoso. La continuación de la obligación primaria conduciría en estos casos a un deber de tutela que ya no resultaría compatible con el principio de la propia responsabilidad. Ejemplo [111a]: Bien es verdad que el titular de un vehículo responde de que su conductor no circule con neumáticos desgastados; no obstante, si el conductor utiliza el vehículo a título particular, conociendo el defecto, el deber de aseguramiento del titular sólo existe ya en favor de terceros eventualmente puestos en peligro; pero si el conductor se lesiona al utilizarlo particularmente, como consecuencia del defecto, el titular no responde de esta lesión por los §§ 230, 13 StGB.

55 *b')* La autoría mediata se da en las autolesiones dolosas en aquellos supuestos en que la organización del que omite coloca al que se lesiona en una situación de instrumento cuasi-justificado (*supra* 21/88 ss., 97 ss.). Ejemplos [112]: Quien injustamente determina la prisión de otro mediante falso testimonio evitable en el proceso penal, es garante (injerencia) de que la víctima no se suicide debido a la angustia por la pérdida de libertad (análogamente al § 34 StGB). Se le da heroína a una persona ya no responsable por su dependencia de las drogas y luego, cuando entra en coma, no se le socorre [113].

[111a] *Vid.* OLG Stuttgart, NJW, 1980, pp. 1987 s., con comentario desfavorable de *Henke*, NStZ, 1985, pp. 124 s.: La observancia de preceptos encaminados a evitar accidentes no la tendrá que garantizar el promotor en favor de los trabajadores del constructor, pero sí el constructor en favor de sus trabajadores, y ambos serían garantes en favor de terceras personas; acertadamente.

[112] Bien es verdad que al condenado injustamente o internado injustamente en prisión preventiva le compete un deber especial de soportar (§ 35, párrafo 1, inciso 2, StGB, *supra* 20/14), pero no en relación con aquel que le ha introducido en la situación de necesidad. Lo cual no quiere decir que ya en virtud de la responsabilidad institucional también esté obligado el Estado a preservar a todo recluso del peligro de suicidio (acerca del deber de asistencia y los §§ 56 ss., 101, StVG, *vid. infra* 29/74 s.); y es que frente al culpable el Estado no ejerce —no obstante la falta de alternativa de organización— derecho especial alguno; distinta es la situación frente al condenado injustamente, o injustamente en situación de prisión preventiva, frente a los cuales, *habiendo observado el procedimiento reglamentario,* no tiene alternativa de organización; la renuncia a la persecución penal no sería una organización aceptable del Estado.

[113] Acertadamente ateniéndose a la exclusión de responsabilidad, OLG Stuttgart, NJW, 1981, pp. 182 s.; incorrectamente —si una persona que ha ingerido bebidas alcohólicas, como consecuen-

c') En el último grupo de casos se trata de un comportamiento de omisión 56
que corresponde a la comisión de propia mano en el comportamiento activo: Así como, en estos casos, en el delito de comisión el autor responde si no se da consentimiento que excluya el tipo o justifique, singularmente en el homicidio a ruego, igualmente responde en el ámbito de la omisión; y del mismo modo que en el ámbito de la comisión el autor no responde cuando la víctima transforma, mediante una organización subsiguiente, la aportación del autor en un autodaño (intervención accesoria del autor en la autolesión atípica de la víctima), tampoco en el ámbito de la omisión se da responsabilidad cuando la víctima, tras el comportamiento del autor, organiza ella misma su lesión. Ejemplo: Si la víctima, cansada de la vida, se arroja ante un coche que circula, el autor no está desligado de su deber de garante de tener que frenar, del mismo modo que no podría haber atropellado a la víctima activamente, si ésta se lo hubiera pedido; si no frena, responde por los §§ 216, 13 StGB. Sin embargo, el autor no tiene que ampliar el comportamiento de salvación que le incumbe si la víctima resuelve sustraerse a la salvación: Tal ampliación del deber no cabría fundamentarla como deber en virtud de responsabilidad por organización frente a una víctima que se comporta responsablemente (y como deber por responsabilidad institucional la víctima se habrá desvinculado por su resolución). Ejemplos: Si un cirujano acaba de abrir una arteria vital cuando la víctima le insta a suspender toda posterior actividad de la operación, el cirujano no puede intentar ya la curación, porque lo impide el veto (responsabilidad institucional del médico), pero a pesar de ello está obligado a cerrar la arteria, dado que por el riesgo especial derivado de haber «abierto» es responsable también en virtud de responsabilidad por organización. Sin embargo, no tiene que sujetar al paciente que huya (ni siquiera le está permitido): Tal comportamiento del paciente es organización de su autolesión. Si un acróbata, cansado de la vida, le pide a su pareja que en el próximo salto no lo coja al vuelo, y éste accede al ruego, responde por los §§ 216, 13 StGB, pero no si es el propio suicida quien evita que le coja al vuelo: Superar tal rechazo supondría coacción. Acerca de los casos en los que a la víctima aún le quedan posibilidades de influir, cuando el que omite ya las ha perdido, *vid. supra* 21/56 ss.

C. Los deberes en virtud de responsabilidad institucional

1. *El problema*

Los deberes de aseguramiento y de salvación en virtud de *responsabilidad* 57
por organización, ya tratados, mediante la protección de las expectativas hacia el aseguramiento y la salvación, protegen a la vez —como los delitos de infrac-

---

cia llega a estar desamparada, sería garante el que se las ha proporcionado— BGH, NStZ, 1984, pp. 452 s. (en contra, con buen criterio, la reseña de *Stree*, JuS, 1985, pp. 179 ss., 84, y el comentario de *Fünfsinn*, StV, 1985, pp. 57 ss.); BGH, NStZ, 1985, pp. 319 s., 320 (en lo que se refiere a esto no reproducido en BGH, 33, pp. 66 ss.) (en contra, acertadamente, *Roxin*, NStZ, 1985, pp. 320 s.); también *Landscheidt*, Problematik, pp. 132 ss.; si la entrega del estupefaciente fuera antijurídica frente al receptor responsable (y no sólo en interés de la generalidad), o de cualquier modo ocasionamiento de un riesgo especial, supondría ya un delito de *comisión* (toda transmisión constituiría al menos tentativa acabada de lesiones peligrosas).

ción de deber— relaciones a las que cabe denominar instituciones [114]: la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuencias. También los deberes en virtud de responsabilidad por organización se pueden entender como deberes en virtud de responsabilidad institucional, pero en un sentido inespecífico (al igual que en los supuestos básicos de los delitos de comisión, en casos de contacto entre ámbitos de organización, hay que mantener su separación).

58 De modo distinto ocurre en los deberes en virtud de *responsabilidad institucional* en sentido estricto: Aquí se trata de la conexión de ámbitos vitales, de un mundo que, idealmente, se ha de configurar en parte conjuntamente, es decir, de altruismo —aun cuando no necesariamente desinteresado—. Con ello, los deberes derivados de tales instituciones sólo pueden ser equivalentes a la comisión [114a] si la institución es de la misma importancia básica para la existencia de la sociedad que la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuencias. Por eso sólo se tienen en cuenta las siguientes: la relación paterno-filial y sus sustitutos, el matrimonio, la confianza especial, así como —para los deberes genuinamente estatales— las relaciones estatales de poder, la función «policial» de velar por la seguridad básica y, por último, el velar por la sujeción a la ley de la Administración y de la Administración de Justicia, como principio básico del Estado de Derecho. Se trata, pues, de aquellas formas de relación sociales respecto a las cuales no existe —al menos en general [115]— ninguna alternativa de organización. Estas instituciones básicas —salvo la confianza especial, aun cuando el *venire contra factum proprium* está firmemente enraizado jurídicamente— están positivizadas al menos incipientemente; por eso, confundiendo causa y efecto, los deberes no se suelen «deducir» de la institución, sino de la ley, lo que sin embargo, teniendo en cuenta los numerosos deberes legales que no constituyen deberes de garante, supone una interpretación ciertamente incompleta.

La protección de bienes [116] (más exactamente: la garantía de expectativas que se refieren al mantenimiento de bienes) representa siempre una de entre las diversas funciones de las instituciones respectivas. El cumplimiento de otras funciones está por lo general también jurídicamente asegurado, aunque no penalmente, como por ejemplo [117] en la relación paterno-filial, por medio de la

[114] Se entiende por institución, en el sentido de las Ciencias Sociales, la forma de relación, permanente y jurídicamente reconocida, de una sociedad, que está sustraída a la disposición de la persona individual, y que más bien contribuye a constituir a ésta; *vid. H. Dubiel*, en: *J. Ritter* y *K. Gründer* (eds.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, t. IV, 1976, voz «institución», núm. 5.

[114a] Críticamente acerca de la deducción de deberes institucionales, *Gallas*, Studien, pp. 91 ss.; *Sangenstedt*, Garantenstellung, pp. 254 ss.

[115] La persona en concreto puede que no se case, que no tenga niños, que cuide de su propia seguridad contratando guardaespaldas, etc., pero en general se espera lo contrario.

[116] ¡Es decir, una protección fragmentaria! Desde luego, los límites no cabe deducirlos siempre con exactitud; sobre todo queda por aclarar el aspecto omisivo de la coacción empleando violencia. Si se desarrolla, paralelamente al aspecto comisivo, un aspecto omisivo del concepto «moderno» de violencia (*vid. Schönke-Schröder-Eser*, núms. margs. 6 ss., ante § 234), todo no brindar posibilidades de desarrollo se convierte en coacciones mediante omisión; lo cual tendría efectos sobre la legalidad de la violencia estructural: El modelo, previsiblemente funcional del mejor orden privaría ya de legalidad al orden existente.

[117] Hasta la reforma del Derecho Matrimonial de 1976 (§§ 1564 ss. BGB) se encontraba un aseguramiento de las funciones cotidianas del matrimonio en el Derecho regulador del divorcio, y

educación pública subsidiaria del niño, o, en los deberes genuinamente estatales, por medio del Derecho disciplinario de los funcionarios. La protección jurídico-penal también contribuye al reforzamiento de la institución.

2. *La relación paterno-filial*

El deber de guarda de los padres para con los bienes de sus hijos legítimos 59
pasa por ser el prototipo de los deberes de garante [118]; se suele apoyar en la vinculación «natural» o «personal estrecha» [119], y a veces también en la «ley» [120], mencionándose así sólo aspectos de la institución. El deber se extiende en la medida en que padres e hijos configuran un mundo común, es decir, que en el niño lo abarca todo: Los padres deben alimentar [121] y cuidar [122] a sus hijos, si es necesario buscar asistencia médica, así como evitar los peligros para su vida e integridad, incluidos los peligros de autolesión dolosa o imprudente, e incluso los peligros provenientes del otro cónyuge [123], y además cuidar del patrimonio del hijo. Ejemplo: Si los padres no salvan el cuadro perteneciente al niño de que se estropee por la humedad, responden por daños mediante omisión. Sobre todo tiene importancia práctica el deber de cuidar del patrimonio en relación con la administración desleal (*Untreue*, § 266 StGB).

Estos deberes garantizan tan sólo un estándar mínimo de cuidados, ya que 60
jurídico-penalmente no se puede garantizar la dedicación optima —¿cómo se determinaría?—, sino sólo la dedicación cuya negación es evidentemente defectuosa; ejemplo: Ni siquiera los padres acomodados, so pena de los §§ 223 ss., 211 ss., 13 StGB, tienen que buscar al único especialista en otro continente para hacer curar a su hijo; con mayor importancia práctica: Ni siquiera el examen médico preventivo regular de un lactante pertenecerá al estándar mínimo. Los deberes no tienen por qué cumplirse de propia mano [124]; no obstante, mediante su delegación, los padres sólo se ven libres si el que los asume satisface el estándar mínimo, y en esa medida.

---

ello por medio de las consecuencias más bien gravosas, con vistas al divorcio, en caso de culpabilidad por la destrucción del matrimonio. Después de que el divorcio se haya transformado esencialmente en una rescisión formalizada y para que quepa entender la alternativa de organización también como equivalente, hay que dudar de que la posición de garante derivada del matrimonio equivalga a la comisión.

[118] *De otra opinión*, sólo *Schünemann*, Grund und Grenzen, pp. 342 ss., 357, que requiere el dominio actual sobre el origen del resultado (aquí, sobre el desamparo del niño); pasándose por alto el deber de, con atención, crear el dominio.

[119] *Jescheck*, AT, § 59, IV, 3 *a*; *Schmidhäuser*, AT, 16/42; *Schönke-Schröder-Stree*, § 13, núm. marg. 17.

[120] En tal sentido la doctrina de hace algunos años, *vid. Mezger*, Strafrecht, § 16, IV, 1; todavía *Baumann-Weber*, AT, § 18, II, 4 *a* y *d*.

[121] RG, LZ, 1925, p. 485.

[122] RG, 76, pp. 371 ss., 372 s.

[123] RG, 66, pp. 71 ss., 73 s. (acerca de la referencia del deber al padre extramatrimonial, *vid.* sin embargo *infra* 29/61); BGH, 7, pp. 268 ss., 272.

[124] Dudoso en casos extremos; p. ej., para remediar un peligro de suicidio habrá que exigir dedicación personal, pero no en caso de un niño psíquicamente inestable como dedicación diaria hasta la mayoría de edad.

61 Los deberes, para el padre, se refieren como pronto al momento de la consumación del nacimiento (con la determinación jurídico-civil del § 1 BGB), ya que en este instante da comienzo el cuidado del padre jurídicamente asegurado, ya no el proporcionado por la madre. Así pues, no existen deberes de garante para evitar la interrupción del embarazo, lícita o antijurídica, por parte de la madre [125].

62 Los deberes concluyen al alcanzar el niño la mayoría de edad, dado que a partir de este momento ya no existe responsabilidad jurídica de los padres por el mundo vital del hijo. Naturalmente, pueden proseguir deberes basados en especial confianza (al respecto, *infra* 29/67 ss.). Al padre de un hijo ilegítimo no le afectan estos deberes, ya que él únicamente es responsable del bienestar del niño a través del pago de los alimentos [126]. Lo propio se aplica a los abuelos, si no se les ha transmitido el derecho de guarda o no existe una situación de confianza especial [127].

La posición de garante, que en ocasiones se afirma, de los hermanos, en razón de su parentesco [128], falta por ausencia de comunidad, jurídicamente garantizada, del mundo vital [129]. Al igual que no es cometido jurídicamente asegurado del niño configurar el mundo vital de los padres, tampoco existe posición de garante de los niños con respecto a sus padres por el mero hecho de que desciendan de ellos [130] (el § 1618 *a* BGB afecta a una regulación de Derecho de familia que entraña sobre todo consecuencias relativas al Derecho de alimentos; por lo demás, el precepto es meramente programático).

3. *El matrimonio*

63 También los deberes del matrimonio son deberes derivados de una institución que apunta a la configuración conjunta del mundo vital. Al igual que en la relación paterno-filial se garantiza, una vez más, tan sólo un estándar mínimo. Consiguientemente, el deber de velar por el patrimonio, existente en virtud del matrimonio, no se encuentra dentro del ámbito de los deberes de garante; naturalmente, el cuidado del patrimonio puede asumirse, y en esa me-

---

[125] *Brammsen*, Entstehungsvoraussetzungen, p. 157; controvertido; *de otra opinión*, RG, DStr., 1936, pp. 178 s.; BGH, en *Dallinger*, MDR, 1973, p. 369; *vid.* asimismo *LK-Jescheck*, § 13, núm. marg. 22.

[126] *De otra opinión*, RG, 66, pp. 71 ss.; *Schönke-Schröder-Stree*, § 13, núm. marg. 18.

[127] *De otra opinión*, en parte acumulando el parentesco con más *topoi*, RG, 39, pp. 397 ss., 398; 72, pp. 373 ss., 374; ambos casos se refieren a no haberse evitado la muerte del nieto por parte de la hija *menor de edad* y madre del niño, donde según la concepción que aquí se propugna se daba un deber en virtud de responsabilidad por organización (patria potestad); OGH, 1, pp. 87 ss., 88; *LK-Jescheck*, § 13, núm. marg. 22, y la doctrina dominante.

[128] *LK-Jescheck*, § 13, núm. marg. 22; *Schönke-Schröder-Stree*, § 13, núm. marg. 18; *Brammsen*, Entstehungsvoraussetzungen, p. 160.

[129] De modo totalmente ilimitado, BGH, 13, pp. 162 ss.; posición de garante por afinidad (cuñados).

[130] Discutido; *en otro sentido*, BGH, 19, pp. 167 ss.; *Geilen*, FamRZ, 1964, pp. 385 ss., 391, y la doctrina dominante; como aquí, *Jescheck*, AT, § 59, IV, 34 *a*; *SK-Rudolphi*, § 13, núm. marg. 49; *AK-Seelmann*, § 13, núm. marg. 137; *Nickel*, Problematik, p. 186; *Schünemann*, Grund und Grenzen, pp. 357 s.

dida surgir una relación especial de confianza. Dada la igualdad de derechos de los cónyuges en la configuración del mundo común, contenido del deber nunca puede ser un comportamiento contrario a la voluntad del otro cónyuge responsable. Así pues, no existe el deber de garante consistente en evitar forzosamente las autolesiones dolosas o los delitos [130a] del cónyuge responsable. Pero también falta el deber de evitación por medio de la persuasión o convencimiento del otro: Tal comportamiento entrañaría extensión de la vida matrimonial, y la imposibilidad de imponer coactivamente tal comportamiento pertenece a la estructura de la institución (*vid.* § 888.2 ZPO) [131]. Ello rige también cuando el cónyuge, tras el comportamiento de suicidio, ha perdido la influencia sobre el curso causal hacia la muerte, si de las circunstancias no cabe deducir que ha cambiado de parecer; pues también el deber de garante relativo a ese período de tiempo supondría un deber de extender la vida en común hasta extremos no queridos por el cónyuge, y por eso incompatible con la institución [132] (*vid. infra* 29/nota 1412). En tanto que una resolución de suicidarse constituye una desgracia, porque se deriva de una desgracia psíquica (error, depresión, etc.), y en tanto que al mismo tiempo la desgracia cabe remediarla evitando el suicidio, el cónyuge está obligado como garante a impedir el resultado allí donde a cualquiera le afecta un deber en los términos del § 323 *c* StGB [132a]. Ejemplo: Un comerciante de cereales que ha comprado, invirtiendo todo su patrimonio, la cosecha *en pie*, interpreta mal la noticia, que se le comunica de broma, de que el granizo ha aniquilado la cosecha, y se propone suicidarse; si su mujer entrevé el error, debe sacarle de él, y en caso necesario incluso impedir el resultado.

De este modo, restan deberes de evitar aquellos peligros para la vida, la 64
integridad, la libertad, el honor y otros bienes personalísimos [133] que no han sido queridos responsablemente por el cónyuge [134]. Estos deberes no están sujetos a que se conviva, pues la convivencia *debe* realizarse, y esto basta jurídicamente [135]. Un déficit material puede, desde luego, fundamentar la atenua-

---

[130a] Referencias jurisprudenciales al respecto, *supra* 29/nota 51.

[131] *Vid.* BGH, 7, pp. 268 ss., 272; BGH, NStZ, 1987, p. 406.

[132] Muy controvertido; en definitiva como aquí, *Gallas*, JZ, 1960, pp. 649 ss., 686 ss., 688 s.; *Roxin*, Dreher-Festschrift, pp. 331 ss., 347 ss.; *Dölling*, NJW, 1986, pp. 1011 ss., 1012; *SK-Rudolphi*, § 13, núm. marg. 52; *Schönke-Schröder-Stree*, § 13, núm. marg. 22; *Schönke-Schröder-Eser*, núms. margs. 39 ss., ante § 211. En favor del deber de garante del cónyuge desde que el otro cónyuge comienza a perder la influencia, BGH, 2, pp. 150 ss., 153; también BGH, NStZ, 1984, p. 73; BGH, 32, pp. 367 ss., 373 s. (en favor de aplicar el § 323 *c* StGB a partir de ese momento, BGH, 6, pp. 147 ss.; no obstante, *vid.* también BGH, 7, pp. 268 ss., 272); *Geilen*, JZ, 1974, pp. 145 ss. En favor de extender el deber de garante a la evitación de suicidios, *Herzberg*, ZStW, 91, pp. 557 ss., 567; *el mismo*, JA, 1985, pp. 177 ss.; más bibliografía en *Eser, Roxin*, y *Herzberg*, loc. cit., *supra* 21/56 ss., 99; 29/53 ss. e *infra* 29/nota 141.

[132a] Al respecto, *Bottke*, Suizid, pp. 292 ss.; *Neumann*, JA, 1987, pp. 244 ss., 251 ss.; *Dölling*, MedR, 1987, pp. 6 ss., 10 s. (demasiado amplio definir cualquier suicidio como desgracia si se da un «hecho pasional desesperado en situación de crisis»); el que impedir el suicidio vaya a remediar en absoluto la desgracia apenas se lo cuestiona la doctrina.

[133] Con respectos a la extensión al patrimonio en los supuestos en los que éste tenga una importancia existencial, *vid. Schmidhäuser*, AT, 16/44.

[134] Las actuaciones necesarias para cumplir los deberes serán casi siempre prestaciones de servicio, pero no las derivadas de un contrato de prestación de servicios, *vid.* § 888.2 ZPO.

[135] *LK-Jescheck*, § 13, núm. marg. 23; *Geilen*, FamRZ, 1961, pp. 147 ss., 148 s.; Schönke-Schröder-Stree, § 13, núm. marg. 19; *de otra opinión*, SK-Rudolphi, § 13, núm. marg. 51; Schünemann, Grund und Grenzen, pp. 355 ss.

ción de la pena (*infra* 29/125). Los deberes no existen únicamente con respecto a los peligros que sólo se pueden evitar planificadamente mediante el vínculo matrimonial, pues la institución no tiene la función de maximizar bienes, sino de fundamentar la comunidad. Ejemplo: Un cónyuge está obligado a auxiliar al otro también si se lo encuentra por casualidad en un estado en que necesita ayuda.

65 No existe posición de garante a partir de la promesa de matrimonio [136], dado que esta institución sirve también para probar si el vínculo de los prometidos es lo suficientemente fuerte como para construir una vida en común. Por eso, el vínculo jurídico no debe ser más fuerte que lo interno (afecto) de los prometidos es en realidad; dicho de otro modo, la promesa es revocable con efectos inmediatos incluso en el momento más inoportuno, es decir, cuando el auxilio hace falta al instante.

4. *Las relaciones sustitutivas*

66 Para la relación paterno-filial hay relaciones supletorias jurídicamente reconocidas, a saber: la adopción y la tutela. Con respecto a ellas, rige análogamente lo señalado más arriba, al igual que en relación con la tutela de mayores de edad. No existe una relación jurídicamente reconocida que sustituya al matrimonio, de modo que ninguna de las relaciones *de facto* más o menos parecidas al matrimonio crea deberes *per se* [137], sino a lo sumo mediante la confianza especial, en cuya fundamentación la semejanza con el matrimonio, sin embargo, no desempeña función alguna. Así pues, en contra de la argumentación común, a las parejas estables de homosexuales no les afectan «al menos» los deberes de los cónyuges [138]; pues la confianza, existente fácticamente, en la evitación de peligros, no es posible fundamentarla jurídicamente; si los grupos de intimidad extramatrimoniales estuviesen asegurados por medio de deberes de garante, quedaría destruido el monopolio del matrimonio.

---

[136] *Geilen*, FamRZ, 1961, pp. 147 ss., 155; *de otra opinión* (pero acumulando la promesa de matrimonio con otros *topoi*), BGH, JR, 1955, pp. 104 s.; *Heinitz*, JR, 1955, pp. 105 s.; *Brammsen*, Entstehungsvorraussetzungen, pp. 165 ss.

[137] *De otra opinión*, *SK-Rudolphi*, § 13, núm. marg. 51; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 46, núms. margs. 89 ss.; *Brammsen*, Entstehungsvoraussetzungen, pp. 168 ss.; dubitativo, *LK-Jescheck*, § 13, núm. marg. 25; como aquí, ampliamente, *Geilen*, FamRZ, 1061, pp. 147 ss., 149 ss.; *Konrad*, Probleme, pp. 74 ss., 86 ss.; *Schönke-Schröder-Stree*, § 13, núm. marg. 17; asimismo *Baumann-Weber*, AT, § 18, II, 4 *d*.

[138] En tal sentido, sin embargo, AG Duisburg MDR, 1971, p. 1027 (al respecto, desfavorablemente, *Doering*, MDR, 1972, pp. 664 s.); *Rudolphi*, NStZ, 1984, pp. 149 ss., 153 (no obstante, ateniéndose de hecho a la asunción y a la confianza especial); *SK-Rudolphi*, § 13, núm. marg. 51; *Dreher-Tröndle*, § 13, núm. marg. 10; *Landscheidt*, Problematik, pp. 150 ss.; *Brammsen*, Entstehungsvorauszetzungen, pp. 168 ss.

5. *La confianza especial*

a) En el deber de garante que surge en virtud de responsabilidad por or- 67
ganización, mediante asunción (*supra* 29/46 ss.), el fundamento de responsabilidad es la causación imputable de un peligro. Sin embargo, hay un comportamiento creador de confianza que vincula con intensidad equivalente a la comisión, incluso si no tiene efectos negativos directos (injerencia) o indirectos (asunción) en la existencia de bienes, sino que sólo mejora la situación de los bienes. Esta confianza se dirige a que otras personas, en los contactos sociales, no se comporten contradictoriamente sin motivo plausible, es decir, que, principalmente, definiciones de ciertas situaciones que dichas personas reclaman a su favor, también tengan efectos en contra suya.

Contenido de la confianza especial no puede ser cualquier auxilio factible, sino sólo el auxilio que acarreará previsiblemente un efecto adecuado, aun cuando ya no se encuentre dentro del estándar general. Si un contrato eficaz se dirige a la realización de una prestación inadecuada, tal eficacia carece de trascendencia jurídico-penal, pues el comportamiento punible no se puede determinar, mediante la libertad de contratación, aislándolo de las valoraciones jurídicas y sociales. Lo cual tiene importancia práctica en relación con los deberes de garante de los médicos; para la prolongación de la vida, en un tratamiento intensivo, no tienen que emprender todas las manipulaciones que prolonguen la vida por unos pocos minutos, a no ser que excepcionalmente exista un interés especial en tan reducido período [139]. Tampoco es el médico garante de que se le administren a un paciente medicamentos o técnicas curativas cuya probabilidad de surtir efectos no está reconocida médicamente [140], aun cuando después se revelen eficaces. *Vid.* ya *supra* acerca de la imputación objetiva 7/64.

b) Los presupuestos de la confianza especial son distintos, según que *a')* 68
se trate de la *creación* de una relación de garantía mediante confianza (confianza que genera garantía), o bien *b')* del *cumplimiento* de una relación de garantía ya existente que se gobierna a través de una organización (confianza que proporciona garantía).

a') En la *confianza que genera garantía* quien es objeto de la confianza 69
debe introducirse, por su parte, en una relación que le atribuye la responsabilidad por el aseguramiento de un bien, o el combatir un peligro [140a].

— Tal es el caso, en primer lugar, cuando el sujeto no sólo promete auxi- 70
lio, sino que además, antes de la situación actual de necesidad, introduce el bien puesto en peligro, o el peligro contra el que hay que luchar, en su ámbito de organización, definido en cuanto al espacio y al objeto, o asume la dirección de un ámbito de organización ajeno en el que están situados el bien o el peli-

---

[139] *Jakobs,* ZStW, 91, pp. 637 ss., 638 s.

[140] *Vid. Samson,* NJW, 1978, pp. 1182 ss., 1185; *Jakobs,* loc. cit., p. 655.

[140a] La jurisprudencia, en caso de relación contractual, también deriva deberes de garante de la «buena fe» (*Treu und Glauben*) (RG, 70, pp. 152 ss., 155 s.; BGH, 6, pp. 198 s.; BayObLG, NJW, 1987, pp. 1654 ss., 1655); esta fuente, con visos de injerencia, asunción y confianza especial, no obstante, es demasiado inespecífica como para crear deberes con la necesaria concreción: Al infringirlos, se trata de mero incumplimiento contractual. *Vid.* asimismo *supra* 29/nota 92 *a.*

gro. Los planes de auxilio exteriorizados, pero no precisados, decaen, pues, al igual que las dedicaciones meramente contractuales (la responsabilidad por la prestación a la víctima no es responsabilidad por el resultado de los actos de organización que han de realizarse con la prestación) y las prestaciones, en las que, con arreglo al § 323 *c* StGB, consiste un deber (este deber surge sin que el salvador se tenga que introducir en la responsabilidad). Al igual que en la asunción, el introducirse en una posición de garante puede fundamentar posición de garante incluso en ausencia de un contrato eficaz. Los deberes de impedir autolesiones dolosas de personas responsables no surgen de esta especial confianza, en particular no para médicos [141].

[141] Según BGH, 32, pp. 367 ss., 373 s., si bien los garantes («los cónyuges o médico que está tratando») quedarían impunes en tanto que no obstaculizan a quien se está matando «*con dominio del hecho*», e incluso le apoyan (así también BGH, NStZ, 1983, pp. 117 s., al respecto, *Ranft*, JZ, 1987, pp. 908 ss., 911; BGH, NStZ, 1987, pp. 406 s.) sin embargo responderían como autores por omisión, si no evitan el resultado en un momento en que la víctima ha perdido el dominio sobre los acontecimientos. Fundamento del deber de evitar el resultado sería, en el médico, «la relación médico-paciente que surge por la asunción del tratamiento médico», a la cual «antes de la cesión del dominio del hecho» se ha superpuesto la decisión del legislador de dejar impune el auxilio a un suicida que actúa libre y responsablemente (se quiere decir: la participación en un suicidio)». No cabe mantener ni la fundamentación ni el resultado: ¿Cómo van a poder surgir deberes del médico, *contra la voluntad del paciente*, a partir de una relación de tratamiento que el *paciente puede rescindir sin alegación de causa en cualquier momento*, y limitada en su contenido (no se confió la vigilancia de decisiones suicidas)? Se podría argumentar que, conforme enseña la experiencia, la motivación para suicidarse surge de razones pasajeras, de modo que la salvación solamente deja de responder a la voluntad también pasajera del paciente. Si los motivos se basan realmente en error o en depresiones pasajeras, etc. (en el caso BGH, 32, pp. 367 ss., nada parecía indicarlo), el conato de suicidio es una desgracia o accidente. Para cualquiera es de aplicación entonces el § 323 *c* StGB, y específicamente para los garantes los delitos contra la vida en conexión con el § 13 StGB, aun cuando la víctima sea imputable (*supra* 29/63; desde la perspectiva psiquiátrica, *Meyer*, MedR, 1985, pp. 210 ss.). En tales casos no puede fundamentarse que el deber comience cuando la víctima ha perdido el dominio. En todo caso, es inadmisible presumir como algo cierto en la víctima el carácter pasajero de la voluntad de quitarse la vida tan sólo porque podría ser así. Siempre que la víctima manifieste de modo responsable que quiere morir, el riesgo de error va en perjuicio suyo. Evitar el suicidio a costa de prescindir de la propia resposabilidad de la persona no supone ventaja alguna. Por lo que concierne a los conatos de suicidio mediante los que la víctima pretende reclamar que se la atienda, no es posible fundamentar cómo es que la víctima, con tal comportamiento, va a poder *imponer*, a otras personas deberes sancionados *jurídico-penalmente* (totalmente *de otra opinión, Herzberg*, JA, 1985, pp. 265 ss.). Como BGH, 32, pp. 367 ss., ya antes BGH, JR, 1979, pp. 429, con comentario acertadamente crítico de *Hirsch*, loc. cit., pp. 429 ss.; BayObLG, JZ, 1973, pp. 329 s., con comentario en esto favorable de *Geilen*, loc. cit., pp. 320 ss. En cuanto al planteamiento, como BGH, 32, pp. 367 ss., *Herzberg*, JZ, 1985, pp. 177 ss., 184 s. Críticamente sobre BGH, 32, pp. 367 ss., *Schmitt*, JZ, 1984, pp. 866 ss. (*vid.* también *el mismo*, JZ, 1985, pp. 365 ss., 367 s.); *Sowada*, Jura, 1985, pp. 75 ss. (quien en pp. 82 ss. senala que no puede atenderse al instante en que se produce la pérdida de la consciencia); *Gropp*, NStZ, 1985 pp. 97 ss.; *Eser*, MedR, 1985, pp. 6 ss.; *Schultz*, JuS, 1985, pp. 270 ss.; *Kutzer*, MDR, 1985, pp. 710 ss. (con acertadas consideraciones relativas a la negativa del paciente a ser tratado, p. 712, pero desacertadas excepciones para los candidatos a suicidas, pp. 712 s.); *Ranft*, JZ, 1987, pp. 908 ss., 911 ss.; *Schönke-Schröder-Eser*, núm. marg. 42 s., ante § 211.

El deber de garante tampoco se le puede otorgar al paciente suicida por el hecho de que un tercero mueva al médico a que asuma su actividad; *de otra opinión, Bringewat*, JW, 1973, pp. 540 ss., 543 s.; *Schönke-Schröder-Eser*, núm. marg. 46, ante § 211.

Si, no obstante, el médico trata al paciente, pero incorrectamente por imprudencia, ello sólo es típico con respecto a nuevas lesiones (§§ 222, 230), pero no con respecto a la no curación de las anteriores.

El espectro abarca desde la acogida de personas necesitadas de cuidado, para prestárselos, en el propio hogar, en un hospital o en una residencia de ancianos, hasta la administración del patrimonio ajeno o la gestión de negocios ajenos (como empleado, funcionario, etc.). No surge obligación cuando el salvador, sólo en caso necesario, emprende el auxilio. Dado que más bien el auxilio en la situación de necesidad es el objeto de la confianza especial, el obligado tiene que realizar su promesa *antes de* la situación de necesidad y ejecutar actos de organización para el supuesto venidero de la situación de necesidad. Naturalmente, en caso de peligros recurrentes del mismo género, durante una fase de necesidad se puede garantizar el auxilio en la próxima fase. Ejemplos: Un médico —al margen de la indisponibilidad de otros médicos— se convierte en garante [142], en virtud de confianza especial, al asumir un caso, pues su promesa se dirige a querer tratar al menos a las personas que él asume, y la actividad de su consulta es una organización para los pacientes futuros. Pero el vecino que traslada al hospital a quien ha enfermado repentinamente es a lo sumo garante mediante asunción si, precisamente debido a su disposición, no se han utilizado otras posibilidades eficaces de transporte [143].

La jurisprudencia ha fundamentado en multitud de ocasiones una posición de garante derivada de la convivencia en la misma vivienda (en el sentido de familia extensa, incluido el personal de servicio) con la persona en peligro. La convivencia puede obligar en casos concretos, mediante asunción [144], a aquellos auxilios que también se alcanzarían sin esfuerzo en otras comunidades, o incluso en algo tan neutro como un hotel; sin embargo, sólo proporciona fundamento para la responsabilidad mediante confianza especial cuando se promete el auxilio y se llevan a cabo preparativos para éste. La convivencia *per se* no constituye una institución elemental jurídicamente garantizada y por eso tampoco fundamento propio de deberes de garante. Ejemplo: Al hermano al que, aun no siendo el heredero rural único, se le tolera en la explotación agra-

---

A la tentativa de quitarse la vida que no acarreará la muerte sigue la voluntad presunta del paciente en el sentido de que le curen; aquí se convierte (y no es que lo siga siendo; en relación con *este* curso causal dañoso aún no se había fundado relación médico-paciente alguna) el médico en garante.

[142] RG, 74, pp. 350 ss., 354; BayObLG, JZ, 1973, pp. 3108 ss.; BGH, NJW, 1979, pp. 1248 ss., 1249 s. Si sólo se recurre parcialmente al médico, éste se convierte en garante tan sólo parcialmente, lo cual es válido no solamente en caso de diversas enfermedades simultáneas, sino también en caso de que se recurra a él limitadamente para medidas singulares de curación; ejemplo: Si el lesionado no acepta transfusión de sangre, el médico tampoco tiene que garantizarla; BGH, NStZ, 1983, pp. 313 s., con comentario desfavorable de *Lilie*, loc. cit., pp. 314 s., y *Kreuzer*, JR, 1984, pp. 294 ss. La sentencia mantiene desde luego una negativa a que se trate, aun cuando se efectúe conociendo el alcance para una desgracia en el sentido del § 323 *c* StGB; así esencialmente también *Dölling*, NJW, 1986, pp. 1011 ss., 1012 ss.; pero quien define la discrecionalidad de una persona como desgracia de ésta incurre en paternalismo con respecto a esa persona; acertadamente, *Ulrich*, MedR, 1983, pp. 137 ss.; *vid.* asimismo *Geiger*, JZ, 1983, pp. 153 s.

[143] RG, 69, pp. 321 ss.; 73, pp. 389 ss.; 74, pp. 309 ss., 311; igualmente *Maurach-Gössel*, AT, II, § 46, núm. marg. 91; *Jescheck*, AT, § 59, IV, 3 *b*; amplia bibliografía en *Landscheidt*, Problematik, pp. 142 ss.; *Brammsen*, Entstehungsvoraussetzungen, pp. 178 ss.

[144] Atendiendo tanto a la asunción como a la confianza especial (y distintos *topoi*): *Rudolphi*, NStZ, 1984, pp. 149 ss., 151 ss.; *SK-Rudolphi*, § 13, núm. marg. 56; *Schmidhäuser*, AT, 16/46; poco claro aún BGH, NJW, p. 2390; acertadamente ahora BGH, NStZ, pp. 163 s.: La sola «convivencia de hecho» no da lugar a un «deber de actuar»; BGH, NJW, 1987, pp 850 s.; *vid.* también *Ranft*, JZ, 1987, pp. 908 ss., 909.

ria, no le tiene que ayudar el titular de ésta ya debido al hecho de convivir [145]. Acerca de la responsabilidad por la organización, relativa a viviendas, *vid. supra* 29/37 s.

71 — Además, surge confianza especial que da lugar a garantía en la unión de ámbitos de organización, previa a la situación de necesidad, para el auxilio mutuo (*comunidades de peligro*). Si varias personas realizan una actividad peligrosa, habiendo acordado auxilio mutuo en caso de necesidad, también está obligado —a diferencia de lo que ocurre en la asunción— a ayudar, debido a su participación, aquel participante en la empresa sin el cual ésta, en su caso, también se habría llevado a cabo [146]. Fundamento de la responsabilidad es una vez más la responsabilidad puesta en práctica. Si la comunidad sirve a fines delictivos, el Derecho no garantiza la constancia de los roles. Ejemplo: Los terroristas, en caso de acciones comunes arriesgadas, no son garantes de auxilio recírproco si resultan lesionados.

Un supuesto especial de estas comunidades de peligro es la comunidad de vida para la evitación de riesgos vitales. Como ejemplo puede servir la simbiosis del proverbio entre el inválido vidente y el invidente que puede andar. La evitación de peligros tiene que ser el contenido, puesto en práctica, de la comunidad, lo que sólo cabe apreciarlo en la asociación de personas que se ven afectadas por riesgos superiores a los normales de la vida. No decide el carácter íntimo de la comunidad, sino la superación común, puesta en práctica, de peligros [147]. Por este criterio se rige también que el deber en su caso tenga por contenido la asistencia personal o bien sólo procurar el auxilio de terceros. Ejemplos: Quien en una comunidad de vida por confianza especial está obligado a comprobar cada hora si se encuentra bien una persona achacosa y, en caso de necesidad, buscar ayuda, no está ya por ello obligado también, so pena de delito de lesiones, a asear a la persona que se encuentra sucia o a alimentarla, si está hambrienta.

72 — Por último, surge confianza que da lugar a garantía frente al titular de aquellas organizaciones que sustituyen a la protección elemental estatal (*infra* 29/76), en la medida en que la sustitución además se ponga en práctica: bomberos voluntarios, hospitales privados (o de la Iglesia), pero fáctico-públicos, servicios de guardia médicos no organizados por el Derecho público (*vid.* asimismo 29/nota 102), vigilancia de bañistas en aguas de acceso general, etc. Quedan descartadas las organizaciones con funciones de protección menos elementales. Ejemplo: Los bomberos voluntarios locales también deben extinguir el fuego de la casa del avaro que nunca ha consentido en donar nada a los voluntarios, pero el único empresario de grúa disponible no tiene que sacar de la cu-

---

[145] La suma de todas las posiciones *semejantes* a la de garante que se quiera no da lugar a una posición de garante, así como la suma de varios tipos de la Parte Especial no realizados completamente no da lugar a un tipo realizado por completo: Un *hermano*, que es «*cabeza*» de la familia (*comunidad de vida*) y además *tiene el monopolio* de evitar el daño, no obstante no se convierte en garante.

[146] *Schönke-Schröder-Stree*, § 13, núm. marg. 24; *SK-Rudolhi*, § 13, núm. marg. 55; *Jescheck*, AT. § 59, II, 3 *b*; *Schünemann*, Grund und Grenzen, p. 355. En los peligros de empresas antijuridicas son válidas las consideraciones expuestas *supra* con respecto a la asunción 29/48; *vid.* asimismo *Bärwinkel*, Struktur, p. 117.

[147] Acerca de las posturas discrepantes, *vid. supra* 29/66.

neta al coche de su enemigo acérrimo, mereciendo de lo contrario la pena del delito de coacciones. No existe un deber de mantener la organización; de todos modos, el deshacerla debe llevarse a cabo desmontando la confianza especial y no interrumpiéndola súbitamente; así pues, jurídicamente eficaz sólo es la retirada de la promesa de auxilio *antes de* la situación de necesidad.

b') En la *confianza que proporciona garantía* existe ya un deber de garante e importa sólo a quién se dirige dentro de la organización [148] que gestiona la relación de garantía. En lugar de la vinculación obligado-comportamiento de auxilio, que decide sobre la confianza que genera garantía, aquí se sitúa la vinculación obligado-organización, pues la vinculación organización-comportamiento de auxilio ya existe previamente. Está obligado quien se deja integrar en la organización, es decir, quien se incorpora a la posición (no necesariamente al servicio concreto) del que, según el plan del servicio, es propio el comportamiento de auxilio. Ejemplo: El hecho de que en un gran hospital, por la noche, tiene que estar disponible un médico de guardia como garante, es consecuencia de la actividad de un hospital de tales características (vinculación organización-comportamiento de auxilio); pero quién sea responsable (vinculación obligado-organización) no se rige por quién se haya ocupado previamente de los pacientes, etc., sino por el plan del servicio. 73

A diferencia de lo que ocurre en el deber de garante por asunción, pero al igual que en el deber de garante derivado de confianza fundamentadora de garantía, no importa si mediante la entrada en funciones en la posición se anula otra posibilidad de protección, pues las expectativas dirigidas al obligado se rigen por su posición, sin tener en cuenta las condiciones aleatorias existentes en el momento de asumir la función. Ejemplo: También le afecta un deber de garante a aquel médico de guardia en el hospital cuyo precursor no era sino un charlatán no cualificado, y que se ha presentado él solo para ocupar la plaza.

La confianza que proporciona garantía tiene importancia práctica sobre todo en los ámbitos de la responsabilidad por organización referida a organizaciones estatales (*supra* 29/29 ss.) y a la protección estatal elemental (*infra* 29/76), y dirige los deberes genuinamente estatales al funcionario competente en concreto a través de (o a) la persona, responsable en concreto de la organización, que actúa en lugar del Estado. También hay delegaciones al cuidadano, a quien se emplea así como funcionario *ad hoc*, p. ej., en la transferencia al ciudadano colindante del deber de retirar la nieve, en caso de helada (*vid.* p. ej., el art. 51.5 de la Ley de vías públicas bávara) o en la transferencia de deberes de cooperación en la búsqueda judicial de la verdad, a los testigos.

---

[148] La fundamentación del deber en una organización (que no responde de por sí jurídico-penalmente, *supra* 7/43 ss.) no sólo puede efectuarse en virtud de responsabilidad institucional (confianza especial para con la organización), sino también en virtud de responsabilidad por organización, y esto incluso cuando las personas físicas que actúan no son responsables *per se*. Así, p. ej., en caso de comportamiento de injerencia de un médico internista, está obligada la organización hospitalaria a impedir los daños, pudiendo en su caso un médico de otro departamento emprender la acción de aseguramiento o salvación si el primer médico es incapaz de ello (es decir, cuando éste no omite ya típicamente).

6. *Los deberes genuinamente estatales* [149]

a) Relaciones estatales de poder

74 *a')* El poder de organización sólo da lugar *per se* a deberes de garante en la medida en que la organización empeore las condiciones de existencia del bien. En relaciones de poder estatal (p. ej., escolarización obligatoria, servicio militar, prisión) no hay alternativas de organización. Por eso, quedan en parte oscurecidos los efectos de la organización sobre la integridad de los bienes del sometido, y constituye asunto de éste ajustarse a la relación de poder. De otro modo, no sería viable la organización. Ejemplo: Si un horticultor autónomo debe cumplir una pena privativa de libertad, es asunto suyo el cuidar de que queden atendidos sus cultivos; si se echan a perder, no responde el Estado por los §§ 303, 13 StGB. En tanto que el sometimiento al poder constituya un sacrificio especial, surge para el Estado un deber de resarcimiento, como ocurre sobre todo con arreglo a la Ley de resarcimiento por medidas de persecución penal [150]; este deber no es deber de garante en el sentido del § 13 StGB, sino deber de prestar una indemnización por los daños infligidos a través de comportamiento lícito.

Sólo cuando se trata de efectos que no dependen de la organización de la integridad de los bienes del supeditado, sino que afectan a cualquiera, la relación de poder se corresponde con un deber de cuidar como deber de garante, y ello siempre para el auxilio en accidentes ocurridos durante el período de ejercicio del poder, y en las relaciones de poder amplias, además el deber de alimentar, vestir, etc. Este deber va más allá de la asistencia estatal elemental (*infra* 29/76) y no se limita a medidas que el subordinado, de estar en completa libertad, organizaría por sí mismo. Ejemplo: Hay que velar por que un recluso esté libre de piojos, con independencia del peligro de contagio, es decir, de la asistencia hacia otras personas, aun cuando él en libertad no se los quite.

75 *b')* Los límites del deber de asistencia son muy dudosos en algunos casos, sobre todo cuando se refieren al tratamiento de defectos ya preexistentes (¿deber de garante de curarle la dentadura a un recluso que la ha descuidado durante decenios?). Los deberes legales de los §§ 56 ss. StVollzG no son en todos los casos deberes de garante.

---

[149] La denominación como deberes del Estado, es decir, de una persona jurídica, es por una parte una abreviación de un abanico de deberes que afectan a las *personas físicas* que actúan para el Estado, o incluso para los municipios —por lo general— a través de confianza especial que proporciona garantía. P. ej., en el caso del deber del Estado de mantener la salud del recluso, se trata de muy diversos deberes de organización de las personas que pertenecen al Gobierno o a la institución penitenciaria, de deberes de emprender concretas medidas médicas que incumben al médico de la institución, de deberes de auxilio que incumben al personal, etc. No obstante, por otra parte se trata también de deberes de la propia persona jurídica; sobre todo, el contenido de las expectativas se determina genuinamente en función de qué es lo que la persona jurídica puede organizar en general, no de aquello de lo que son capaces en el caso concreto las personas físicas; *vid.* asimismo *supra* 29/73 con nota 148; así pues, los deberes derivados de la función son a lo sumo (!) deberes de garante cuando el Estado puede realizar en general su cumplimiento, y no ya cuando los puede cumplir el funcionario.

[150] De 8 de marzo de 1971, BGBl., I, 157.

No existe deber de garante para evitar las autolesiones dolosas de una persona responsable sometida a una relación de poder, ni siquiera cuando la sumisión constituye el fundamento de la autolesión (sobre todo del suicidio). La responsabilidad del que se lesiona no desaparece ya por la privación de libertad, ni siquiera en las personas inocentes detenidas (§ 35, párrafo 1, inciso 2, StGB, con mayor precisión *supra* 20/14). El § 101, párrafo 1, incisos 1 y 2, StVollzG no establece deber de garante alguno en favor de la vida y la integridad del recluso, sino en favor del orden en el cumplimiento de la condena [151] (lo que sin embargo no quiere decir que en caso de perturbación de la organización conectada a una resolución de autolesionarse, como p. ej., con una huelga de hambre, su evitación constituya siempre la reacción adecuada). No obstante, existe un deber de salvación que puede fundamentarse a partir del poder de organización cuando el sometido al poder cambia de parecer tras un intento peligroso de suicidio, sobre todo cuando con el intento peligroso de suicidio se han consumido los impulsos autoagresivos.

b) Fines estatales

a') El Estado se define a través de aquellas prestaciones que ha de llevar 76
a cabo irrenunciablemente: *previsión social elemental, seguridad exterior e interior* y los *principios básicos del Estado de Derecho*. Al igual que se garantiza la estructura de las instituciones sociales elementales no estatales (*supra* 29/57, de 59 a 73), también necesitan garantía las instituciones estatales elementales: De lo contrario, el Estado no tendría estructura alguna, no pudiendo contribuir en nada a realizar el aseguramiento de las expectativas [152]. No están garantizadas todas las funciones estatales, ni siquiera todas aquellas con respecto a las cuales existe una pretensión jurídica (al igual que tampoco todo contrato fundamenta confianza especial), sino sólo las irrenunciables [153]. Irrenunciables

[151] Muy controvertido; esta solución es dudosa si se considera aisladamente tanto para el preso preventivo materialmente inocente como para los numerosos casos de voluntad suicida seria, pero superable con el tiempo, de acuerdo con la experiencia; sólo cabe justificarla como supuesto extremo de propia responsabilidad. En definitiva como aquí, *Schönke-Schröder-Eser*, núm. marg. 45, ante § 211; *Wagner*, Selbstmord, pp. 141 s., 153; *Bemmann*, Klug-Festchrift, pp. 563 ss., 568 s.; *Ostendorf*, Hungerstreik, pp. 161 ss.; *el mismo*, GA, 1984, pp. 308 ss., 320 s.; distinguiendo, *Bottke*, Suizid, pp. 209 ss.; distinguiendo entre «suicidio tras haber hecho balance de la vida» (*Bilanzsuizid*) y —¿cómo determinarlo?— «suicidio ambivalente», *Kühne*, NJW, 1975, pp. 671 ss.: en contra de cualquier deber de alimentación forzosa, con argumentos atendibles, *Tröndle*, Kleinknecht-Festschrift, pp. 411 ss., 416 ss. *De otra opinión*, OLG Koblenz, NJW, 1977, pp. 1461 ss., 1462 s.; *Nöldeke* y *Weichbrodt*, NStZ, 1981, pp. 281 ss.; ampliamente, *Herzberg*, ZStW, 91, pp. 557 ss.; también *Geppert*, Jura, 1982, pp. 177 ss., 185; todos con bibliografía.

[152] *Vid.* al respecto también *supra* 29/nota 53 relativa a *Gallas*.

[153] Los deberes derivados de cargo, antes considerados centrales, han ido dejando de atraer la atención; al respecto, críticamente, *Schünemann*, Grund und Grenzen, pp. 362 s.; sin embargo, *vid. Böhm*, Rechtspflicht, pp. 70 ss.; *Schmidhäuser*, AT, 16/61; *Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen, pp. 204 ss., 208 ss. y *passim; Hüwels*, Gesetzesvollzug, pp. 145 ss. Recientemente se encuentran amplios intentos de concreción, sin que no obstante se haya alcanzado unanimidad en cuanto a los principios.

Schultz Amtswalterunterlassen, liga la posición de garante del funcionario a dos condiciones: Por una parte, sólo bastaría un deber de cumplimiento definitivo (no sólo de preparación) de la función estatal (pp. 80 ss., 94); por otra, sólo existiría posición de garante en caso de controlar un peligro o asumirse su supresión (pp. 135 ss., 152). La primera condición conecta con ostensibles

son todas las funciones estatales que el Estado (incluidos los municipios) han de llevar a cabo, con independencia de sus posibilidades financieras, a lo más tardar cuando ya no hay oferentes no estatales. El hecho de que este marco sea impreciso ciertamente proporciona un motivo para recortar aún más lo irrenunciable, pero no para renunciar en absoluto a la garantía de la prestación de las instituciones estatales; no puede discutirse *que* el Estado tenga una estructura, sino sólo *cuál* es ésta en los supuestos límites. Ejemplos: La recaudación de impuestos es irrenunciable sólo *fácticamente*; el Estado no se define a través de tal función. Luego las autoridades recaudatorias no son garantes *por institución* (*vid.*, sin embargo, *infra* 29/77 a). La omisión, contraria a la ley, de fomentar la producción de películas no constituye coacciones (no se trata de una función irrenunciable), pero sí la omisión de hacer posible cualquier forma de que un niño asista a la escuela.

77 — El fenómeno del Estado está estructurado. Por eso, la garantía de observancia de la norma sólo afecta a aquellas autoridades a cuyo ámbito de competencias corresponde la aplicación de las normas. Ejemplo: El deber general de todo funcionario de contrarrestar las irregularidades y por tanto comunicar ante sus superiores las infracciones penales relevantes para el servicio no es un deber de garante, si bien aquellas autoridades a las que incumbe oficialmente la persecución penal son garantes con arreglo a los §§ 258, 258 *a*, 13 StGB. Mediante normas que regulan simplemente los requisitos de la actividad oficial,

---

datos aleatorios de la división del trabajo (p. ej., con si un bombero, según la magnitud del incendio, tiene que proceder a extinguirlo inmediatamente, o aprontar las mangueras, o buscar más ayuda, etc.). El propio *Schultz*, la abandona sin empacho cuando es necesario (p. 91, el superior sería también autor cuando simplemente tiene que preparar la actuación —p. ej., ordenar que se realice—). La segunda condición va más allá (de modo semejante al planteamiento de *Schünemann*, *supra* 29/nota 53; *Schultz*, p. 145) de todo el ámbito de los deberes institucionales, los cuales los reconfigura *Schultz* como deberes en virtud de responsabilidad por organización. No obstante, dado que no existe alternativa de organización del obligado ni tampoco del beneficiado, *Schultz* se ve forzado a fingir el control del peligro o la asunción de la salvación (así, p. ej., en el Derecho penal ambiental, la «inclinación creadora de peligro» de las autoridades existentes con competencia sobre aguas consistiría en la renuncia de la «generalidad» a «crear autoridades verdaderamente competentes», p. 167; en términos semejantes para la policía, la sanidad, etc., *passim*). No obstante, no se trata de qué alternativas (reales o ficticias) hay con respecto al Estado y para el Estado en su actuar, sino de mediante qué prestaciones o actuaciones se le define a éste.

De acuerdo con *Sangenstedt*, «el tener que responder penalmente por la actividad prohibida (se manifiesta) como reverso y correlato de la soberanía de la persona para decidir sobre sus movimientos corporales» (Garantenstellung, p. 378). Consiguientemente, en la omisión se trataría de un «"dominio" sobre una esfera objetiva cargada de riesgo» (p. 381), y ello tanto con respecto al aseguramiento como con respecto a la protección (p. 415). Todo lo demás podría surgir a lo sumo como relación de garantía «secundaria» mediante delegación de esa relación primaria esbozada; tal delegación afirma *Sangenstedt* que existe en los bomberos (pp. 597 ss.), la policía (pp. 606 ss.) y la autoridad competente en aguas (pp. 633 ss.). La soberanía sobre el cuerpo en tanto que hecho es obviamente pura naturaleza (si esto fuera lo decisivo, cualquiera que tenga fácticamente el monopolio de evitar se convertiría en garante), pero como *responsabilidad* sobre el cuerpo es un problema normativo: Tampoco el injusto del delito de comisión es un suceso natural —como vendrá a demostrar, a lo más tardar, la teoría de la imputación objetiva—. Por eso no se puede «apreciar» mejor la imputación en el delito de comisión que en el de omisión. *Sangenstedt* se ve obligado a corregir el alcance de las posiciones de garante primarias, menos que mínimo, según su teoría —al no tener en cuenta la perspectiva social—, por medio del criterio aplicable a las relaciones de garantía secundarias, ilimitado y además extraño a su sistema: por medio de la «necesidad social y jurídica» (p. 437).

pero no la propia actividad, no se define el Estado. Por tal motivo, no están garantizadas las normas de Derecho de funcionarios y administrativas generales que —sin pertenecer a una función en concreto—, en interés de la eficacia general de la Administración prescriben la celeridad de los asuntos administrativos o el pleno empleo de la capacidad laboral. Ejemplo: El desbloqueo no puntual de un envío desde el extranjero de medicamentos por parte de la aduana no constituye lesiones por omisión sobre el receptor del envío que sigue padeciendo dolores por no administrársele los medicamentos.

— Junto a los deberes genuinamente estatales —al igual que junto a todo otro deber— pueden aparecer otros deberes fundamentados institucionalmente o mediante organización. Así, el cuidado del Estado por la seguridad elemental puede dar lugar, a la vez, a un deber derivado de confianza especial [154]. Aun faltando un deber estatal, no obstante puede que los que actúan por el Estado tengan que responder por otro fundamento de deber. Sobre todo los deberes derivados de confianza especial, y lo que es más importante, los que surgen de organización, también vinculan fuera del ámbito de los deberes genuinamente estatales. Ejemplos: Aun cuando el mantenimiento de la capacidad financiera mediante la recaudación de impuestos y la conservación de la propiedad estatal no se encuentran entre las funciones estatales indisponibles, los funcionarios de Hacienda, como garantes, tienen que hacer valer las deudas tributarias, o los funcionarios del *Bundestag* tienen que avisar, como garantes, si hay un incendio; incluso si fueran cobradores o encargados de seguridad pertenecientes a empresas privadas estarían obligados como garantes. 77a

— Qué funcionarios dentro del Estado y dentro de determinado organismo son responsables de cumplir los deberes de garante se rige por los criterios que ya se indicaron en relación con la confianza *que proporciona* garantía (*supra* 29/79). 77b

b') La *previsión social elemental* que el Estado tiene que prestar como garante no abarca toda su actividad asistencial, sino sólo el ámbito del cuidado para la protección contra peligros drásticos en los que está excluido el aseguramiento individual, aun cuando se lleven a cabo medidas de aseguramiento colectivas junto a las del Estado (p. ej., por parte de organizaciones caritativas, organizaciones profesionales médicas, etc.)[155]. Se trata de aseguramiento ante catástrofes naturales o grandes incendios, peligros masivos o incluso daños contra el medio ambiente [156], graves accidentes y enfermedades peligrosas, así 77c

[154] Cuando el Estado crea tipos penales para proteger bienes *gestionados públicamente*, impone así a los potenciales autores el deber de configurar su organización ya sólo con respeto a los bienes referidos. Por lo general, dada esta situación, el Estado se comportaría contradictoriamente si definiera más endeblemente el deber de la gestión pública; dicho de otro modo, la gestión pública de bienes que están reforzados penalmente frente a su menoscabo se efectúa desde el Estado como garante (confianza especial). A la inversa argumenta *Rudolphi*, Dünnebier-Festschrift, pp. 561 ss., 578 s.: El reforzamiento penal haría innecesarios a los garantes. Lo cual no es válido, en todo caso, en relación con bienes desamparados, pues de lo contrario el reforzamiento penal no aportaría ganancia alguna, según el criterio del saldo (¿es que los padres no son garantes de evitar un delito contra sus hijos sólo porque ese delito esté ya prohibido?).

[155] Acerca del servicio médico de urgencias, *vid. supra* 29/nota 102.

[156] Se discute vivamente la punibilidad de los funcionarios en el Derecho penal del medio ambiente. Acerca de las especialidades de la participación en caso de autorizaciones indebidas, *vid. supra* 16/29 s. Apenas se podrá pasar por alto, de acuerdo con el entendimiento actual, la perte-

como de actividades de salvación en caso de que acaezca una calamidad de las descritas. Ejemplos: El conductor de la ambulancia municipal debe, como garante, trasladar al hospital a quien ha sufrido un infarto. El equipo municipal de bomberos debe extinguir incendios como garante.

Los peligros que amenazan, de escasa importancia, no se incluyen; en relación con ellos bastan las medidas de seguridad individuales (en los bienes particulares, p. ej., seguro de daños). Ejemplo: El Estado no tiene que preocuparse como garante de las fracturas de brazos de sus ciudadanos (pero una clínica pública será garante, por lo general en tales casos, a través de la confianza especial).

77d — La *seguridad externa* y la *interna* constituyen fines primordiales del Estado. Debido a ellas, el hombre no ilustrado pasa al estatus de ciudadano, es decir, limita su libertad natural para la autodefensa y presta obediencia a las leyes. El Estado de los ciudadanos se define a través de su deber de prestar seguridad, en tanto en cuanto existe. Si el Estado, como algunos suponen, sólo estuviera obligado como cualquiera por los §§ 138, 323 *c* StGB [156a], esta limitación privaría a la renuncia de los ciudadanos de la causa del contrato: *oboedientiae finis est protectio* (*Hobbes*, Leviathan, capítulo 21). La policía es, pues, garante de proteger contra la delincuencia [156b]; en tanto que persigue fines de rango superior, está justificada mediante el conflicto de deberes y ello —siempre que así lo prescriban las leyes policiales— con arreglo a la discrecionalidad conforme a deber. Además, los ataques triviales no dan motivo para una fun-

---

nencia de la seguridad del medio ambiente a la seguridad básica. Además, la protección del medio ambiente, como protección ante los delincuentes ambientales, pertenece a la protección contra la delincuencia (*infra* 29/77 *d*). Lo cual cubre sólo el ámbito de los peligros masivos. Para el ámbito restante se dará generalmente otro fundamento de responsabilidad (*supra* 29/76). Los reparos contra la posición de garante surgen en su mayor parte del rechazo, por principio, de la responsabilidad institucional, es decir, de subestimar la importancia del «papel», sobreestimando a la vez casi siempre la importancia del «dominio». Desfavorablemente (sobre todo en relación con la autoridad competente en materia de aguas), *Rudolphi*, Dünnebier-Festschrift, pp. 561 ss., 571 ss.; *SK-Rudolphi*, § 13, núm. marg. 54 *d*; *Schünemann*, wistra, 1986, pp. 236 s., 244 (con la continuación, en sí incorrecta, de que la autoridad sólo es garante en caso de haber concedido una autorización que se convierte en defectuosa por cambio de las circunstancias: ¡El cambio no se domina!), con más bibliografía, p. 242, nota 71; *Geisler*, NJW, 1982, pp. 11 ss., 13 ss.; *Immel*, Verantwortlichkeit, pp. 169 ss., 211 s.; *Weber*, Verantwortlichekit, pp. 55 s. En lo esencial como aquí, la doctrina dominante; OLG Frankfurt, JR, 1988, pp. 168 ss., 171 s. (con comentario de *Keller*, loc. cit., pp. 172 ss.); Generalstaatsanwalt, Celle, NJW, 1988, pp. 2394 ss., 2395 s.; LG Bremen, NStZ, 1982, pp. 164 s. (con comentario en esto favorable de *Möhrenschlager*, loc. cit. pp. 165 s., y reseña favorable de *Ranft*, JZ, 1987, pp. 908 ss., 916); *Horn*, NJW, 1981, pp. 1 ss., 5 ss.; *Hüwels*, Gesetzesvollzug, pp. 145 ss. (con crítica atinada del anteproyecto, pp. 178 ss.); *Meinberg*, NJW, 1986 pp. 2220 ss., 2223 s.; *Winkelbauer*, NStZ, 1986, pp. 149 ss., 151; *Lackner*, nota 5 *a*, *bb* y 5 *b*, ante § 324; *Schönke-Schröder-Cramer*, núms. margs. 39 ss., ante *AK-Seelmann*, § 13, núm. marg. 139; *LK-Steindorf*, § 324, núms. margs. 63 ss., con más bibliografía; *vid.* asimismo *Schultz*, Amtswalterunterlassen, pp. 164 ss.

[156a] En tal sentido, *Rudolphi*, JR, 1987, pp. 336 s., en contra de BGH, NJW, 1987, p. 199; *SK-Rudolphi*, § 13, núm. marg. 54 *c*; igualmente, *Ranft*, JZ, 1987, pp. 908 ss., 914 ss.; en definitiva también *Herzberg*, Unterlassung, p. 356; *vid.* asimismo *Gallas*, Studien, p. 84. ¡La «relación especial de dependencia» que *Rudolphi* busca, surge al asumir la condición de ciudadano!

[156b] BGH, 8, pp. 187 ss., 189; *LK-Jescheck*, § 13, núm. marg. 27; *Jescheck*, AT, § 59, IV, 3 *c* y 4 *c*; *Schönke-Schröder-Sree*, § 13, núm. marg. 52; *Schultz*, Amtsverwalterunterlassen, pp. 160 ss. (con limitaciones relativas a la discrecionalidad del funcionario); distinguiendo, *Schünemann*, Grund und Grenzen, p. 363; controvertido.

dación del Estado; consiguientemente, la prevención de la criminalidad de bagatela tampoco la garantiza el Estado *per se* institucionalmente. El ejército es garante de la seguridad exterior.

— Los *principios básicos del Estado de Derecho* sólo están garantizados en 77e
la medida en que se refieren a la estructura del Estado, garantizada a su vez; de lo contrario, a través del principio de igualdad y del de legalidad de la Administración, estaría garantizada toda la actuación no legislativa del Estado. De los §§ 357 StGB y 41 WStG se deduce que los superiores deben impedir las infracciones penales de sus subordinados en el ámbito de sus funciones (si bien no toda infracción de la ley) [156c], y ello mediante la acertada nivelación —¡delito de infracción de deber!— de las diversas formas de participación (*vid.* asimismo § 340 StGB).

Frente el Estado asistencial surgen pretensiones garantizadas sólo en el marco del Estado de Derecho. Los principios básicos del Estado de Derecho, por eso, únicamente tienen trascendencia práctica en tanto que el propio Estado suscita pretensiones: Se trata de la legalidad y de la igualdad en el ámbito del monopolio del poder, o mejor, del monopolio de la intervención; merecen mencionarse la sujeción a la ley de los jueces y de las demás personas llamadas a decidir o ejecutar [156d], así como el principio de legalidad [156e] tanto en la persecución penal como en el cumplimiento de las penas [156f] (*vid.* § 120.2 StGB) y la sujeción a la ley en cualquier otro comportamiento de intervención. Estos deberes de garante constituyen la contraprestación (*Synallagma)* por la renuncia al autoauxilio ilimitado (justicia privada) y por el deber de los ciudadanos de soportar intervenciones legales.

IV. LA IMPUTACION OBJETIVA; 2.ª CONTINUACION: LA CLAUSULA DE CORRESPONDENCIA

BIBLIOGRAFIA: *Vid.* la indicada para II.

1. La omisión de deberes de responder de la evitación de un resultado 78
debe *corresponderse* con la realización del resultado mediante comisión, es de-

---

[156c] Al respecto, *Schultz,* Amtswalterunterlassen, pp. 156 ss.; *Stratenwerth,* AT, núm. marg. 994.

[156d] RG, 61, pp. 229 ss., 230; 71, pp. 31 ss.

[156e] La jurisprudencia afirma la existencia de deber también en caso de conocimiento de los órganos de persecución penal obtenido particularmente, siempre que, tras ponderar el interés especial en la persecución penal y el interés particular (existente en su caso) en la inactividad, prepondere aquél (BGH, 5, pp. 226 ss., 229; 12, pp. 277 ss., 280; BGH, JR, 1989, pp. 430 ss., 432; OLG Köln, NJW, 1981, pp. 1974 s.). Pero el deber del funcionario de aprovechar el conocimiento obtenido particularmente no constituye deber de garante, ya que el funcionario no ha recibido ese conocimiento en virtud de su cargo y por tanto con su inactividad tampoco defrauda la expectativa dirigida a tal cargo (no a él personalmente o a él en su calidad de funcionario). Controvertido; en definitiva como aquí, *SK-Samson,* § 258 ss., núms. margs. 11 ss.; *Geerds,* Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 389 ss., 394 ss.; *Krause,* GA, 1964, pp. 110 ss.; *el mismo,* JZ, 1984, pp. 548 ss., 550; *Sangenstedt,* Garantenstellung, pp. 538 ss.; *Wagner,* Amtsverbrechen, pp. 296 ss., todos con bibliografía; *vid.* asimismo sobre el conocimiento especial 7/49 y 29/14.

[156f] Bibliografía relativa a los límites del deber en *Kusch,* NStZ, 1985, pp. 385 ss.

cir —como ya se indicó *supra* 29/2—, también para los casos en que se sujeta la acción descrita típicamente a una determinada forma de ejecución, la omisión debe ofrecer un correlato (los llamados delitos vinculados a determinado comportamiento) [157].

La formación del correlato no supone dificultades, representando sólo una especificación del alcance del deber de responder, siempre que la vinculación del comportamiento se pueda dividir en *a)* procesos causales basados unos en otros (delitos de varios actos), o *b)* paralelos, y el que omite sea garante de impedir el curso causal en su totalidad [158]. Ejemplos: *(de a)* El padre que no evita que roben a su hijo, es (por falta de ánimo de apropiación, no autor, sino) cómplice por omisión en el robo (§§ 249, 13, 27 StGB); porque tenía que garantizar que no se produjera una sustracción mediante violencia o intimidación. *(de b)* Quien no impide la explosión de una bomba, que supone un peligro concreto común, con la consecuencia de que muere una persona, mata con medios de peligro común (§ 211, párrafo 2, 2.° grupo de casos *in fine* StGB), si es garante de evitar tanto la muerte como el peligro común, p. ej., como bombero [158a] (de modo distinto —sólo garante de la víctima— si son los padres de ésta quienes omiten).

79 2. Sin embargo, los que sí presentan problemas especiales en relación con la correspondencia son los delitos de propia mano propios o sólo en cuanto a su formulación. Sólo limitadamente se pueden cometer mediante omisión, dado que la autoría en estos delitos presupone una intervención física. La responsabilidad por omisión en concepto de autor sigue siendo posible siempre que se vulnere un deber de no evitar la propia intervención corporal —la cual entonces no tiene lugar— [159]. Ejemplo: El piloto embriagado, que se halla en el puente de mando, al que el capitán le ha encargado la supervisión del piloto automático, no le advierte a éste su embriaguez ni la necesidad de que busque a otro para la supervisión (§ 316 StGB; dada esta situación técnica, conduce un vehículo en el sentido del § 316 StGB quien es responsable de la supervisión y se encuentra en el lugar de la supervisión). Si no, habiendo hecho principal, queda la posibilidad de participación. De este modo, surgen diferencias de responsabilidad materialmente no justificadas, pero que no hay más remedio que asumir, debido al tenor literal de la ley: Quien conduce, estando él mismo embriagado, un coche, responde como autor por el § 316 StGB; quien como titular no impide que otro conduzca, estando embriagado dolosamente, un coche, responde atenuadamente como cómplice (§§ 316.1, 13, 27, 49.1 StGB). Quien,

---

[157] Ampliamente, *Herzberg*, Unterlassung, p. 60 ss.; *Nitze*, Bedeutung, pp. 165 ss.; *vid.* asimismo *Schünemann*, Grund und Grenzen, pp. 368 ss.; *el mismo*, ZStW, 96, pp. 287 ss., 312 ss.; *Rudolphi*, Gleichstellungsproblematik, pp. 63 s.; *Welp*, Vorangegangenes Tun, pp. 18 ss., y los autores ya mencionado *supra* 29/notas 14 a 16.

[158] De acuerdo con estas reglas se resuelve también el controvertido tratamiento del favorecimiento de acciones sexuales de menores por omisión, §§ 180 s., 13 StGB: Los padres están —presupuesto que se sobrepase el privilegio del educador (§ 180, párrafo 1, inciso 2, StGB)— obligados a evitar *toda* ocasión de acciones sexuales; así pues, abstenerse de intervenir es siempre brindar la oportunidad por omisión. En contra de una posición de garante por «derecho de familia», *vid. supra* 29/37.

[158a] *De otra opinión*, *Nitze*, Bedeutung, pp. 171 ss.

[159] Así también con respecto a delitos de la sección 13.ª, §§ 174 StGB, *Schünemann*, Grund und Grenzen, p. 370.

como titular, no impide que otro conduzca un coche, estando embriagado no dolosamente, no responde en absoluto por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, ya que para la complicidad en un hecho principal o para la autoría mediata le falta la intervención física propia [160].

3. También presentan problemas especiales los delitos que se cometen me- 80
diante la transmisión de información (delitos de expresión, §§ 153 ss. StGB; injurias, §§ 185 ss. StGB [161]; estafa, § 263 StGB) [162]. Es posible una transmisión de información equivalente a la comisión cuando el autor omite reservarse una información que está saliendo de su ámbito de organización [163]. Ejemplo: El jefe no impide que su secretaria envíe una carta, concebida aún sólo como proyecto, que contiene afirmaciones ofensivas, o engañosas, o constitutivas de falso testimonio.

Asimismo, es posible la omisión correspondiente a la comisión cuando la ausencia de una señal tiene a su vez valor de información. Así sucede cuando, según las reglas comunes de la comunicación interpersonal, es asunto del autor comunicar un suceso, ya que en caso contrario el interlocutor puede suponer la ausencia de tal suceso. Para la responsabilidad por omisión, el autor tiene que ser también garante de que el interlocutor pueda confiar en las reglas comunes [164]. Ejemplo: El que acaba de subir al tren (injerencia) se calla ante la pregunta del revisor de si hay alguien que acabe de montar [165].

Por el contrario, el mero reservarse información no es equivalente a la comisión. Ejemplo: Quien, infringiendo su deber, no envía la carta que le abriría los ojos a la víctima de la estafa, que no barrunta nada, no estafa, en concepto de autor, por omisión. Dado que la participación en los delitos mencionados ni siquiera en la comisión presupone transmisión de información alguna, el marco de la participación por omisión se rige por los principios generales [166]. Ejem-

---

[160] BGH, 18, pp. 6 ss.; *de otra opinión, Schröder,* v. Weber-Festchrift, pp. 233 ss., 239.

[161] *Vid. Herzberg,* Unterlassung, pp. 82 ss.; *Schünemann,* Grund und Grenzen, pp. 368 ss.; *Hirsch,* Ehre und Beleidigung, pp. 238 ss.; *Nitze,* Bedeutung, pp. 178 s.

[162] Sumamente controvertido; acerca de la postura discrepante, ampliamente, *LK-Lackner,* § 263, núms. margs. 68 ss., con bibliografía. Al renunciar a requerir un comportamiento de información, ya no cabe delimitar los supuestos de disposición de la situación (la llamada *ignorantia facti*) engañosa al estar aislada (de una información). *Bockelmann,* Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 437 ss., requiere la influencia sobre la formación de la imagen mental (p. 440); *el mismo,* NJW, 1961, p. 934 s., pero no necesariamente por medio de información. En definitiva como aquí, *Herzberg,* Unterlassung, pp. 70 ss.; *vid.* asimimso *Nitze,* Bedeutung, pp. 179 ss.

[163] *Herzberg,* Unterlassung, pp. 81 s., 85 ss.; *Böhm,* Rechtspflicht, pp. 19 ss.

[164] El contenido informativo de la omisión será a menudo independiente de una posición de garante, y de estar dado el contenido informativo, existirá posición de garante (deber de aseguramiento en el ámbito de organización) en parte merced al contenido informativo. A pesar de ello, el deber de responder no puede reemplazar a la correspondencia o equivalencia, ni a la inversa; *SK-Rudolphi,* § 13, núm. marg. 18; *de otra opinión* (la equivalencia reemplaza al deber de responder), *Herzberg,* Unterlassung, pp. 68 ss.

[165] *Vid.* asimismo BGH, NJW, 1958, p. 229 (con respecto al § 351 StGB, redacción anterior): A la llevanza incorrecta de libros de comercio pertenece la omisión de determinados asientos, pero no la omisión de llevar en absoluto libros de comercio; en este último caso falta el valor informativo del comportamiento.

[166] Discutido en parte; en contra de la posibilidad de participación por omisión en las injurias ajenas, *Roxin,* Täterschaft und Tatherrschaft, pp. 480 s.; *Schünemann,* Grund und Grenzen, pp. 368 s.; como aquí, *Hirsch,* Ehre und Beleidigung, p. 241.

plo: El padre que no impide que estafen gravemente a su hijo (es decir, de un modo ya no tolerable con fines educativos), responde por complicidad.

81 4. Los grupos de supuestos mencionados no agotan la problemática de la correspondencia [167]; no obstante, las particularidades restantes sólo cabe caracterizarlas al hilo de la interpretación de los delitos concretos en la Parte Especial. Acerca de las modalidades subjetivas, *vid. infra* 29/91 s.

V. EL TIPO SUBJETIVO

BIBLIOGRAFIA: *H. Fünfsinn* Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen im Strafrecht, 1985; *G. Geilen,*Unterlassene Verbrechensanzeige und ernsthafte Abwendungsbemühung BGHSt., 19, 295, JuS, 1965, pp. 426 ss.; *G. Grünwald*, Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts, H. Mayer-Festschrift, pp. 281 ss.; *W. Hardwig*, Vorsatz bei Unterlassungsdelikten, ZStW, 74, pp. 27 ss.; *R. D. Herzberg*, Die Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR, 1971, pp. 881 ss.; *el mismo*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *G. Jakobs*, Fallbesprechung, JuS, 1969, pp. 485 ss.; *el mismo*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *el mismo*, Unterlassung und Vorsau, v. Weber-Festschrift, pp. 207 ss.; *Arthur Kaufmann*, Bemerkungen zum Irrtum beim unechten Unterlassungsdelikt, JZ, 1963, pp. 504 ss.; *J. Krümpelmann*, Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, ZStW, 1978, pp. 6 ss.; *L. Kuhlen*, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum, 1987; *E.-J. Lampe*, Die Problematik der Gleichstellung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht, ZStW, 79, pp. 476 ss.; *C. Roxin*, Reseña bibliográfica, ZStW, 78, pp. 214 ss.; *F. Schaffstein*, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, OLG Celle-Festschrift, pp. 175 ss.; *W. Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz, 1974; *el mismo*, Unterlassungsbegriff und Fahrlässigkeit, JZ, 1977, pp. 150 s.; *G. Spendel*, Zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte, JZ, 1973, pp. 137 ss.; *E. Struensee*, Die Struktur der fahrlässigen Delikte, JZ, 1977, pp. 217 ss.; *K. Ulsenheimer*, Strafbarkeit des Garanten bei Nichtvornahme der einzig möglichen, aber riskanten Rettungshandlung - BGH en Dallinger, MDR, 1971, 361, JuS 1972, pp. 252 ss.; *E. A. Wolff*, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965.

A. El dolo de omitir

82 1. También en el delito de omisión el dolo es la apreciación seria de que la realización del tipo es (al menos) no improbable [168]. Ello se pone en duda de diversos modos.

---

[167] *Vid.* con respecto al § 268.3 StGB, BGH, 28, pp. 300 ss., 306 ss., de acuerdo con el cual la no eliminación de una avería en un aparato, surgida sin intervención ajena, no sería una «actuación perturbadora» (sumamente dudoso).

[168] Al igual que, en el delito de comisión, para la consumación ha de constar la causalidad, pero para el dolo basta la previsión del resultado como no improbable; también en el delito de omisión ha de constar la causalidad hipotética del comportamiento, mientras que para el dolo basta la consciencia de una oportunidad no improbable; *de otra opinión,* sólo BGH, JZ, 1973, pp. 173 ss., 143; *Herzberg* MDR, 1971, pp. 881 ss., 883; *Ulsenheimer,* JuS, 1972, pp. 252 ss., 253 s.; *LK-Schroeder,* § 16, núm. marg. 218.

En ocasiones, se postula que el dolo en el delito de omisión consiste en una resolución o en una decisión de omitir [169]. Ello es desacertado, ya que una resolución o decisión —si éstas han de ser más que el conocimiento de lo venidero— [170] sólo se ejecutan por parte del autor en caso de alternativa de comportamiento en la que no hay desde el principio sólo una variante que sea digna de consideración [171]. Por tanto, ni siquiera para el delito de comisión es constitutiva la decisión. Ejemplo: El conductor que ve cómo atropella a un gato, no se resuelve a cometer unos daños si la muerte del animal le afecta en tan escasa medida que no tiene lugar más que el conocimiento del suceso, bien sea el atropello una acción (dirigir el vehículo) o una omisión (no frenar).

2. Puesto que, en la comisión, la acción se quiere actuando hacia el fin 83
(de todos modos, no siempre también la realización del tipo, *supra* 8/7, e incluso la acción no sin excepciones, p. ej., no en los automatismos), y en la omisión, sin embargo, por falta de un objeto idóneo —el que omite *no* realiza la acción de salvación—, no se puede querer nada actuando hacia la meta; se pone en tela de juicio la utilidad del concepto de dolo para los delitos de omisión [172]. Dado este estado de cosas, no puede existir una omisión dolosa, sino a lo sumo cuasi-dolosa, no pudiéndose ésta formar buscando en el ámbito de la omisión el contrapunto de la forma de comportamiento «dolo», sino el contrapunto del dolo como objeto de reproche más grave frente a la imprudencia [173]. A partir de este desacoplamiento con respecto a la forma de evitabilidad y este acoplamiento a lo material, la dolosidad (entonces ya sólo cuasi-dolosidad) de la omisión no sólo no tiene nada que ver con una resolución o con un querer activo, sino tampoco necesariamente con el aspecto de consciencia del dolo, es decir, con el conocimiento de la realización del tipo. En función de su gravedad, se argumenta, la omisión de arbitrar un medio de auxilio en una situación de necesidad apreciada como tal, es prevalente (o al menos de igual rango) frente a la omisión de utilizar una posibilidad de auxilio percibida, pues precisamente al indiferente o al de mentalidad hostil su actitud le impedirá representarse una posibilidad de evitación. Por consiguiente, para lo más grave, es decir, para el comportamiento cuasi-doloso, no hay que exigir el conocimiento de la capacidad de evitación (de la causalidad salvadora hipotética), sino sólo la cognoscibilidad [174]. Ejemplo: Quien, conociendo un complot de otros para cometer un

---

[169] *Hardwig*, ZStW, 74, pp. 27 ss., 43 s., pero *vid.* también, p. 34, nota 6; *E. A. Wolff*, Kausalität, p. 52; *H. Mayer*, AT, § 38, III, 2; así también BGH, 16, pp. 155 ss., 159, como *obiter dictum*.

[170] Así no obstante definido en *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1043.

[171] *Lampe*, ZStW, 79, pp. 476 ss., 511.

[172] *Armin Kaufmann*, Dogmatik, pp. 66 ss., 110 ss., 120, 309 ss., que atiende a la falta de finalidad (la falta de voluntad de realización) de la omisión, pero reconoce la posibilidad de un querer la omisión —no fijado como término jurídico—, loc. cit., pp. 78 s., y *el mismo*, v. Weber-Festschrift, pp. 207 ss., 207 nota 1, 221 s.; *Welzel*, Strafrecht, § 27, A, I, 3, § 28; acerca de la inutilidad del concepto del querer en la omisión, *vid.* asimismo *Schmidhäuser*, AT, 16/90, nota 70.

[173] *Armin Kaufmann*, v. Weber-Festchirft, pp. 207 ss., 212; *el mismo*, Dogmatik, loc. cit.; *Welzel*, Strafrecht, loc. cit.; *vid.* asimismo *Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen, p. 180, nota 19.

[174] La renuncia al conocimiento habría que limitarla, de fundamentarse consecuentemente desde el punto de vista material, a supuestos en que si no se percibe la vía de salvación es por motivos que gravan. Dado que también el conocimiento de la situación típica puede faltar por motivos que gravan, p. ej., la no captación debida al desinterés por la situación de necesidad, tendría que bastar también en relación con esto la cognoscibilidad. El dolo se separaría completamente de la cons-

delito, ni siquiera busca una posibilidad de evitación (p. ej., avisar a la policía), no merece un juicio de valor menos grave que aquel que no utiliza una posibilidad de evitación que ha advertido [175].

84 3. Con arreglo a la doctrina dominante, se reconoce la posibilidad de resolución de omitir, con la consecuencia de que la omisión es querida, pero no se considera constitutiva dicha resolución; si el autor de la omisión deja seguir su curso a los acontecimientos, conociendo la situación típica y su capacidad para realizar la acción prescrita, tal consciencia basta para el dolo [176].

85 4. *a)* La solución acabada de mencionar que —al menos en su formulación— exige para el dolo el conocimiento de todo el comportamiento prescrito, no da cuenta de los casos en que se requiere un comportamiento complejo para evitar el resultado y la medida y forma de lo necesario sólo se pueden averiguar al ir llevándolo a cabo. Ejemplo: Como primer paso para la salvación, un médico de guardia tiene que reconocer al paciente que se encuentra sin sentido, y sólo a continuación puede llegar a conocer el siguiente paso, p. ej., si debe realizar un examen más a fondo, u operar, o llamar a un especialista, etc. Aquí el comportamiento prescrito consiste en, con el primer paso, procurarse conocimiento del comportamiento subsiguiente.

86 *b) a')* Por eso, sólo puede importar si a la omisión dolosa al menos pertenece la consciencia de poder *iniciar* [177] medidas de auxilio, ante la perspectiva de un resultado no improbable (entre las cuales se encuentra también el mero examen de la situación), o si en el delito de omisión no hay nada paralelo al conocimiento de la causalidad en el delito doloso de comisión. En favor de esta última solución habla el hecho de que, al conocer el peligro y la posición de garante, el autor conoce los presupuestos de su responsabilidad y ya depende de él «a partir de la situación percibida (...), decidirse a modificar esta situación (...), y a tal efecto sopesar la posibilidad (¡o las posibilidades!) de intervenir» [178]. Con tal conocimiento de la responsabilidad, sin embargo, está descrita la situación con la que se puede establecer paralelismo en relación con la comisión, y allí no supone una situación de actuar doloso: El autor conoce su acción y conoce el resultado, pero no repara en el nexo causal. Ejemplo: Por encargo de una industria química, un capitán de buque vierte residuos químicos en una bahía; en cada acarreo se da cuenta de los grandes bancos de peces muertos; pero no repara en el nexo causal entre su actividad y el resultado. No se pone en duda que aquí falta el dolo referido al actuar, y ni siquiera puede ponerse en duda *de lege lata*, debido al § 16.1 StGB. Si en el ejemplo el capitán se limita a supervisar a su tripulación, es decir, si omite, también perderá consiguientemente el dolo.

---

ciencia de realización del tipo, pasando de ser forma de evitabilidad a ser importancia o gravedad de la evitabilidad.

[175] *Armin Kaufmann*, loc. cit.; *Welzel*, loc. cit.; *vid.* asimismo *Geilen*, JuS, 1965, pp. 426 ss., 427; *el mismo*, AT, § 45.

[176] BGH, 19, pp. 295 ss., 299; OLG Köln NJW, 1973, pp. 861 s., 862; *LK-Jescheck*, núm. marg. 89, ante § 13; *Jescheck*, AT, § 59, VI, 2 *b*; *Grünwald*, H. Mayer-Festschrift, pp. 281 ss., 294 s.; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 15, núm. marg. 91; también *Bockelmann-Volk*, AT, § 17 *c*, II.

[177] En tal sentido *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1043; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 24, ante § 13.

[178] *Armin Kaufmann*, v. Weber-Festschrift, pp. 207 ss., 229.

b') Queda, pues, el argumento material de que ya por medio de la exi- 87
gencia de consciencia, en el autor de la omisión, de poder comenzar medidas de auxilio ante la perspectiva de un resultado no improbable, se premia al indiferente, pues el indiferente, en una situación de apuro, por falta de interés no actualizará psíquicamente su posibilidad de evitación. No obstante, este argumento no da motivos para modificar la decisión. Por una parte, los motivos que obstruyen para el autor el conocimiento de la vía de salvación no necesariamente gravan penalmente, sino que pueden ser comprensibles y neutros penalmente, o incluso liberar de responsabilidad, p. ej., el carácter temeroso o la confusión [179]. Así pues, el argumento material no se ajusta a todos los casos posibles. Además, el límite entre dolo e imprudencia no es sólo un límite *globalizador* de la gravedad jurídico-penal del comportamiento; en caso de indiferencia u hostilidad para con el Derecho tales que el autor ni siquiera percibe los hechos relevantes, tampoco el delito de comisión conoce, a pesar de la frecuencia del comportamiento, ningún correctivo de la consecuencia de que, al faltar la consciencia, decaen las consecuencias del conocimiento del tipo (ceguera ante los hechos, *vid. supra* 8/5). Si se quiere conformar en la omisión el contrapunto axiológico del dolo de acción, hay que transformar también las quiebras axiológicas que se encuentran ya en el lado de la acción, es decir, asumir el privilegio no justificado de la ceguera ante los hechos, establecido por el § 16 StGB al exigir un completo conocimiento del tipo [180]. Ejemplo: Si un agente de policía se sitúa ante un conductor que huye en su vehículo, y el conductor no se da cuenta de que va a atropellar al policía y de que puede matarlo, decae el dolo —indiscutido—; si el conductor se da cuenta de la posibilidad de la consecuencia de muerte, pero sin apreciar su propia evitabilidad, porque, p. ej. (da igual que sea por puro miedo o por puro sadismo), no relaciona la muerte con el hecho de pisar el acelerador (acción) o con el frenazo que le es posible (omisión; sólo esta variante se discute), falta igualmente el dolo.

5. La consciencia en el delito de omisión no tiene que ser reflexiva; al 88
igual que en el dolo del delito de comisión, basta la consciencia como imagen mental fáctica [181]. Sobre todo, la posibilidad de influir en un proceso, como propiedad de éste, puede pertenecer a sus características esenciales, de modo que al conocer el proceso se conoce a la vez la posibilidad de influir en él. Tal es el caso principalmente en procesos en los que ya la configuración socialmente adecuada, emprendida cotidianamente, comporta un cambio continuo entre actuación y omisión. Son ejemplos la conducción de un vehículo y los cuidados para con un niño pequeño.

6. *a)* El *deber* de garante no es objeto del dolo de tipo. La consciencia 89
de contravenir un mandato es la consciencia del injusto del delito de omisión, al igual que en el delito de comisión la consciencia de infringir la prohibición

[179] *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1047.

[180] *Grünwald*, H. Mayer-Festschrift, pp. 281 ss., 296; *Jakobs*, Studien, pp. 104 s.; *el mismo*, separata ZStW, 1974, pp. 6 ss., 8; *el mismo*, JuS, 1969, pp. 485 ss., todos con bibliografía.

[181] *Supra* 8/10 ss. y además *Grünwald*, H. Mayer-Festschrift, pp. 281 ss., 248 ss., 294 s.; *Roxin*, ZStW, 78, pp. 214 ss., 248 ss., 259 s.; *Herzberg*, Unterlassung, pp. 224 ss.; *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 217; lleva razón *Krümpelmann* cuando señala (separata ZStW, 1978, pp. 1 ss., 20 s.) que así sólo se supera una «endeblez en el grado de presencia», pero no el «carácter determinado, que falta, en cuanto al contenido»; no obstante, con esta crítica no se precisa ninguna falta específica del delito omisivo, sino del límite dolo-imprudencia en general.

es la consciencia del injusto; ambas pertenecen a la culpabilidad (teoría de la culpabilidad). Ahora bien, el conocimiento de la *posición* de garante, como conocimiento de los elementos que caracterizan al garante, pertenece al dolo, pues estos elementos determinan el alcance del ámbito de organización (en la responsabilidad en virtud de incumbencia por organización) o el alcance del deber especial asegurado especialmente (en la responsabilidad en virtud de incumbencia institucional), siendo por tanto elementos del tipo [182] como materia de prohibición [183].

90 *b)* Desde luego, hasta ahora se ha reparado poco en que los elementos de donde resulta una posición de garante son todos o referidos a la norma (en los deberes de garante en virtud de responsabilidad por organización) o impregnados normativamente (en los deberes de garante en virtud de responsabilidad institucional), es decir, elementos normativos del tipo (*supra* 8/48 ss., 55 ss.), en los que para el conocimiento del elemento es necesaria una valoración paralela de la conexión normativa en la consciencia del autor. En el conocimiento de la posición de garante no importa la consciencia de hechos, sino también el conocimiento del contexto social en el que está integrado el hecho [184]. Así, al dolo pertenecen, en los deberes de aseguramiento en virtud de responsabilidad por organización, el conocimiento —en su caso, propio del profano— de que la fuente de peligros que se trata de asegurar reside en un ámbito del que el autor es *responsable*, y en los deberes de salvación, el conocimiento de que se ha ocasionado un *riesgo no cotidiano*. Al dolo en los deberes en virtud de responsabilidad institucional pertenece el entendimiento de la institución respectiva, es decir, p. ej., la *comunidad* del mundo vital en el matrimonio o la *especialidad de la expectativa* en la confianza especial. De este modo, el autor de la omisión, siempre que tenga dolo y falten causas de justificación, por lo general conocerá también la antijuricidad material de su omitir (si es que no ignora el delito en absoluto, también como delito de comisión). Ejemplo: Quien sabe que al poseer un edificio excluye a los demás de una relación planificada con éste, sólo excepcionalmente ignorará que es apropiado jurídicamente un deber de aseguramiento (así p. ej., en el error moderado sobre la magnitud del

---

[182] *De otra opinión, Baumann*, AT (8.ª ed., 1977) § 18, II, 2 *b* (perteneciente a la antijuricidad).

[183] Desde la sentencia BGH, 16, pp. 155 ss., 158 (un caso en el que se apreció injustamente posición de garante; no obstante sí se daba el § 323 *c* StGB), doctrina dominante (acerca de la omisión propia, *vid.* BGH, 19, pp. 295 ss., 299), con comentario de *Geilen*, JuS, 1965, pp. 426 ss.); *Armin Kaufmann*, Dogmatik, pp. 129 ss., 306 ss.; *Arthur Kaufmann*, JZ, 1963, pp. 504 ss.; *Schaffstein*, OLG Celle-Festschrift, pp. 175 ss., 198 s.; más bibliografía en *Jescheck*, AT, § 59, VI, 2 *a*; *LK-Jescheck*, núm. marg. 89, ante § 13; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 15, núms. margs. 96 s. *De otra opinión, Schmidhäuser*, AT, 16/96; *E. A. Wolff*, Kausalität, pp. 49 s. De entre la jurisprudencia de hace algunos años, que refería el dolo al deber, *vid.* BGH, 2, pp. 150 ss., 155 s.; 3, pp. 82 ss., 89; 14, pp. 229 ss., 232; RG, 52, pp. 99 ss., 102; 75, pp. 160 ss., 163.

[184] Ampliamente, *Köhler*, Bewußte Fahrlässigkeit, pp. 315 ss.; antes ya *Wolff*, Kausalität, pp. 45 ss.; *Herzberg*, Unterlassung, pp. 232 ss.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1039; *Jescheck*, AT, § 59, VI, 1, nota 64; *AK-Seelmann*, § 13, núm. marg. 75; contra la división entre «posición» y «deber», *Kuhlen*, Unterscheidung, pp. 230 ss. Al dolo referido al no comunicar del § 370, párrafo 1, núm. 2, AO (elusión fiscal) —si ha de tratarse de una infracción de deber de garante— pertenece la consciencia de que se espera una información; esta consciencia vendrá a equivaler a menudo a un deber de comunicar. Muy controvertido; en ocasiones se requiere el conocimiento del deber, OLG Bremen, StV, 1985, pp. 283 ss., 284, con bibliografía; en ocasiones se considera suficiente el conocimiento de que no se da a conocer, *Franzen-Gast-Samson*, § 370, núm. marg. 189.

riesgo aún permitido o en los demás casos marginales) [185]. La situación es igual a la del delito de comisión: También ahí, en los casos limítrofes, incurrirá el autor en el error de creer que puede configurar su ámbito de organización sin tener consideración por bienes ajenos (¡a los que identifica como bienes!).

7. En relación con las *clases* de dolo, el dolo directo de segundo grado y 91
el eventual no presentan peculiaridades; en el primer caso, el autor juzga la realización del tipo objetivo como segura, o como segura en la realización de un suceso pretendido; en el segundo, la considera seriamente como no improbable [186]. Más difícil resulta la determinación de la intención (dolo directo de primer grado), pues en la omisión la configuración de la realidad pretendida no da lugar a motivo alguno, mientras que en la acción la configuración de la realidad pretendida (lo intencional) conforma el motivo de la acción.

No obstante, cabe determinar en las omisión una situación correspondiente a la de la intención [187]. Todo autor de omisión prefiere la situación sin acción aseguradora o salvadora a la situación con tales acciones; ello se corresponde con la preferencia que el autor por acción otorga a la ejecución de la acción, frente a la omisión de tal ejecución de acción: Al igual que la realización dolosa de la acción (aquí aún sin tener en cuenta las consecuencias) siempre es intencional, así también la omisión dolosa (a su vez, sin tener en cuenta las consecuencias evitables mediante acción) es siempre intencional. Por lo que se refiere a las consecuencias, el autor de comisión que obra intencionalmente para producir las consecuencias, debido a la producción de tales consecuencias prefiere la situación producida por la acción con consecuencias a la situación sin esta acción; paralelamente, en la omisión, el autor, debido a los efectos de cierto peligro, que se producirán sin aseguramiento o sin salvación, prefiere la situación sin acción de evitación a aquella otra con una acción de evitación. El que la diposición psíquica del que omite sea de suerte que sin la preferencia se habría comportado de otro modo, o el que también entonces habría omitido por pereza o indiferencia, es irrelevante, como disposición psíquica hipotética, al igual que en una acción emprendida intencionalmente es irrelevante el que el autor, sin tal intención, tuviese «en reserva» otro motivo para ejecutar la misma acción. Así pues, no se trata necesariamente de comprobar un efecto de interferencia (*supra* 28/2), es decir, no se trata de sobreponerse a un impulso de actuar, sino de que se da una preferencia incompatible con la voluntad de actuar. Ejemplo: Quien no advierte a su mujer de que ésta acaba de ingerir un líquido venenoso y le desea una dolorosa indigestión, pero no considera impro-

[185] Por eso no es casual que la sentencia fundamental de la doctrina dominante, BGH, 16, pp. 155 ss., se base en un hecho en el que el deber de salvar era cuando menos muy dudoso: El autor no conocía suceso alguno que le confiriese una posición que fuese más decisiva que la de los demás casualmente presentes. Sólo en tales casos será plausible desde el punto de vista psicológico la distinción entre conocimiento del tipo y conocimiento de la prohibición.

[186] En tanto que el dolo eventual no se determine sólo (en el sentido de la llamada teoría intelectual, aquí defendida) mediante un juicio serio, sino mediante la actitud que se le viene a sumar, tendrán que darse estas actitudes también en la omisión; así, consecuentemente, *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1048.

[187] En definitiva, doctrina dominante; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 15, núm. marg. 98; *LK-Jescheck*, núm. marg. 89, ante § 13; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 46, núm. marg. 120; en parte restringiendo, *SK-Rudolphi*, núm. marg. 27 s., ante § 13; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1050; *Jescheck*, AT, § 59, VI, 2 *b*; *de otra opinión, Grünwald*, H. Mayer-Festschrift, pp. 281 ss., 289 s.

bable incluso graves daños para su salud, tiene el dolo de envenenamiento por omisión (§§ 229.1, 13 StGB): Intención referida a una lesión y (como mínimo) dolo eventual referido a los daños graves para la salud.

92 8. Asimismo, en la medida en que los elementos de la intención no tienen la función de elementos de dirección, sino que —como en el asesinato la intención de hacer posible otro delito, o de ocultarlo— sirven a la determinación del impulso al hecho (con detalle, *supra* 8/94 s.), en el delito de comisión éstos son tan ostensibles como los elementos de dirección [188]. Por ultimo, asimismo elementos de la actitud (*supra* 8/97) pueden caracterizar la actitud de una omisión; ello lo pone de manifiesto también la equiparación, a veces legalmente ordenada, del actuar y del omitir propio equivalente a la comisión en tipos con elementos de la actitud (p. ej., en el § 223 *b* StGB). Incluso en los elementos de la constitución (*supra* 8/97) no está descartado su traslado a la omisión y ni siquiera son irrelevantes en la práctica, p. ej., el dejar plena libertad habitualmente a una persona que debe estar sometida a vigilancia (p. ej., en relación con los §§ 292 s. StGB).

B. La imprudencia omisiva

93 1. El tipo del delito imprudente de omisión [188a] se distingue del doloso simplemente en que, en lugar del juicio de que la realización del tipo objetivo es al menos no improbable (dolo), se sitúa la cognoscibilidad individual de que la realización del tipo objetivo no es improbable. Cognoscibilidad quiere decir: Si el autor hubiera juzgado sobre la realización del tipo, no habría concluido que era improbable. El que el autor tenga una ocasión, entendida de modo psicologizante, para juzgar es tan indiferente como en la situación correspondiente del delito de comisión (*supra* 9/5). Si el autor juzga y no llega a la conclusión de que sea inminente la realización del tipo, falta la imprudencia. Si el autor no puede —p. ej., como consecuencia de su estado de alteración— motivarse de modo dominante a juzgar la situación, pero si lo hubiese hecho habría percibido la realización del tipo, se da imprudencia; el comportamiento del autor, no obstante, puede quedar exculpado por inexigibilidad (*infra* 29/100).

94 2. La imprudencia puede referirse a todos los elementos del tipo objetivo; no hay elementos que tengan que ser conocidos como mínimo [189]. Objeto

---

[188] Sobre todo no se discute con respecto a la intención de ocultar un delito en el asesinato. Para quienes reconocen la posibilidad de dolo directo de primer grado (intención) en la omisión, la intención referida a la muerte como medio de ocultamiento no presenta problema alguno (tras un incendio, el autor deja perecer a los testigos entre las llamas). De seguir a la jurisprudencia según la cual basta dolo eventual con relación al *resultado de muerte*, y sólo el *comportamiento* de homicidio tiene que ser medio para la ocultación (BGH, 23, pp. 176 ss., 194, con referencias de la jurisprudencia anterior), en la omisión basta que la ocultación sea la razón por la que se prefiere omitir. Lo peculiar en la sentencia BGH, 7, pp. 287 ss., 290, reside en que la persona a la que se dejó desamparada no era además la persona que potencionalmente podría haber revelado el delito; pero de nuevo esto tampoco es problema especial de la omisión, sino que afecta a la intención de ocultar tanto para el hacer como para el omitir; *vid. SK-Horn*, § 211, núm. marg. 69.

[188a] Amplia bibliografía relativa a las propuestas de cómo ordenar los elementos de este género de delitos, en *Fünfsinn*, Aufbau, *passim*.

[189] *De otra opinión, Armin Kaufmann*, Dogmatik, p. 171, según el cual la imprudencia presupondría la voluntad de evitar el resultado; en esta solución queda para la imprudencia el supues-

de la imprudencia pueden, pues, ser: la inminencia del resultado, la configuración de la vía óptima, dependiendo de la situación, en orden a evitar el resultado (lo cual abarca también la suposición errónea de la aptitud óptima de la vía elegida y de su ejecución) y los presupuestos de la posición de garante [190].

VI. LA ANTIJURICIDAD

BIBLIOGRAFIA: *G. Geilen*, Stillschweigen des Angehörigen beim Mordkomplott, FamRZ, 1964, pp. 385 ss.; *H. Henkel*, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Mezger-Festschrift, pp. 249 ss.; *G. Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *D. Kienapfel*, Zur Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen, ÖJZ, 1976, pp. 197 ss.; *E.-J. Lampe*, Die Problematik der Gleichstellung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht, ZStW, 79, pp. 476 ss.; *F. Nowakowski*, Zur Theorie der Fahrlässigkeit, JurBl., 1953, pp. 506 ss.; *O. Ranft*, Rechtsprechungsbericht zu den Unterlassungsdelikten, JZ, 1987, pp. 859 ss., 908 ss.; *A. C. Ruck*, 142 StGB als Vermögensdelikt, 1985; *E. Schmidhäuser*, Über die Anzeigepflicht des Teilnehmers, Bockelmann-Festschrift, pp. 683 ss.; *W. Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz, 1974; *B. Schünenann*, Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen, ZStW, 96, pp. 287 ss.; *K. Ulsenheimer*, Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens bei Gefahr eigener Strafverfolgung, GA, 1972, pp. 1 ss.; *H. Welzel*, Zur Problematik der Unterlassungsdelikte, JZ, 1958, pp. 494 ss.

95 Al igual que en el delito de comisión, también en el delito de omisión al realizarse el tipo está dada la materia de prohibición. La materia de prohibición es el injusto, y antijurídica, a no ser que concurra una causa de justificación que excepcionalmente autorice la realización del tipo. Vienen en consideración todas las causas de justificación que pueden justificar un delito de comisión, de las cuales sólo tendrán importancia práctica el conflicto de deberes (*supra* 15/6 ss.) y el conflicto de un deber con el interés en la propia conservación (*supra* 15/11 ss.). Ejemplo de justificación de una omisión imprudente: Quien acude a toda prisa a salvar a un niño que ha caído al agua desde un puente, dejando a su perro merodear por la calle sin vigilarlo, no responde por impru-

---

to de tentativa de evitar el resultado, cognosciblemente insuficiente. Partiendo de los fundamentos de la concepción de *Armin Kaufmann*, llegan a la misma solución que aquí se propugna *Schöne*, JZ, 1979, pp. 150 ss. (interpretando la evitabilidad como infracción de norma de cuidado, p. 158; en contra *supra* 9/6 s.); *Struensee*, JZ, 1977, pp. 217 ss.; de acuerdo con *Welzel*, Strafrecht § 28 B, siempre será necesario el conocimiento de la posición de garante, ya que tiene sentido, p. ej., una norma de «salvar a niños que se están ahogando», pero no una norma de «atender a si el niño que se está ahogando es hijo de uno». Esto último es discutible: Bien es verdad que omitir la salvación de un niño que sólo muy improbablemente es hijo propio sólo puede enjuiciarse por el § 323 *c* StGB, pues la omisión equivalente a comisión se mantiene dentro del ámbito del riesgo permitido; pero si se traspasa este ámbito, la norma abarca también al caso de que el obligado pueda conocer su posición y por tanto los presupuestos de que la situación de apuro le compete.

[190] Se afirma que estos supuestos posibles de omisión imprudente no presentan una «estructura» común; *Struensee*, JZ, 1977, pp. 217 ss., 22, lo cual no es cierto. De «estructura» divergente sería el caso de intento insuficiente de evitar el resultado, en el que el autor se da cuenta de lo dudoso de que vaya a alcanzar su objetivo, pero no percibe otra vía mejor, si bien podría haberla percibido. Aquí no sería definible la imprudencia como cognoscibilidad del tipo objetivo. Dado que el autor, en este caso, a pesar de no conocer su capacidad abstracta para eliminar (o disminuir) el riesgo restante, sí podría haberla conocido, le falta toda peculiaridad a esta «estructura».

dencia en caso de que se cause un accidente de tráfico advertible, debido al animal, del mismo modo que no respondería por dolo si se hubiese dado cuenta del riesgo.

VII. LA CULPABILIDAD

BIBLIOGRAFIA: *Vid.* la indicada para VI.

96 A. También en relación con la culpabilidad se aplica lo señalado para el delito de comisión. Al conocimiento o cognoscibilidad de la prohibición en el delito de comisión corresponde en el delito de omisión el conocimiento o cognoscibilidad del mandato (§ 17 StGB).

97 B. No obstante, existen cuestiones poco claras, al aceptarse en amplios sectores que, en los delitos de omisión, junto a las causas generales de atenuación o exclusión de la culpabilidad, también podrían influir en el juicio de culpabilidad consideraciones sobre la evitabilidad generales de carácter suprapositivo [191]. Esto no se puede fundamentar dogmáticamente.

98 1. Regulaciones de la exigibilidad se encuentran en los delitos de omisión *propia*, pero *no equivalente a la comisión* (§§ 139, párrafo 3, inciso 1, 323 *c* StGB) y ya por ello sólo si se se tiene en cuenta tal importancia, son trasladables a los delitos de omisión equivalentes a la comisión, con sus deberes más importantes. Además, en la única regulación general (no limitada con *numerus clausus*), la del § 323 *c* StGB, no se trata de un problema de *justificación* específico de la omisión, es decir, de la alusión a la posibilidad de conflicto de deberes o de conflicto del deber de actuar con el interés en la propia conservación; a causa de su menor relieve (solidaridad mínima), el deber del § 323 *c* StGB pasa a un segundo plano antes que, *ceteris paribus,* el deber de un delito de resultado por comisión [192]. El hecho de que también en el delito de omisión

---

[191] No siempre se trata de consideraciones relativas a la culpabilidad; la exigibilidad la integra un amplio sector también en el tipo; ampliamente, *Schöne,* Unterlassene Erfolgsabwendungen, pp. 90 ss., con bibliografía.

[192] ¡Pero no en el caso delicado del autoencubrimiento! Quien comete un delito, tiene que arrostrar las consecuencias; sólo por el mero efecto de encubrimiento no tiene que responder, § 258, párrafos 1 *a*, 5, StGB. En contra de la doctrina dominante (*Schönke-Schröder-Cramer,* § 138, núm. marg. 20, con bibliografía), por eso a los partícipes en el delito les afecta el deber de denunciar delitos planeados del § 138 StGB (al igual que el derivado de injerencia); ampliamente al respecto *Schmidhäuser,* Bockelmann-Festschrift, pp. 683 ss. La responsabilidad que de ahí surge ya en el ámbito previo a la ejecución (p. ej., del cómplice por la preparación), no constituye problema especial de los partícipes: El § 138 StGB se interpretará, a la vista de los §§ 25 ss. StGB, en el sentido de que el hecho debe progresar hasta una fase punible; así pues, el § 139.1 StGB presupone la preparación punible. El hecho de que la persona allegada quede impune se basa a lo sumo en *su* interés en la vinculación con el delincuente allegado, y por tanto es privilegio suyo propio; el partícipe ha perdido el derecho a una relación social no perturbada por la persecución penal; *vid.* asimismo *supra* 17/75. Con respecto al § 323 *c* StGB, esencialmente como aquí, BGH, 11, pp. 353 ss., 354 s.; *Ulsenheimer,* GA, 1972, pp. 1 ss., 22 ss.; *SK-Rudolphi,* núm. marg. 33, ante § 13; *de otra opinión, Geilen,* FamRZ, 1964, pp. 385 ss.; *Welzel,* JZ, 1958, pp. 494 ss., 495 s.; para el § 142 StGB, *Ruck,* § 142 StGB, pp. 42 ss.; y para el § 138 StGB (pero expresamente en contra de la transferencia a la omisión impropia), también BGH, FamRZ, 1964, pp. 416 ss. Con respecto al privilegio de los allegados de delincuentes, *vid. supra* 10/19 e *infra* 31/43 con nota 89. No hay un principio general en el sentido de que esté disculpada la infracción de deberes cuya observancia

equivalente a comisión el empleo de esfuerzo necesario para evitar el resultado pueda introducirse en la ponderación de deberes no supone un problema especial de la exigibilidad, sino que se deriva de las reglas generales de la justificación en supuestos de conflicto.

2. En ocasiones se afirma una menor importancia en general de los delitos de omisión impropia frente a los correspondientes delitos de comisión, bajo el epígrafe de exigibilidad más leve [193]; se considera que sobre todo el § 13 confirma este punto de vista. También la jurisprudencia, con alcance y fundamentación variables, ha reconocido la exigibilidad como presupuesto de la punibilidad de los delitos de omisión [194]. No obstante, en los delitos de omisión no 99

---

acarrearía una pena para un allegado. En general, más bien los lazos personales no afectan a la culpabilidad, no existiendo tampoco aquí diferencia alguna entre prohibiciones (delitos de comisión) y mandatos (delitos de omisión). Las excepciones legales —los §§ 139, párrafo 3, inciso 1, 258.6, 157 StGB— se refieren a aquellos grupos de supuestos en los que el allegado adquirirá, a menudo debido a su estatus, la información que le sitúa en posición de infringir la norma. Dada esta situación, las excepciones garantizarían que no se anule *típicamente* el estatus, a fin de incrementar la prevención y la represión. Así pues, decae la aplicación analógica a supuestos particulares de un delito. En todo caso, un comportamiento impune con arreglo al § 139, párrafo 3, inciso 1, StGB, tampoco es punible por el § 323 *c*, StGB, dado que de otro modo se eludirían las excepciones (más amplia aplicación de causas de exculpación para omisión de socorro en BGH, 11, pp. 135 ss., 137 s). Contra la analogía, en definitiva, también BGH, NStZ, 1984, p. 164 (complicidad de la esposa con el abuso sexual de personas sujetas a custodia, al no denunciar al marido que había abusado de la hija menor de ella; se trata de una posición de garante en virtud de la relación paterno-filial, pero no en virtud del matrimonio), con comentario favorable de *Ranft*, JZ, 1987, pp. 908 s.; OLG Köln, NJW, 1983, pp. 861 ss. Los ejemplos más citados —y reconocidos también por la jurisprudencia— de supuesta inexigibilidad al margen de los ámbitos regulados legalmente, no afectan a la culpabilidad, sino ya a los límites del deber: 1) Quien está llamado a proteger a una persona determinada no tiene por qué, ya por eso, impedir las acciones de esa persona que reportan perjuicios a bienes ajenos; consiguientemente, no existe deber alguno del cónyuge de impedir los delitos del otro cónyuge —con o sin auxilio de la policía—. 2) Si una persona plenamente responsable desvía *sua sponte* un contacto social —o libertad concedida— hacia lo delictivo, se da prohibición de regreso (*vid. supra* 24/133 ss.). Mediante las reglas mencionadas con respecto a 1 y 2 se resuelven los casos de RG, 58, pp. 226 ss., 227, y RG, 77, pp. 125 ss., 127 s. 3) Naturalmente, son posibles la justificación y la exculpación por estado de necesidad; así también se resuelve el caso de RG, 77, pp. 125 ss., desde la perspectiva actual: Al pariente le amenazaba el internamiento en un campo de concentración. 4) Las normas que han expirado no cobran actualidad ni siquiera mediante generosas exculpaciones (con respecto a BGH, 6, pp. 47 ss., 57 s.). En todo caso, no existe diferencia entre el hacer y el omitir. Si se quiere exculpar a los padres en caso de que éstos no avisen a la policía para impedir un comportamiento indecente de sus hijos en la morada familiar (en tal sentido BGH, 6, pp. 47 ss., 57 s.; con respecto a los §§ 180 s. StGB, redacción anterior), también estarían exculpados si, p. ej., anulasen la visita ya solicitada, que descubriría y denunciaría el comportamiento de los hijos (¡conducta activa!).

[193] En favor de la exigibilidad como presupuesto de la culpabilidad (consecuencia para la participación: § 29 StGB, cada interviniente responde en función de su propia culpabilidad), *Baumann-Weber*, § 18, I, 2; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 31, ante § 13; *Kienapfel*, ÖJZ, 1976, pp. 197 ss., 201; *Bockelmann-Volk*, AT, § 17 E, III, 2; *Schmidhäuser*, AT, 16/101; *el mismo*, Studienbuch, 12/86, junto a la exigibilidad justificante en supuestos de conflicto; AT, 16/84; Studienbuch, 12/70; en favor de la exigibilidad como presupuesto del tipo (consecuencia: no participación, dada la inexigibilidad), *Henkel*, Mezger-Festschrift, pp. 249 ss., 280 s.; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 155, ante §§ 13 ss.; *Dreher-Tröndle*, § 13, núms. margs. 15 s.; *Lampe*, ZStW, 79, pp. 476 ss., 502 ss.

[194] Para la omisión impropia, *vid.* RG, 58, pp. 97 s., 98; 69, pp. 321 ss., 324 (equiparándolo con el conflicto de deberes); 77, pp. 125 ss., 127; *vid.* asimismo BGH, 7, pp. 268 ss., 271 ss.; BGH, NJW, 1964, pp. 731 s., 732; acerca de la aplicación analógica del § 139, párrafo 3, inciso 1, StGB, *vid. supra* 29/nota 192.

hay problema de exigibilidad con deberes en virtud de responsabilidad por organización que no concurra igualmente en los delitos de resultado por comisión. Sobre todo, la ejecución de la acción, como prestación prescrita, no posee *per se* mayor importancia que la omisión de una acción al obedecer la prohibición (con detalle *supra* 28/13 ss.). Los delitos de omisión con deberes en virtud de responsabilidad institucional corresponden plenamente a los delitos de infracción de un deber, por comisión. Tampoco aquí se presentan problemas especiales de la versión omisiva (*vid.* acerca de la atenuación de la pena *infra* 29/125 s.).

En suma, son determinantes las reglas generales de la culpabilidad; no hay que reconocer una inexigibilidad específica de la omisión [195].

100 C. Para la culpabilidad en la omisión imprudente rigen paralelamente, junto a otras, las consideraciones relativas a la exigibilidad en el delito imprudente de comisión [*supra* 20/35 ss.]: Al indagar la evitabilidad típica (la capacidad de evitación concreta) se supone una voluntad dominante de evaluar la situación; el que falte una voluntad dominante y por eso el omitente imprudente no realice lo que el autor doloso, merced a su dolo, no tiene que realizar, esto es, la evaluación de la situación, exculpa en los casos en que el autor no es responsable de haber mantenido la serenidad, particularmente porque el déficit cabe derivarlo de su actitud valorativa [196]. Ejemplo [197]: Está exculpada la madre que, al oír que su hijo ha sufrido un grave accidente y al realizar la resolución, concebida en el acto, de apresurarse al hospital, olvida desconectar la plancha, declarándose un incendio; sin embargo, no está exculpada si sufre la misma pérdida de serenidad al saber de su tienda de moda que acaban de recibir nuevos modelos. No es la intensidad psíquica de la impresión lo decisivo, sino la actitud valorativa.

VIII. COMPLEMENTO A LA REALIZACION DEL TIPO: LAS PECULIARIDADES DE LA INTERVENCION POR OMISION

BIBLIOGRAFIA: *G. Arzt*, Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, JA, 1980, pp. 553 ss., 647 ss.; *R. Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechungstypus im Strafrecht, 1985; *el mismo*, Anstiftung durch Unterlassen?, JA, 1987, pp. 490 ss.; *W. Gallas*, Comentario a BGH, JZ, 1952, pp. 370 s., loc. cit., pp. 371 ss.; *el mismo*, Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, JZ, 1960, pp. 649 ss., 686 ss.; *G. Grünwald*, Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte, ZStW, 70, pp. 412 ss.; *el mismo*, Die Beteiligung durch Unterlassen, GA, 1959, pp. 110 ss.; *R. D. Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *el mismo*, Täterschaft und Teilnahme, 1977; *el mismo*, Zur Strafbarkeit der Beteiligung am frei gewählten Selbstmord, dargestellt am Beispiel des Gefangenensuizids und der strafrechtlichen Verantwortung der Vollzugsbediensteten, ZStW, 91, pp. 547 ss.; *Armin Kaufmann*, Die dogmatik der un terlassungsdelikte, 1959; *G. Kielwein*, «Unterlassung und Teilnahme», GA, 1955, pp. 225 ss.; *D. Meyer*, Anstiftung zum Unterlassen?, MDR, 1975, pp. 286 ss.; *P. Nitze*, Die Bedeutung der

[195] *Jescheck*, AT, § 59, VIII, 3; *LK-Jescheck*, núm. marg. 91, ante § 13; *Blei*, AT, § 89, II; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 46, núms. margs. 133 ss.; *Schünemann*, ZStW, 96, pp. 287 ss., 316.

[196] Ampliamente, *Jakobs*, Studien, pp. 141 ss., 144 s.

[197] *Nowakowski*, JurBl., 1953, pp. 506 ss., 509.

Entsprechungsklausel beim Begehen durch Unterlassen (§13 StGB), 1989; *H. Otto*, Anstiftung und Beihilfe, JuS, 1982, pp. 557 ss.; *O. Ranft*, Garantieflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung, ZStW, 94, pp. 815 ss.; *el mismo*, Die garantiepflichtwidrige Unterlassen der Taterschwerung, ZStW, 97, pp. 268 ss.; *C. Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 5.ª ed. 1989; *H.-J. Rudolphi*, Die Geichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966; *H. Rüping*, Teilnahme durch Unterlassen, Revue de Droit International, 1974, pp. 126 ss.; *B. Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971; *M. Schultz*, Amtswalterunterlassen, 1984; *Chr. Sowada*, Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt, Jura, 1986, pp. 399 ss.; *U. Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988; *G. Timpe*, Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983.

A. Deberes en virtud de responsabilidad por la organización

1. En los delitos de omisión en los que se actúa en contra de un deber en virtud de responsabilidad por organización, la distinción de las formas de intervención hay que llevarla a cabo al igual que en el delito de comisión. Así pues, hay autoría por omisión en todas sus formas y además participación por omisión. Una solución discrepante tampoco podría satisfacer axiológicamente, por la discrecionalidad con la que se pueden organizar de otro modo las acciones en los casos de omisión en virtud de responsabilidad por organización. La correspondencia existe, desde luego, no entre la omisión misma y el actuar de determinada forma de intervención, pues la omisión no puede, por falta de causalidad, ejecutarse en concepto de autor (o con voluntad de autor), ni favorecer un hecho ajeno [198]. Más bien, lo que se corresponde es el *fundamento* de responsabilidad de la omisión con la forma de intervención de la acción. *Las partes, en el curso causal dañoso, que lo conectan con el ámbito de organización del autor de la omisión, corresponden a una acción mediante la que se producen tales partes del curso causal.* Ejemplo: A quien es garante de que un veneno no esté accesible libremente, si permite el acceso de un homicida al veneno, en caso de que lo permita por omisión (no asegurar; no revocar), se le trata como en caso de que lo permita por acción (entregar), es decir, generalmente como cómplice [198a]. **101**

Paralelamente a la intervención mediante comisión, también en la intervención por omisión en los casos de coautoría (§ 25.2 StGB) y participación (§§ 26 s. StGB) con dolo de consumación, tiene que omitirse evitar un hecho principal doloso y antijurídico, o la tentativa de éste. Para poder ser autor, el que omite debe ostentar los especiales elementos objetivos y subjetivos de la autoría, necesarios en su caso. Ejemplo [199]: El propietario de un vehículo que no impide que el conductor se dé a la fuga tras el accidente sólo es —supuesta

---

[198] En otro sentido la jurisprudencia, que al respecto también decide a veces con arreglo a la teoría subjetiva (BGH, LM, núm. 10, ante § 47 StGB; BGH, 13, pp. 162 ss., 166 ss.; BGH, NJW, 1966, p. 1763; igualmente *Baumann-Weber*, AT, § 37, II, 2 *b*, α), y a veces con arreglo a la teoría del dominio del hecho (BGH, 2, pp. 150 ss.; BGH, MDR, 1960, pp. 939 s.). Con respecto a la jurisprudencia, detalladamente, *Roxin*, Täterschaft, pp. 91 ss., 572 ss.; *LK-Roxin*, § 25, núm. marg. 143; acerca de la jurisprudencia del *Reichsgericht*, *vid. LK-Roxin*, loc. cit., p. 142.

[198a] *Vid. Timpe*, Strafmilderungen, pp. 203 ss.

[199] OLG Stuttgart, NJW, 1981, pp. 2369.

la posición de garante— cómplice en el delito de huida del lugar del accidente (§ 142 StGB) del conductor. En la autoría mediata (§ 25, párrafo 1, 1.er grupo de casos, StGB), el que omite debe tener el dominio de la decisión. Pormenores:

102 2. *a)* En orden a delimitar entre coautoría [199a] y complicidad, cuestión de importancia práctica, hay que atender a si las partes del curso causal que pertenecen al ámbito de organización del autor de la omisión, al menos codeterminan la configuración del hecho en plano de igualdad con la aportación del autor principal, y entonces coautoría, o bien son menos trascendentes, y entonces sólo complicidad. Ejemplos: Quien sólo es garante de que se mantengan inaccesibles ciertos objetos peligrosos, o de asegurar objetos puestos en peligro (mantener cerradas puertas, o niños protegidos), sólo será por lo general cómplice, dado que la configuración del hecho no se determina en la misma medida a través de la accesibilidad del medio o de la falta de aseguramiento, que a través del hecho principal. Sólo en casos extremos, p. ej., de amplia división del trabajo, viene en consideración la coautoría (*vid. supra* 21/55). Pero sí se da coautoría cuando coinciden varios fundamentos de responsabilidad y en su acumulación codeterminan el hecho en plano de igualdad (pudiendo acumularse aportaciones tanto por acción como por omisión). Ejemplo: Quien entrega el medio del hecho para unas lesiones, y además omite el aseguramiento del objeto del hecho, que con independencia de ello le incumbe, y, de nuevo al margen de los fundamentos de responsabilidad ya mencionados, omite avisar a los servicios de socorro, es generalmente coautor. Así también son coautores los padres por la infracción penal tolerada a sus hijos menores de edad sujetos a su cuidado: Son garantes de que no se produzcan resoluciones delictivas en sus hijos, así como de que no acaezcan hechos de esa clase.

102a *b)* El problema de la causalidad hipotética en la complicidad [200] por omisión ha de decidirse paralelamente a la solución de la causalidad en la complicidad mediante acción: Como ya es cómplice mediante acción aquel que presta una aportación reemplazable (*supra* 22/37), también es cómplice mediante omisión aquel que, infringiendo su deber, no prepara un obstáculo superable para el hecho [201]. Ejemplo: Quien, infringiendo su deber, no cierra las puertas, que el ladrón de todos modos habría escalado, es cómplice. Otro tanto rige con respecto a la coautoría: Al igual que en el delito de comisión también puede ser coautor quien realiza aportaciones reemplazables, también puede responder como coautor por omisión quien no prepara un obstáculo superable para

---

[199a] Acerca de la de decisión común del hecho, *Nitze*, Bedeutung, pp. 153 ss.; sobre la complicidad, pp. 159 ss.

[200] Sobre la jurisprudencia, *vid. LK-Jescheck*, § 13, núm. marg. 57 con amplias referencias.

[201] *Ranft*, ZStW, 97, pp. 268 ss., 288 y *passim; de otra opinión, Armin Kaufmann*, Dogmatik, p. 293; *Grünwald*, GA, 1959, pp. 110 ss., 118, nota 21; *Roxin*, Täterschaft, p. 489. No cabe conceder que, en la solución que aquí se propugna, se trate de un mandato de «intervención "inútil"» (*Grünwald*, loc. cit.): El mandato no es inútil, sino que determina, en tanto que se cumple, que al autor principal se le asigne también la superación de la dificultad. La garantía normativa de un bien se perdería, de decidir en otro sentido, debido a lo fáctico. En favor de la solución aquí defendida habla también que, de acuerdo con opinión general, aquel que despeja un obstáculo en el camino del autor es cómplice (*supra* 22/37); a partir de aquí, el no crear el obstáculo no puede ser jurídicamente neutro.

el hecho. Ejemplo [201a] de omisión por parte de todos: Un miembro de la dirección de una empresa omite solicitar la retirada de un producto peligroso para la salud; los otros miembros (¡que en conjunto omiten igualmente!) no habrían aceptado la solicitud (esto último es meramente un curso causal hipotético, al respecto *supra* 7/75, 83 *a*).

En relación con la no evitación de la intensificación de determinado resultado, rigen las consideraciones realizadas en torno a la complicidad mediante acción (*supra* 22/37). *Vid.* asimismo, acerca del contexto del fin de la norma, *supra* 29/24 s., y del comportamiento comunicativo, *supra* 29/30, nota 92 *a*.

c) La autoría mediata mediante omisión se da cuando la circunstancia que **103**
en el ejecutor excluye la imputación es el fundamento de responsabilidad para el autor de la omisión. Dicho fundamento de responsabilidad será a menudo el poder sobre una persona a su vez no responsable en general [202], pero puede referirse también a una situación en concreto en que está excluida la imputación. Ejemplo: El portero-administrador de una vivienda, que no libera a la pesona que por error ha quedado encerrada, supuesto el dolo, es autor mediato por omisión, mediante la utilización de un instrumento justificado (§ 34 StGB), si la persona encerrada se libera rompiendo una puerta [202a].

d) Con arreglo a la solución desarrollada más arriba en relación con la in- **104**
ducción, según la cual es necesaria una comunicación acerca de que el hecho ha de ejecutarse (*supra* 22/22), no hay inducción mediante omisión [202b] ya cuando el fundamento de responsabilidad es el dolo ajeno de cometer delito (p. ej., el dolo de cometer un delito de una persona a que se debe vigilar), sino que la omisión debe tener a su vez valor de información, o bien el deber ha de dirigirse al aseguramiento o salvación ante una información inductora que, si no se lleva a cabo la acción del que omite, sale del ámbito de organización de éste. Ejemplos: El hijo manifiesta que va a incendiar la finca en interés del padre, pero siempre que el padre no guarde su libreta de ahorros; el padre deja abierta la libreta justo allí donde se encuentra. Los padres no impiden a su hijo menor de edad sujeto a su cuidado que induzca a un tercero a cometer un hecho (o no impiden el hecho al que se indujo). El agente provocador, después de haber inducido al autor a un delito, se da cuenta de que éste va a poder consumarlo, y no lo impide. El receptor de un ofrecimiento (§ 30.2 StGB), que ha redactado un borrador de aceptación, no impide a su secretaria que lo envíe.

[201a] BGH, NJW, 1990, pp. 2560 ss., 2566: el *hacer*, que también se da ahí —una decisión positiva de no retirar el producto— no determinó el daño, sino que no era más que la constancia de una decisión común de omitir.

[202] *Vid. Schmidhäuser*, AT, 17/8; *Nitze*, Bedeutung, pp. 156 s. En tal sentido también el caso LG Göttingen, NStZ, 1985, pp. 411 (al respecto *Kusch*, NStZ, 1985, pp. 385 ss.): El director de una clínica, mediante incitaciones no permitidas a la ejecución, contribuye (en su caso, imprudentemente) a nuevos delitos de la persona ingresada. Si los nuevos delitos cabe atribuirlos al ingresado en tanto que persona culpable, decae la autoría mediata y se aplican los principios de las demás formas de participación.

[202a] ¡La autoría mediata se basa en la posición de garante para con el encerrado! La posición de garante con respecto al edificio comporta complicidad en el hecho del encerrado (al igual que en la comisión, la entrega de una cosa ajena a fin de que se la dañe constituye complicidad).

[202b] Ampliamente, *Bloy*, JA, 1987, pp. 490 ss.; *Stein*, Beteiligungsformenlehre, pp. 273 ss., ambos con bibliografía relativa al estado del debate; críticamente, *Nitze*, Bedeutung, pp. 157 ss.

e) Con arreglo a los principios generales, es posible la intervención en cadena (*supra* 22/30). Así pues, la no evitación, en concepto de autor, de una conducta de complicidad es a su vez complicidad, y la no evitación en concepto de cómplice es sólo complicidad en la complicidad.

105 3. Las soluciones mencionadas son extremadamente polémicas [202c]. Las controversias se basan sobre todo en que no se distingue entre delitos en virtud de responsabilidad por organización y delitos en virtud de responsabilidad institucional [203], de modo que la semejanza de los primeros con los delitos de dominio puede utilizarse contra la cualidad de los últimos como delitos de infracción de deber, y a la inversa. En ocasiones se distingue entre garantes de protección (generalmente autores también junto a otros intervinientes) y garantes de control (junto a otros intervinientes, sólo cómplices) [204]. Dada la intercambiabilidad de estas clases de garante, la solución se basará en un círculo vicioso: A partir de la forma de intervención considerada correcta se atribuye una u otra posición de garante. Según otra doctrina, el que omite junto a quien actúa con dolo siempre será cómplice; sin embargo, reforzaría al autor si aún es capaz de impedir, mientras que el que actúa ya ha perdido la influencia sobre el suceso [205]. Empero, esta disminución de valor de las omisiones frente a las acciones, en los deberes en virtud de responsabilidad por organización, no da cuenta de la intercambialidad de acción y omisión mediante cambios insignificantes en la organización. Tampoco puede satisfacer el aumento de valor general de la omisión cuando el que actúa ya no tiene influencia, dado que el omitir correspondiente a la ejecución de propia mano (dominio de la acción) no se determina según el momento de la acción de auxilio (acerca de ello *supra* 29/56). La doctrina dominante aplica, expresa o implícitamente, siempre, es decir, también para los deberes de garante en virtud de responsabilidad por organización, aquí en cuestión, las reglas generales de los delitos de infracción de deber [206], aun cuando a veces con notables modificaciones [207]. Los problemas que entonces surgen en relación con la tentativa de delito son irresolubles [208]: La entrega

---

[202c] Exposición del estado de las opiniones en *Schultz*, Amswalterunterlassen, pp. 176 ss.; *Ranft*, ZStW, 94, pp. 815 ss., 817 ss., 823 ss.; *Sowada*, Jura, 1986, pp. 399 ss., 401 ss. Quien siga la teoría subjetiva, temerá la precisión que aquí se pretende; *vid.*, p. ej., BGH, StV, 1986, pp. 59 s.

[203] *Vid.* no obstante, *Roxin*, Täterschaft, pp. 659 s. Una diferencia semejante se encuentra, con todo, en *Schönke-Schröder-Cramer*, núms. margs. 86 ss., ante §§ 25 ss., fundada en una argumentación claramente tópica. Por completo tópicamente («una decisión al margen de los grupos de casos» sería «inadecuada a la realidad»), *Otto*, JuS, 1982, pp. 557 ss., 565.

[204] *Schönke-Schröder-Cramer*, 18, núms. margs. 80 ss., ante § 25; *Herzberg*, Unterlassung, pp. 257 ss.; *el mismo*, Täterschaft und Teilnahme, pp. 82 ss.; *vid.* asimismo *Schünemann*, Grund und Grenzen, pp. 377 s.

[205] *Gallas*, JZ, 1952, pp. 371 ss.; *el mismo*, JZ, 1960, pp. 649 ss., 686 ss., 687; *Kielwein*, GA, 1955, pp. 225 ss., 227; *Jescheck*, AT, § 64, IV, 5; *LK-Jescheck*, § 13, núm. marg. 57; en lo esencial también *Ranft*, ZStW, 94, pp. 815 ss., 845, 861, 862 s. (en contra, *Roxin*, Täterschaft, pp. 630 ss.); *vid.* asimismo *Maurach-Gössel*, AT, II, § 50, núms. margs. 71 ss.; *Bockelmann-Volk*, AT, § 26, I, 2 *b*; *Schmidhäuser*, AT, 17/14; *el mismo*, Studienbuch, 13/13.

[206] Fundamentales, *Armin Kaufmann*, Dogmatik, pp. 291 ss.; *Grünwald*, GA, 1959, pp. 110 ss.; *Welzel*, Strafrecht, § 28, V, 2; *Roxin*, Täterschaft, pp. 459 ss.; además, *Rudolphi*, Gleichstellungsproblematik, pp. 138 ss.; *LK-Roxin*, § 25, núms. margs. 147 ss.; *SK-Rudolphi*, núms. margs. 37 ss., ante § 13; *Stratenwerth*, AT, núms. margs. 1076 ss.; con excepciones para los delitos sujetos a determinado comportamiento, también *Bloy*, Beteiligungsform, pp. 214 ss., 219 ss.

[207] *Vid.* al respecto *LK-Roxin*, § 25, núm. marg. 150, con bibliografía.

[208] Acertadamente, *Schönke-Schröder-Cramer*, núm. marg. 89, ante §§ 25 ss.

(acción) de una cosa para un hecho principal que no llega como mínimo a intentarse es impune, en tanto que complicidad simplemente intentada; el no asegurar, contrario a deber, la misma cosa, constituirá tentativa en concepto de autor, aplicando las reglas de los delitos de infracción de deber (acerca de la llamada solución individual en los delitos de deber, *supra* 21/118). Es incoherente, asimismo, en esta posición doctrinal que la complicidad mediante acción se transforme por la idea de injerencia en autoría mediante omisión, y ello porque se pasa por alto la atenuación del marco penal para la complicidad (§§ 27.2, 49 StGB) y se plantea la cuestión de cómo distinguir las formas de participación en el delito de comisión a partir del lado de la omisión. A este dilema se intenta escapar mediante una atenuación de la pena, general —y consiguientemente imprecisa— para la omisión [209]. Todas estas dificultades no surgen, sin embargo, si se derivan las formas de participación a partir del fundamento de responsabilidad, como aquí se lleva a cabo. Al margen de las controversias ya mencionadas, en ocasiones se excluye la inducción por omisión [210], y a veces incluso la autoría mediata por omisión [211], desde luego habiendo pasado por alto los grupos de casos arriba mencionados en relación con estas formas de participación.

105a 4. En la intervención meramente aparente (prohibición de regreso, *supra* 24/13 ss.) falta la posición de garante. Así como son difíciles de formar tales casos en el ámbito del delito de comisión, porque allí, según la doctrina usual, es posible renunciar a la derivación positiva de la posición de garante, no obstante aparecen normalmente en el delito de omisión, porque para ellos no se puede fundamentar posición de garante alguna. Ejemplo: no se discute que un comerciante de bebidas espirituosas realiza complicidad en el envenenamiento si vende al autor, conociendo sus planes, un aguardiente común, con el que se administrará el veneno; pero está (casi) fuera de discusión que el comerciante de bebidas espirituosas no realiza complicidad mediante omisión si ha vendido el aguardiante sin sospechar nada, pero después averigua los planes del comprador y no impide que los lleve a cabo, aun cuando podría. Si en la variante omisiva falta la fundamentación de un riesgo especial (es decir, si no hay posición de garante por injerencia), entonces en la variante comisiva no puede ser de modo distinto (queda en ambas el § 323 *c* StGB).

B. Deberes en virtud de responsabilidad institucional

106 1. Los delitos de omisión en los que se quebranta un deber en virtud de responsabilidad institucional son delitos de infracción de deber. En estos delitos no se trata de preservar un bien ajeno de los efectos del propio ámbito de organización, sino de garantizar la propia existencia del bien en general o bien contra determinados peligros, solidariamente. Fundamento de responsabilidad

---

[209] *Grünwald*, loc. cit. y *el mismo*, ZStW, 70, pp. 412 ss., 429 s.; *Armin Kaufmann*, loc. cit., pp. 300 ss.; *Welzel*, Strafrecht, § 28, VI.

[210] *Baumann-Weber*, AT, § 37, 1, 2 *b*, beta; *Jescheck*, AT, § 64, III, 6; *Jescheck*, § 13, núm. marg. 56, con más bibliografía. En favor de la inducción, pero sin atender —como aquí se hace— a un acto comunicativo, *Lackner*, § 26, nota 3; *Schmidhäuser*, AT, 17/10.

[211] *LK-Jescheck*, § 13, núm. marg. 59; *LK-Roxin*, § 25, núm. marg. 155; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1066, todos con bibliografía.

es la vinculación institucional con el bien; esta vinculación es siempre directa, o sea, que su quebrantamiento se lleva a cabo siempre en concepto de autor [212]. De este modo, se da también omisión en concepto de autor cuando el obligado no impide el delito de otra persona contra el bien, aun cuando este delito a su vez sólo constituya participación [213]. Ejempo: El agente de policía que no impide la inducción a un delito (y que no tiene otras posibilidades de evitación), es autor de ese delito.

107 De la responsabilidad directa por el bien se sigue también que no importa la tipicidad de un «hecho principal». Ejemplo: Los padres que no impiden que su hijo menor de edad, sujeto a su cuidado, cometa suicidio —atípico—, son autores —típicamente, en su persona— del delito contra la vida [214]. Ello es así también en la intervención del obligado especialmente, mediante acción. Ejemplo: Si en el ejemplo acabado de señalar los padres proporcionan al hijo el medio para suicidarse, son autores no obstante la acción externa de participación, y ello incluso si no tienen más posibilidad de impedir que el hijo cometa el hecho que reteniéndole el medio (es decir, mediante omisión). De acuerdo con las mismas reglas, la autoría del delito de infracción de deber se sobrepone a la eventual participación mediante acción. Ejemplo: El esposo que entrega el medio para matar a su mujer, es autor [215].

2. La participación sólo aparece en los deberes en virtud de responsabilidad institucional cuando el obligado no puede ser autor porque no cumple en su persona todos los elementos de la autoría [216], p. ej., porque le falta la intención trascendente requerida (ejemplo: El autor no impide, sin tener él mismo ánimo de apoderamiento, el hurto en la propiedad de su hijo menor de edad sujeto a su cuidado, §§ 242, 13, 27 StGB).

IX. COMPLEMENTO A LA REALIZACION DEL TIPO: LA INTERVENCION EN LA OMISION

BIBLIOGRAFIA: *K. Geppert,* Zur Problematik des § 50, Abs. 2, StGB im Rahmen der Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt, ZStW, 82, pp. 42 ss.; *R. D. Herzberg,* Die Problematik der «besonderen persönlichen Merkmale» im Strafrecht, ZStW, 88, pp. 68 ss.; *G. Jakobs,* Nötigung durch Gewalt, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 791 ss.; *Armin Kaufmann,* Die Dogmatik der Unterlassgungsdelikte, 1959; *W. Langer,* Zum Begriff der «besonderen persönlichen Merkmale», Lange-Festsch-

[212] *Vid.* los autores citados *supra* 29/nota 206, que consideran todos los delitos omisivos como delitos de infracción de deber; acerca de la reciente discusión, *vid. Roxin,* Täterschaft, pp. 629 s.

[213] *De otra opinión, SK-Rudolphi,* núm. marg. 42, ante § 13; *LK-Roxin,* § 25, núm. marg. 151, no obstante, ambos con ejemplos relativos a deberes en virtud de responsabilidad por organización.

[214] Sobre esta problemática, ampliamente, *Herzberg,* Unterlassung, pp. 262 s.; *el mismo,* ZStW, 91, pp. 557 ss., 567, con bibliografía acerca al estado del debate; más bibliografía *supra* 21/99; 29/nota 132.

[215] Para un caso en que el obligado sólo podía evitar el resultado omitiendo su participación, esto constituye autoría en la forma de comportamiento activo; sin embargo, la forma de comportamiento no interesa en los delitos de infracción de deber (y tampoco para el § 13.2 StGB, *vid. infra* 29/126); el obligado no es autor en virtud del actuar, sino de la infracción del deber.

[216] En igual sentido *Stratenwerth,* AT, núm. marg. 1079; *SK-Rudolphi,* § 13, núm. marg. 41; *LK-Roxin,* § 25, núm. marg. 150; *Roxin,* Täterschaft, pp. 479 ss.; *Rudolphi,* Gleichstellungsproblematik, p. 63; *Armin Kaufmann,* Dogmatik, p. 288.

rift, pp. 241 ss.; *C. Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 5.ª ed. 1989; *W. Stree*, Teilnahme am Unterlassungsdelikt, GA, 1963, pp. 1 ss.; *Th. Vogler*, Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt, Lange-Festschrift, pp. 265 ss.

108 1. El omitir, como ausencia de una acción, no es un suceso, sino la falta de un suceso. Si se toma por base una omisión así definida, resulta imposible la participación en el omitir, pues aquello en lo que se ha de participar tiene al menos que haber sucedido [217]. No obstante, el omitir típico no es la falta de un suceso, sino también la responsabilidad por un curso causal. En este curso causal es posible la intervención, con la consiguiente responsabilidad por intervención, si el que toma parte vincula su ámbito de organización con el del que omite, siendo también el que interviene responsable del curso causal merced a esa vinculación. Siempre que la intervención en la omisión se lleve a cabo mediante acción, se trata de casos en los que la posición de último en una cadena de sujetos que actúan, debido a la omisión subsiguiente, no es autoría de propia mano (*supra* 21/37 s., 29/56). Ejemplo: El recadero de la dirección de una empresa de productos químicos que transmite al técnico de la estación de depuración la orden de no detener el vertido de residuos químicos, aun cuando éstos van a contaminar gravemente un río, no es autor, sino a lo sumo cómplice del vertido de residuos peligrosos para el medio ambiente (§ 326.1 StGB), ya que su aportación sólo llega a surtir efecto a través del ámbito de organización de la actividad, y no es suficientemente importante para la coautoría (según como se presente el caso, también puede tratarse de prohibición de regreso).

La intervención en el omitir no está limitada a los delitos de omisión con deberes de garante en virtud de responsabilidad por organización, sino que también es posible en delitos de omisión en virtud de responsabilidad institucional, paralelamente a la intervención, por comisión, en el delito especial en sentido estricto.

109 2. La inducción a la omisión se resuelve sin problemas especiales; presupone que, para el obligado, el dolo del hecho de aquel en el que se influye es suficiente motivo para omitir un comportamiento de evitación del resultado (*vid. supra* 22/22). Ejemplo: El inductor ofrece dinero a un investigador de la policía si renuncia a poner en marcha determinadas pesquisas. Si el inducido no tiene deber alguno de realizar acción de evitar el resultado, por falta de hecho principal típico, tampoco se da inducción típica [218] (pero la disuasión de la salvación puede constituir un hecho del § 323 *c* StGB).

---

[217] Fundamentales, *Armin Kaufmann*, Dogmatik, pp. 190 ss.; *Welzel*, Strafrecht, § 28, V, en relación con § 27, V.

[218] Controvertido; en ocasiones se aprecia en este caso autoría (obrar el último) del inductor (como aquel que disuade de que se impida el resultado). Pero por falta de dominio sobre la ausencia de evitación del resultado no cabe justificar axiológicamente esta equiparación de la causalidad en que interviene una persona con capacidad de evitar a la causalidad determinada inevitablemente. Además, sólo puede comportar punibilidad una forma de participación accesoria cuando al que influye le falta una cualificación de autor. Ejemplo: El *extraneus* que determina al administrador a realizar una omisión perjudicial, por falta de deber de lealtad no puede ser él mismo autor de administración desleal, § 266 StGB; así, acertadamente, *Schönke-Schröder-Cramer*, núm. marg. 86, ante §§ 25 ss.; *Stree*, GA, 1963, pp. 1 ss., 3 ss., 9; *Meyer*, MDR, 1975, pp. 286 ss.; *Roxin*, Täterschaft, p. 524. A la inversa, se ampliaría la punibilidad de la tentativa: La tentativa infructuo-

110 3. Tampoco la autoría mediata presenta especiales problemas. En la utilización de un instrumento no doloso se comprenden conjuntamente, en el Derecho vigente, correlativamente a la regulación de la comisión, algunos casos de participación en hecho no doloso (*supra* 21/72). Dado que la autoría mediata es hecho propio del hombre de atrás, no importa qué deberes incumbían al instrumento. Ejemplo: Si se disuade a una persona de que salve un bien material, al mentirle en el sentido de que hay bienes suyos que se hallan en peligro, el que miente es autor mediato de los daños en los bienes que se quedan sin protección, tanto si el que omite estaba obligado a evitar el resultado como garante, o por solidaridad mínima a través del § 323 *c* StGB, o de ningún modo. Naturalmente, el intento de salvación debe estarle garantizado a la víctima; tal es el caso cuando el salvador gestiona en ese momento el asunto de la víctima, pero no cuando puede que lo gestionase más tarde. Ejemplo: Quien, fingiendo ante otra persona que bienes de ésta se hallan en peligro, le impide que se traslade a determinado lugar, donde se encontraría con una situación de necesidad y *salvaría* a la víctima, a lo sumo responde por el § 323 *c* StGB [218a] (*vid. supra* 7/22 y 7/60 ss.).

111 4. Las formas de intervención accesorias (coautoría mediante el dominio de la configuración, o participación) son posibles a través de auxilio tanto psíquico como físico; esto último, en la intervención en la omisión mediante acción, afecta al ámbito en que un omitir subsiguiente priva al comportamiento precedente de la cualidad de ser realización del resultado (enteramente) de propia mano [219] (*vid. supra* 29/108). En la omisión del obligado en virtud de responsabilidad institucional nadie puede ser coautor (*vid. supra* 21/115 ss.). Si decae la participación porque el propio partícipe está obligado institucionalmente u organiza en concepto de autor, se da autoría simultánea.

112 5. En los deberes en virtud de responsabilidad institucional sólo el titular de un estatus institucionalmente asegurado puede ser autor; así pues, se trata de deberes especiales en sentido estricto (*supra* 6/91), debiéndoseles aplicar a los partícipes el § 28.1 StGB. Ejemplo: El que promete dinero a un fiscal si no persigue determinada infracción penal, responde por inducción al encubrimiento en ejercicio de cargo (el § 258 *a* StGB es, en el ámbito de la omisión, dentro de los deberes en virtud de responsabilidad institucional, un delito especial propio auténtico), pero con un marco penal reducido a tenor de los §§ 28.1, 49 StGB.

Por el contrario, en los deberes en virtud de responsabilidad por organización se trata de ocuparse de que el propio ámbito de organización no menoscabe otro ajeno; la relación del obligado con el bien ajeno sigue estando definida negativamente (no menoscabar). Por eso, no se da un deber especial, al igual que en el delito de resultado por comisión la prohibición de realizar la

---

sa de inducir al obligado a que incumpla su deber se convertiría en tentativa de delito en concepto de autor; *vid. Stree*, loc. cit., pp. 2 s.

[218a] *Jakobs*, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 791 ss., 806, con nota 39.

[219] En todo caso, al influjo psíquico corresponde el resultado de la doctrina dominante, que obviamente en este punto distingue en escasa medida; BGH, 14, pp. 280 ss., 282; *Schönke-Schröder-Cramer*, núm. marg. 86, ante §§ 25 ss.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1075; *LK-Jescheck*, § 13, núm. marg. 52, con amplia bibliografía.

acción tampoco fundamenta deber especial alguno. No se ha de aplicar, pues, el § 28 StGB [220].

X. COMPLEMENTO A LA REALIZACION DEL TIPO Y A LA CULPABILIDAD: LA TENTATIVA Y LA TENTATIVA DE INTERVENCION MEDIANTE OMISION

BIBLIOGRAFIA: *J. Brammsen* Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, 1986; *G. Grünwald,* Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts, JZ, 1959, pp. 46 ss.; *R. D. Herzberg*, Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR, 1973, pp. 89 ss.; *Armin Kaufmann* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *O. Lönnies*, Rücktritt und tätige Reue beim unechten Unterlassungsdelikt, NJW, 1962, pp. 1950 ss.; *W. Maihofer,* Der Versuch der Unterlassung, GA, 1958, pp. 289 ss.; *C. Roxin*, Der Anfang des beendeten Versuchs, Maurach-Festschrift, pp. 213 ss.; *H. Rudolphi*, Die Strafbarkeit des versuchten unechten Unterlassungsdelikts, MDR, 1967, pp. 1 ss.; *F. Schaffstein*, Die Vollendung der Unterlassung, Dreher-Festschrift, pp. 147 ss.; *E. Schmidhäuser,* Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht, Gallas-Festschrift, pp. 81 ss.; *W. Schöne,* Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz, 1974; *H. Wegscheider,* Versuch und Rücktritt beim schlichten Unterlassungsdelikt, JurBl., 1976, pp. 353 ss.; *J. Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981.

A. La tentativa

1. También una omisión se puede intentar [221]; dado que la omisión consiste en un comportamiento típico que puede ser un delito consumado, discurre también por la fase previa a la consumación. La definición legal de la tentativa (§ 22 StGB) ha de modificarse, con arreglo a la cláusula de correspondencia del § 13.1 StGB, en el sentido que no se trata de un dar comienzo a la *realización* del tipo (entendida como acción), sino de un dar comienzo a la omisión típica [222]. Naturalmente, cabe considerar también la omisión típica como realización del tipo en sentido amplio. 113

[220] Muy controvertido; una distinción según la clase de posición de garante no se encuentra, por lo demás, sino que más bien, a partir de la semejanza a las prohibiciones de los mandatos en virtud de responsabilidad por organización, se niega en ocasiones que quepa aplicar en general el § 28 StGB (*Herzberg*, ZStW, 88, pp. 68 ss., 108 s.; *Geppert*, ZStW, 82, pp. 40 ss., 70; *LK-Jescheck*, § 13, núm. marg. 52) en ocasiones, a partir de la vinculación especial del obligado en virtud de responsabilidad institucional, se afirma en general la aplicabilidad del § 28 StGB (*Langer*, Lange-Festchrift, pp. 241 ss., 262; *Brammsen*, Entstehungsvoraussetzungen, pp. 107 ss.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 935; *Baumann-Weber*, AT, § 37, III, 2 *b*, ß; *SK-Samson*, § 28, núm. marg. 21).

[221] Ya esto es controvertido; según *Armin Kaufmann*, Dogmatik, pp. 204 ss., 210 ss., 221 ss.; y *Welzel*, Strafrecht, § 28, IV, no se trataría de tentativa de omisión, sino de omisión de la tentativa de una acción conducente a evitar el resultado. Ello afecta a la «estructura» lógico-normativa, pero no a la significación social; *vid. supra* 28/nota 3.

[222] *De otra opinión, Jescheck*, AT, § 60, I, 2, que considera inidónea en la omisión la fórmula del comienzo, y pretende atender al peligro para el objeto de la acción; en contra de la utilidad del concepto de peligro ya *supra* 25/57.

114 2. *a)* Al igual que en la tentativa del delito de comisión, también en la tentativa del delito de omisión es necesario el dolo referido al tipo. Frente a la situación en el delito de comisión, por parte de algún sector doctrinal se exige para la tentativa del delito de omisión, además, la idoneidad, en ocasiones en el sentido de que no basta la sola representación del autor de que el bien se encuentra en peligro [223], en ocasiones también referida a la aptitud del medio de evitación que está disponible [224]. Fundamento de esta divergencia con respecto a las reglas del delito de comisión se considera que es el hecho de que, en los casos mencionados, la tentativa se desarrolla sólo en la psique del autor y, por eso, su punición supone imponer pena por una «actitud» no objetivada [225]. El que el dolo referido al tipo sólo está escasamente objetivado puede ser acertado en casos concretos, y corresponde entonces a la situación en los delitos de comisión en los que el autor supone erróneamente que mediante acciones casi socialmente adecuadas desde el punto de vista objetivo puede realizar el resultado (y en su caso incluso lo realiza, *supra* 25/65, 73). La objetivación de un comportamiento sólo se puede determinar, siempre, si se tiene en cuenta lo querido por el autor. En todo caso, nunca existe como problema privativo de la omisión.

115 *b)* De todos modos, en la tentativa de omisión, al igual que en la tentativa de comisión, el dolo no puede crear deberes especiales; así pues, la suposición errónea de una posición de garante en virtud de responsabilidad institucional no conduce a la tentativa, sino al delito putativo (*supra* 25/43 ss., con bibliografía). Ejemplo: El padre de un niño ilegítimo que —sin cuidar fácticamente (asunción) del niño— supone que la guarda le está atribuida por la ley, y omite auxiliarlo en una situación de desamparo, intenta infringir un deber inexistente, y comete por tanto delito putativo. No obstante, se da la tentativa cuando el que omite supone erróneamente los presupuestos de una posición de garante en virtud de responsabilidad por organización [226] o, dada la responsabilidad institucional, supone erróneamente que existe una situación de peligro (el padre confunde al niño que se encuentra en peligro con su propio hijo, sujeto a su cuidado).

116 3. *a)* En el delito de omisión cabe distinguir la tentativa acabada de la tentativa inacabada conforme a las mismas reglas que en el delito de comisión: Al igual que en éste la tentativa es inacabada cuando el autor no ha creado completamente ningún riesgo, y acabada, en tanto que se creó un riesgo, aun cuando el autor aún pueda dar marcha atrás (tentativa acabada con posibilidad de revocación; acerca de ello *supra* 25/72 ss.), así en el delito de omisión la tentativa es inacabada cuando no se modifica en su clase y medida el riesgo de fracaso de la salvación, existente al comenzar la tentativa, y acabada cuando tal modificación se da completamente —de modo revocable o irrevocable— [227].

---

[223] *Rudolphi*, MDR, 1967, pp. 1 ss.; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 55, ante § 13.

[224] *Schmidhäuser*, AT, 17/27; *el mismo*, Gallas-Festschrift, pp. 81 ss., 96 s.

[225] *Rudolphi, Schmidhäuser*, loc. cit.; *Herzberg*, MDR, 1973, pp. 89 ss.

[226] Dado el acuerdo en cuanto a los principios, en esto *de otra opinión, Stratenwerth*, AT, núm. marg. 699; en términos semejantes a aquí, *LK-Vogler*, § 22, núms. margs. 159 s.

[227] La solución es controvertida; en favor de aplicar las reglas de la tentativa acabada, *Roxin*, Maurach-Festschrift, pp. 213 ss., 232 nota 54; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 56, ante § 13; un amplio sector atiende, como aquí se hace, a si la acción necesaria originariamente aún basta para la salvación (entonces inacabada) o no; *Jescheck*, AT, § 60, II, 2, pero *vid.* asimismo loc. cit. 3; *Jes-*

Ejemplo: Quien ha de cuidar de un niño enfermo que necesita tratamiento médico, pero pretende dejarlo morir, realiza una tentativa inacabada de homicidio mediante omisión si puede llamar por teléfono al médico de cabecera para que cure la enfermedad; pero la tentativa es acabada si ya está cerrada esta vía de solución, aun cuando, p. ej., una operación en el hospital todavía pueda eliminar el riesgo de muerte (tentativa acabada con posibilidad de revocación). Al igual que en el delito de comisión no se da ya una tentativa (acabada) cuando el autor condiciona suficientemente el resultado mediante un actuar *permitido* (*supra* 25/65), en el de omisión tampoco constituye comienzo de la tentativa el dejar pasar algunas posibilidades de salvación si se trata de una nueva organización, permitida, de las posibilidades de salvación. Ejemplo: Quien omite reclamar por teléfono un auxilio imprescindible no realiza, p. ej., una tentativa de omisión acabada, sino ninguna, si más tarde puede aún pedir ese auxilio sin peligro de pérdida de eficacia.

Cuando en ocasiones se distingue «valorativamente» entre tentativa acabada e inacabada según que al autor se le pueda achacar el riesgo de fracaso (tentativa acabada) o no (tentativa inacabada), ello es cierto con la matización de que se trate sólo de un fracaso *debido a haber demorado la salvación*, pero no debido a circunstancias que también habrían concurrido de haber realizado puntualmente la salvación; y es que la posibilidad de fracaso, en este último supuesto, no pasa de ser una desgracia para la víctima, no basándose en el comportamiento defectuoso del autor. Ejemplo: Si un enfermo necesita un medicamento y el garante se demora en procurárselo hasta que ya no es seguro si se podrá conseguir en el muy poco tiempo que queda, el garante soporta el riesgo ínsito en la demora, pero no además el riesgo de que el medicamento surta efectos o no (a no ser que el medicamento surta peores efectos precisamente a causa de su ingestión con retraso). En definitiva, pues, el riesgo de demora de la tentativa de omisión se corresponde con el riesgo de la tentativa acabada por comisión [228].

b) En relación con el comienzo de la tentativa, el paralelismo con la co- 117
misión da lugar al siguiente resultado: Condición necesaria (pero no suficiente) de la tentativa de delito de comisión es que el autor emprenda algo que le hace avanzar, según su representación, en el camino hacia la realización del tipo. Si interrumpe la tentativa, lo emprendido no pasa de ser un fragmento, es decir, que la inversión en la tentativa fue en vano, y el autor ha perdido lo que ha invertido. A esto corresponde la siguiente situación en el delito de omisión: Condición necesaria (pero no suficiente) de la tentativa es un omitir que, se-

---

check, § 13, núm. marg. 48; *Schönke-Schröder-Eser*, § 24, núms. margs. 28 s.; *Blei*, AT, § 86, III, 3; *Lönnies*, NJW, 1962, pp. 1950 ss., 1951 s.; *vid.* asimismo *Grünwald*, JZ, 1959, pp. 46 ss., 48; *Maihofer*, GA, 1958, pp. 289 ss., 298. El Anteproyecto distinguía entre las formas de tentativa.

[228] Tanto en el delito de comisión como en el de omisión hay casos en que se da tentativa, y por tanto el autor, de desistir, soporta el riesgo de que al final se evite o no, aun cuando, de haber planeado desde el principio la misma evitación, no habría tenido dolo, por falta de conocimiento de la posibilidad de resultado. Ejemplo: El conductor que dirige el vehículo hacia un peatón con dolo de homicidio (acción) —o que a la vista de un peatón no frena (omisión)— responde por hecho consumado si al pretender desistir no resulta bien el frenazo, aun cuando al frenar apuradamente el autor no dude de la evitación. Si el autor acababa de planear el frenazo y sólo quería asustar al peatón, faltaría en todo caso el dolo si su plan se hubiera realizado de modo comunicativamente relevante (*supra* 8/6 *a*).

gún la representación del autor, incrementa lo que éste ha invertir para evitar el resultado, de modo que si se interrumpe la tentativa de omisión, la evitación del resultado ya no puede llevarla a cabo con tan poco costo como si hubiese obrado inmediatamente.

118 c) En relación con el comienzo de la tentativa —unitariamente para la tentativa acabada y para la inacabada— rigen los siguientes *topoi*, que en su formulación se corresponden con la tentativa acabada con posibilidad de revocación en el delito de comisión [229] (*vid.* con detalle *supra* 25/73 s.):

a') Directrices (negativas) obligatorias:

— No se da tentativa de omisión cuando —no alterándose las posibilidades— a pesar de ulterior espera, no se incrementa *el empleo de esfuerzo para evitar el resultado*. Ejemplo: El autor de la omisión, si interviene después, no tiene que recorrer un trayecto mayor para evitar el resultado, o cualquier otra persona interviniente en la salvación no tiene que trabajar después con una prisa ya no usual en general, o invertir más dinero, etc.

— Si la evitación del resultado puede realizarse por una *vía socialmente normal*, tampoco el incremento del empleo de esfuerzo supone indicio de comienzo de tentativa. Ejemplo: Quien se marcha de casa con dolo de no volver y de dejar morir a sus hijos, no comete tentativa mientras que su alejamiento no sobrepase la medida común en padres cuidadosos.

b') Directrices (positivas) variables:

— En favor de apreciar comienzo de la tentativa habla la *proximidad temporal* de la producción del resultado esperada, según la representación del autor.

— También habla en favor de la tentativa que el autor deje que se produzcan *resultados intermedios* no sólo incidentales. Ejemplo: Indicio del comienzo del homicidio mediante omisión es que los padres, por inasistencia, dejen que sus hijos sufran daños corporales no sólo leves.

— En favor de apreciar comienzo de tentativa habla, por último, que el autor deje salir de su *ámbito de organización*, definido espacialmente y en cuanto al objeto, el curso causal conducente al resultado, y más aún, que tolere la entrada del curso causal en el ámbito de organización de la víctima. Ejemplo: El titular de la actividad que tolera la entrega de alimentos en mal estado a un recadero, o incluso la entrega a los clientes, comete —supuesto el dolo— generalmente una tentativa de lesiones por omisión.

---

[229] Se discute la determinación del comienzo de la tentativa. En ocasiones, se aprecia tentativa ya en el hecho de dejar pasar la primera posibilidad de ejecutar la acción prescrita (*Herzberg*, MDR, 1973, pp. 89 ss., 93; *Lönnies*, NJW, 1962, pp. 1950 ss., 1951; *Maihofer*, GA, 1958, pp. 289 ss., 297), determinándose no obstante a veces el carácter prescrito de la acción sin tener en cuenta la proximidad al tipo (así, *Herzberg*, loc. cit.). En esta última versión, la determinación es tan incorrecta como lo sería la fijación del comienzo de la tentativa en el delito de comisión en el primer acto preparatorio. Distinguiendo en lo esencial como aquí, *Grünwald*, JZ, 1959, pp. 46 ss.; *Roxin*, Maurach-Festschrift, pp. 213 ss., 231 ss.; *vid.* asimismo *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung, pp. 95 ss., 258 ss.; *Maurach-Gössel*, AT, § 40, núm. marg. 106. Más bibliografía en *LK-Jescheck*, § 13, núms. margs. 48; *LK-Vogler*, § 22, núms. margs. 109 a 121; *Schönke-Schröder-Eser*, § 22, núms. margs. 50 s.

B. El desistimiento

1. *a)* Al igual que en relación con la tentativa acabada, también en re- 119
lación con la tentativa de omisión se suele argumentar que basta que el que desiste evite al final con eficacia la consumación, aun cuando no haya considerado de eficacia segura el medio de la evitación (*vid. supra* 26/19, 21 s.). También aquí conduce esta posición doctrinal a una drástica contradicción valorativa: El obligado que dolosamente emplea un medio no óptimo de evitación, comete tentativa de omisión, dado que considera posible el acaecimiento evitable del resultado; sin embargo, el obligado que, tras el comienzo de una tentativa de omisión, emplea un medio no óptimo, pero al final eficaz, se ve libre de *esta* tentativa de omisión. Ejemplo: Quien, a pesar de la disponibilidad de buenos médicos, llama para su hijo aquejado de una enfermedad mortal a un médico que casi siempre está bebido, comete tentativa de homicidio mediante omisión. Pero quien al principio no llama a ningún médico y después al médico malo, desiste —si se sigue la doctrina esbozada— con el efecto de la impunidad si al final el médico auxilia eficazmente. Se podría intentar eliminar esta contradicción definiendo la tentativa de omisión como *nuevo* hecho fundamentador de responsabilidad (injerencia) que obliga al empleo óptimo de esfuerzo. Pero así tampoco se podrá evitar que el obligado que, tras el comienzo de la tentativa, está limitado en el uso de sus facultades, se viera exonerado mediante el empleo de sus (entonces) facultades relativamente óptimas (supuesta la eficacia), aun cuando la misma acción de evitación, realizada antes del comienzo de la tentativa, había dejado intacta, como no óptima, la tentativa de omisión (asimismo al respecto, *supra* en relación con la comisión, 26/22).

b) El dilema se evita con el siguiente entendimiento del § 24 StGB en su aplicación a las tentativas de omisión: El autor que no tiene posibilidad alguna *segura* de evitar la realización del tipo deja un resto de riesgo al que no puede extenderse el desistimiento. Si se realiza este resto de riesgo, responde por consumación; si no se realiza, se da tentativa fracasada (así en el ejemplo mencionado más arriba). Ello se aplica —al igual que en el delito de comisión— con mayor razón al caso en que el autor ha de responder de varios riesgos. Ejemplo: Los padres, cuyo hijo enfermo de muerte se encuentra en una casa en llamas, cometen tentativa de homicidio por omisión si se limitan a extinguir el incendio, aun cuando después la enfermedad se cure por sí sola.

2. El desistimiento sólo es posible en tanto que la tentativa no esté fraca- 120
sada y el resultado no se haya producido de modo imputable. Paralelamente a la situación en el delito de comisión, se da tentativa fracasada si no se realiza un peligro de resultado supuesto por el autor, aunque después se realicen otros peligros mediante ulterior omisión. Ejemplo: La tentativa de homicidio de los padres que deciden dejar morir a su hijo enfermo está fracasada tanto si el niño aún vive después de larga espera, a pesar de que los padres habían pronosticado, al menos con dolo eventual, la muerte en ese tiempo, como si se cura espontáneamente la enfermedad; el que los padres, en el primer caso, podrían dejar seguir su curso a la enfermedad, y en el segundo dejar al niño morir de hambre, no modifica nada en el hecho de que ha faltado un *plus*, supuesta-

mente concurrente, de condiciones del resultado y en esa medida no se pueda continuar la tentativa (*vid. supra* 26/19).

121 3. Puede ser dudoso en casos concretos cuándo se ha producido la consumación. Hay situaciones en las que le está prescrito al obligado que actúe sin demora (p. ej., las hemorragias graves requieren que se las ataje inmediatamente, para evitar que se siga perdiendo sangre —lesiones—); cualquier vacilación [230] supone aquí la consumación. No obstante, ello no quiere decir que la actuación que se lleva a cabo con retraso sea irrelevante para la imputación, sino que constituye, si aún se consigue evitar el resultado, desistimiento de la tentativa de *ulterior* omisión. En los delitos de emprendimiento (§ 11, párrafo 1, núm. 6, StGB, *vid. supra* 25/5 s.) también en caso de omisión se castiga la tentativa como la consumación. Los pormenores son materia de la Parte Especial [231].

C. La tentativa de intervención

122 La *tentativa de intervención,* punible, *mediante omisión*, con arreglo a los §§ 13, 30 StGB (con posibilidad de desistimiento según el § 31 StGB) es posible en la medida en que cabe cometer por omisión las formas relevantes de intervención. Ejemplo: El agente provocador se da cuenta de que aquel al que ha inducido al robo, frente a lo que él esperaba en un principio, va a conseguir la consumación del hecho, pero omite los esfuerzos por evitar el conato, que luego fracasa casualmente antes del comienzo de la tentativa; §§ 249, 30, párrafo 1, inciso 1, 1.er grupo de casos, 13 StGB. La tentativa de tomar parte *con respecto a* la omisión sigue las reglas generales, pero en los obligados en virtud de responsabilidad institucional hay que tener en cuenta que el «ponerse de acuerdo», en virtud de que el deber no está sujeto al principio de accesoriedad (*supra* 21/115), es materialmente inducción recíproca más manifestarse dispuesto a cometer el delito; ejemplo: Los padres resuelven dejar morir a su hijo.

XI. LA ATENUACION FACULTATIVA DE LA PENA

BIBLIOGRAFIA: *N. K. Androulakis*, Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963; *H. J. Bruns*, Strafzumessungsrecht, 2.ª ed., 1974; *el mismo*, Zur Auslegung des § 13, Abs. 2, StGB, Tröndle-Festschrift, pp. 125 ss.; *G. Grünwald*, Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte, ZStW, 70, pp. 412 ss.; *el mismo*, Die Beteiligung durch Unterlassen, GA, 1959, pp. 110 ss.;

---

[230] Acerca del segundo de miedo moral, *vid. Schmidhäuser,* AT, 16/97, 17/25.

[231] Ampliamente *Schaffstein*, Dreher-Festschrift, pp. 147 ss.; *Schmidhäuser*, AT, 16/25 s.; para el Derecho austríaco, *Wegscheider*, JurBl., 1976, pp. 353 ss. Sobre todo se discute el tratamiento de algunos delitos de omsión propia; con respecto al § 323 *c* StGB, *vid. Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen, pp. 70 ss.; acerca del § 138 StGB, *vid. el mismo*, loc. cit., pp. 149 ss., 161 ss. Singularmente sobre el § 323 *c* StGB, depende de la respectiva situación del hecho si hay que obrar sin demora o si hay acciones aplazables, con igualdad de perspectivas. BGH, 14, pp. 213 ss., 215 ss., trata sólo un caso en que faltaban equivalentes con igualdad de perspectivas; consiguientemente, los principios de esa sentencia no son transferibles a supuestos en que existen equivalentes.

R. D. Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *Armin Kauhnann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *C. Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 3. ed., 1975; *el mismo*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1970; *C. Roxin, W. Stree, H. Zipf, H. Jung*, Einführung in das neue Strafrecht, 2.ª ed., 1975; *H.-J. Rudolphi*, Die Strafbarkeit des versuchten unechten Unterlassungsdelikts, MDR, 1967, pp. 1 ss.; *W. Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz, 1972; *G. Timpe*, Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983; *el mismo*, Comentario a BGH, 36, pp. 227 ss., JR, 1990, pp. 428 ss.; *M. Walter*, Läßt sich der Handlungsunwert an der aufgewendeten «kriminellen Energie» ermessen?, GA, 1985, pp. 197 ss.; *H. Welzel*, Zur Problematik der Unterlassungsdelikte, JZ, 1958, pp. 494 ss.

A. Se discute intensamente el fundamento de la atenuación facultativa de 123
la pena y por consiguiente el ámbito en el que cabe atenuar [231a]. Ni el Proyecto de 1962 [232] ni el Proyecto Alternativo (en relación con el § 12) incluían una regulación al respecto. En el proceso legislativo se remitió el § 13.2 StGB a indicaciones de la «doctrina jurídica» en el sentido de que «dadas las mismas circunstancias, el omitir... por lo general es de menor gravedad que.. el hacer positivo» [233]. La doctrina, por su parte, ha fundamentado la diferencia valorativa de modos muy distintos: Junto a consideraciones acerca de la diferencia de empleo de energía (hacer) y mera pasividad (omitir), se encuentran las referidas al autor único en el delito de omisión [234] y al menor merecimiento de pena general (¿basado en qué?) de la omisión, debido a un menor injusto o culpabilidad [235], en ocasiones también especificado como menor «energía criminal» o «energía volitiva criminal» [236]; esto último, a la vista de que al que omite se le castiga precisamente por la *falta* de voluntad y la *falta* de empleo de energía (se entiende, para evitar el resultado), representa, en el mejor de los casos, una metáfora bastante poco clara. Naturalmente, se encuentra también la postura contraria [237], que afirma que no existe diferencia valorativa alguna.

B. 1. Desde un enfoque más preciso se propone atender en la atenua- 124
ción a si la evitación del resultado pertenece a las funciones cotidianas del que omite o si éste está llamado «a salvar de peligros extraordinarios» [238]. Para la

---

[231a] Amplia exposición del estado del debate en *Timpe*, Strafmilderungen, pp. 152 ss. (acerca de la solución que aquí se propone, *vid.* loc. cit., pp. 206 ss.) y *Bruns*, Tröndle-Festschrift, pp. 125 s., ampliamente coincidente, *AK-Seelmann*, § 13, núms. margs. 146 s.

[232] *Vid.* la Fundamentación relativa al § 13, pp. 126 s., con el argumento de que la posibilidad de atenuación podría comportar temeridad, de apreciarse omisión equivalente a comisión.

[233] BT-Drucksache, V/4095, p. 8.

[234] Sobre todo *Armin Kaufmann*, Dogmatik, pp. 300 ss. Si la diferencia entre autoría y complicidad en el delito omisivo no pudiese verificarse, tampoco cabría determinar los casos en que habría que atenuar.

[235] *Grünwald*, ZStW, 70, pp. 412 ss., 429; *el mismo*, GA, 1959, pp. 110 ss., 113; *Rudolphi*, MDR, 1967, pp. 1 ss., 2; *Welzel*, JZ, 1958, pp. 494 ss., 495 ss.; *Herzberg*, Unterlassung, pp. 271 ss. (*vid.* no obstante asimismo loc. cit., pp. 71 ss.); *Welzel*, Strafrecht, § 28, VI; *Jescheck*, AT, § 58, V; *LK-Jescheck*, § 13, núm. marg. 61.

[236] *Schönke-Schröder-Stree*, § 13, núm. marg. 64; *SK-Rudolphi*, § 13, núm. marg. 65; *Schünemann*, ZStW, 96, pp. 287 ss., 317; de hecho también *Walter*, GA, 1985, pp. 197 ss., 208.

[237] *Androulakis*, Studien, p. 243; *Bruns*, Strafzumessungsrecht, pp. 458 s.; *Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen, pp. 338 ss.; *Eb. Schmidt*, Niederschriften, t. II, p. 281.

[238] *Roxin*, en: Einführung, p. 9; *el mismo*, Kriminalpolitik, pp. 18 ss.; *el mismo*, Täterschaft, pp. 465 ss.; *LK-Jescheck*, § 13, núm. marg. 62.

negativa ante una situación sorprendentemente compleja cabrá encontrar con más facilidad causas de las que el autor no tenga que responder que para la negativa en el ámbito planificable [239]. De todos modos, no se trata de algo específico de los delitos de omisión, sino que también se puede elegir la salida de una situación sorprendentemente compleja a través de una acción delictiva. Ejemplo: El que la madre no alimente (omisión) a su hijo recién nacido, que sorprendentemente presenta graves deformidades (¿peligro no común? En todo caso, situación de complejidad sorprendente) o lo asfixie (acción), no debería comportar diferencia en el marco penal. Si el fundamento de la atenuación de la penalidad cabe precisarlo de manera que sea trasladable a los delitos de comisión, se puede aplicar como causa de atenuación general, que abarque tanto a la comisión como a la omisión.

125 2. *a)* La posibilidad de atenuación encuentra un ámbito de aplicación fundamentable con seguridad en los delitos de omisión con deberes en virtud de responsabilidad institucional, pues fundamento de responsabilidad es la institución, sin tener en cuenta su plasmación en el caso concreto, de modo que, en su caso, el dato de la conexión a la institución basta para la responsabilidad, con independencia de hasta qué punto se sigue viviendo ésta, es decir, si concurre materialmente. Así pues, posiblemente la omisión de evitar el resultado sólo sea la complementación de una defraudación de expectativa previamente tan sólo esbozada, y además impune, y por ello menos drástica que en el caso de una institución intacta también materialmente. Para fundamentar la atenuación debe añadirse, naturalmente, el hecho de que la plasmación del lado material le concierna algo a la víctima, es decir, que no esté esta completamente en manos del autor, como p. ej., un niño pequeño en las de sus padres. La atenuación es adecuada, p. ej., cuando en un matrimonio de todos modos ya destrozado se niega el auxilio, o los padres lo niegan cuando los hijos ya son responsables y se han separado fácticamente de la familia, aun cuando estén aún sujetos a la patria potestad; otro tanto ocurre entre las partes de la relación de confianza especial.

126 *b)* La posibilidad de atenuación acabada de mencionar es consecuencia de la responsabilidad por incumbencia institucional, pero no algo específico de la omisión impropia. Así pues, el § 13.2 StGB es aplicable tanto a los delitos de omisión con deberes en virtud de responsabilidad institucional [240], como a los delitos de infracción de deber en caso de *comisión*.

127 *c)* Al decidir acerca de la posibilidad de atenuación no se trata —frente a la teoría de la consideración global— [241] de criterios generales relativos a la

---

[239] No por ello se excluye que el no poder soportar una carga que continuamente se repite y por tanto planeable y cotidiana, también permita atenuar la omisión; p. ej.: La mujer sola tiene que asistir continuamente a un niño gravemente enfermo, no quedándole ámbito de libertad alguno. Tampoco aquí se trata de nada específico de la omisión. Ejemplo: La mujer mata (comportamiento activo) a su despótico marido que no le deja libertad alguna.

[240] BGH, 36, pp. 237 ss., con bibliografía (la sentencia sólo por causalidad llega al resultado correcto; crítica acertada en *Timpe*, JR, 1990, pp. 428 ss.); *de otra opinión, Roxin*, Täterschaft, p. 460; *SK-Rudolphi*, § 13, núm. marg. 65; *Herzberg*, Unterlassung, pp. 51 ss.

[241] ¡A la que tampoco en este punto sigue la jurisprudencia!, BGH, NJW, 1982, p. 393, requiere una «valoración global de los puntos de vista esenciales relativos a la omisión», es decir, no precisamente una consideración global de todos los aspectos relativos a la imputación.

determinación de la pena, como ocurre en los casos de reincidencia, magnitud del daño, imputabilidad disminuida, etc. [242]; lo indicado a este respecto en la tentativa (*supra* 25/77 s.) rige correlativamente.

[242] En esto como aquí, *LK-Jescheck*, § 13, núm. marg. 63; *SK-Rudolphi*, § 13, núm. marg. 65; *Schönke-Schröder-Eser*, § 13, núm. marg. 64; quienes, no obstante, separan todos los motivos «referidos a la omisión» de los demás, mientras que según la postura que aquí se desarrolla hay que tener en cuenta una aplicación analógica a los delitos de comisión, es decir, que se trata de motivos «referidos al deber», por una parte, y de otros motivos, por otra.

APARTADO 30

El delito de omisión propia

BIBLIOGRAFIA: *Vid.* la indicada en relación con los apartados 28 y 29.

A. La consumación

1 1. Los delitos de omisión propia (acerca de la terminología, *vid. supra* 28/9) no presentan problemas sobre los que no haya que decidir también en los de omisión impropia; naturalmente, en el caso concreto faltan problemas privativos de los delitos de omisión impropia, es decir, desaparece la determinación del garante en los delitos de omisión propia no equivalentes a la comisión, y las dificultades de la determinación del garante se reducen en los delitos de omisión propia equivalentes a la comisión en la medida en que el garante está determinado por la ley. Pormenores:

2 2. *a)* El hecho del resultado, que puede consistir simplemente en la falta de una acción (delitos de mera actividad a la inversa) [1] debe haber acaecido (*vid. supra* 29/8); no habría sido así (causalidad hipotética; *supra* 29/15 ss.) si la persona capaz en abstracto (*supra* 29/10 ss.) hubiese ejecutado la acción relevante (acerca del fin de la norma, *vid. supra* 29/19 ss.). Todos los delitos de omisión propia pueden entenderse como delitos especiales en sentido amplio, dado que el autor siempre está definido como autor en una situación determinada (siempre, p. ej., como poseedor de determinado conocimiento, § 138 StGB; como persona que se encuentra ante una situación de desamparo —accidente o calamidad general—, § 323 *c* StGB, etc.). Si sólo puede ser autor quien está obligado en virtud de responsabilidad institucional, se da un delito especial en sentido estricto, pero no en los deberes en virtud de responsabilidad por organización. Así pues, un delito de omisión propia —al igual que un delito de omisión impropia— puede ser delito especial en sentido estricto (y con ello delito de infracción de deber) o no, dependiendo de la clase de deber. Ejemplo: El § 221, párrafo 1, 2.º grupo de casos, StGB, en caso de deberes derivados del matrimonio o de la relación paterno-filial, es un delito especial y de infracción de deber, y sin embargo no lo es en los deberes derivados de injerencia y asunción (lo cual es importante para la participación).

3 *b)* En relación con el dolo [1a] y la imprudencia (punible, p. ej., en el § 138.3 StGB) se aplica lo indicado acerca del delito de omisión impropia, así

---

[1] *Schmidhäuser*, AT, 16/16.

[1a] Dudoso BGH, NStZ, 1985, pp. 409 s.: Un médico de urgencias no auxilia en una emergencia; cualquier auxilio, desde un punto de vista *ex post*, probablemente hubiera sido en vano (por eso no hay delito de omisión *consumado*). Si el médico consideraba que era posible el auxilio eficaz, responderá como garante en virtud de un delito de lesión intentado; no obstante, si el mé-

como en relación con la antijuricidad y la culpabilidad. El § 13.2 StGB ha de aplicarse a los delitos de omisión propia en caso de deberes en virtud de responsabilidad institucional (*supra* 29/126).

c) No es posible la participación *por medio de* omisión propia, dado que 4
se describe típicamente a un autor único (dudoso), pero sí es posible la participación por medio de acción o de omisión impropia *en* la omisión propia, de acuerdo con las reglas de la participación en la omisión impropia. Ejemplo [1b]: La madre que no impide que la enfermera encargada de asistir a su hijo, que además es la única capaz de hacerlo, lo abandone, incurre en complicidad en el abandono de niños (§ 221, párrafo 1, 2.° grupo de casos StGB) por medio de omisión; el padre que no interviene cuando su hijo de diecisiete años, que administra la caja de una asociación, deja que algunos miembros de la asociación sustraigan dinero de la caja, responde por participación mediante omisión en un desfalco mediante omisión. Siempre que los delitos de omisión propia sean delitos especiales, es decir, en caso de deberes en virtud de responsabilidad institucional, ha de atenuarse la pena del partícipe no cualificado [2] de acuerdo con el § 28.1 StGB. En relación con el § 323 *c* StGB está excluida la participación, dado que el no auxiliar abarca como autoría a toda forma de intervención, y además se puede cometer mediante acción (*supra* 7/67). Así pues, la «participación», por acción u omisión, en el no prestar auxilio, por acción u omisión, constituye autoría, según el § 323 *c* StGB. Ejemplo: Quien aconseja a quien está ayudando, cumpliendo con su deber, conforme al § 323 *c* StGB, que deje de auxiliar, o el que no anima al remiso a auxiliar, a quien sin embargo incumbe el deber de hacerlo, responde directa, no mediatamente, por este precepto.

B. Tentativa y desistimiento

En tanto que los delitos de omisión propia no estén configurados como de- 5
litos de emprendimiento (§ 11, párrafo 1, núm. 6, StGB; acerca de ello *supra* 25/5 s.), a la tentativa y al desistimiento se aplican las reglas del delito de omisión impropia; en particular, tampoco en los delitos de omisión propia se genera un deber en virtud de responsabilidad institucional si el autor (¡de delito putativo!) supone erróneamente los presupuestos de tal deber. Naturalmente, la tentativa sólo raras veces será punible; ejemplos: § 41 WStG; § 336 StGB [3]; § 357 StGB, en conexión con tipos de delito grave.

---

dico dejó de prestar por ligereza el auxilio necesario también falta el dolo requerido para el § 323 *c* StGB.

[1b] Acerca del § 142.2 StGB, *vid.* BayObLG, NJW, 1990, pp. 1861 s.

[2] A la mera participación, a pesar de darse la cualificación, puede llegarse cuando a la persona cualificada le falta cualquier otro elemento de la autoría, o ésta no ejecuta una acción que ha de ser ejecutada por el autor (alejarse en el § 221, párrafo 1, 2.° grupo de casos StGB).

[3] Acerca del comportamiento típico de omisión en el § 336 StGB, *vid. Schönke-Schröder-Cramer*, § 13, núm. marg. 4, con bibliografía.

TITULO III

El concurso

CAPITULO VII

Concurso aparente y concurso auténtico

APARTADO 31

El concurso aparente (el llamado concurso de leyes)

I. CONCEPTOS Y MODELOS BASICOS DE LA DOCTRINA DEL CONCURSO

BIBLIOGRAFIA: *A. Baumgarten*, Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, 1909; F. *Geerds*, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961; *H.-H. Jescheck*, Die Konkurrenz, ZStW, 67, pp. 529 ss.; *A. Köhler*, Die Grenzlinie zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, 1900; *K. Kühl*, Das leidige Thema der Konkurrenzen, JA, 1978, pp. 475 ss.; *P. Merkel*, Konkurrenz, VDAT. t. V, pp. 269 ss., *W. Niese*, Empfiehlt sich die Einführung einer einheitlichen Strafe auch im Falle der Realkonkurrenz, Materialien, t. I, pp. 155 ss.; *K. Peters*, Einheitsstrafe bei Verbrechensmehrheit, Kohlrausch-Festschrift, pp. 199 ss.; *I. Puppe*, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979; *R. Schmitt*, Die Konkurrenzen im geltenden und künftigen Strafrecht, ZStW, 75, pp. 43 ss., 179 ss.; *O. Schweling*, Die Bemessung der Gesamtstrafe, GA, 1955, pp. 289 ss.

A. Si el autor realiza varios delitos sucesivamente, o si la ejecución de un comportamiento (es decir, el movimiento corporal en el delito de comisión o su ausencia en el delito de omisión) forma parte de varias realizaciones de delitos, al decidir acerca de en qué relación se encuentran las realizaciones de delitos concurrentes hay que distinguir tres esferas de problemas. Estas sólo en ocasiones afectan a la imputación, y en otras en cambio a la determinación y cumplimiento de la pena. 1

2 1. *Concurso aparente*: En principio, importa averiguar si se han realizado varios delitos o bien no existe concurso porque se trata del mismo delito que está formulado de diversos modos. Este último es el caso en el ámbito del concurso de leyes (también llamado concurso aparente o unidad de leyes): Varias formulaciones de delitos («leyes») concurren en la determinación del injusto; una de esas formulaciones agota la determinación del delito. Ejemplo: El robo (§ 249 StGB) es una formulación reiterada de un supuesto cualificado de coacciones (§ 240 StGB) y de hurto (§ 242 StGB), determinando por completo el delito en caso de coacciones cualificadas para el apoderamiento con ánimo de apropiación.

3 2. *Concurrencia de marcos penales*. Si concurren delitos independientes (concurso auténtico), es algo trivial —si bien también discutido en lo terminológico— señalar la consecuencia de que hay que imputar varias realizaciones de delito. Naturalmente, presentan problemas el tratamiento de las conminaciones y marcos penales correspondientes, así como la determinación de otras consecuencias jurídicas.

4 *a)* Existen las siguientes posibilidades:

a') Puede que haya que determinar la pena sólo por el delito más grave (*absorción absoluta*; así el § 73 StGB, versión antigua, en su entendimiento originario) [1].

b') Por otra parte, puede que haya que determinar la pena por todas las ralizaciones delictivas a partir de uno solo de los marcos penales (*absorción del marco penal*; así la solución *de lege lata* para el concurso ideal, § 52.2 StGB, si uno de los marcos penales es el más grave desde todos los puntos de vista o bien si todos los marcos son iguales).

c') Es posible también que haya que determinar la pena a partir de cada marco para cada una de las realizaciones delictivas respectivas (así la solución *de lege lata* para el concurso real, § 53.1 StGB).

d') Asimismo, puede que haya que formar un nuevo marco, resultante de la combinación de los marcos disponibles (junto a la determinación de otras consecuencias jurídicas), a partir del cual haya que determinar la pena para todas las realizaciones delictivas (*combinación*; así, *de lege lata* para el concurso ideal cuando las determinaciones de las consecuencias jurídicas individuales tienen distintos límite superior, límite inferior, penas accesorias, etc., § 52, párrafo 2, 2.° inciso, y párrafo 4 StGB; *vid.* además *infra* 31/8).

e') Por último, se puede formar un marco nuevo más grave (*asperación* del marco penal primario; así antes, p. ej., en el concurso que daba lugar a reincidencia, § 48 StGB, versión antigua, por lo que se refería a la pena mínima).

5 *b)* En la medida en que a partir de un solo marco haya que determinar la pena para varias realizaciones delictivas, se trata además de determinar cuánto representan en la determinación cada una de las realizaciones de delitos coincidentes en la pena unitaria: Justo tanto como importa por sí sola, o menos (así, *de lege lata*) o más (así, *de lege lata* en los concursos de delitos especiales,

---

[1] *Vid. Frank*, StGB[3.-4] § 73, nota VI, *in fine;* asimismo, ahora, *Puppe*, Idealkonkurrenz, pp. 19 ss.

formulados en la Parte Especial, p. ej. en los delitos cualificados por el resultado, *supra* 9/28, 30 ss., o en algunos delitos complejos, como el robo, § 249 StGB).

3. *Concurso de penas*: Si en el concurso auténtico por varias realizaciones delictivas se ha incurrido también en varias penas (y en su caso en otras consecuencias jurídicas también pluralmente) (*de lege lata* sólo en el concurso real, § 53.1 StGB), entonces hay que decidir acerca del concurso de esas penas en que se ha incurrido. 6

a) Existe la posibilidad de no ir más allá de todas las penas en que se ha incurrido, es decir, de *acumularlas*, lo que en caso de consecuencias jurídicas del mismo género y acumulables desemboca en la *adición* (*de lege lata*, según la doctrina dominante en caso de varias cadenas perpetuas; facultativamente en la multa junto a pena privativa de libertad, § 53, párrafo 2, inciso 2, StGB; en varias condenas sin posibilidad de posterior formación de la pena global, según el § 55 StGB; además, en las penas accesorias acumulables, etc., § 53.3, en conexión con el § 52.4 StGB). 7

b) No obstante, en otro acto ulterior de determinación, las penas en que se ha incurrido se pueden conectar también hasta formar una pena global, lo que a su vez (junto a algunas variantes en definitiva idénticas o no discutibles) puede llevarse a cabo mediante adición (acumulación disimulada y en definitiva igual a ésta), o bien mediante agravación de la pena más grave (*asperación de la pena*); esta agravación puede tener lugar o bien dentro del marco penal que admite la pena más grave, o bien en un marco combinado (así, *de lege lata* para penas accesorias, etc., §§ 53.3, en conexión con el 52.4 StGB) o bien, finalmente, con arreglo a límites determinados de otro modo, *ex novo* (*asperación* del marco penal secundario; así *de lege lata* en el concurso real siempre para la pena mínima, y en ocasiones también la pena máxima, § 54, párrafo 2, inciso 2.°, StGB) [2]. 8

B. En relación con la terminología que se utiliza [3] resultan necesarias las siguientes aclaraciones: A la exclusión de una formulación de tipo penal, junto con su conminación penal, que tiene lugar en el concurso de leyes, se le denomina *principio de exclusión*, lo que no siempre es completamente correcto, dado que la conminación penal desplazada (junto a sus otras consecuencias jurídicas) puede decidir sobre lo mínimo en que se ha incurrido (*infra* 31/38 ss.). El *principio de acumulación* (de adición) no se limita, frente a la exposición que se suele hacer, a los supuestos ya esbozados *supra*, sino que se aplica siempre —materialmente de modo indiscutido— a aquellas consecuencias jurídicas que ya se han ejecutado, si se llega a la condena por otro hecho o a la ejecución de otra consecuencia jurídica (en relación con las incoherencias que de ahí se derivan, *vid. infra* 33/15). Con el nombre de *principio de combinación* se de- 9

---

[2] En el nuevo marco, la pena individual máxima en que se ha incurrido, más una unidad penal, forma la pena mínima; la pena máxima puede —por la limitación a través de la suma de las penas individuales más una unidad penal— estar por debajo de la máxima conminación penal de los delitos individuales.

[3] *Vid. Blei*, AT, § 90, III; *SK-Samson*, núms. margs. 4 ss., antes del § 52; *Haft*, AT, parte XII, § 3, 2; con detalle, *Geerds*, Konkurrenz, pp. 229 s., 452 ss. (asperación), pp. 60 s., 457 (absorción), 58 ss. (acumulación), 59 ss., 328 ss., 496 ss. (combinación).

signa la acumulación de todas las cualidades agravatorias —o, en los privilegios, favorecedoras— de las consecuencias jurídicas con que se conmina. Muy difundida se encuentra la afirmación de que la ley sigue en el concurso real el *principio de asperación* y en el concurso ideal el *principio de absorción*. Esta afirmación necesita ulterior aclaración —incluso limitándola a penas y excluyendo el concurso de penas privativas de libertad y multa, así como la determinación del límite inferior de la pena— desde dos ángulos. Por una parte, en el concurso ideal todas las realizaciones de delito que coinciden son relevantes para la determinación de la pena, es decir, causas de agravación de la pena, aun cuando no en un marco penal ampliado; así pues (ya) no se aplica una absorción absoluta, sino sólo una absorción de marco penal en la asperación de la medida. Por otra parte, el Derecho vigente sitúa los principios de solución en diversos escalones: En el concurso ideal se decide ya el concurso entre las conminaciones penales (solución primaria, orientada a la medición de la pena), en el concurso real sólo entre las penas en que se ha incurrido (solución secundaria, orientada al cumplimiento de la pena) [4]. La absorción de marco penal y la asperación de la medida en el concurso ideal tienen lugar, pues, ya antes del escalón en el que hay de agravar en el concurso real. El principio de solución aplicable al concurso real se denomina principio de asperación sobre todo porque se agrava la pena más grave de entre aquellas en las que se ha incurrido. Obviamente ello sólo entraña, frente al concurso ideal, una diferencia en el escalón de solución: También en el concurso ideal las realizaciones de tipo que se reúnen agravan la pena que en otro caso se impondría. Más significativa es la posibilidad, dada para el concurso real por el § 54, párrafo 2, inciso 2, StGB, de agravar aquellos marcos penales que no lleguen al límite superior. Desde luego, este marco penal secundario puede quedar, en la pena máxima, incluso por debajo de la conminación penal máxima de cualquiera de los delitos realizados, dado que está limitado por la suma de las penas individuales realizadas (no: conminadas) (menos una unidad penal).

10 C. Un amplio sector reclama que, siguiendo la regulación del Derecho penal juvenil (§§ 31, 105, párrafos 1 y 2, en conexión con el 31 JGG) y otros ordenamientos jurídicos extranjeros (§ 28 del StGB austríaco; § 68 del StGB suizo), se sustituya la complicada regulación del concurso auténtico por el *principio de la pena unitaria* [5]. Lo cual puede tener muy distintos significados: 1) Todo sistema no acumulativo, es decir, en esencia también el del Derecho vigente, conduce a un juicio con una pena única y en tal sentido a una pena unitaria. 2) Una pena unitaria como aquella que sólo se determina de una vez también la contempla el Derecho vigente, siempre para el concurso ideal, § 52.1 StGB. 3) Una pena unitaria en el sentido de una pena que se determine en un

[4] Acertadamente, ya RG, 25, pp. 298 ss., 309; 44, pp. 302 ss., 306: formación de pena global como «decisión judicial sobre la modalidad de ejecución de las penas individuales».

[5] AE, § 64, y Fundamentación, p. 123; *Niese*, Materialien, t. I, pp. 155 ss., 157 ss.; *Schmitt*, ZStW, 75, pp. 43 ss., 179 ss., 193 ss., 219; *Geerds*, Konkurrez, pp. 495 ss., *Jescheck*, ZStW, 67, pp. 529 ss., 541 ss.; *Schwelling*, GA, 1955, pp. 289 ss., 302; *Peters*, Kohlrausch-Festschrift, pp. 199 ss., 217 ss., con remisiones bibliográficas; otras más en *Jescheck*, AT, 1, § 67, V. Críticamente, E 1962, Fundamentación, pp. 189 ss.; *Maurach-Gössel*, AT[1], II, § 56, núms. margs. 60 s.; *Baumann-Weber*, AT, § 42, I, con acertadas fundamentaciones; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 7, ante § 52; v. *Hippel*, Strafrecht, t. II, § 36, XI; *Mezger*, AT, § 71.

proceso unitario en el concurso tanto ideal como real, sería adecuada [6], dado que el cómputo y la gravedad de los deberes infringidos no depende de la unidad o pluralidad de hechos; con más detalles sobre ello *infra* 32/5. 4) Desde luego, una pena unitaria como pena para una masa indiferenciada de injusto se opone al principio del hecho: En esta solución se castiga al autor por un conglomerado de realizaciones delictivas, sin que en la pena se manifieste la parte de cada delito, y sobre todo de cada injusto. Una pena unitaria en estos términos es necesaria como vehículo para hacer compatible un sistema de penas orientadas al autor con un sistema del delito, y sobre todo del injusto, orientado al hecho [7], y por eso se ajusta perfectamente al Derecho penal juvenil, pues el delito (y de éste especialmente el injusto) determina, en esta variante de la pena unitaria, a lo sumo (!), ya el marco de modo forzoso, mientras que el detallarlo puede (pero no tiene que) [8] llevarse a cabo con independencia del delito. Si no se quiere abandonar el principio del hecho, esta pena unitaria comporta ciertamente, frente al proceso de determinación en varias fases del concurso real, y frente al proceso de una fase del concurso ideal, una simplificación, pero sólo a costa de una verificabilidad menos exacta del procedimiento de determinación de la pena. Bien es verdad que la determinación de las penas individuales en que se ha incurrido en caso de concurso real masivo [9] a menudo sólo es posible formalmente, y que en el concurso ideal asimismo sólo globalmente es posible la determinación del «suplemento» correspondiente a las realizaciones de tipo que se añaden. Sin embargo, la renuncia a la articulación o escalonamiento del procedimiento de determinación de la pena satisface aún menos el principio del hecho.

II. PRINCIPIOS DEL CONCURSO DE LEYES

BIBLIOGRAFIA: *J. Baumann*, Straflose Nachtat und Gesetzeskonkurrenz, MDR, 1959, pp. 10 ss.; *el mismo*, Amtsunterschlagung und Betrug, NJW, 1961, pp. 1141 ss.; *P. Bockelmann*, Zur Konkurrenz der Vermögensdelikte, JZ, 1960, pp. 621 ss.; *H.-J. Bruns*, Strafzumessungsrecht, 2.ª ed., 1974; *el mismo*, Leitfaden des Strafzumessungsrechts, 1980; *el mismo*, Comentario a BGH, 30, pp. 166 ss., JR, 1982, pp. 166 s.; *M. Burgstaller*, Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht, JurBl., 1978, pp. 393 ss.; *E. Dreher*, Comentario a OLG Braunschweig, MDR, 1964, pp. 168 s., loc. cit.; *H. Dünnebier*, Die Subsidiaritätsklausel, GA, 1954, pp. 271 ss.; *A. Eser*, Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindestötung neu abzugrenzen?, Gutachten, 53. DJT, t. I (D), 1980; *F. Geerds*, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961; *el mismo*, Comentario a OLG Celle, JR, 1981, pp. 34 s., loc. cit., pp. 3 ss.; *el mismo*, Comentario a KG, JR, 1979, pp. 249 s., loc. cit., pp. 250 ss.; *K. Geppert*, Grundzüge der Konkurrenzlehre, Jura, 1982, pp. 358 ss., 418 ss.; *G. Geilen*, Provokation als Privilegierungsgrund der Tö-

---

[6] *Niese*, Materialien, t. I, pp. 155 ss., 159; *Jescheck*, ZStW, 67, pp. 529 ss., 542 ss.; AE, § 64, con fundamentación, p. 117.

[7] Acertadamente, *Baumann-Weber*, AT, § 42, I.

[8] *Vid.* al respecto, *Geerds*, Konkurrenz, pp. 458 s.

[9] Lo complicado del procedimiento ha dado lugar en la jurisprudencia a una tendencia a apreciar concurso ideal; al respecto *Schmitt*, ZStW, 75, pp. 43 ss., 46 ss. Al aumentar la penetración dogmática y consiguientemente la controlabilidad también de la determinación de la pena compuesta de un solo grado en el concurso ideal, desde luego deberían decaer los motivos para la huida hacia el concurso ideal.

tung?, Dreher-Festschrift, pp. 357 ss.; *K. H. Gössel*, Reseña bibliográfica, GA, 1981, pp. 134 ss.; *K. Händel*, Comentario a BGH, 19, pp. 320 ss., NJW, 1964, pp. 1733; *J. Häussling*, Comentario a BGH, 17, pp. 917 ss.; *el mismo*, Zur Reform der Reform des Widerstandsparagraphen, Klug-Festschrift, pp. 235 ss.; *R. Hirschberg*, Zur Lehre von der Gesetzeskonkurrenz, ZStW, 53, pp. 34 ss.; *R. M. Honig*, Straflose Vor- und Nachtat, 1927; *G. Jakobs*, Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten, 1967; *el mismo*, Comentario a BGH, 22, pp. 248 ss., NJW, 1969, pp. 437 s.; *el mismo*, Probleme der Wahlfeststellung, GA, 1971, pp. 257 ss.; Comentario a Comentario a BGH, 30, pp. 235 ss., JR, 1982, pp.206 s.; *H.-H. Jescheck*, Die Konkurrenz, ZStW, 67, pp. 529 ss., *J. C. Joerden*, Die «Verdoppelung» - ein zentrales Strukturproblem des Strafrechts, GA, 1984, pp. 249 ss.; *D. Kienapfel*, Comentario a BGH, 31, pp. 380 ss., JR, 1984, pp. 162 s.; *el mismo*, Comentario a BGH, 34, pp. 108 ss., JR, 1987, pp. 424 s.; *U. Klug*, Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz, ZStW, 68, pp. 399 ss., *G. Kohlmann*, Schließt die Verjährung der Vortat auch die Bestrafung wegen der Nachtat aus?, JZ, 1964, pp. 492 ss.; *D. Krauß*, Zum Begriff der straflosen Nachtat, GA, 1965, pp. 173 ss.; *R. Maurach*, Comentario a HansOLG Bremen, JZ, 1956 pp. 257 s., loc. cit.; *E. Mezger*, Comentario a RG, 70, pp. 358 ss., JW, 1937, pp. 627 s.; *O. Miehe*, Zum Verhältnis des sälschens zum Gebrauchmachen im Tatbestand der Urkundenfälschung, GA, 1967, pp. 270 ss.; *A. Montenbruck*, Strafrahmen und Strafzumessung, 1983; *I. Puppe*, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979; *la misma*, Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz, GA, 1982, pp. 143 ss.; *la misma*, Exklusivität von Tatbeständen, JR, 1984, pp. 229, *R. Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986; *G. Roth*, Eigentumsschutz nach der Realisierung von Zueignungsunrecht, 1986; *H. J. Rudolphi*, Strafvereitelung durch Verzögerung der Bestrafung und Selbstbegünstigung durch Vortäuschen einer Straftat, BayObLG, NJW, 1978, 2563, JuS, 1979, pp. 859 ss., *R. Schmitt*, Vorsätzliche Tötung und vorsätzliche Körperverletzung, JZ, 1962, pp. 389 ss.; *el mismo*, Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht, ZStW, 75, pp. 43 ss.; *K. Schneidewin*, Inwieweit ist es möglich und empfehlenswert, die Art der Konkurrenz zwischen mehreren Straftatbeständen im Gesetz auszudrücken?, Materialien, t. I, pp. 221 ss.; *H. Schröder*, Comentario a BGH, GS, 14, pp. 38 ss., JR, 1960, pp. 305 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, 20, pp. 235 ss., JZ, 1965, pp. 729; *el mismo*, Comentario a BGH, 21, pp. 194 ss., JZ, 1967, pp. 368 ss.; *J. Seier*, Die Gesetzeseinheit und ihre Rechtsfolgen, Jura, 1983, pp. 225 ss.; *E. Struensee*, Mehrfache Zivildienstverweigerung, JZ, 1984, pp. 645 ss.; *el mismo*, Comentario a OLG Celle, JZ, 1985, pp. 954 s., loc. cit., pp. 955 ss.; *G. Timpe*, Comentario a BGH, JR, 1986, pp. 75 s., loc. cit., pp. 76 s.; *Th. Vogler*, Funktionen und Grenzen der Gesetzeseinheit, Bockelmann-Festschrift, pp. 715 ss.; *H. Wagner*, Comentario a BGH, 28, pp. 11 ss., JR, 1979, pp. 295 ss.; *H. Welzel*, Das Verhältnis der Totungsdelikte zu den Körperverletzungsdelikten, v. Weber-Festschrift, pp. 242 ss.; *H. Wegscheider*, Echte und scheinbare Konkurrenz, 1980; *G. Werle*, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, 1981.

A. La especialidad como forma del concurso de leyes

1. *Principio*

11 *a)* En el concurso de leyes, el comportamiento del autor se ve abarcado por diversas leyes en el sentido de *formulaciones* de delitos, mientras que sólo se da una única ley en el sentido de determinación de delito: Un delito idéntico se formula varias veces, desde luego quizá en distintos grados de concreción y

por tanto de determinación de las consecuencias jurídicas. Por formulación de delito no ha de entenderse sólo el texto de la ley, sino el resultado de su concreción interpretativa en la subsunción, incluyendo la mención de los factores de determinación de la pena. Así pues, formulación de delito es la proposición jurídica concretada hasta la aplicabilidad al caso concreto. Ejemplo: Una proposición, p. ej., con el contenido siguiente: «En el hurto, el allanamiento de morada agrava la penalidad», forma parte de una formulación de delito, bien opere la agravación a través de un tipo cualificado, a través de un supuesto especialmente grave, o bien sin modificación del marco penal, en la determinación de la pena. Cualquier otro planteamiento en la determinación del concurso de leyes haría que la decisión dependiera de técnica legislativa, y no del objeto de la regulación.

Dado que se ha realizado un único delito —desde luego, formulado varias veces— en el ámbito de los elementos del delito el concurso sólo existe aparentemente (unidad de ley [10], ley en el sentido de determinación del delito; concurso aparente). Si en la imputación y en la determinación de las consecuencias jurídicas se aplicasen todas las leyes concurrentes (en el sentido de formulaciones de delito), se llegaría a una imputación multiplicada y a un castigo repetido del suceso delictivo. Ejemplo: Al asesino (§ 211 StGB) no se le imputaría sólo el homicidio cualificado, sino además el haber lesionado a la víctima (§ 233 StGB), y además con consecuencia de muerte (§ 226, 18 StGB), y finalmente se le castigaría por homicidio doloso (§ 212 StGB).

b) Desde el punto de vista material, en el concurso de leyes se trata de 12
evitar tales valoraciones repetidas [11] (por lo general llamadas doble valoración; *vid.* asimismo el § 46.3 StGB), siendo indiferente que la valoración repetida del mismo suceso delictivo tenga lugar mediante acumulación de la valoración de acciones independientes entre sí (concurso real aparente) o como valoración repetida de acciones (parcialmente) idénticas (concurso ideal aparente) [12].

---

[10] Así la terminología dominante de la jurisprudencia reciente: BGH, 11, pp. 15 ss., 17; 18, pp. 26 ss., 27; 25, pp. 373 s.; 28, pp. 18 ss., 19; de otro modo (concurso de leyes) RG, 7, pp. 116 ss., 117; OLG Celle, JR, 1981, pp. 34 s.; otras remisiones acerca de la terminología en *LK-Vogler*, núm. marg. 101, ante § 52.

[11] *Wegscheider*, Konkurrenz, pp. 211 s.; *Vogel*, Bockelmann-Festschrift, pp. 715 ss., 721 s.; *vid.* asimismo *Burgstaller*, JurBl., 1978, pp. 394 ss., 459 ss., 470; *Bruns*, Strafzumessungsrecht, pp. 467 s.

[12] Así la doctrina dominante; *Blei*, AT, § 96, I; *Jescheck*, AT, § 69, II, ante 1; *Schönke-Schröder*-Stree, núm. marg. 102, ante § 52; *LK-Vogler*, núm. marg. 104, ante § 52; *Jescheck*, ZStW, 67, pp. 529 ss., 533 ss.; *vid.* ya *Hirschberg*, ZStW, 53, pp. 34 ss.; *M. E. Mayer*, AT, p. 512. En ocasiones se reclama para el concurso aparente una terminología propia: hechos previos y posteriores copenados («impunes»); así, *Honig*, Vor- und Nachtat, p. 1, y *passim*; *Baumann-Weber*, AT, § 41, III, 3; *Baumann*, MDR, 1959, pp. 10 ss., nota 1; *Wessels*, AT, § 17, VI; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 55, núms. margs. 11 ss.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1195; *vid.* asimismo *Schmitt*, ZStW, 75, pp. 43 ss., 45; *Klug*, ZStW, 68, pp. 399 ss., 399; con detalle, *Wegscheider*, Konkurrenz, pp. 153 ss., 165 ss. Y sin embargo, falta el motivo para aceptar la distinción, desde luego equivocada, entre concurso ideal y concurso real (*vid. infra* 32/5) en el concurso de leyes, sobre todo teniendo en cuenta que así se complica el sistema. Ejemplo: Si en la tentativa, en unidad de acción, en caso de consumación, se desiste según las reglas del concurso de leyes, ¿por qué habría que buscar entonces para la preparación en pluralidad de acciones, según el § 30 StGB, una fundamentación fuera del concurso de leyes?

El método para evitar la valoración repetida consiste en aplicar solamente aquella figura de delito, con sus correspondientes consecuencias jurídicas, que regula el caso concreto en el contexto más completo. Este método se basa en el principio hermenéutico de que, *ceteris paribus*, una expresión de contenido más rico reproduce la voluntad del «hablante» con preferencia sobre una de contenido más pobre (*lex specialis derogat legi generali*). Es posible designar a absolutamente todos los supuestos de concurso de leyes como de especialidad [13]: Se ha de aplicar la proposición jurídica concretada al caso particular que muestra todas las concreciones de la formulación desplazada y al menos aún un elemento adicional (especificador) [13a]. Resulta aquí indiferente a qué escalón de la imputación se refiera la especificación, pues hay que asegurar contra la valoración repetida a todas las condiciones determinantes de si se da o no la punibilidad, y su medida, particularmente también los factores de determinación de la pena.

2. *La limitación del concurso de leyes a grupos de casos de un delito*

13 *a)* La doctrina pasa por alto la posibilidad de remitir todo el concurso de leyes al principio de especialidad, y ello porque no parte de una proposición jurídica que esté concretada hasta la aplicabilidad al caso particular, sino de una proposición jurídica con un grado de abstracción como el que escoge el texto de la ley. De este modo, se hace depender el concurso de leyes de datos meramente externos de técnica legislativa [14]. Naturalmente, dentro de un delito

---

[13] Ello regiría incluso si se tratase de formulaciones de delitos con contenido completamente idéntico, la llamada *alternatividad* en el sentido de supuesta opción alternativa del juez acerca de cuál de las formulaciones de regulación aplicar. Sin embargo, la posibilidad de elección no existiría, pues o bien habría que entender la ley posterior como repetición declarativa de la anterior, y entonces habría que punir por la anterior, o bien la ley posterior se habría dictado como regulación independiente, y entonces tendría como *lex posterior* virtualidad derogatoria sobre la *lex prior*. Es superfluo el concepto de *alternatividad* en caso de distinto objeto de regulación (así, ya antes *Welzel*, Strafrecht, 7, § 29, II, 2); se trata, en tanto no concurra concurso ideal, de limitar el concurso de leyes a determinados grupos de casos de un delito; así ahora en definitiva la doctrina dominante; *vid. Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 133, ante § 52; *LK-Vogler*, núm. marg. 106, ante § 52; *Geerds*, Konkurrenz, pp. 224 ss.; *Klug*, 68, pp. 399 ss., 410 ss. La *alternatividad* como denominación del supuesto en que se excluyen recíprocamente realizaciones delictivas (exclusividad) no se refiere precisamente al concurso de leyes, sino a su exclusión típica (ejemplo: La muerte de la víctima excluye las lesiones); *vid. Hirschberg*, ZStW, 53, pp. 34 ss.; *Honig*, Vor- und Nachtat, pp. 98 s., 113; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 55, núms. margs. 11 ss.; *Klug*, *op. cit.*, 409. Acertadamente en contra de los intentos de, para evitar los problemas concursales, fundamentar mediante interpretación la exclusividad, *Puppe*, JR, 1984, pp. 2209 ss.

[13a] En definitiva como aquí, pero con diversa terminología (no especialidad, sino «subordinación del contenido de desvalor»), *Montenbruck*, Strafrahmen, pp. 165 ss., 167, 170.

[14] Ello es aplicable también para las investigaciones lógicas de *Klug*, ZStW, 68, pp. 399 ss., quien señala que entre dos tipos delictivos —al margen de relaciones aquí irrelevantes— sólo pueden existir las de subordinación (inclusión) o de interferencia (intersección) (p. 404; a favor, *Schmidhäuser*, AT, 18/24, con nota 2; *Hruschka*, AT, pp. 387 ss.; *Maurach-Gössel*, AT, I, § 55, núms. margs. 27 ss.; *Joerden*, GA, 1984, pp. 249 ss., 259 ss.). El que en caso de interferencia haya que apreciar concurso ideal o concurso de leyes dependería de consideraciones teleológicas (p. 413). Lo cual es correcto, pero incompleto: Bien es verdad que *Klug* reconoce que los supuestos de interferencia que han de resolverse en el concurso de leyes no son sino casos de subordinación limitados a un grupo de casos típicos (p. 408), pero pretende que no debe realizarse la división de los

cuyo alcance se determina por el grado de abstracción de la ley, el concurso de leyes con otro delito estará limitado a algunos de los grupos de casos que se derivan al concretar la ley. Esta limitación no cambia nada en la forma lógica de la especialidad; lo que ocurre es que no cabe contemplar todo el delito, sino que hay que limitarse al grupo de casos. Por expresarlo con un ejemplo: Cabe considerar todos los delitos cualificados de lesiones como grupos de casos de una cualificación total —desde luego subdividida por la ley—. La limitación de la especialidad a grupos de casos aislados (cualificaciones) de la cualificación total es entonces evidente; así, p. ej., las lesiones graves intencionales con resultado de enfermedad incurable de la víctima son especiales frente a las coacciones necesariamente conectadas al hecho (§§ 225, 240 StGB), sin que la especialidad frente a un *quantum* tan alto de coacciones ni siquiera se pudiera entrar a discutir en otras cualificaciones, como p. ej., en el § 223 *a* StGB. Ahora bien, no representa ninguna diferencia objetiva el que la propia ley —como en el supuesto del ejemplo— asuma el cometido de diferenciar entre grupos de casos y forme variantes del tipo o bien mencione casos especialmente graves o menos graves, o bien deje dicho cometido al intérprete.

Los ejemplos siguientes se refieren, en definitiva, a supuestos indiscutidos de concurso de leyes, pero sólo el primer ejemplo se reconoce en general como de especialidad: Los elementos de las lesiones peligrosas (§ 223 *a* StGB) constituyen lesiones (§ 223 StGB) más las circunstancias cualificantes, especialmente mencionadas —un supuesto de especialidad indiscutida—. Todo delito ha sido previamente intentado. La consumación es completamente idéntica a un comienzo directo de realizar el tipo según la representación del autor (tentativa, § 22 StGB) que tiene éxito (especificación); así pues, constituye un caso especial de la tentativa [15]. No todos, pero sí algunos delitos consumados se han preparado en una de las formas punibles por el § 30 StGB. Los actos preparatorios que conducen a la consumación resultan especializados como consumación: Son actos preparatorios con continuación subsiguiente que alcanza el éxito (especificación). El que existan consumaciones sin actos preparatorios de los descritos en el § 30 StGB no impide la especificación, pues la consumación, si ha de existir concurso de leyes y no concurso auténtico en relación con la preparación, ha de describirse de manera que al menos en un grupo de casos comprenda a la preparación. De lo contrario, la consumación no podría resolver la imputación de la preparación y por tanto no podría desplazar al delito de preparación. Así pues, a pesar de su formulación uniforme, hay que considerar divididas a las consumaciones: La parte que comprende también los actos prepa-

---

tipos delictivos en grupos de casos, por suponer una «limitación del ámbito conceptual de un tipo legal» y además «contra *legem*». Sin embargo, no se trata de «limitación», sino de diferenciación dentro de un tipo sólo uniforme en cuanto a su formulación, y esta diferenciación es ineludible siempre que se considere posible el concurso de leyes en caso de interferencia en cuanto a la formulación. Ejemplo: Quien no reconozca también casos de consumación, con preparación según el § 30 StGB incluida, ya no tiene razones para apreciar concurso de leyes en la relación entre consumación y preparación. *Klug* se ocupa sólo de la perspectiva desde la lógica de la relación del tipo para con el concurso de leyes, y omite extraer, a partir del concurso de leyes, la conclusión (o conclusión *a posteriori*) ya madura sobre la lógica de la relación del tipo y de los otros elementos de la imputación.

[15] *Puppe*, Idealkonkurrenz, p. 331.

ratorios de las formas descritas en el § 30 StGB es la regulación especial en este sentido.

14 *b)* Pueden coincidir la especificación de un delito general y el supuesto no especificado de este delito. Ejemplo: Una violación (§ 177 StGB) tiene también por consecuencia una detención ilegal (§ 239 StGB); por eso la detención ilegal que tiene lugar en dicha violación está mencionada especialmente. Pero la violación sólo es especial con respecto a la detención ilegal en aquel caso en que ésta es consecuencia acompañante del comportamiento de violación; por el contrario, una detención ilegal que se lleva a cabo con vistas a la violación que también tiene lugar, o con ocasión de ésta, pero que no constituye ya comienzo de la tentativa de la violación, ni tampoco está acabada al concluir ésta, es independiente. Así pues, mediante la violación sólo se especifica una parte del delito de detención ilegal [16].

15 *c)* La respuesta a la pregunta de si un delito —determinado con arreglo al nivel de abstracción de la ley— desplaza a otro por concurso de leyes, en definitiva cabe limitarla, pues, doblemente: En caso de especialidad limitada, sólo se produce desplazamiento cuando se trata del grupo de casos especificantes, e incluso éste sólo desplaza a la parte especificada del delito general. Ejemplo: Diversas lesiones constituyen simultáneamente supuestos especiales de detención ilegal; así la detención ilegal contenida junto a las lesiones, en un breve período de inconsciencia, pasa a un segundo plano ante las lesiones, y ha de imputarse en el marco de las lesiones; supuesto de especialidad limitada, dado que las lesiones no desplazan en todo caso a la detención ilegal. Pero tampoco toda detención ilegal que acompaña a unas lesiones pasa a un segundo plano, sino sólo aquella que carezca de significado especial según el plan del autor y que tenga mucha menor importancia que las lesiones; p. ej., en caso de empleo de narcóticos con vistas a detener ilegalmente existe concurso ideal entre los §§ 239 y 223 StGB.

B. Fundamentos para la apreciación de concurso de leyes

16 1. Por lo general [17, 18] —con variantes que inducen a confusión— se argumenta que hay concurso de leyes:

---

[16] BGH, 18, pp. 26 ss., 27; 28, pp. 18 ss., 19.

[17] *Baumann-Weber*, AT, § 41, II, 3 *b; Blei*, AT, § 96, II; *Bockelmann-Volk*, AT, § 35, II; *Dreher-Tröndle*, núms. margs. 18 ss., ante 52; *Lackner*, nota VI, 1, ante § 52; *Stratenwerth*, AT, núms. margs. 1180 ss.; *SK-Samson*, núms. margs. 60 ss., ante § 52; *LK-Vogler*, núms. margs. 105 ss., ante § 52; *Geerds*, Konkurrenz, pp. 227 ss.; *Jescheck*, ZStW, 67, pp. 529 ss., 533 ss.; *Burgstaller*, JurBl., 1978, pp. 393 ss., 395, etc. Consideran superflua la consunción (acertadamente, pero no con la suficiente radicalidad, porque la subsidiariedad es igualmente superflua) *Schmidhäuser*, AT, 18/24; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 131, ante § 52. Acerca del intento de separar del concurso de leyes el hecho posterior copenado, *vid. supra* nota 12.

[18] De acuerdo con *Puppe*, Idealkonkurrenz, pp. 313 ss., 315, sólo es posible el concurso de leyes en la forma de especialidad en sentido estricto. El motivo es cómo entiende *Puppe* el concurso ideal: Dado que *Puppe* interpreta el § 52 en el sentido de una absorción absoluta (pp. 19 ss.), la regulación legal sólo se adecua cuando el contenido delictivo de las normas en concurso se abarca ya de todos modos, al determinar la pena, en el marco de la conminación penal más grave («tipos emparentados en el injusto», *op. cit.*, pp. 170 ss., 293 ss.; *la misma* GA, 1982, pp. 143 ss., 151 ss.); y es que, dada esta situación, volverlas a tener en cuenta supondría una valoración repe-

a) cuando una ley es más específica que la otra, *especialidad* (hay que añadir: *en virtud de la intensidad de la descripción*) (*lex specialis derogat legi generali*);

b') cuando del tenor literal o del contexto de sentido se deduce que una ley sólo se ha de aplicar auxiliarmente, *subsidiariedad* (*lex primaria derogat legi subsidiariae*);

c') cuando la valoración de un delito ya se ha agotado al realizar la de otro, *consunción* (*lex consumens derogat legi consumptae*).

2. Estas formas de encuadrar se hallan en planos totalmente distintos: la 17
especialidad es una (mejor: la única) *forma* en la que se manifiesta la primacía de una ley; la subsidiariedad expresa es el establecimiento por el Derecho positivo de esta forma. Por el contrario, la subsidiariedad en virtud del contexto de sentido o la consunción en virtud de valoración ya agotada por una ley constituyen *motivos* materiales de la primacía. En la confusión de esta distinción elemental se basan numerosas confusiones existentes en el seno de la doctrina al uso. Dado que la forma de concurso de leyes siempre es la de especialidad (*supra* 31/12), cualquier clasificación ulterior sólo puede llevarse a cabo en función de los motivos. A continuación se mencionarán varios motivos, que desde luego no son nítidos en su delimitación. La falta de nitidez de los límites entre los motivos carece de repercusiones, ya que todos ellos constituyen especificaciones de la premisa de que la aplicación de una regulación con un contexto más rico conduce al efecto de regulación pretendido mejor que la aplicación de otra con un contexto más pobre. La subdivisión que sigue, dentro del principio, sólo a grandes rasgos es compatible con los grupos normales de la doctrina.

3. Se trata de los siguientes motivos [19]: 18

a) Las cualificaciones, los privilegios y los delitos complejos (*supra* 6/95 ss.) son más ricos en elementos que el delito básico, y por eso priman sobre

---

tida (p. 19). No habiendo parentesco en el injusto, la imposición de una sola pena sería inadecuada, de modo que hay que apreciar concurso real. Para el concurso de leyes queda, en esta solución, la «especialidad en sentido lógico estricto» (p. 355). A esta solución se oponen principalmente tres argumentos: En primer lugar, el concepto de parentesco en el injusto no supone ganar nada de exactitud (*vid. Puppe*, Idealkonkurrenz, pp. 184 s., 307). En segundo lugar, los delitos emparentados en el injusto sólo se pueden resolver unitariamente si se añade el requisito de un complejo delictivo unitario (no cabe abarcar unas lesiones imprudentes cometidas ayer en el marco de un homicidio imprudente cometido mañana); el elemento restante —si no se mira a la secuencia de la acción, es decir, a la unidad de hecho o pluralidad de hechos—, la «relación temporal» (*op. cit.*, pp. 302 ss., 306 s.), es tan externo y casual (*Gössel*, GA, 1981, pp. 134 ss., 136, con el que *Puppe*, naturalmente, por lo demás está de acuerdo), como lo es el elemento de la unidad de acción (críticamente sobre esto, *infra* 32/5), de modo que no reporta ganancia alguna (en contra, de nuevo, *Puppe*, JR, 1985, pp. 245 s., 247). En tercer lugar, sin embargo, hay que criticar ante todo que objetivamente y desde una perspectiva lógica no supone diferencia alguna que un delito abarque a otro sólo en el marco de la determinación de la pena, o ya antes (en el tipo, etc.): Siempre se trata de especialidad (*supra* 31/12); pues o bien un delito incluye el contenido delictivo de otro (concurso de leyes) o no (concurso auténtico). La forma consecuente del planteamiento de *Puppe* consistiría en rebautizar todos los casos de concurso de leyes como concurso ideal, en virtud del principio de absorción absoluta; todo concurso auténtico se resolvería como concurso real. Críticamente sobre *Puppe*: *Werle*, Konkurrenz, pp. 119 ss., 140; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1177, 1254.

[19] En parte semejante *Wegscheider*, Konkurrenz, pp. 222 ss., 243 ss., 302 s., 304.

éste: *especialidad en virtud de la intensidad de la descripción*. Del mismo modo, cualquier otro delito empleado en la formación de un supuesto especialmente grave o bien sólo en la determinación de la pena cierra el paso a la ulterior aplicación de éste.

b) La regulación de la fase del delito más cercana a la consumación prevalece sobre la de la más lejana: *especialidad en virtud de concreción de la consumación*; este ámbito se suele denominar como de subsidiariedad, y fragmentariamente también como grupos de casos de actos previos copenados. Otro tanto cabe afirmar para la regulación de la forma de participación más intensa en relación con la regulación de la menos intensa: *especialidad en virtud de la intensidad de la participación*, y para la regulación del resultado más intenso en relación con la regulación del menos intenso: *especialidad en virtud de intensidad del resultado*.

c) El delito que comprende a otro como suceso secundario prima sobre éste en la medida en que también el marco penal de este otro delito sea inferior: *especialidad relativa al hecho concomitante*. Un delito es secundario cuando constituye una modalidad de comisión típica, pero de menor gravedad. Se suele llamar consunción a este grupo de casos. También los delitos subsidiarios expresos pertenecen a este grupo de supuestos [20].

d) El delito que imputa un suceso no concluido como ya concluido prevalece sobre el delito que se realiza con la conclusión; *especialidad en virtud de la anticipación* de la regulación; a lo mismo se refiere la denominación usual del delito desplazado como hecho posterior copenado.

---

[20] La subsidiariedad expresa sólo puede regir con el requisito de que la ley primaria abarque el contenido delictivo de la subsidiaria: *También sin que se establezca expresamente se daría concurso de leyes*. Pues si no, la punición de un delito dependería de si el autor ha realizado algo más que el delito subsidiario. Lo cual supondría una solución apenas tolerable en un Estado de Derecho, y ello no por la impunidad parcial del autor que comete el hecho subsidiario y además otro, sino por la punibilidad de aquel que comete sólo el hecho subsidiario, y se ve castigado por éste, aun renunciándose a tal punición en otros autores. La limitación de la subsidiariedad —vinculante cuando es a favor del autor, lo cual lo olvidan el OLG Celle, JR, 1981, pp. 34 s., y *Geerds*, Konkurrenz, pp. 35 ss.)— está puesta de manifiesto en los §§ 98.1; 99.1; 145 y 145 *d*, párrafo 1, StGB; en ocasiones se la sugiere al tener que contener la ley primaria una conminación penal más grave: §§ 125.1; 248 *b*, párrafo 1; 265 *a*, párrafo 1, StGB. Discutido, pero en lo esencial como aquí, BGH, 6, pp. 297 s., 298; *Jescheck*, AT, § 69, II, 2, ante *a*; *LK-Vogler*, núm. marg. 119, ante § 52; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 55, núms. margs. 5 ss.; *De otra opinión* («en la duda hay que apreciar desistimiento no condicionado») *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 105, ante § 52: acertadamente críticos contra las cláusulas de subsidiariedad en general, *Schneidewin*, Materialien, t. I, pp. 221 ss., 223 s.; *Puppe*, Idealkonkurrenz, p. 338. Acerca del efecto de cierre del delito subsidiario, *vid. Dünnebier*, GA, 1954, pp. 271 ss., e *infra* 31/41 y 43, con nota 89.

III. GRUPOS DE CASOS, EN PARTICULAR, DEL CONCURSO DE LEYES

BIBLIOGRAFIA: *Vid* la indicada en relación con II.

A. La especialidad en virtud de intensidad de la descripción

1. *a)* Los privilegios [21] excluyen la aplicación del delito modificado, con independencia de que (también) se refieran ya al injusto (p. ej., el § 216 StGB) o sólo a la culpabilidad (p. ej., § 217 StGB), y aun cuando el efecto del privilegio consista sólo en un presupuesto procesal especial, como, p. ej., los privilegios de perseguibilidad en los §§ 247, 248 *a*, 263.4 StGB. El que un privilegio también excluya la aplicación de agravaciones del delito modificado está en ocasiones regulado en la ley (p. ej., en el § 248 StGB) [22], y en otro caso constituye un problema propio de la interpretación de la Parte Especial [23]. Así, p. ej., el privilegio relativo a la culpabilidad en el § 217 StGB excluye también la aplicación del § 211 StGB; el mismo efecto tiene el privilegio del § 216 StGB, ya situado en el injusto (p. ej., en el supuesto —rebuscado— de un homicidio a ruego realizado con medios de peligro común). 19

En los casos de mayor importancia práctica no se trata de un privilegio, sino de un simple supuesto menos grave, p. ej., del de homicidio del § 213 StGB. La primacía del supuesto menos grave con respecto al asesinato como homicidio cualificado se corresponde con la antigua sistemática de los delitos contra la vida, en la cual el «estado pasional» excluía la premeditación que antes daba lugar a asesinato. Tal solución sigue siendo hoy preferible [24], de modo que la limitación del supuesto menos grave a hechos en que el autor no es responsable de la situación especial (§ 213 StGB: «sin propia culpa»; *vid. supra* acerca de la culpabilidad, 17/609 ss.) garantiza que no se falsee el sentido de las cualificaciones del asesinato por medio del supuesto menos grave. Ejemplo: La situación de pavor al actuar para ocultar una infracción penal no constituye fundamento para un supuesto menos grave del § 213 StGB. La relación del § 213 StGB con los §§ 212 y 21 StGB ha de determinarse del modo siguiente: El § 213 StGB, en la parte descrita, representa la regulación especial para aquellos casos en los que la víctima es en gran medida responsable del conflicto (mediante «malos tratos» o «grave ofensa»), mientras que la alteración pasional, en cambio, puede quedar en un segundo plano (basta cualquier «cólera»). Los §§ 212

---

[21] *De lege lata* es prácticamente imposible que coincidan varios privilegios de la Parte Especial. La solución habría que adoptarla en función de si uno de los privilegios es aún mas especial que el otro, y entonces aplicar sólo aquél. De lo contrario, han de acumularse los privilegios y ello en una pena mínima incrementada, aún existente, para el delito más leve, mediante la aplicación del § 49.1 StGB, y en otros casos teniéndolo en cuenta en la determinación de la pena.

[22] Esta excluido el § 246, párrafo 1, 2.° grupo de casos StGB, pero no lo están los §§ 244, 249 StGB; *vid. Schönke-Schröder-Eser*, § 248 *a*, núm. marg. 4; acerca del § 243 StGB *vid.* su párrafo 2.

[23] *Vid. Geerds*, Konkurrenz, pp. 199 s.; *Welzel*, Strafrecht, § 30, III; *Puppe*, Idealkonkurrenz, pp. 319 ss. (prevalece «la ley» «cuyos elementos especiales son los de más gravedad»), todos con remisiones bibliográficas.

[24] Fundamental, *Geilen*, Dreher-Festschrift, pp. 257 ss., 383 ss.; *Eser*, 53. DJT. Gutachten, D, pp. 58 s.

y 21 StGB son especiales, por el contrario, en aquellos casos en los que el núcleo de la excusa se basa en la alteración pasional (ésta debe atenuar «notablemente» la facultad de comprender y observar la norma), mientras que la responsabilidad del conflicto basta con que no corresponda preferentemente al autor (de lo contrario, no se produce atenuación alguna del marco penal, *vid. supra* 18/34 ss.); puede corresponder a un tercero o bien —atenuadamente con respecto al § 213 StGB— a la víctima. Si se cumplen los requisitos de ambos complejos de regulación (responsabilidad en gran medida de la víctima más alteración pasional de importancia) se pueden acumular los efectos privilegiantes (§§ 213, 21 StGB: La pena mínima del § 213 StGB decae y la pena máxima desciende, ambos efectos según el § 49 StGB, párrafo 1, núm. 2, inciso 1, núm. 3, última variante StGB) [24a].

20 *b) a')* Las cualificaciones y delitos complejos constituyen los supuestos por excelencia del concurso de leyes; así, p. ej., la aplicación del § 223 StGB queda excluida por la de los §§ 223 *a*, 223 *b*, y de 224 a 226 StGB [25], también por las lesiones en ejercicio de cargo, § 340 StGB, la aplicación del hurto por la del hurto con armas o en cuadrilla o hurto-robo (§ 242, 244, 252 StGB), la aplicación del robo por la del robo agravado y el robo con consecuencia de muerte (§§ 249 a 251 StGB), la aplicación del hurto y de las coacciones por la del robo (§§ 242, 240, 249 StGB) [26], según la interpretación de la jurisprudencia, también la aplicación de la extorsión-robo por la del robo (§ 255, 249 StGB) [27], la aplicación de la toma de rehenes por la del secuestro con extorsión, siempre que se persiga un enriquecimiento (§§ 239 *a* y *b* StGB) [28], la aplicación del § 27 VersG por la del § 125 StGB, la aplicación de los delitos de peligro abstracto por la de los delitos de peligro concreto, como, p. ej., el § 315 *c*, párrafo 1, núm. 1, StGB abarca el peligro abstracto del § 316 StGB [29] (no obstante, *vid. infra* 31/129), entre otros [30].

b') Los §§ 138 y 323 *c* StGB pasan a un segundo plano ante la responsabilidad como garante (incluso si es como partícipe) por el delito no denunciado o por la realización dolosa de no haber evitado la catástrofe [30a]. Ejemplo: Al cómplice de la tentativa de homicidio sólo se le pune por los §§ 23, 27 y 212 StGB.

21 *c)* No de otro modo sucede cuando se emplea un delito para la formación de un supuesto especialmente grave, o de cualquier otra manera en la determinación de la pena (en sentido distinto, la doctrina dominante para el caso

---

[24a] Al respecto, *Timpe*, JR, 1986, pp. 76 s.

[25] Acerca del § 226 StGB, *vid.* BGH, 8, p. 54.

[26] BGH, 20, pp. 235 ss.

[27] BGH, 14, pp. 387 ss., 390.

[28] BGH, 25, pp. 386 ss.; 26, pp. 24 ss., 28; en caso de ánimo de enriquecimiento y de cualquier otro resultado coactivo, ha de aplicarse sólo el § 239 *b* StGB, siendo relevante el ánimo de enriquecimiento para la determinación de la pena; *de otra opinión* (concurso ideal; pero ello conduce a la doble valoración del secuestro o apoderamiento) BGH, 26, pp. 24 ss.

[29] Van más allá *Maurach-Gössel*, AT, II, § 55, núm. marg. 18 (subsidiariedad).

[30] Más ejemplos en *LK-Vogler*, núms. margs. 108 s., ante § 52.

[30a] En contra, la doctrina dominante, que parte de que los deberes de los §§ 138, 323 *c* StGB no afectan a los involucrados en el hecho; BGH, NStZ, 1982, p. 244; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 138, núm. marg. 20, con remisiones; *vid.* asimismo 29/nota 192.

de determinación de la pena [31]; en relación con los supuestos especialmente graves, *vid. supra* 6/99 ss.); ejemplos: Si se da un supuesto especialmente grave de hurto, § 243 StGB, porque el autor ha coaccionado a la víctima (por debajo del umbral señalado en el § 249 StGB), pasan a un segundo plano las coacciones, § 240 StGB, ante este hurto en un supuesto especialmente grave. El § 123 StGB (allanamiento de morada) queda desplazado por las coacciones, § 240 StGB, que suponen un caso especialmente grave por su ejecución mediante allanamiento. Del mismo modo, queda desplazado el allanamiento de morada cuando, en la determinación de la pena del descubrimiento de secretos, § 201 StGB, se tiene en cuenta el allanamiento de morada como agravante. Los supuestos cabe considerarlos como de especialidad relativa a un hecho concomitante.

d) Dado que el dolo cabe definirlo como imprudencia más un juicio serio 22
sobre el acaecimiento del resultado (*supra* 9/4), los delitos dolosos son especiales con respecto a los imprudentes [32]. Por eso el delito doloso no sólo desplaza al imprudente, sino también al cualificado por el resultado. Así, p. ej., el § 222 queda desplazado ante el § 212, el § 230 ante al § 223, el § 224 (en caso de imprudencia, delito cualificado por el resultado) ante el § 225. El dolo directo es especial frente al dolo eventual, y la intención frente al dolo directo de segundo grado, al que se define no por la previsión segura, sino por la previsión de la dependencia segura de una consecuencia pretendida (*supra* 8/18). La intención (*Absicht*) no es especial con respecto a la realización deliberada del hecho (*Wissentlichkeit*).

2. Si coinciden varias agravaciones especificadoras, hay que distinguir dos 23
supuestos distintos:

a) Si se trata de agravaciones, una de las cuales a su vez es más específica (cualificaciones de igual orientación), bien sea expresamente con arreglo al tipo, como, p.ej., en el § 225 StGB frente al § 224 StGB con arreglo al tipo subjetivo, bien sea objetivamente y sólo en la determinación de la pena, sólo se aplica la especificación más concretada. Ejemplos: Los §§ 224, 225 y 226 StGB son más específicos con respecto al § 223 *a* StGB [33], el § 251 es también más específico ante el § 250 StGB [34] (dudoso para el § 250, párrafo 1, núm. 4, StGB).

b) No obstante, si los motivos de las cualificaciones son independientes en- 24
tre sí (cualificaciones de distinta orientación), éstas han de acumularse. Ello se lleva a cabo, análogamente al § 52, párrafo 2, inciso 1, StGB, mencionando todas las cualificaciones en aquel delito que está conminado con la pena más gra-

---

[31] Absolutamente en contra de tener en cuenta elementos no pertenecientes al tipo, *Maurach-Gössel*, AT, II, § 55, núm. marg. 20.

[32] *Jakobs*, GA, 1971, pp. 257 ss., 260, con remisiones, muy discutido; en relación con los delitos cualificados por el resultado, *de otra opinión*, *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte, p. 98 ss. (exclusividad).

[33] Entonces, el § 223 *a* StGB hay que entenderlo como de pura cualificación por el peligro y no —en el ataque alevoso— como cualificación por la reprochabilidad. RG, 63, pp. 423 s., 424: *vid.* además BGH, 21, pp. 194 ss., 196; BGH, NJW, 1967, pp. 297 s., 298. *De otra opinión*, *Jescheck*, AT, § 69, II, 1; *LK-Vogler*, núm. marg. 110, ante § 52; *Vogler*, Bockelmann-Festschrift, pp. 715 ss., 722.

[34] BGH, 21, pp. 183 ss.; *de otra opinión*, *LK-Vogler*, núm. marg. 110, ante § 52; en parte también *Schönke-Schröder-Eser*, § 251, núm. marg. 10.

ve. La jurisprudencia aprecia «generosamente» en tales casos concurso de leyes [35]; de este modo se pierde, para el pronunciamiento de culpabilidad, el contenido independiente de la cualificación desplazada [36]. Por eso se propone reunir todos los delitos cualificantes en concurso ideal [37]. De seguir tal propuesta, se aclara el alcance delictivo del hecho, pero sólo a costa de la co-designación repetida del delito base; el que ello se pueda compensar en la determinación de la pena no alcanza a modificar el defecto en el pronunciamiento de la culpabilidad. Con vistas a la solución, hay que tener en cuenta que la articulación de las cualificaciones y su asignación a los tipos singulares es un medio de técnica legislativa en orden a observar la prohibición de indeterminación (art. 103, párrafo 2 GG, § 1 StGB). A fin de resolver la problemática concursal, cabe concebir todos las cualificaciones como elementos de un delito con marco penal correspondientemente amplio: Sólo concurren propiamente los elementos cualificantes. Ejemplo: Los malos tratos a personas sujetas a la propia custodia (§ 223 *b* StGB) con al menos consecuencia de muerte imprudente (§§ 226, 18 StGB) hay que enjuiciarlos como lesiones con consecuencia de muerte *por medio de* (no: más) malos tratos de personas sujetas a custodia, y punirlos por el marco del § 226 StGB, desempeñando la cualificación del § 223 *b* StGB (y no todo el injusto de este delito) la función de factor de medición de la pena.

25 3. Análoga debe ser la solución para los delitos cualificados por el resultado. Si la realización dolosa por sí sola forma el resultado cualificante de un delito que también es especial frente al delito base, en caso de dolo también queda desplazada la cualificación por el resultado; ejemplo: En caso de homicidio doloso, sólo hay que aplicar los §§ 211 ss. StGB; el § 226 pasa a un segundo plano. Si la realización dolosa del resultado cualificante no abarca al delito base, en caso de hecho doloso ha de condenarse por el delito cualificado por el resultado cometido *a través de* (no: más) una realización dolosa del resultado (o a la inversa, si al delito doloso se le conmina con pena superior). Ejemplo: En un homicidio con dolo eventual para evitar la huida de la víctima de la detención ilegal ha de condenarse por homicidio (o asesinato) a través de detención ilegal con consecuencia de muerte. Un amplio sector aprecia concurso ideal entre el delito cualificado por el resultado y el hecho doloso [38]; pero

---

[35] Así, entre los §§ 223 *b* y 226 StGB; RG, 70, pp. 358 ss., 259 (en contra, *Mezger*, JW, 1937, pp. 627 s.); 47, pp. 309 ss., 311; BayObLG, 1960, pp. 285 ss.; Además, entre el § 29 StGB y los §§ 243 s. StGB, versión antigua; BGH, 20, pp. 235 ss., 236 s. (en contra, *Schröder*, JZ, 1865, p. 729); como la jurisprudencia, *Welzel*, Strafrecht, § 30, III, con remisiones; en lo esencial, también *Montenbruck*, Strafrahmen, pp. 190 ss., 193 (con excepciones determinadas cuantitativamente).

[36] El contenido se puede volver a activar en la determinación de la pena, siguiendo el procedimiento adecuado, sólo cuando una de las cualificaciones proporciona una causa de determinación de la pena en el marco del delito formado por las otras cualificaciones. Dado que las cualificaciones tienen distinta orientación, tal sólo puede ser el caso cuando una de ellas ya es genuino factor de determinación de la pena en el delito de partida, es decir, cuando se la puede aceptar en la cualificación orientada de otro modo sobre la base del delito de partida (por lo general el delito base).

[37] *Geerds*, Konkurrenz, p. 200; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 111, ante § 52; *LK-Vogler*, núm. marg. 110, ante § 52; *Jescheck*, AT, §69, II, 1. *Vogler*, Bockelmann-Festschrift, pp. 715 ss.; *vid.* también *Burgstaller*, JurBl., 1978, pp. 393 ss., 397.

[38] BGH, 9, pp. 135 ss., 136 s.; 19, pp. 102 ss., 106; 20, pp. 269 ss., 271 s.; *Jescheck*, AT, § 67, III, 3. Contra la apreciación de exclusión del tipo entre los §§ 211 s. StGB y § 251 StGB, en BGH, 26, p. 175. *vid. supra* acerca de los delitos cualificados por el resultado 9/31. Según *Montenbruck*,

así se tiene en cuenta por partida doble, inadmisiblemente, la realización evitable (dolosa o imprudente) del resultado. No presenta problemas el concurso entre el delito cualificado por el resultado y el delito de realización imprudente de sólo el resultado cualificante: Esta última queda siempre desplazada por especialidad en virtud de intensidad de la descripción [39] (§ 18 StGB, al menos imprudencia).

B. La especialidad en virtud de concreción de la consumación o de intensidad de la intervención o del resultado (subsidiariedad) [40]

1. *a)* La pena del delito consumado no es sólo una pena por la continua- 26
ción del delito a partir de la tentativa perfecta, sino por el hecho en su totalidad, como ya se evidencia en que tras la tentativa acabada no tiene que sobrevenir ningún comportamiento valorable más. Por ello el delito consumado comprende al delito intentado y a los actos preparatorios, si éstos son punibles (actos previos copenados) [41]. Así pues, toda la punibilidad fundamentada a través del § 22 StGB queda desplazada por la de la consumación del mismo delito [42] por medio de un único ataque, al igual que toda la penalidad fundamentada a través del § 30 StGB [43]. Tambien las acciones de tentativa y preparación formuladas en la Parte Especial quedan desplazadas por la responsabilidad por fases posteriores [44]. Ejemplos: La aplicación del § 83 StGB queda desplazada por la de los §§ 81 y 82 StGB; la del § 149 StGB por la de los §§ 146 y 148 StGB [45]; la del § 265 *b* StGB por la del § 263 StGB [45a]; la del § 267, párrafo 1, grupos de casos 1.° y 2.°, StGB, por la del § 267, párrafo 1, 3.er grupo de casos, StGB [46]; la del § 311 *b* StGB por la de las determinaciones allí mencionadas, etc. Cuando se argumenta que la preparación podría referirse a una especial peligrosidad del comportamiento [47], ello no impide el concurso de leyes, dado que esta peligrosidad es de todos modos (es decir, incluso sin la especial punibili-

---

Strafrahmen, pp. 208 ss., 212, 214, los móviles viles en el asesinato, como «determinación de recogida» por lo general «abarcarán el contenido de injusto de las... cualificaciones por el resultado, así como el de los tipos bases.» Sin embargo, es inadmisible concluir, a partir de la cantidad mayor, una cualidad que abarca.

[39] BGH, 8, p. 54; *Montenbruck*, Strafrahmen, pp. 206 s., con remisiones; *de otra opinión*, BGH, NJW, 1965, pp. 2411 s.

[40] *Vid. Honig*, Vor- und Nachtat, pp. 31 ss.; *Burgstaller*, JurBl., 1978, pp. 393 ss., 399 ss.; *Geerds*, Konkurrenz, pp. 184 ss.; *Puppe*, Idealkonkurrenz, pp. 327 ss.; *Wegscheider*, Konkurrenz, pp. 153 ss.

[41] *Honig*, Vor- und Nachtat, p. 113.

[42] Acerca de la relación de los §§ 22, 255 StGB, con el § 249 StGB, entendiendo el § 255 StGB como tipo de recogida, *vid.* BGH, StV, 1982, p. 114.

[43] RG, 59, pp. 376 ss., 377 s.

[44] RG, 19, pp. 13 ss., 15.

[45] RG, 66, pp. 217 ss., 218; sobre la relación de las variantes del hecho del § 46 StGB entre sí, *vid.* BGH, NJW, 1986, p. 2960.

[45a] BGH, 36, pp. 130 ss.

[46] En la medida en que el uso se encuentre en una relación de medio a fin con la producción o falsificación (*supra* 8/39 s.); discutido, *vid.* BGH, 17, pp. 98 ss., con comentario de *Häussling*, JZ, 1963, pp., 69 s.; *Miehe*, GA, 1967, pp. 270 ss.

[47] *Puppe*, Idealkonkurrenz, pp. 320 s.; ello se refiere también al § 30 StGB: La comunicación abierta sobre el hecho pone en tela de juicio a la norma, *vid. supra* 27/2.

dad de la preparación) imputable en el marco de la responsabilidad por consumación.

27 *b)* El concurso de leyes no es posible cuando la preparación presenta elementos especiales que no quedan abarcados por la consumación [48]; ejemplos: Si un hecho preparado como robo y violación acaba, pasando por la tentativa de robo, en hurto consumado, existe concurso auténtico entre la preparación de la violación (§§ 170, 30 StGB) y la tentativa de robo (§§ 249, 22 StGB), abarcando la última —consecuencia de la atenuación meramente facultativa en la tentativa— al hurto intentado (al respecto *infra* 31/40).

28 2. En la imputación de un hecho en concepto de autor cabe imputar cualquier favorecimiento del hecho, y en la imputación en concepto de inducción, también el favorecimiento en concepto de complicidad (*vid. supra* acerca del fundamento de punición de la inducción 22/22). Por eso la responsabilidad por cualquier figura de participación (§§ 26, 27 StGB) queda desplazada por la de la autoría, así como la responsabilidad por el delito a título de cómplice queda desplazada por la de la inducción [49]. Si sólo el delito de participación muestra alguna cualificación, existe concurso ideal con el delito en concepto de autor [49a] (al igual que en la relación entre consumación y tentativa, *supra* 31/27).

29 3. Dado que la consumación puede consistir en un suceso que esté situado anticipadamente a la lesión del bien jurídico, en caso de un solo ataque a un bien pueden darse previamente, desde el punto de vista temporal, diversas fases de consumación anteriores a la lesión, sobre todo la fase de la puesta en peligro concreto. No obstante, el delito que abarca al resultado más intenso no concierne a la diferencia entre fases intermedias, sino al ataque en su conjunto; por eso el delito que está consumado en la fase intemedia queda desplazado por la responsabilidad en función del delito consumado posteriormente en el mismo objeto de ataque [50. 51]. Ejemplos [52]: El abandono de niños queda desplazado por el homicidio doloso (§§ 221, 211 ss. StGB) [53], y ello incluso en caso de homicidio privilegiado, ya que los privilegios relativos a la lesión rigen paralelamente en el marco de los delitos de peligro. No obstante, las lesiones graves no desplazan a la participación en riña tumultuaria (§§ 242, 227 StGB) [54], ya que la prohibición de intervenir en riñas no protege sólo a la víctima. Por consideraciones análogas, los delitos de peligro abstracto dolosos nunca quedan desplazados por los delitos de lesión [55]. Entre la puesta en peligro

---

[48] RG, 73, pp. 71 ss.; BGH, 9, pp. 131 ss.; 132 ss. (*de otra opinión*, aún BGH, 1, pp. 131 ss.); *LK-Vogler*, núm. marg. 124, ante § 52; *SK-Samson*, núm. marg. 69, ante § 52; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 125, ante § 52; núms. margs. 51 ss., 76 ss.

[49] BGH, 4, pp. 244 ss., 247; *vid.* asimismo RG, 70, pp. 138 ss.; 70, pp. 239 ss.; doctrina dominante; *de otra opinión Puppe*, Idealkonkurrrenz, pp. 331 s.

[49a] BGH, 33, pp. 50 ss., 53 s.

[50] *Vid.* RG, 70, pp. 400 ss., 402.

[51] Si la puesta en peligro puede desembocar en consecuencias jurídicas que no se pueden imponer en caso de lesión, rige el principio de combinación; *de otra opinión* (concurso ideal) BGH, 8. pp. 243 ss., 244.

[52] *Vid.* también BGH, 8, p. 385.

[53] RG, 25, pp. 321 ss., 322; 68, pp. 407 ss., 409.

[54] *Vid.* RG, 59, pp. 107 ss., 110; 67, pp. 367 ss., 370.

[55] *SK-Samson*, núm. marg. 69, ante § 52; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 129, ante § 52; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 55, núm. marg. 18; *Geerds*, Konkurrenz, p. 213.

dolosa de la seguridad del tráfico y las lesiones u homicidio imprudentes (§§ 315 *c*, párrafo 1, 222, 230 StGB) existe concurso de delitos, dado que ni la puesta en peligro especifica al resultado de lesión, ni el hecho imprudente a la puesta en peligro dolosa [56]. Si un hecho que pone en peligro la vida, con arreglo al § 315 *c*, párrafo 1, núm. 1, letra *a*, StGB, constituye al mismo tiempo homicidio doloso de la única víctima puesta en peligro, hay que castigar por el delito de homicidio y además por el § 316 StGB, pues bien es cierto que el homicidio abarca a la puesta en peligro concreto de la vida, pero —a diferencia del 315 c StGB— no al peligro abstracto del § 316 StGB (*vid.* asimismo *supra* 31/20).

C. La especialidad relativa al hecho concomitante (consunción)

1. El concepto de hecho concomitante no tiene contornos nítidos, pudiéndose en particular contar entre ellos muchos delitos que quedan desplazados por especialidad en virtud de intensidad de la descripción. La especialidad relativa al hecho concomitante sólo tiene significado propio en tanto que se refiere a casos en los que, con independencia de la pena con que se conmina, se puede considerar a un delito (el hecho concomitante) como secundario en relación con otro, porque es —con gran frecuencia en la práctica, o incluso necesariamente, pero en todo caso dada su escasa gravedad delictiva— modalidad comisiva de otro delito (el hecho primario), pudiéndosele tratar —como muy tarde en la determinación de la pena— también como parte imputable de este otro delito [57]. Si en el caso concreto la gravedad no es mínima, el exceso se encuentra en concurso auténtico con el hecho primario. Ejemplo: Si un ladrón hace saltar por los aires un muro de un edificio, a fin de acceder a lo que se guarda en su interior, estos daños no constituyen hecho concomitante del hurto en un supuesto especialmente grave (§ 243, párrafo 1, núm. 1, StGB), aun cuando el mero forzar la puerta sí lo habría sido. El límite entre la especialidad agravatoria en virtud de intensidad de la descripción y la especialidad relativa al hecho concomitante se traza así: La especialidad agravatoria en virtud de intensidad de la descripción se rige por el precepto más riguroso en abstracto, y la especialidad relativa al hecho concomitante, en cambio, por la realización típicamente más grave [58]. Ejemplo: El que un gancho en la mandíbula con consecuencia de un breve desvanecimiento por lo general (o sea, si el desvanecimiento no tiene importancia propia en el plan del autor) constituya lesiones con detención ilegal (y coacciones) como hecho concomitante, y no detención ilegal (o coacciones) con lesiones como hecho concomitante, no se deduce de la gravedad abstracta, sino de la derivada de las realizaciones de este género: Las limitaciones a la libertad ambulatoria (§ 239 StGB), o a la libertad de formar la voluntad o de ponerla en práctica (§ 240 StGB) son menos graves, en una valoración usual, que la intrusión física que las fundamenta (§ 223 StGB). 30

[56] *Vid. Schönke-Schröder-Stree*, § 315 *c*, núm. marg. 45.

[57] *Vid.* RG, 59, pp. 321 ss., 325 («generalmente necesaria»); 60, pp. 118 ss., 122 («forma de aparición regular»); BGH, 11, pp. 125 ss., 17; OLG Frankfurt, NJW, 1970, pp. 1333 s., y las sentencias que se mencionarán a continuación.

[58] *Burgstaller*, JurBl., 1978, pp. 393 ss., 459 ss.; *Geerds*, Konkurrenz, pp. 203 ss., 216 ss.: en ocasiones se considera superfluo el concepto; *Klug*, ZStW, 68, pp. 399 ss., 415; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 131, ante § 52; *Schmitt*, ZStW, 75, pp. 43 ss., 55.

31 2. *a) a')* Si el hecho concomitante está conminado con pena superior a la del hecho primario, la consunción surte un efecto análogo al privilegio: Decae la conminación penal más grave. Junto al ejemplo acabado de señalar de las simples lesiones con la consecuencia incidental de detención ilegal hay que mencionar ante todo la relación de la utilización indebida de vehículo de motor del § 248 *b* StGB con el hurto del § 242 StGB; el marco penal para la utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno sería obsoleta en la práctica para los vehículos con motor de combustión si el hurto del combustible, no indispensable, pero sí típicamente acompañante, no se valorara como hecho concomitante. El efecto análogo al privilegio se evidencia en los supuestos mencionados no sólo en el marco penal, sino también en el requisito de perseguibilidad, de los §§ 232 y 248 *b*, párrafo 3, StGB; si falta la instancia de presecución, no se puede castigar por los §§ 239, 240, 242 StGB (sin embargo, *vid.* asimismo en relación con los efectos del concurso de leyes, 31/47).

b') También son hechos concomitantes el allanamiento de morada y los daños en el hurto con escalamiento [59] como supuesto especialmente grave del hurto (§§ 123, 303, 242, 243, párrafo 1, núm. 1, StGB). Dado que los delitos contenidos en esta variante del hurto han de tratarse como partes del hurto, para tomar en consideración el allanamiento de morada y los daños no hace falta instancia de presecución; el § 243 StGB no prevé ningún supuesto especialmente grave que requiera instancia de presecución. La estafa y la consecución subrepticia de servicios (§§ 263, 265 *a* StGB) son respectivamente hechos concomitantes en relación con la falsificación de sellos del § 148.1 StGB [59a]. También las lesiones a la mujer del § 223 StGB constituyen hecho concomitante en relación con la interrupción del embarazo (§ 218.1 StGB) [60], mientras que entre interrupción del embarazo y lesiones cualificadas existe concurso auténtico [61].

32 *b)* Acerca de la relación entre los delitos contra la vida y los de lesiones hay que distinguir [62]:

---

[59] Acerca del § 243 StGB, versión antigua, *vid.* RG, 40, pp. 430 ss.; BGH, 22, pp. 127 ss., 129.; sobre el § 243 StGB, versión actual, *vid.* KG, JR, 1979, pp. 249 ss., 250, con comentario favorable de *Geerds*, *op. cit.*, pp. 250 ss.; discutido.

[59a] Discutido; *de otra opinión* en relación con la estafa, BGH, 31, pp. 380 ss., 381 s., con comentario favorable de *Kienapfel*, JR, 1984, pp. 162 s.

[60] Lo que, en caso de consentimiento de la mujer, sólo se tiene en cuenta si se da un *quantum* de lesiones que sobrepase la medida mínima, ya que de lo contrario las lesiones (no la muerte del feto) son tan insignificantes que su ejecución no necesita ningún motivo razonable: Se da un consentimento que excluye el tipo; *vid. supra* 7/112; la doctrina dominante discrepa.

[61] BGH, 28, pp. 11 ss., con referencias de la jurisprudencia anterior en otro sentido, p. 14; *vid.* el comentario en parte crítico de *Wagner*, JR, 1979, pp. 295 s.; frente a la opinión de *Wagner*, *op. cit.*, p. 296, estimar concurso auténtico, sobre todo en relación con el § 226 StGB, no supone vulneración alguna de la prohibición de valoración múltiple, dado que las lesiones que decaen como hecho concomitante no se valoran en la interrupción del embarazo.

[62] La jurisprudencia ha oscilado varias veces (referencias detalladas en *Jakobs*, Konkurrenz, pp. 53 ss.), habiendo basado la exclusión de las lesiones por el homicidio (teoría de la contraposición) en la supuesta mutua exclusión de sus respectivos dolos, sobre todo RG, 61, pp. 375 s. La doctrina extendía la exclusión hasta el tipo objetivo; *Binding*, Normen t. II, pp. 999 ss.; *Welzel*, v. Weber-Festschrift, pp. 242 ss., 244. La teoría de la contraposición perseguía, en sus versiones primeras, los resultados de la solución del concurso de leyes, creando una garantía formalmente situada en el tipo subjetivo para la aplicación de un solo delito (*vid. Jakobs*, *op. cit.*, p. 40); después, se trataba sobre todo de eludir en el desistimiento de la tentativa cualificada del homicidio

a') Todo homicidio doloso contiene lesiones dolosas simples o peligrosas; todo homicidio imprudente, lesiones imprudentes; en esta medida, las lesiones son hecho concomitante que queda desplazado (también delito más general, en sentido estricto).

b') Las lesiones graves consumadas de los §§ 224 y 225 StGB no sólo se caracterizan por la intensidad de las lesiones, sino también por su duración, y por eso —al margen de casos límites (enfermedad crónica que dura años, con consecuencia de muerte)— no pueden concurrir con los delitos de homicidio consumados, sino sólo como tentativa con el homicidio consumado, o como consumadas con el homicidio intentado: y en esos casos, concurso ideal [63]. Los privilegios y demás atenuaciones del marco penal se han de aplicar [64] analógicamente a las lesiones. Ejemplo: Si el autor de un homicidio obra en un supuesto menos grave (§ 213 StGB) con dolo alternativo (*supra* 8/33) de matar a la víctima (en el sentido del § 224 StGB) o de mutilarla, y ejecuta el hecho por medio de envenenamiento, ha de aplicarse analógicamente la atenuación del § 213 StGB al § 229.2 StGB.

c') Los supuestos de homicidio privilegiados excluyen las lesiones que constituyen hechos concomitantes incluso si presentan un marco penal más riguroso. El homicidio a ruego, por medio de envenenamiento (§ 229 StGB) ha de enjuiciarse sólo por el § 216 StGB, y el infanticidio mediante envenenamiento por el § 217 StGB.

d') Las lesiones como hecho concomitante están limitadas cuantitativamente, como ya se evidencia en el hecho de que el exceso de lesión, como ensañamiento, cualifica el homicidio convirtiéndolo en asesinato (§ 211, párrafo 2, 2.° grupo de casos, 2.° subgrupo, StGB), es decir, no queda consumido en el homicidio [65]. Esta limitación es evidente para las lesiones (sin dolo de homicidio, anteriores, simultáneas o posteriores) sólo concomitantes con el homicidio. Ejemplo: El autor maltrata a la víctima ya herida de muerte, sin acelerar así su muerte. Por lo demás, se trata sólo de descartar del concurso de leyes aquellas lesiones que se apartan del supuesto normal —determinado de modo totalmente amplio— de homicidio por una cantidad excesivamente alta de malos tratos o de daños para la salud (homicidio con tortura, muerte lenta, etc.). Entre el homicidio y el *quantum* de exceso existe entonces concurso auténtico, siempre que ese exceso no se valore como ensañamiento (*Grausamkeit*) en el

---

privilegiado, las —muy poco acordes en el Derecho anterior— conminaciones penales de los delitos de lesiones cualificadas. Desde BGH, 16, pp. 122 ss., 123; 21, pp. 266 s., la teoría de la inclusión de las lesiones en el homicidio (teoría de la unidad) es indiscutida (así ya RG, 28, pp. 200 s.) y doctrina totalmente dominante; *vid.*, en relación con el texto siguiente, sobre todo *Schmitt*, JZ, 1962, pp. 389 ss.; *Jakobs*, Konkurrenz, pp. 110 ss.; *Hirsch*, ZStW, 81, pp. 917 ss., 917 ss.; *LK-Hirsch*, núms. margs. 14 ss., ante § 223; *Schönke-Schröder-Eser*, § 212, núms. margs. 17 ss., todos con remisiones.

[63] *Schmitt*, JZ, 1962, pp. 389 ss., 391; *Welzel*, Strafrecht, § 38, I, 6; *Jakobs*, Konkurrenz, pp. 128 ss., y sobre el dolo alternativo, pp. 155 ss.; *LK-Hirsch*, núm. marg. 16, ante § 223; *de otra opinión*, BGH, 22, pp. 248 ss., con comentario desfavorable de *Jakobs*, NJW, 1969, pp. 437 s.

[64] Al igual que también en caso de dolo de homicidio ausente o en todo caso no demostrable; BGH, 25, pp. 223 s.; *LK-Hirsch*, § 226, núm. marg. 10.

[65] RG, 42, pp. 214 ss., 215; BGH, NJW, 1962, pp. 115 s., 116; *Welzel*, Strafrecht, § 38, I, 6; *Jakobs*, Konkurrenz, pp. 110 ss.; de modo distinto *Hirsch*, ZStW, 81, pp. 927 ss., 929; *Puppe*, Idealkonkurrenz, pp. 179 s., nota 10.

§ 211 StGB y quede así agotado. La limitación cuantitativa del hecho concomitante no representa peculiaridad alguna de las lesiones como hecho concomitante en relación con el homicidio, sino que rige en general.

e') En el desistimiento de la tentativa del homicidio privilegiado o del homicidio en un supuesto menos grave, la medida máxima de la pena por las lesiones ya consumadas se rige por el homicidio privilegiado [66] (importante para las lesiones del § 229 StGB, sobre todo párrafo 2, StGB, y § 221.3 StGB). *Vid.*, en relación con el desistimiento, por lo demás, *infra* 31/44. El homicidio intentado tiene la misma virtualidad consuntiva que el homicidio consumado, lo que viene puesto de manifiesto por la atenuación meramente facultativa del § 23.2 StGB [67] (polémico; *vid. infra* 31/40).

33 4. Hay que pensar en la posibilidad de tratar como impunes *hechos concomitantes con un comportamiento impune*, en algunos casos. Ejemplo: El hurto, en el vestuario de la prisión, del recluso que se va a escapar, debería ser impune. También es hecho concomitante con un comportamiento impune el uso de cantidades mínimas de aceite, energía, etc., al utilizar por breves momentos aparatos o instrumentos ajenos (p. ej., el consumo de tinta al usar una estilográfica ajena para una firma). Si una tentativa de suicidio tiene por consecuencia una interrupción de embarazo, éste debería ser impune. En general, los delitos concomitantes del suicidio intentado (p. ej., el encubrimiento intentado por parte del testigo de cargo) no habría que castigarlos [67a], dado que se trata de la tentativa, no de infringir los deberes, sino de anularlos («la muerte anula todo juramento», *Schiller*, Kabale und Liebe, V/7).

D. La especialidad en virtud de intervención previa (hecho posterior copenado)

34 1. En algunos delitos, el autor responde por un suceso dañoso plenamente (y no sólo por tentativa) cuando ha comenzado la realización de modo significativo (hecho previo), sin haber determinado aún, no obstante, completamente el suceso.

En un primer grupo de supuestos [68] se trata de los delitos contra la propiedad y el patrimonio: Estos quedan consumados con la sustracción (§§ 242, 249 StGB), o la apropiación (§ 246 StGB) o la disposición patrimonial dañosa (§ 263 StGB), sin que ya con ello tenga que estar completa la pérdida *permanente* del objeto. Si el autor, mediante un hecho posterior, determina la pérdida definitiva del modo en que se presupone en el hecho previo, ciertamente este hecho posterior constituye según los presupuestos normales un comportamiento antijurídico y culpable, pero ya está «incluido en la cuenta» del hecho principal y

---

[66] *Vogler*, Bockelmann-Festschrift, pp. 815 ss., 729; *Geerds*, Konkurrenz, p. 172; *LK-Hirsch*, núm. marg.16, ante § 223, con limitaciones para el § 229 StGB, que no son necesarias cuando el § 213 StGB, de todos modos, es decir también en caso de mero dolo de lesionar, se aplica al § 229 StGB analógicamente.

[67] BGH, 22, pp. 248 ss., 249.

[67a] *De otra opinión*, BGH, NStZ, 1974, p. 73, *in fine*.

[68] Sobre ello, con detalle *Roth*, Eigentumschutz, pp. 60 ss., 140 ss., con remisiones.

por tanto copenado. El suceso total queda valorado completamente mediante el hecho principal [69].

Otro grupo de supuestos [69a] se refiere a delitos en los que el autor no determina un resultado consistente en una prestación, teniendo que responder de ese resultado (omisión), o evita la producción de ese resultado (acción), siendo aún posible desde luego la prestación posterior o sustitutiva. En la medida en que al autor, debido a la perturbación de prestación primaria, se le imputa la plena ausencia del resultado consistente en una prestación, es decir, sin tener en cuenta la posibilidad de aportar una prestación posterior o sustitutiva, esta imputación abarca también las perturbaciones subsiguientes en la prestación posterior o sustitutiva, como hechos posteriores copenados. Ejemplos: Quien se sustrae a su deber de prestar alimentos (§ 170 *b* StGB) y se le condena por ello, comete un hecho ya copenado cuando después sigue sin pagar la *antigua* deuda [69b]. Quien no obedece al llamamiento a filas en el ejército o no se incorpora a la prestación civil sustitutoria «para sustraerse... definitivamente... a la obligación» (§ 16.1 WStG, § 53.1 ZDG), emprende así una infracción de deber tendente a la permanencia; otras ulteriores negativas —p. ej., a sucesivos llamamientos— constituyen hechos posteriores copenados [69c].

2. Qué delitos pueden ser hechos copenados no cabe determinarlo sin tener en cuenta el hecho previo, sino que depende de en relación con qué tipo de comportamiento el hecho previo representa una anticipación. Lo cual, en el hurto famélico del § 370, párrafo 1, núm. 5, StGB, versión antigua, era sólo el consumo inmediato [70], en los delitos de apropiación es la desposesión de la persona legitimada para poseer mediante el aprovechamiento [71] (no, p. ej., también mediante la destrucción de la cosa) [71a], en la utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno, el aseguramiento sólo del uso (no, p. ej., también de la posibilidad de apropiación o de destrucción de la cosa), en la posesión ajena conseguida mediante estafa, el aseguramiento de ésta, no de la posesión propia [72], etc. [73]. Un amplio sector admite también como hecho posterior impune 35

---

[69] *Jescheck*, AT, § 69, II, 3; *Burgstaller*, JurBl., 1978, pp. 303 ss., 459 ss., 461; *Honig*, Vorund Nachtat, pp. 81 ss.; *LK-Vogler*, núm. marg. 139, ante § 52; *Vogler*, Bockelmann-Festschrift, pp. 715 ss., 733 s., que desde luego no considera al hecho posterior copenado como concurso de las «conminaciones penales abstractas», sino de las «pretensiones punitivas» (?); *Krauß*, GA, 1965, pp. 173 ss., 177; *Geerds*, Konkurrenz, pp. 205 ss.; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 113, ante § 52.

[69a] *Vid.* asimismo RG, 68, pp. 227 ss., 229.

[69b] *Struensee*, JZ, 1984, pp. 645 ss., 6500.

[69c] Acerca de la solución común en caso de negativa reiterada a cumplir el servicio civil sustitutorio, *vid. supra* 20/nota 37; contra esta solución, con detalle, *Struensee*, JZ, 1984, pp. 645 ss.; *el mismo*, JZ, 1985, pp. 955 ss., cuya solución procesal (*un* solo hecho en sentido procesal) se opone a la solución de Derecho sustantivo que aquí se emprende.

[70] Así resuelve el OLG Braunschweig, JZ, 1964, pp. 524 s.; acertadamente sobre ello, *Krauß*, GA, 1965, pp. 173 ss.; 179 ss., *vid.* también *Kohlmann*, JZ, 1964, pp. 492 ss.

[71] RG, 39, pp. 239 ss., 243 ss.; 43, pp. 60 ss., 65.

[71a] *Roth*, Eigentumsschutz, pp. 148 s.

[72] BGH, 16, pp. 280 ss., 281 s.

[73] *Vid.* además RG, 50, pp. 166 ss., 168 (en relación con la falsificación de documento y la elusión de impuestos); 51, pp. 4 ss., 6 ss. (el hurto no es hecho posterior copenado de la falsificación de documento; la estafa contra terceros no es hecho posterior copenado con respecto al hurto); 54, pp. 80 ss., 81 (la maquinación para alterar el precio de las cosas —en el Derecho anterior— no es hecho posterior copenado con respecto al hurto); 62, pp. 61 ss., 62 (la apropiación

todo comportamiento equivalente (o menor) al hecho previo en la medida del perjuicio, sobre todo los daños no conectados con el aprovechamiento, en lugar de la apropiación [74]. Tal cambio es aquí tan inadmisible como en general en el concurso de leyes. Ejemplo: El hurto de una llave, sirviéndose de la cual se abre una puerta con vistas a cometer otros hurtos, no está contenida en el segundo delito como hecho concomitante, aun cuando la destrucción —en concreto más intensamente dañosa— de la puerta, como hecho concomitante, sí habría estado contenida; pues bien, al igual que el hecho concomitante, tampoco el hecho posterior cabe determinarlo únicamente en función de la medida del daño y sin tener en cuenta el tipo de comportamiento.

36 3. *a)* El hecho posterior debe afectar al mismo bien que el hecho previo (no al mismo titular del bien) [75], si ha de ser impune; ejemplos: Negar la posesion tras un hurto es hecho posterior copenado, aun cuando el propietario de la cosa sea ahora otro; sin embargo, un nuevo hecho punible es la enajenación de una cosa hurtada a un tercero, que, debido al § 935 BGB, no adquiere la propiedad, quedando menoscabado su patrimonio [76]. También son nuevos hechos punibles la falsificación de un documento de cesión para una cosa hurtada, o el rellenar un cheque hurtado, aun cuando ello se lleve a cabo utilizando el nombre de la persona a la que se ha hurtado, ya que los bienes protegidos en los §§ 242 y 267 StGB no son los mismos [77].

b) El postulado tan extendido de que no ha de ampliarse cuantitativamente el daño ya producido [78] está formulado sesgadamente [78]; pues si un hecho posterior tiene éxito, siempre ahonda el ataque. Se quiere decir que sólo la cantidad ya *amortizada* puede considerarse agotada, sin pena. Ejemplo: La enajenación (clandestina) de una cosa, de la que previamente el autor se ha apropiado indebidamente, a alguien que obra de buena fe, es hecho posterior copenado en relación con la primera apropiación indebida, aun cuando el propietario pierda la propiedad a través de la adquisición de buena fe del receptor, pues el aprovechamiento completo de la cosa está comprendido en la primera apropiación indebida [79].

---

indebida no es hecho posterior copenado de la participación en la estafa mediante la que se consiguió la posesión propia); 67, pp. 273 ss., 275 (la administración desleal puede ser hecho copenado posterior a la estafa); BGH, 3, pp. 290 ss. (el hurto o la apropiación indebida no son hechos posteriores copenados de la reutilización de sellos —en el Derecho anterior—); 6, pp. 67 s. (la administración desleal —§ 246, párrafo 1, 2.° grupo de casos StGB— es hecho posterior copenado de la estafa): 11, pp. 398 ss., 400 s. (la estafa no es hecho posterior copenado de la estafa al asegurador del § 265 StGB; totalmente incorrecto; discutido, *vid. Schönke-Schröder-Lenckner*, § 265, núm. marg. 16); BGH, NStZ, 1987, p. 23 (la quiebra fraudulenta tampoco es hecho posterior copenado de la elusión fiscal cuando Hacienda es el único acreedor concursal).

[74] RG, 35, pp. 64 s.; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 114, ante § 52, entre otros; como aquí, *Jescheck*, AT, § 69, II, 3 *b*, nota 27; *el mismo*, ZStW, 67, pp. 529 ss., 535; *Krauß*, GA, 1965, pp. 173 ss., 180; *Sauer*, Strafrechtslehre, § 29, II, 3 *a*.

[75] Acertadamente *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 114, ante § 52; en contra, *Maurach-Gössel*, AT, II, § 56, núms. margs. 32 s. (que probablemente malinterprete la posición aquí defendida); *LK-Vogler*, núm. marg. 141, ante § 52.

[76] RG, 49, p. 16 ss., 17, 20; 49, pp. 405 ss., 407 s.

[77] RG, 60, pp. 371 ss.; BGH, 5, pp. 295 ss., 297; BGH en *Dallinger*, MDR, 1957, p. 652.

[78] Por ejemplo *Jescheck*, AT, § 69, II, 3 *a; Maurach-Gössel*, AT, II, § 56, núm. marg. 30 s.

[79] *De otra opinión, Baumann-Weber*, AT, § 41, III, 3 *b*. De acuerdo con BGH, 14, pp. 38 ss., 45, la apropiación indebida presupone «ya típicamente» «que el autor no se ha apropiado previamente de una cosa ajena mediante una acción punible», de modo que no puede haber un hecho

4. El hecho posterior puede estar conminado con pena más grave que el 37
hecho previo, con tal que éste resida sólo en la anticipación del hecho previo. Así, la apropiación indebida subsiguiente, en un acto de aprovechamiento, al hurto famélico del § 370, párrafo 1, núm. 5, StGB, versión antigua, estaba copenada (con otra interpretación, el precepto no habría tenido trascendencia práctica alguna), al igual que, a pesar de la superior conminación penal, está copenada la inducción a la receptación (§§ 26, 259 StGB) realizada por el autor previo de una apropiación indebida simple (§ 246, párrafo 1, 1.er grupo de casos StGB) [80]. Si únicamente en el hecho previo están excluidos o disminuidos el injusto o la culpabilidad, el hecho posterior es punible, ya que no cabe afirmar que se anticipen aprovechamientos si éstos tienen lugar con condiciones modificadas. Ejemplos: Así pues, es punible el autor que, en una situación de necesidad extrema —justificado por el estado de necesidad agresivo— se ha apropiado de una cosa que le supone la salvación si, al acabar la situación de apuro, sigue utilizándola. También es punible el autor del hurto disculpado por embriaguez plena que se aprovecha del botín una vez sereno. De todos modos, el comportamiento posterior al hecho es causa de agravación de la pena en relación con el hecho previo (§ 46, párrafo 2, última variante StGB). Ejemplo: Si un ladrón consume una cosa hurtada, aun cuando entretanto ha averiguado que la persona legitimada está en situación de apuro al habérsele privado de la cosa, ello determinará la agravación de la pena *del hurto* (no como hecho posterior separado consistente en el uso de la cosa) [80a]. Acerca de los casos en que el hecho previo prescribe antes, *vid. infra* 312/46.

IV. EFECTOS DEL CONCURSO DE LEYES

BIBLIOGRAFIA: *Vid.* la indicada en relación con II.

A. El precepto desplazado, en el sentido de *formulación* de ley, no se apli- 38
ca; el precepto desplazado como determinación del delito, en cambio, se aplica implícitamente, es decir, con la modificación que experimenta a través de la ley que prevalece. Ejemplo: La aplicación de las leyes sobre asesinato u homicidio a ruego es siempre también aplicación de la ley modificada sobre el homicidio. Dado que al concurso de leyes sólo se puede llegar cuando la ley a aplicar especifica el contenido regulativo de la ley desplazada, en la ley especial está contenido siempre un supuesto particular de la ley general. *La dife-*

---

posterior de apropiación indebida tras un apoderamiento (la sentencia se refiere a la relación entre la estafa y subsiguiente malversación de caudales públicos y pretende evitar el grave marco penal del § 346 StGB, versión antigua: no se da malversación en la intervención previa a la estafa); del mismo modo indirectamente en relación con la estafa como hecho posterior del hurto, BGH, 17, pp. 206 ss., 208 ss. Contra esta teoría de la exclusión del tipo, con buen criterio, *Baumann*, NJW, 1961, pp. 1141 ss.; *Bockelmann*, JZ, 1960, pp. 621 ss.; *Schröder*, JR, 1960, pp. 305 ss., y la doctrina dominante.

[80] *Jescheck*, AT, § 69, II, 3 *a; Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 115, ante § 52; *Baumann-Weber*, AT, § 41, III, 3; *Krauß*, GA, 1965, pp. 173 ss., 179; en parte *de otra opinión*, *Maurach*, JZ, 1956, pp. 257 s.; *Kohlmann*, JZ, 1964, pp. 492 ss.

[80a] Demasiado en general (el hecho posterior no es causa de determinación de la pena), OLG Düsseldorf, StV, 1985, p. 230.

rencia entre concurso de leyes y concurso ideal reside, pues, únicamente en que en el concurso de leyes el contenido delictivo de la ley desplazada cabe tenerlo en cuenta genuinamente en la ley a aplicar, mientras que en el concurso ideal el contenido delictivo de la ley concurrente sólo se puede valorar a través de la suma de ambas [81]. En el concurso de leyes esta suma contravendría la prohibición de valoración repetida [82]. Sin embargo, no se contraviene dicha prohibición cuando se tienen en cuenta todos los elementos de la proposición jurídica que está especificada hasta la aplicabilidad al caso concreto, es decir, conteniendo también los elementos de la ley desplazada, del modo en que es admisible en los elementos del tipo: Lo relevante para la determinación de la pena no es que concurran estos elementos, sino en qué cantidad.

Más delicado es el supuesto de especialidad agravante, limitada (o sea, de la especialidad sólo de un grupo de casos de un delito), cuando los otros grupos de casos tiene una agravación comparable: ¿Siempre, es decir, sin tener en cuenta la cantidad realizada del delito desplazado, la pena para un caso del grupo más específico tendrá que ser superior que, *ceteris paribus*, sin agravación? Esta cuestión ha de decidirse como todos los demás hechos de determinación de la pena, y depende de si hay hechos de la determinación de la pena independientes de la cantidad. En la práctica, obviamente será irrelevante el problema del delito desplazado de cantidad tan pequeña que ya no es ponderable.

39 B. 1. *a)* El *marco penal* de la ley a aplicar hay que combinarlo con el de la desplazada en dos casos [83]. Si la especialización es requerida por un efecto privilegiante, pero la ley desplazada permite una consecuencia jurídica más leve que la que se aplica, también en el marco de la ley a aplicar hay que ampliar el límite inferior en la medida de este ámbito (así, el marco del § 216 StGB, versión antigua, era más riguroso que el de los §§ 212, 213 StGB). Mayor importancia presenta el supuesto inverso: Si la especialización se requiere por un efecto cualificante, y la ley desplazada permite una consecuencia jurídica más grave que la ley a aplicar (pena mínima más elevada, pena accesoria, etc.), hay que completar el marco de la ley a aplicar con la agravación [84] (uno de los «efectos de cierre» de la ley más leve). Ejemplo [85]: En caso de violación

---

[81] Explícitamente *de otra opinión*, *Puppe*, Idealkonkurrenz, pp. 313 ss.; acerca de ello *supra* nota 18.

[82] Sobre esto hay polémica en los detalles, porque no se repara en que el concurso de leyes *siempre* aparece en la forma de especialidad; acertadamente *Geerds*, Konkurrenz, p. 231. Así pues, no se da el caso de tener en cuenta la ley desplazada *junto a* la ley a aplicar (no como parte suya); quizá *de otra opinión* únicamente en cuanto a la formulación, *Jescheck*, AT, § 69, III, 2; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 141, ante § 52; *Bruns*, Strafzumessungsrecht, pp. 465 ss.; *el mismo*, Leitfaden, p. 157. Las sentencias citadas por estos autores (BGH, 1, pp. 153 ss., 155; 6, pp. 25 ss., 27; 19, pp. 188 ss., 189) se refieren a todos los casos de especialidad *limitada* de un delito: Sólo en el grupo de casos especial, pero allí genuinamente y no en virtud de que se añada la norma desplazada, es relevante para la determinación de la pena el contenido delictivo de la ley desplazada (*vid. supra* 31/13 ss.).

[83] *Stratenwerth*, AT, núms. margs. 1198 ss.; *Jescheck*, AT, § 69, III; un amplio sector distingue según el tipo de concurso de leyes.

[84] *Dünnebier*, GA, 1954, pp. 271 ss., 273 s.; *Jescheck*, ZStW, 67, pp. 529 ss., 535 s.; *el mismo*, AT, § 69, III, 2; *SK-Samson*, núm. marg. 78, ante § 52; *de otra opinión*, *Geerds*, Konkurrenz, pp. 166 s., 230 ss.; *vid.* también *Burgstaller*, JurBl., 1978, pp. 393 ss., 459 ss., 468 ss.

[85] Según BGH, 1, pp. 153 ss.; *vid.* asimismo RG, 73, pp. 148 ss.; BGH, 7, pp. 307 ss., 312; 8, pp. 46 ss., 52; 10, pp. 313 ss., 315; 19, pp. 188 ss., 189.

intentada (delito especial, §§ 177, 22 s., 49, párrafo 1, núm. 3, 2.° grupo de casos, StGB), pero coacciones sexuales consumadas (delito general, § 178 StGB), no se puede descender por debajo de la pena mínima de las coacciones sexuales, aunque éste sea el delito más general. También se mantienen las penas máximas más graves de la ley más general [86]; ejemplo: En la determinación de la pena para la tentativa de homicidio en un supuesto menos grave (§ 213 StGB), donde hay que atenuar el marco con arreglo a los §§ 23.2, 49 StGB, el límite superior del marco lo determina el § 223 *a* StGB si la tentativa de homicidio contiene unas lesiones peligrosas consumadas.

b) La necesidad de combinación de los marcos penales es señal de que en la ley no se ha conseguido plenamente la especialización en *una* formulación de la ley. Ciertamente, una de las formulaciones abarca los presupuestos de las consecuencias jurídicas de modo más especial, pero la otra menciona las consecuencias jurídicas de modo más especial; sólo la combinación de ambas arroja una completa especialización.

2. Si un delito consumado abarca a otro delito, también su *tentativa* abarca al otro delito, y ello incluso en el caso de consumación de este otro delito (tentativa cualificada), pues dado que en la tentativa la penalidad se atenúa sólo facultativamente (§ 23.2 StGB) —al margen de que el resultado no se ha producido—, la imputación no es necesariamente menos intensa ni comprende menos que en la consumación [87]. El problema se ha tratado mucho y ha suscitado gran polémica en los ejemplos del hurto grave intentado del § 243 StGB, versión antigua, en el hurto simple consumado y en el homicidio intentado en que se han producido lesiones consumadas, pero es irrelevante en relación con la medida de la pena, ya que nadie discute la relevancia para la determinación de la pena de lo ya consumado. Contra el concurso de leyes, un amplio sector invoca una supuesta «función aclaratoria» del concurso auténtico, pero por lo demás tampoco se clarifican concursos de leyes aplicables sólo a grupos de casos, por no mencionar la falta de toda «clarificación» en relación con meros factores de determinación de la pena. Ejemplo: Si una tentativa de homicidio deja a la víctima con un chichón, es absurdo «dilucidar» en el juicio precisamente esta lesión, pero no, p. ej., el hecho de que el producir un chichón tuvo también un efecto coactivo o de detención ilegal (hechos concomitantes). 40

3. Si no cabe condenar al autor por el delito más específico, puede volver a recurrirse al delito más general, siempre que no se eluda así el fin de la especialización, lo cual sería el caso generalmente en los privilegios [88]. 41

---

[86] *De otra opinión*, BGH, 30, pp. 166 ss., 167 s., con comentario favorable de *Bruns*, JR, 1982, pp. 166 s.

[87] BGH, 16, pp. 122 ss., 123; 21, pp. 266 ss., 267; 22, pp. 248 ss., 249; *Geerds*, Konkurrenz, p. 171; *Schmitt*, JZ, 1962, pp. 1962 ss., 391; *LK-Hirsch*, núm. marg. 18, ante § 223; *Arzt-Weber*, BT, t. I, núm. marg. 230; *Maurach-Schroeder*, BT, I, § 8, núms. margs. 44 ss.; *Jakobs*, NJW, 1969, pp. 437 s.; *el mismo*, Konkurrenz, pp. 122 ss.; *de otra opinión*, BGH, 21, pp. 78 ss.; 21, pp. 194 ss., 195 s.; 28, pp. 11 ss., 17; 34, pp. 108 ss., con comentario de *Kienapfel*, JR, 1987, pp. 424 s.; *Schröder*, JZ, 1967, pp. 368 ss., 369; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 126, ante § 52; *SK-Samson*, núm. marg. 69, ante § 52; *LK-Vogler*, núms. margs. 111, 125, ante § 52; *Montenbruck*, Strafrahmen, p. 216.

[88] BGH, 24, pp. 262 ss., 266; *de otra opinión*, en la relación del § 113 StGB con el § 240 StGB, *Hirsch*, Klug-Festschrift, pp. 235 ss., 236, 242 s., con remisiones bibliográficas sobre el estado de la polémica.

42 *C. Cuestiones singulares*:

1. Dado que el delito desplazado es una parte del delito desplazante, en el delito desplazado pueden tomar parte terceros, lo que es significativo sobre todo cuando el interviniente desconoce elementos cualificantes (o en caso de elementos cualificantes personalísimos): Siempre que el interviniente tenga dolo con respecto al tipo base, responde en esa medida por su intervención. Ejemplo: El cómplice informa al atracador sobre dónde se puede conseguir botín, suponiendo erróneamente que el botín lo va a sustraer subrepticiamente y no con violencia; complicidad con el hurto, §§ 27, 242 StGB (si el peligro de la complicidad se realiza, al respecto *supra* 24/1 ss.).

43 2. El error limitado a una cualificación deja intacta la culpabilidad relativa al delito base. La suposición errónea de que un privilegio determina la plena licitud (p. ej., que el homicidio a ruego está justificado) deja (siendo evitable) a lo sumo la pena del delito privilegiado. La exculpación plena en los delitos más específicos *y* más graves es siempre también exculpación en el delito general [89].

44 3. El desistimiento de la tentativa del delito más específico sólo impide la punibilidad por el delito más general cuando también se desiste de éste, de acuerdo con las reglas válidas para el delito más general. Ejemplos: El desistimiento del homicidio mediante lesiones sigue siendo punible como lesiones. El autor que abandona el hecho en el sentido del § 24.1 StGB también lo abandona en el sentido del § 31, párrafo 1, núm. 2, StGB (pero pueden quedar otros hechos *alternativos* —repetición de la tentativa al cabo de una semana, etc.— en grado de conspiración u otra clase de actos preparatorios). En relación con los pormenores, *vid. supra* acerca de los efectos del desistimiento 26/50, 27/15; acerca del desistimiento de la tentativa del homicidio privilegiado, *vid. supra* sobre el hecho concomitante, 31/32.

45 4. La ausencia de punibilidad por tentativa en el delito privilegiado más específico cierra el paso a la punibilidad por tentativa del delito más general. Ejemplo: La tentativa de unos malos tratos no cualificados no es punible como tentativa de coacciones (hecho concomitante). En caso de especialidad cualificante —o, dados iguales marcos penales, de especialidad que sólo se refiere a un tipo de hecho— se puede castigar por tentativa del delito base [89a], pues si la tentativa de la cualificación es impune, ello sólo quiere decir que los elementos cualificantes no dan lugar a punibilidad alguna; pero no afecta a lo que haya que decidir en relación con la tentativa del delito base. Ejemplo: Las coacciones intentadas contenidas en la tentativa de rapto de los §§ 235 ss. StGB, o en la tentativa de detenciones ilegales del § 239 StGB [90], son punibles por los

[89] *De otra opinión* para un caso de subsidiariedad expresa (§§ 145 *d* y 258 StGB) BayObLG, NJW, 1978, pp. 2563 s., con comentario favorable de *Rudolphi*, JuS, 1979, pp. 859 ss., 863; OLG Celle, JR, 1981, pp. 34 s., con comentario favorable de *Geerds*, loc. cit., pp. 35 ss.; en estas sentencias se niega la subsidiariedad para un caso del § 258.5 StGB, lo cual desemboca en corregir la decisión de la —equivocada, pero de momento existente en Derecho positivo— subsidiariedad mediante consideraciones —correctas, pero opuestas al Derecho positivo— sobre la relación de los bienes protegidos. La subsidiariedad del § 145 *d* StGB para un caso del § 258.6 la niega, con la doctrina dominante, BayObLG, NJW, 1984, pp. 2302 s.

[89a] *De otra opinión* para los §§ 105, 240 StGB, BGH, 32, pp. 165 ss., 176 ss.

[90] BGH, 30, pp. 235 s., con comentario de *Jakobs*, JR, 1982, pp. 206 s.

§§ 22, 240, párrafos 1 o 3, StGB. El injusto especial del delito más específico, naturalmente, no puede tenerse en cuenta ahora en la determinación de la pena; de lo contrario, se eludiría la decisión de la ley de dejar impune su tentativa; así, p. ej., al castigar una sustracción de menores intentada (§ 235 StGB) como coacciones intentadas, no ha de tenerse en cuenta que el ataque se dirigía contra la patria potestad.

5. La prescripción se rige siempre por el delito más específico, sobre todo también en los hechos posteriores copenados [91] (los resultados de los hechos posteriores no constituyen resultados típicos en el sentido del § 78 *a* StGB); si el delito previo ya incluye en la cuenta el suceso aún pendiente, es posible la responsabilidad plena, y no existe motivo alguno para aplazar el comienzo del cómputo del plazo de prescripción. Si el hecho que queda desplazado, sobre todo el hecho posterior, está conminado con pena grave, lo que podría influir en el plazo de prescripción del § 78 StGB, al atender al hecho posterior se anularía el efecto privilegiante [92]. 46

6. Cuando falta la instancia de persecución, hay que distinguir: Si el requisito de instancia de parte en el delito más específico sirve para privilegiar a todo el hecho (así en la especialidad frente el hecho concomitante, o en virtud de intervención previa), la ley más específica cierra el paso a la más general. Si, en cambio, el requisito de solicitud sólo rige para una parte de injusto que se añade, únicamente se cierra el paso a esta parte. Ejemplo: Si falta la instancia de parte en un delito de rapto de los §§ 235 a 238 StGB, el hecho sigue siendo punible como detención ilegal o como coacción (§§ 239, 240 StGB), dado que el requisito de perseguibilidad sólo rige para la parte que se añade a la detención ilegal o la coacción [93]. Desde luego, la parte de injusto a la que el requisito de instancia cierra el paso no se puede tener en cuenta en la determinación de la pena. 47

---

[91] Muy discutido; OLG Braunschweig, NJW, 1963, p. 1936; *Burgstaller*, JurBl., 1978, pp. 393 ss., 459 ss., 466; *Krauß*, GA, 1965, pp. 173 ss., 178; *Baumann-Weber*, AT, § 41, III, 3; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 116, ante § 52; *Jescheck*, AT, § 69, III, entre otros; *de otra opinión*, BGH, JZ, 1968, pp. 710; *Dreher*, MDR, 1964, pp. 168 s.; *Geerds*, Konkurrenz, p. 169, nota 104; *Kohlmann*, JZ, 1964, pp. 492 ss.; *LK-Vogler*, núm. marg. 146, ante § 52, entre otros.

[92] *Burgstaller*, JurBl., 1978, pp. 393 ss., 459 ss., 465.

[93] *Händel*, NJW, 1964, pp. 1733; *vid.* también BGH, 28, pp. 18 ss., 19; *de otra opinión*, BGH, 19, pp. 320 ss.; *Jescheck*, AT, § 69, III, 1; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 136, ante § 52.

APARTADO 32

La unidad del comportamiento en el concurso auténtico y en la realización del tipo singular, ampliada cuantitativamente

BIBLIOGRAFIA: *H. Achenbach*, «Tat», «Straftat», «Handlung» und die Strafrechtsreform, MDR, 1975, pp. 19 ss.; *A. Baumgarten*, Die Idealkonkurrenz, Frank-Festgabe, t. II, pp. 188 ss.; *H. Bindokat*, Comentario a BGH, NJW, 1961, pp. 1731 ss., loc. cit.; *H. Blei*, Die natürliche Handlungseinheit, JA, 1972, pp. 711 ss., JA, 1973, pp. 95 ss.; *P. Bringewat*, Fortsetzungstat und «in dubio pro reo» - BGHSt., 23, 33, JuS, 1970, pp. 329 ss.; *el mismo*, Gewohnheitsrecht und Richterrecht im Strafrecht, ZStW, 84, pp. 585 ss.; *H.-J. Bruns*, Ungeklärte materiell-rechtliche Fragen des Contergan-Prozesses, Heinitz-Festschrift, pp. 317 ss.; *L. Buchholz*, Die Selbständigkeit der Einzelakte beim fortgesetzten und Kollektivdelikt, 1940; *M. v. Buri*, Einheit und Mehrheit von Verbrechen, 1879; *A. Coenders*, Über die Idealkonkurrenz, 1921; *P. Cramer*, Das Strafensystem des StGB nach dem 1. April 1970, Juristische Analysen, 1970, pp. 183 ss.; *F. Doerr*, Das fortgesetzte Delikt und seine Wirkungen im deutschen Recht, 1908; *el mismo*, Die Lehre vom fortgesetzten Delikt und R. v. Franks Stellungnahme hierzu in seinem Kommentar zum StGB, Frank-Festgabe, t. II, pp. 210 ss.; *A. Graf zu Dohna*, Betrachtungen über das fortgesetzte Verbrechen, DStr., 1942, pp. 19 ss.; *F. Geerds*, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961; *el mismo*, Comentario a BGH, 18, pp. 376 ss., JZ, 1964 pp. 593 ss.; *K. Geppert*, Grundzüge der Konkurrenzlehre, Jura, 1982, pp. 358 ss., 418 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, NStZ, 1989, pp. 73 s., loc. cit., pp. 320 ss.; *K. H. Gössel*, Comentario a BGH, JZ, 1986, pp. 43 s. und 44 s., loc. cit., pp. 45 ss.; *R. Hamm*, Comentario a BGH, 33, pp. 163 ss., NStZ, 1986, pp. 68 ss.; *F. Hartung*, Tateinheit und künstliche Verbrechenseinheiten in der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts, SJZ, 1950, parágrafos 326 ss.; *Th. Hein*, Fortsetzungszusammenhang und Rauschtat, NStZ, 1982, pp. 235 ss.; *J. Hellmer*, Das Zusammentreffen von natürlicher Handlungs- und rechtlicher Tateinheit bei Verletzung höchstpersönlicher Interessen, GA, 1956, pp. 65 ss.; *P. Hentschel*, Comentario a BayObLG, JR, 1982, pp. 249 s., loc. cit., pp. 250 s.; *R. D. Herzberg*, Die Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR, 1971, pp. 881 ss.; *W. Höpfner*, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, 1901; *R. M. Honig*, Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, 1925; *el mismo*, Der zurückdatierte Gesamtvorsatz, Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 167 ss.; *H. Jagusch*, Comentario a BGH, 24, pp. 268 ss., NJW, 1972, pp. 454 s.; *B. Jähnke*, Grenzen des Fortsetzungszusammenhangs, GA, 1989, pp. 376 ss.; *H.-H. Jescheck*, Die Konkurrenz, ZStW, 67, pp. 529 ss.; *R. E. John*, Die Lehre vom fortgesetzten Verbrechen und von der Verbrechenskonkurrenz, 1860; *H. Jung*, Fortgesetzte Handlung und Verjährung, Schultz-Gedächtnisschrift, pp. 183 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, JR, 1985, pp. 512 s., loc. cit., pp. 513 ss.; *el mismo*, Die fortgesetzte Handlung, Jura, 1989, pp. 289 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, 36, pp. 106 ss., etc., StV, 1990, pp. 72 s.; *U. Kindhäuser*, Normverstoß und natürliche Handlungseinheit BGH, NJW, 1984, 1568, JuS, 1985, pp. 100 ss.; *R. Kniffka*, Aspekte der Tateinheit bei Steuerhinterziehung, wistra, 1986, pp. 89 ss.; *D. Kratzsch*, Die fortgesetzte Tat: eine Sonderform des Vorsatz-

delikts, JR, 1990, pp. 177 ss.; *F. W. Koch*, Zur fortgesetzten Fahrlässigkeitstat, NJW, 1956, pp. 1267 s.; *E. Kohlrausch*, Der Sammelbegriff der Sammelstraftat, ZAkDR, 1938, pp. 473 ss.; *Kubisch*, Tateinheit und Tatmehrheit, DJ, 1942, pp. 97 ss.; *F. v. Liszt*, Rechtsgut und Handlungsbegriff im Binding'schen Handbuche, ZStW, 6, pp. 663 ss.; *C. Lorenzen*, Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte, 1981; *M. Maiwald*, Die natürliche Handlungseinheit, 1964; *el mismo*, Die Feststellung tatmehrheitlicher Deliktsbegehung, NJW, 1978, pp. 300 ss.; *D. Mann* y *U. Mann*, Materielle Rechtskraft und fortgesetzte Handlung, ZStW,75, pp. 251 ss.; *E. Mezger*, Comentario a RG, JW, 1934, pp. 2145 s., loc. cit.; *el mismo*, Der Fortsetzungszusammenhang im Strafrecht, JW, 1938, pp. 3265 ss.; *O. Miehe*, Zum Verhältnis des Fälschens zum Gebrauchmachen im Tatbestand der Urkundenfälschung, GA, 1967, pp. 270 ss.; *A. Montenbruck*, Strafrahmen und Strafzumessung, 1983; *R. Neuhaus*, Fortsetzungszusammenhang und Strafklageverbrauch, BGH, NJW, 1985, 1173 y NJW, 1985, 1174, JuS, 1986, pp. 964 ss.; *W. Niese*, Empfiehlt sich die Einführung einer einheitlichen Strafe auch im Falle der Realkonkurrenz, Materialien, t. I, pp. 155 ss.; *P. Noll*, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW, 77, pp. 1 ss.; *el mismo*, Diskussionsvotum, ZStW, 76 pp. 707 ss.; *F. Nowakowski*, Fortgesetztes Verbrechen und gleichartige Verbrechensmenge, 1950; *D. Oehler*, Neuere Verschiebungen im prozessualen Tatbegriff, Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 439 ss.; *el mismo*, Internationales Strafrecht, 1973; *Preiser*, Aufspaltung der Sammelstraftat insbesondere der fortgesetzten Handlung, ZStW, 58, pp. 743 ss.; *el mismo*, Einheitsstrafe für eine Mehrheit gleichartiger Handlungen. Einzelstrafen für verschiedenartige Handlungen einer Mehrheit, ZStW, 71, pp. 341 ss.; *I. Puppe*, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979; *la misma*, Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz, GA, 1982, pp. 143 ss.; *la misma*, Comentario a BGH, JR, 1985, pp. 244 s., loc. cit., pp. 245 ss.; *la misma*, Comentario a OLG Hamm, JR, 1986, pp. 203 ss., loc. cit., pp. 205 ss.; *K. Roth-Stielow*, Kritisches zur fortgesetzten Handlung, NJW, 1955, pp. 450 s.; *H. Rüping*, Beendigung der Tat und Beginn der Verjährung, GA, 1985, pp. 437 ss.; *K. Rüth*, Comentario a OLG Celle, JR, 1982, pp. 79 s., loc. cit., pp. 80; *L. Schirmeyer*, Wesen und Voraussetzungen des fortgesetzten Verbrechens, 1941; *Schlosky*, Über Tateinheit und fortgesetztes Verbrechen, ZStW, 61, pp. 245 ss.; *H. Schlothauer*, Comentario a BGH, StV, 1984, pp. 242 s., loc. cit., pp. 243; *E. Schlüchter*, Comentario a BGH, 36, pp. 106 ss.; NStZ, 1990, pp. 180 ss.; *E. Schmidhäuser*, Die «Gesetzesverletzung», Dünnebier-Festschrift, pp. 407 ss.; *Eb. Schmidt*, Comentario a OLG Düsseldorf, SJZ, 1950, parágrafos 268 ss., loc. cit.; *el mismo*, Zum Begriff der Sammelstraftat, JZ, 1952, pp. 136 s.; *R. Schmitt*, Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht, ZStW, 75, pp. 43 ss., 179 ss.; *K. Schmoller*, Individualisierung der Tat und fortgesetzes Delikt, ÖJZ, 1987, pp. 323 ss.; *el mismo*, Bedeutung und Grenzen des fortgesetzten Delikts, 1988; *el mismo*, Zur aktuellen Diskussion um das «fortgesetzte Delikt», Österreichische Richterzeitung, pp. 207 ss., 230 ss.; *F.-C. Schroeder*, Die Zusammenrechnung im Rahmen von Quantitätsbegriffen bei Fortsetzungstat und Mittäterschaft, GA, 1964, pp. 225 ss.; *el mismo*, Die Behandlung der natürlichen Handlungseinheit in strafrechtlichen Übungsarbeiten, Jura, 1980, pp. 240 ss.; *H. Schröder*, Comentario a BGH, 19, pp. 323 ss., JR, 1965, pp. 106; *Schwarz*, Sammelstraftat und fortgesetzte Handlung, ZAkDR, 1938, pp. 539 ss.; *G. Stratenwerth*, Zum Verbrauch der Strafklage bei Fortsetzungszusammenhang, BGHSt., 15, 268, JuS, 1962, pp. 220 ss.; *el mismo*, Gewerbsmäßigkeit im Strafrecht, Schultz-Festgabe, pp. 88 ss.; *W. Stree*, Teilrechtskraft und fortgesetzte Tat, Engisch-Festschrift, pp. 676 ss.; *el mismo*, In dubio pro reo, 1962; *E. Struensee*, Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten, 1971; *E. Wahle*, Die sogenannte «Handlungseinheit durch Klammerwirkung», GA, 1968, pp. 97 ss.; *G. Warda*, Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre, JuS, 1964,

pp. 81 ss.; *el mismo*, Funktion und Grenzen der natürlichen Handlungseinheit, Oehler-Festschrift, pp. 241 ss.; *H. v. Weber*, Zur Behandlung des zum Teil im Ausland begangenen fortgesetzten Delikts, ZStW, 57, pp. 490 ss.; *G. Werle*, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, 1981; *el mismo*, Comentario a BGH, JR, 1990, pp. 73 s., loc. cit., pp. 74 ss.; *J. Wolter*, Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht, 1972; *el mismo*, Natürliche Handlungseinheit, normative Sinneinheit und Gesamtgeschehen, StV, 1986, pp. 315 ss.

I. LA UNIDAD DE ACCION EN EL SENTIDO DEL § 52 StGB

A. La unidad de acción en sentido «natural»

1 1. Mientras que en el concurso de leyes únicamente concurren formulaciones legales, en el concurso auténtico se trata de la concurrencia de las propias leyes: El autor ha infringido varias leyes o una ley varias veces. En estas infracciones múltiples de la ley el Derecho positivo distingue según que «la misma acción» determine varias infracciones de leyes (§ 52, *unidad de hecho, concurso ideal*) o que se «cometan varias infracciones penales» (§ 53 StGB, *pluralidad de hechos, concurso real*). En el primer caso se distingue a su vez según que «la misma acción infrinja varias leyes penales» (concurso ideal *heterogéneo*) o «la misma ley penal varias veces» (concurso ideal *homogéneo*).

2 2. *a)* La unidad de hecho requiere que se trate de «la misma acción» [1] (§ 52 StGB). El concepto de acción de la doctrina del concurso es distinto al del de la doctrina del tipo. La acción, como el mínimo común denominador de todos los tipos de delitos de comisión, es la producción evitable (dolosa o imprudente) de un resultado, siendo el resultado en los delitos de comisión al menos un movimiento corporal, que también puede tener lugar fuera del cuerpo del sujeto actuante (*supra* 6/78, 85). Ahora bien, una acción que infringe una ley penal es una acción infractora de una ley penal sólo porque el resultado típico concreto es evitable. Esta acción determinada por medio de la evitabilidad no puede, por definición, infringir otra ley penal o la misma ley penal otra vez más, porque para ello habría de darse la evitabilidad de la *ulterior* realizacion del tipo concreta correspondiente, y esta evitabilidad ulterior no pertenece a la acción mediante la que se realiza el primer tipo. A la inversa, a la acción típica del delito ulterior no pertenece la evitabilidad de la realización del tipo del primer delito. *Una acción típica es siempre sólo una infracción de ley, y no también otra más*. Ejemplo: Si el autor, al arrojar una sola piedra, lesiona dolosamente a una persona y daña dolosamente una cosa, los daños evitables son totalmente superfluos para la determinación de la acción de lesiones (aun cuando la cosa dañada fuese de propiedad del autor, queda la acción de lesiones), al igual que a la inversa (también en caso de autolesiones, quedaría la acción de daños). Así pues, el concepto de acción del § 52 StGB no se puede interpretar como acción típica, sino de modo más general: En la acción en el sentido de la unidad de acción y la pluralidad de acciones no se trata de acciones necesariamente típicas, sino de acciones como producción evitable de *cuales-*

[1] En relación con el origen de esta terminología, *vid. Achenbach*, MDR, 1975, pp. 19 ss.

quiera resultados (las llamadas acciones en sentido natural) [2], teniendo que ser *además* acciones típicas estas acciones no necesariamente determinadas típicamente, si ha de llegarse al concurso. En relación con el ejemplo acabado de mencionar: Una acción de lanzar una piedra (que como tal no realiza tipo alguno) es al mismo tiempo tanto acción típica de lesiones como acción típica de daños. Así pues, una acción determinada de modo más general es componente de dos acciones que realizan tipos, determinadas de modo más específico.

b) Los transcursos de las acciones típicas siempre son sólo parcialmente idénticos [3]. En el ejemplo mencionado, evidentemente el movimiento corporal es completamente idéntico para ambas realizaciones de tipo. Ello no siempre ha de ser así necesariamente, sino que la acción conjunta, no determinada típicamente, puede ser sólo un fragmento del movimiento corporal requerido para la realización del tipo. Ejemplo [3a]: Mediante una sola coacción (¡ciertamente una acción típica, pero que queda desplazada por especialidad en sentido estricto!) el autor obliga a la víctima a soportar tanto el yacimiento extramatrimonial (§ 177 StGB) como la sustracción de cosas (§ 249 StGB). 3

3. Siempre importa la identidad (parcial) del comportamiento. La mera simultaneidad no fundamenta unidad de acción alguna. Así pues, quien a la vez golpea e injuria a otra persona, no comete las lesiones y las injurias en unidad de acción. Con buen criterio señala el *Reichsgericht* [4]: «Incluso la simultaneidad de la infracción de dos leyes penales no condiciona sin más la identidad de acción, ni excluye la independencia de los actos de ejecución de la voluntad que la crean. Pues la misma persona, para alcanzar distintos fines, puede ejecutar al mismo tiempo actividades corporales absolutamente independientes entre sí; tal relación se da, p. ej., cuando alguien dispara con cada mano a una persona distinta, o cuando alguien injuria a otro mientras le está golpeando, etc. Más bien se requiere que los actos de ejecución de la voluntad, mediante los que se realiza el tipo de las distintas acciones punibles, coincidan, si no completamente, sí en una parte, de modo que al menos una parte de la acción unitaria contribuya a la realización del tipo de ambos delitos». 4

4. La unidad del comportamiento puede tener que determinarse de modo distinto para los diversos intervinientes en un hecho, como consecuencia de regulaciones legales que atienden a datos externos contingentes. Ejemplo: Si un cómplice entrega el medio del hecho que se utiliza, según lo planeado, para varios hechos principales independientes, el cómplice responde en unidad de acción, pero el autor en pluralidad de acciones [4a]. 4a

---

[2] La determinación de esta acción no es, obviamente, natural, sino caracterizada jurídicamente ya desde hace tiempo con el elemento de la evitabilidad.

[3] *Binding*, Handbuch, t. I, pp. 567. Si una acción típica está completamente contenida en otra, se da concurso de leyes, *supra* 31/11.

[3a] De modo semejante, BGH, NStZ, 1985, p. 546.

[4] RG, 32, pp. 137 ss., 139 s.; acerca de la problemática específica de esta sentencia —concurso con un delito permanente— *vid. infra* 33/10.

[4a] Desde RG, 70, pp. 26 ss., jurisprudencia constante; RG, 70, pp. 344 ss., 349 s.; BGH en *Dallinger*, MDR, 1957, p. 266; últimamente BGH, StV, 1984, p. 329 (sólo principio dominante).

B. La unidad jurídica de acción como ampliación de la unidad «natural» de acción

5 1. Se ha señalado que en el § 52 StGB —si se quiere que este precepto tenga ámbito de aplicación— el concepto de acción no cabe entenderlo más estrictamente que como acción típica, sino que hay que ampliarlo al menos hasta llegar a ser acción en sentido «natural». No obstante, no está descartado concebir el concepto de acción aún más ampliamente, pero tal ampliación ha de ser compatible con el fin de la regulación. Esta compatibilidad, a su vez, es difícil de determinar, porque el fin de la regulación no es nada claro.

El que para infracciones de leyes que son parte de un suceso en unidad de acción no se tenga que señalar ninguna magnitud de pena fija concreta, pero sí para infracciones de leyes en pluralidad de hechos (§§ 52.1, 53.1, 54, párrafo 1, inciso 2, StGB), puede ser un fin de regulación plausible, aun cuando en el caso concreto, sobre todo en la pluralidad de hechos a pesar de «unidad de la conducción de vida punible» [5], sea dudosa la legitimidad de tal distinción. Sin embargo, la diferencia de los límites superiores de las penas —la de la conminación penal más grave en la unidad de hecho, en la pluralidad de hechos por el contrario el límite del § 54.2 StGB— no se puede justificar [6], de modo que no cabe formar un límite obligatorio de la unidad de hecho. No sólo la relación de continuación o prosecución —a la que se formularán críticas—, sino todo suceso unitario desde cualquier perspectiva objetiva o subjetiva, se podría arrastrar hacia la unidad de hecho, como p. ej., en la unidad por relación de planeamiento, o por equivalencia de las acciones ejecutivas, o por intromisión en una esfera de protección, etc. [6a]; los resultados de tal extensión de la unidad de hecho no serían menos plausibles de lo que lo son en caso de tratamiento conforme a las reglas para la pluralidad de hechos. Es dudosa la constituciona-

---

[5] *Welzel*, Strafrecht, § 29, II, 4 *b*.

[6] Básico para la crítica de esta idea, *Binding*, Handbuch, t. I, pp. 575 ss. *Niese*, Materialien, t. I, pp. 155 ss. *De lege ferenda*, hay que considerar la admisión del incremento del límite superior de la pena en el concurso tanto ideal como real, pero limitada más estrictamente de lo que ya es el caso *de lege lata* en el concurso real: *en relación con la pena máxima de las leyes infringidas y con la suma de las penas individuales* (esta última limitación falta en el § 64 AE). El incremento del límite superior ha de permanecer limitado a casos extremos. El que la jurisprudencia despache ya desde hace casi un siglo formas graves de delincuencia masiva de un autor por medio de la construcción de la relación de continuidad (*infra* 32/38 ss.) sin posibilidad de incremento del límite superior, constituye la prueba de que el incremento es prácticamente prescindible. También es erróneo requerir *de lege ferenda* un incremento de la pena máxima en el concurso ideal paralelamente al § 54, párrafo 2, inciso 2, StGB, arguyendo que así se podrían ahorrar algunas cualificaciones de la Parte Especial, sobre todo los delitos cualificados por el resultado (así, no obstante, *Schmitt*, ZStW, 745, pp. 43 ss., 179 ss., 219; *Noll*, ZStW, 76, pp. 707 ss., 711; *Lorenzen*, Rechtsnatur, p. 166; AE, Fundamentación relativa al § 64, p. 117; *vid.* asimismo *supra* acerca de los delitos cualificados por el resultado 9/37); y es que esta agravación comprende entonces a todas las realizaciones de tipo de injusto concurrentes, no sólo a las vinculadas por una especial realización de peligro, siempre que la suma de las penas individuales (menos una unidad penal) no forme ya un límite dentro del marco no agravado.

[6a] Por eso sobreestima *Warda*, Oehler-Festschrift, pp. 241 ss., 260, la virtualidad de la consideración «imparcial» o «natural»; se trata de consideración parcial, no natural, sino justamente típica.

lidad de la distinción entre unidad y pluralidad de hechos, dada la arbitrariedad del límite entre una y otra.

2. Ante tal situación, sólo queda la posibilidad de atender a las amplia- 6
ciones *típicas* de la acción ejecutiva, particularmente por medio de la regulación de la tentativa: *unidad jurídica de acción*. Dado que en esta determinación de la unidad de una acción ejecutiva se trata de la valoración social de un comportamiento individual, la unidad no puede fundarse sólo en la motivación del autor, sino que tiene que ser perceptible en la objetivación de tal motivación. No obstante, la determinación de la unidad tampoco puede deducirse sólo de la consideración objetiva, ya que —análogamente a la situación en el comienzo de la tentativa— la interpretación individual del suceso objetivo influye en su valoración social. En todo caso, se trata de una unidad exclusivamente desde una perspectiva jurídico-penal-típica; otras perspectivas, p. ej., la de la Psicología o cómo se cuente la Historia («una» exterminación de los judíos puede ser un entramado de millones de hechos que han de separarse jurídico-penalmente) [7], etc., no son penalmente determinantes.

3. Consiguientemente, en orden a la unidad jurídico-penal del comporta- 7
miento son necesarios tanto la unidad subjetiva como la de la ejecución del comportamiento típico, pudiendo en algunos tipos sustituirse esta última unidad por otros elementos (acerca de ello, *infra* 32/26 ss.).

a) Unidad subjetiva

a') La unidad de acción se da sólo cuando el autor pretende desde el prin- 8
cipio una secuencia de actos o se propone el comportamiento subsiguiente como muy tarde durante la ejecución del comportamiento precedente. El que el autor tenga ideas concretas sobre el número de los actos necesarios (golpear diez veces), o bien haga depender del efecto tales actos (golpear hasta derribar a la víctima), da igual. En caso de imprudencia, decide el conjunto del comportamiento arriesgado [8] (arrojar cerrillas encendidas por la ventana hasta vaciar la caja). Si los actos singulares se ejecutan en parte dolosamente y en parte no dolosamente, existe unidad de acción entre los distintos actos evitables si son arriesgados de modo no permitido por el mismo motivo. Ejemplo: Para despejar la terraza, el autor lanza por la baranda una detrás de otra todas las macetas; en los lanzamientos pares, lesiona a distintas personas, dándose cuenta, y en los lanzamientos impares ignora temerariamente las lesiones que igualmente se producen: unidad de acción de lesiones dolosas e imprudentes. Conforme a estas reglas, también un comportamiento no doloso, pero comenzado de modo no permitido unitariamente, puede acabar en distintos actos dolosos sin perder su unidad de acción (al igual que un comportamiento de tentativa, comenzado unitariamente, se puede escindir en distintas tentativas acabadas). *Vid.* asimismo *infra* 32/33.

---

[7] Un «delito masivo» no es, pues, un hecho unitario; BGH, 1, pp. 219 ss., 221 s.; BGH, JZ, 1876, pp. 372 s. Por eso la intervención en una parte de la masa no ha de tratarse como intervención en el todo; BGH, NJW, 1969, pp. 2056 s.; *LK-Vogler*, núm. marg. 28, ante § 52.

[8] Acerca de ello *Maiwald*, Handlungseinheit, p. 110.

9 *b')* El requisito de la conexión individual es consecuencia de tener en cuenta el aspecto subjetivo del hecho en la imputación (*supra* 32/6). No cabe suscribir la doctrina que considera suficiente una motivación múltiple, renovada en cada caso, si tiene lugar por el mismo motivo [9], pues pasa por alto que al cesar la voluntad de la acción —o en los automatismos: la disposición existente a la acción— concluye el delito, aun cuando poco después de la misma situación pueda surgir una nueva voluntad de acción o disposición a la acción [10]. Ejemplo: Si el autor da por concluida la paliza porque considera que la víctima ya ha tenido suficiente, pero entonces vuelve a enfurecerse y comienza a golpearla, se dan nuevas lesiones. Si el autor, en un ataque ininterrumpido de rabia, destruye todo lo que encuentra en un establecimiento de hostelería, lesionando a varios clientes, todo ello constituye daños en unidad de acción con varias lesiones. Si un autor hurta, sucesivamente y según su plan, varias botellas de una bebida de valor insignificante por separado, el botín del hurto único ya no es de escaso valor (en relación con el § 248 *a* StGB).

b) Unidad de la ejecución:

10 *a')* La conjunción en una unidad de acción presupone además una sucesión de los diversos actos de modo que el autor, según su representación, mediante la ejecución del acto precedente da comienzo directamente a la realización del subsiguiente, tanto si vincula con el acto una representación del resultado (en el dolo) como si no (en la imprudencia) [11]. No basta que en el acto precedente se ponga de manifiesto la voluntad de continuar en algún momento, ya que tal voluntad por sí sola no da lugar a delito alguno, debido al principio del hecho; más bien, ha de estar objetivada específicamente desde el punto de vista típico. Sólo ya en la tentativa coinciden el principio del hecho y la tipicidad. *No* constituyen, pues, *un* hecho el administrar veneno a la víctima en diversas ocasiones, con una semana (o bien un día) de distancia, ni el «limpiar» todas las noches un almacén, ni el que el médico recete incorrectamente a todo paciente con determinado cuadro clínico, ni las estafas sobre varias personas a las que se hace «picar» con un único anuncio [11a], ni otros actos consecutivos, dado que en tales supuestos con el hecho precedente no se da comienzo directamente, según la representación del autor, a la continuación; así pues, la unidad de la realización del tipo está interrumpida. Pero sí constituye *un* hecho el descargar una lluvia de golpes sobre la víctima, el proferir una catarata

[9] BGH, 4, pp. 219 ss., 221; *Jescheck*, AT, § 69, III, 2; *Maiwald*, Handlungseinheit, pp. 90 s. (el supuesto de que se ocupa *Maiwald*, *op. cit.*, de una muerte con varias dosis de veneno, antes de dar comienzo a la dosis crítica, no se refiere aún a ninguna tentativa de homicidio, *vid. supra* 25/67, de modo que en esa medida sobra la unión de las dosis no críticas); *el mismo*, NJW, 1978, pp. 300 ss., 302; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 18, ante § 52.

[10] *Binding*, Handbuch, t. I, p. 545, con concesiones en favor de las «concepciones» no jurídicas.

[11] *Binding*, Handbuch, t. I, pp. 544 ss., naturalmente de nuevo con notables concesiones; *Struensee*, Konkurrenz, p. 25; *SK-Samson*, § 52, núm. marg. 12; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1244; *de otra opinión*, BGH, pp. 397 s.; *Miehe*, GA, 1967, pp. 270 ss., 278; *LK-Vogler*, § 52, núms. márgs. 21 ss., con ulteriores remisiones.

[11a] BGH, NStZ, 1984, p. 70.

de insultos, la «limpieza» de un almacén llevada a cabo sin interrupciones [12], la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas a lo sumo interrumpida del modo normal en el tráfico (§ 316 StGB), o el rayar con un clavo una fila de vehículos aparcados. Ante todo, sí se reúnen todos los casos de tentativas muy seguidas de un delito hasta que éste se consiga, o bien hasta que se agoten los medios.

b') En caso de sucesión muy apretada, vinculada con la unidad subjetiva, 11
resulta superfluo requerir además la homogeneidad de los actos singulares [13]. Ejemplo: Es, pues, indiferente que el autor de unas coacciones sexuales se dé por satisfecho siempre con la repetición de la misma acción sexual, o que lleve a cabo variaciones imaginativas. Sobre todo en el caso, de importancia práctica, de sucesivas tentativas para una consumación, los distintos actos de tentativa pueden acabar de diverso modo. Ejemplo: El que un autor intente un homicidio con dos hachazos o bien sólo estrangulando y después con un hachazo, lleva al mismo resultado. El postulado de los actos singulares homogéneos sólo surge cuando no cabe mantener estrictamente la unidad subjetiva o la unidad de la ejecución. El complejo de los modos de comportamiento hay que buscarlo entonces en datos externos y no pasa de ser contingente. Naturalmente, puede que un determinado comportamiento haya que considerarlo más bien como comienzo de tentativa de un comportamiento sucesivo homogéneo que de uno heterogéneo.

Acerca de los tipos que enlazan acciones, *vid. infra* 32/26 ss.; con respecto a la crítica de formas de unidad de acción que no deben reconocerse, *vid. infra* 32/34 ss.

II. LA RELACION DEL NUMERO DE ACCIONES CON EL NUMERO DE DELITOS

A. Teoría de la pluralidad

1. No existe obstáculo alguno para asignar una acción en el sentido de la 12
teoría del tipo a toda relización de tipo [14]. Arrojar una bomba que mata a una persona y destruye un edificio se desdobla entonces en una acción de homicidio y en una acción de daños, las cuales son ambas externamente idénticas en la parte del transcurso constituida por el «lanzamiento» (a ésta atiende el Derecho positivo para el concurso), pero también separables jurídicamente en esta medida: El lanzamiento interesa, en cada hecho típico singular, únicamente como eslabón causal hacia el concreto resultado típico, sin tener en cuenta otras secuelas. Este concepto de acción vinculado al tipo no lo utiliza la ley en la regulación del concurso: De lo contrario, en caso de varias infracciones, siempre existirían también varias acciones; la unidad de acción sería imposible [15]. Al

---

[12] *Vid.* BGH, 10, pp. 230 ss.

[13] Así, no obstante, RG, 76, pp. 140 ss., 144; BGH, 4, pp. 219 ss., 221.

[14] *Binding*, Handbuch, t. I, pp. 564 ss., 570 ss.; *Hälschner*, Strafrecht, t. I, pp. 670 ss., *v. Buri*, Einheit und Mehrheit, pp. 1 ss.; *John*, Fortgesetztes Verbrechen, pp. 2 ss.; *Puppe*, GA, 1982, pp. 132 ss.

[15] *Binding*, Handbuch, t. I, p. 565.

desligar el concepto de acción con respecto al tipo, evidentemente la ley hace depender el concurso de una circunstancia externa, incapaz de sustentar las diversas valoraciones en los concursos ideal y real. Ello es así con independencia de que en la unidad de acción en sentido no típico, es decir en sentido «natural» o jurídico, se admita la fusión de los tipos realizados en una unidad delictiva *(teoría de la unidad*) o —con buen criterio— se reconozca la posibilidad de pluralidad de delitos en la unidad de acción en sentido natural (*teoría de la pluralidad*) [16].

13 2. La teoría de la unidad lleva el planteamiento naturalístico de la ley en sentido no típico más allá, hasta un naturalismo de la determinación del delito: «El crimen es acción; por eso, varios crímenes han de ser varias acciones; *una* acción natural sólo puede ser *una* acción delictiva» [17]. Dado que mediante una acción en sentido no típico se pueden realizar varios tipos (lanzar una piedra lesiona a una persona y destruye un cristal), los defensores de la teoría de unidad se ven forzados a interpretar esto como una valoración de un solo suceso, la cual se lleva a cabo mediante combinación, resultando necesaria esa combinación porque la ley —salvo en los delitos complejos— ha construido sus regulaciones conforme a resultados aislados y abstrayendo de su coincidencia. Así pues, en el ejemplo mencionado, las lesiones y los daños han de reunirse en un delito de «lesiones con daños».

14 3. Por el contrario, los defensores de la teoría de la pluralidad [18] sólo determinan naturalísticamente el concepto de acción en el concurso; el concepto de delito queda determinado sólo jurídicamente. La acción en sentido no típico se considera que puede realizar varios delitos. La unidad de acción y la pluralidad de delitos son compatibles en esta solución.

Un amplio sector esgrime contra ella el siguiente argumento: Así como un caballo de carreras blanco, a pesar de esas dos cualidades (blanco y apto para carreras) es *un* solo objeto, así ocurre también con una acción que realiza varios tipos: que también es *un* solo objeto [19]. Tal objeción pone de manifiesto su prejuicio naturalístico, pues diversas cualidades de una cosa puede ser cada una de por sí objeto de valoración jurídica. Del fin de la regulación depende que el Derecho conecte sus valoraciones a cosas, a sus cualidades o a algo distinto. Si, p. ej., se establece un impuesto sobre los caballos de carreras, como objetos de lujo, y sobre los caballos blancos, por su falta de calidad en la selección de razas, es evidente la doble consecuencia jurídica sobre la posesión de una sola cosa; pues bien, análogamente ocurre en caso de varias

---

[16] Exposición detallada en *Geerds*, Konkurrenz, pp. 322 ss.; *Maiwald*, Handlungseinheit, pp. 61 ss.; *Puppe*, Idealkonkurrenz, pp. 27 ss.

[17] *V. Liszt*, ZStW, 6, pp. 663 ss., 686 ss.; *v. Liszt-Schmidt*, Strafrecht, § 54, II, nota 6; *Kubisch*, DJ, 1942, pp. 97 ss., 99; *Baumgarten*, Frank-Festgabe, t. II, pp. 188 ss., 189 ss.; *Höpfner*, Einheit, pp. 101 ss.; *Mezger*, Strafrecht, § 69, I, 3; *M. E. Mayer*, AT, cap. 3, D, I, 1, nota 2; *Baumann-Weber*, AT, § 41, I, 2 *a; Maurach-Gössel*, AT, II, § 54, núm. marg. 28; *Montenbruck*, Strafrahmen, p. 148.

[18] RG, 62 pp.; 83 ss., 87; *Binding*, Handbuch, t. I, pp. 564 ss.; *Coenders*, Idealkonkurrenz, pp. 12 s.; *Dreher-Tröndle*, núm. marg. 4, ante § 52; *Frank*, § 73, nota I; *Niese*, Materialien, t. I, pp. 155 ss., 156; *LK*[9]*-Mösl*, núm. marg. 1, ante § 73; *Schmidhäuser*, AT, 18/38, con nota 30; *H. Mayer*, AT, p. 412; *el mismo*, Studienbuch, § 52, II, 2.

[19] *Höpfner*, Einheit, pp. 161 s.; *Mezger-Blei*, AT, 15, § 90, I; *Baumann-Weber*, AT, § 41, I, 2 *a*.

realizaciones típicas mediante una sola acción en sentido «natural» o jurídico [20].

4. Por eso es preferible la teoría de la pluralidad, y sus conclusiones no 15
las puede evitar la teoría de la unidad, sino sólo ocultarlas terminológicamente [21]: Con la teoría de la unidad cabe caracterizar a la múltiple realización de tipo como realización simple de un tipo combinado, pero tampoco hay motivo para prever para el delito obtenido por combinación una conminación penal distinta a la que es adecuada cuando los delitos empleados para la combinación quedan articulados en el sentido de la teoría de la pluralidad, o incluso se cometen en concurso real aisladamente uno detrás de otro. Así pues, la diferencia de marco penal en el Derecho positivo entre el concurso ideal (marco del delito más grave) y el concurso real (§ 54, párrafo 2, inciso 2, StGB) no cabe justificarla ni siquiera con una teoría de la unidad —entendida correctamente [22].

B. No hay infracción plural de la ley en la mera intensificación cuantitativa

1. Algunas realizaciones típicas puede intensificarse cuantitativamente; 16
por ejemplo: La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (§ 316 StGB) puede continuarse, la detención ilegal (§ 230 StGB) prolongarse, los daños (§ 303 StGB) intensificarse, el botín del ladrón (§ 242 StGB) incrementarse, etc. En tales casos hay que distinguir si el autor continúa *la misma realización de tipo*, o bien si realiza *el mismo tipo de nuevo*. En el primer caso se da una única infracción, que se intensifica cuantitativamente mediante ulteriores actos, mientras que en el último caso se infringe repetidamente una ley.

2. *a)* Presupuesto de la mera intensificación cuantitativa y por tanto de 17
la infracción única suele ser la unidad de acción en el citado sentido «natural» o jurídico (acerca de las ampliaciones por medio de tipos que reúnen acciones, *vid. infra* 32/26 ss.). Pero la unidad de acción sólo conduce a la mera intensificación cuantitativa cuando se acumulan unidades que cabe sumarlas en un in-

---

[20] *Puppe*, Idealkonkurrenz, pp. 20, 29, con nota 2; *Schmidhäuser*, AT, 18/38, con nota 30; *Geerds*, Konkurenz, p. 325.

[21] Consideran irrelevante la polémica *Jescheck*, AT, § 67, I, 2; *el mismo*, ZStW, 67, pp. 529 ss.; *LK-Vogler*, núm. marg. 6, ante § 52; *Schönke-Schröder-Stree*, § 52, núm. marg. 3; *Cramer*, Juristische Analysen, 1970, pp. 183 ss., 205.

[22] La polémica surte efectos en Derecho procesal: Mientras que la teoría de la unidad en caso de unidad de acción siempre *tiene que* apreciar un solo hecho en el sentido del § 264 StPO, dado que únicamente se da un delito, la teoría de la pluralidad puede decidir al respecto según la función del concepto procesal de hecho. El que hoy se acepte casi unánimemente que en caso de unidad de acción en el sentido del Derecho sustantivo se da también siempre *un* hecho en sentido procesal (de modo distinto en la relación entre delitos contra la vida y delitos permanentes según la WaffG, OLG Hamm JR, 1986, pp. 203 s., con comentario de *Puppe*, *op. cit.*, pp. 205 ss.) es desde luego señal de falta de formación funcional de conceptos, pues una unidad procesal de hechos unitarios en Derecho sustantivo con dirección concreta de ataque completamente distinta no cabe fundamentarla funcionalmente, sino sólo «computarla» en conceptos jurídicos. Ejemplo: Si a un autor se le condena porque ha puesto en circulación una carta que ha franqueado con sellos ya usados (§ 148.2 StGB), no aparece motivo alguno para considerar resueltos procesalmente también su contenido injurioso (§§ 185 ss.) o de traición a la patria (§§ 94 ss. StGB). En relación con otros efectos procesales, *vid. Maurach-Gössel*, AT, II, § 55, núms. margs. 96 ss.; *vid.* asimismo *infra* sobre el llamado efecto de enlace 33/nota 15.

justo homogéneo. Dicho gráficamente: Si se ejecutan en unidad de acción un delito de homicidio y un delito de traición, se intensifica la cantidad, pero no se pueden sumar en un injusto homogéneo. Existe una única realización de tipo sólo cuando se pueda definir el resultado del comportamiento como un resultado delictivo conjunto y además el trayecto hacia el resultado —siempre que el tipo lo regule específicamente— transcurra homogéneamente desde el punto de vista típico. Así pues, si un comportamiento realiza los tipos de varios delitos, que no se encuentran en relación de especialidad en sentido amplio (*supra* 31/12), decae la unidad de acción. Ejemplo: Si se ejecutan *uno actu* lesiones y daños, ello no es sólo una realización de tipo, intensificada cuantitativamente; pero sí puede tratarse de realización de tipo cuantitivamente intensificada cuando se continúa un hurto a varias personas como robo a una de ellas, o si en el curso de la tentativa de apropiación indebida se averigua que la cosa ajena está en posesión de otro y por eso se la sustrae.

18 *b) a')* Si los bienes atacados corresponden a distintas personas, hay que distinguir: Si la correspondencia a una determinada persona es casual para el bien en el sentido de que éste podría transmitirse a otro titular, o al menos cederse su aprovechamiento a otro para ejercitarlo, la diversidad de titulares no impide la valoración como resultado conjunto [23].

19 No obstante, si se trata de un bien no transmisible, o que no puede cederse para su disfrute, sino de un bien personalísimo, cabe vincular en un resultado conjunto su menoscabo con su ulterior menoscabo, pero no con el menoscabo de un bien que corresponda a otro titular, porque el bien personalísimo, a diferencia de los bienes transmisibles, no cabe definirlo sin su titular. Por tanto, las lesiones a bienes personalísimos de distintas personas nunca constituyen una sola infracción [23a].

20 Este predominio de la perspectiva de la víctima al analizar el menoscabo de bienes personalísimos se basa en una razón de orden normativo, no teniendo que llevarse a cabo paralelamente en la psique del autor. El autor, p. ej., que destruye mediante una acción cosas pertenecientes a distintos propietarios, lesionando a la vez a varias personas —dolosa o imprudentemente—, experimentará las lesiones como resultado conjunto casi tan poco como los daños; sin embargo, para determinar la significación social hay que distinguir entre la legitimación casual sobre cosas y la legitimación constitutiva sobre bienes personalísimos. Bien es verdad que en el menoscabo de bienes personalísimos pueden darse, y reunirse, infracciones normativas de la misma clase —de lo contrario, no habría modo de encontrar *una* solución a la determinación de la pena—, pero los resultados no se pueden reunir de modo penalmente efectivo por su referencia a personas, como tampoco cabe reunir a varias personas en una sola a efectos jurídico-penales [24]. Ejemplo: Quien

---

[23] *Schönke-Schröder-Stree*, § 52, núm. marg. 29; *de otra opinión*, *SK-Samson*, § 52, núm. marg. 25; *Jescheck*, AT, § 67, II, 1.

[23a] De otro modo para la puesta en peligro concreta de personas en el § 315 *c* StGB, BGH, NStZ, 1989. pp. 73 s., con comentario crítico de *Geppert*, *op. cit.* 320 ss., y comentario de *Werle*, JR, 1990, pp. 74 ss.; BayObLG, NJW, 1984, p. 68; para el § 315 *b* StGB, BGH, NJW, 1989, pp. 2550 s.

[24] No es nítido el límite entre los bienes personalísimos y los demás. No sólo es dudosa la clasificación de bienes en concreto —¿§ 123 StGB?—, sino que todos los bienes se pueden materia-

mata o lesiona [25] o injuria [26] a varias personas, o interrumpe varios embarazos [27], o vulnera la libertad sexual de varias personas [28], también comete varias infracciones si los ataques, de haberse realizado sobre una sola persona (lo que en el homicidio y en la interrupción del embarazo, desde luego, únicamente es posible cuando con la consumación coinciden actos de tentativa), habrían constituido una sola infracción debido a su relación. Ello rige tanto para el dolo como —siempre que sea punible— para la imprudencia.

b') Siempre que un único tipo sirva a la protección tanto de bienes trans- 21
misibles como de bienes personalísimos, los bienes personalísimos impiden la reunión en una sola infracción (cuantitativamente intensificada). Ejemplo: El robo de una sola cosa empleando violencia contra varias personas constituye varios robos en concurso ideal homogéneo.

c') Así como en los bienes personalísimos la perspectiva de la víctima es- 22
cinde el resultado conjunto en resultados individuales, también en la intervención en los delitos —materialmente, no sólo en cuanto a la formulación— de propia mano es la individualización de los autores lo que impide la reunión en una única infracción [29]. Ejemplos [30]: La inducción a varias personas para cometer perjurio mediante una sola carta es, pues, inducción múltiple en concurso ideal homogéneo [31], al igual que la inducción a varias personas para cometer deserción, etc.

3. *a)* En caso de mera intensificación cuantitativa se da una sola infrac- 23
ción, naturalmente intensificada cuantitativamente, pero no concurso ideal homogéneo. Por consiguiente, el concurso ideal homogéneo no se da nunca en los delitos contra la propiedad y el patrimonio, entre otros, y en los delitos mediante los que se atacan bienes personalísimos sólo en el caso de distintos titulares de bienes. *Así pues, en la unidad de acción sólo se llega a la adición de varias realizaciones de tipo si no cabe resolver el suceso a través de adición dentro de una sola realización de tipo.*

---

lizar como bienes personalísimos; ejemplo: Si la protección de la propiedad se refiere a las posibilidades de desarrollo personal objetivadas en el caso concreto, un delito contra la propiedad es tan personalísimo como las coacciones. Acerca del tratamiento de las cosas como individuos, *vid. M. E. Mayer*, AT, cap. 3, D, II, 1 *a*, ß.

[25] RG, 27, pp. 20 s., 21; 66, pp. 221 s.

[26] El *Reichsgericht* ha considerado problemática aquí incluso la posibilidad de unidad de acción en caso de infracción plural cuando las exteriorizaciones no se encuentran también en relación conceptual (o lingüística); RG, 33, pp. 46 ss., 48 ss.; 34, pp. 134 ss., 135 s.; 62, pp. 83 ss., 87; 66, pp. 1 ss., 4 s.; igualmente *Dreher-Tröndle*, núm. marg. 9, ante § 52; *Oehler*, Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 439 ss., 450. Se trata de un intento de eludir el punto de vinculación de carácter exterior de la ley (una acción en sentido «natural»); *vid. Struensee*, Konkurrenz, p. 26.

[27] RG, 59, pp. 98 ss.

[28] RG, 70, pp. 243 ss., 244 s.; BGH, 1, pp. 21 ss., 22; BGH, 18, pp. 26 ss.

[29] En ocasiones se equiparan hechos con «valor propio individual», o semejantes, a las lesiones de bienes personalísimos. Se citan, junto a la participación en delitos de propia mano: el encubrimiento en favor de varios autores (¿fundamento?), acusación falsa de varias personas (ya interpretable como ataque a un bien personalísimo; BGH, GA, 1962, pp. 24 s.: concurso ideal homogéneo); *vid. Schönke-Schröder-Stree*, § 52, núm. marg. 27; *LK-Vogler*, § 52, núm. marg. 35.

[30] *Vid.* asimismo RG, 72, pp. 174 ss., 175 s. (cohecho).

[31] RG, 70, pp. 334 ss., 335.

24 *b)* El que como consecuencia de la unidad de la realización de tipo sólo se da una única infracción, rige sólo en el marco del concurso y de la determinación de la pena, pero no en general. Para la determinación de cantidades relevantes típicamente hay que sumar las cantidades individuales realizadas por medio de los actos parciales [32] (§§ 248 *a*, 259.2, 263.4 StGB). También en el sentido del § 66.2 StGB (a efectos de imponer medida de seguridad) sólo se da un hecho [33]. La infracción única se juzga por su variante más grave [34], es decir, sobre todo quedan desplazadas la tentativa por la consumación, y el delito o una variante privilegiada de éste por la cualificación o la variante no privilegiada. La consumación de la variante más leve queda también abarcada por la tentativa de la variante más grave (polémico, *vid. supra* acerca del concurso de leyes, 31/40). En relación con la determinación de la pena, no existe diferencia entre el concurso ideal homogéneo y la infracción única, pero cuantitativamente intensificada [35].

25 *c) a')* La reunión no rige para la participación, al igual que, por lo demás, la participación es posible en partes separables de un delito. Ejemplo: Quien a un montón de cosas ajenas, a las que el autor va a prender fuego, arroja otras cosas ajenas, responde sólo por participación en la destrucción de los objetos que ha añadido.

b') También a efectos de instar la persecución siguen separados los actos individuales. Si cada una de varias personas ha resultado lesionada por un acto parcial, no le corresponde a cada persona el derecho de instar la persecución del hecho en su conjunto (no el § 77.4 StGB), sino únicamente de la parte por la que la han lesionado a ella [36].

c') Con vistas a determinar la prescripción, hay que escindir igualmente la realización de tipo; un hecho en el sentido de la regulación de la prescripción (§ 78 StGB) no es idéntico a un hecho en el sentido de la regulación concursal [37]. Hecho en el sentido de la regulación de la prescripción es cada acto parcial que realiza independientemente el tipo; por eso, bien es cierto que en el robo la parte de las coacciones y la parte del hurto no prescriben separadamente (sólo ambas reunidas realizan el tipo de robo), pero en los hurtos sucesivos en un almacén sí prescriben separadamente todos los actos individuales, incluso si se da un hecho unitario. Del mismo modo, hay que escindir en actos individuales el hecho en el sentido del Derecho penal internacional (§ 9 StGB) [38].

---

[32] Pormenorizadamente sobre la situación en la relación de continuidad, *Schröder*, GA, 1964, pp. 225 ss., 236.

[33] Así incluso para la relación de continuidad, BGH, 1, pp. 313 ss.; *LK-Hanack*, § 66, núm. marg. 55 con remisiones; doctrina dominante.

[34] Así para la relación de continuidad, RG, 67, pp. 183 ss., 188.

[35] *Geerds*, Konkurrenz, p. 273; *Schönke-Schröder-Stree*, § 52, núm. marg. 31.

[36] Así para la relación de continuidad, BGH, 17, pp. 157 s., 158; *de otra opinión*, RG, 71, pp. 286 ss., 297.

[37] Para la relación de continuidad, acertadamente, *Noll*, ZStW, 77, pp. 1 ss., 4 s., en detalle; tiva. asimismo, *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 33, ante § 52; disienten la jurisprudencia; RG, 62. pp. 212 ss., 214; 64, pp. 33 ss., 39; BGH, 1, pp. 85 ss., 91 ss.; BGH, JR, 1985, pp. 244 s. (con comentario acertadamente desfavorable de *Puppe*, *op. cit.*, pp. 245 ss.) y la doctrina dominante; *vid.* también *infra* 32, nota 91.

[38] Así para la relación de continuidad, *v. Weber*, ZStW, 57, pp. 490 ss., 496; *de otra opinión*, RG. 50. pp. 423 ss., 425; 71, pp. 286 ss., 288; RG, DJ, 1937, pp. 1004 s.; RG, HRR, 1939, núm. 480; *LK-Tröndle*, § 9, núm. marg. 11.

III. LOS TIPOS QUE ENLAZAN ACCIONES

En algunos delitos, a pesar de faltar una acción unitaria en sentido «natural» o jurídico, pero dada la unidad subjetiva, el tipo puede reunir los distintos actos en una única realización de tipo (no en concurso ideal). Se trata de los delitos permanentes, los «delitos de organización» (*Veranstaltungsdelikte*) y los delitos de varios actos [39]. 26

A. En delitos con un resultado que se intensifica al *prolongarse temporalmente* (delitos permanentes, *vid. supra* 6/80 ss.), la ejecución del hecho dolosa o imprudente, o en parte dolosa y en parte imprudente [40], puede extenderse temporalmente del modo en que se extiende la producción del resultado, sin que se pierda la unidad de la infracción. Los casos más citados de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (§ 316 StGB) y de la conducción sin permiso de conducir (§ 21, párrafo 1, núm. 1, StVG) constituirán ya, según las reglas generales, infracciones únicas [41, 42]. Pero sobre todo en la detención ilegal y en las coacciones de larga duración, a pesar del modo de conducta aislable temporalmente en cada caso, a menudo se dará un único hecho. La unidad subjetiva puede reducirse en estos casos a continuar actuando «si es necesario». Ejemplo: La víctima encerrada intenta escapar al cabo de dos días; el autor se lo impide, de manera que la detención ilegal se prolonga por otros dos días; no dos detenciones ilegales de dos días cada una, sino una única detención ilegal de cuatro días, si se da la unidad subjetiva. El ocupante de la casa impide al legítimo titular la entrada cada vez que éste viene, una vez a la semana; si se da la unidad subjetiva: una coacción. También son delitos permanentes las variantes omisivas de los §§ 123 y 170 *b* StGB. 27

B. En muchos delitos, el comportamiento delictivo consiste en una intervención cuantitativamente indeterminada en una *organización antijurídica* ya existente, o antes iniciada por el autor. Los actos individuales de intervención, incluso en caso de aislamiento temporal, se unen al intervenir el autor —dada la unidad subjetiva— una y otra vez en la misma organización. Principalmente, se trata de la formación de asociaciones criminales o terroristas (§§ 129 s. StGB), así como de la actividad como agente de potencia extranjera (§§ 98 s. StGB), de las relaciones que ponen peligro la paz (§ 100 s. StGB), del favore- 28

---

[39] En relación con la imprudencia, RG, 59, pp. 53 s.; 76, 68 ss., 70.

[40] RG, 73, pp. 320 s.

[41] En relación con la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, BayObLG, NJW, 1960, pp. 879 s.; OLG Stuttgart, NJW, 1964, pp. 1913 s.; la tesis de que un accidente de tráfico interrumpe el delito (BGH, 21, pp. 302 ss., OLG Celle, JR, 1982, pp. 79 s., con comentario favorable de *Rüth*, *op. cit.*, p. 80; BayObLG, JR, 1982, pp. 249 s., con comentario de *Hentschel*, *op. cit.*, pp. 250 s.) es correcta para aquellos supuestos en que el accidente rompe la unidad subjetiva; muy discutido, *vid. Schönke-Schröder-Stree*, margs. 84 s., ante § 52, con remisiones.

[42] La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas que pone en peligro concreto distintos objetos, según el § 315 *c*, párrafo 1, núm. 1, StGB, sólo es posible, como infracción única, en caso de puesta en peligro de cosas distintas, y por el contrario en caso de puesta en peligro de distintas personas, el carácter personalísimo de los bienes hace añicos la unidad del resultado, dándose concurso ideal homogéneo; *de otra opinión*, BGH, 22, pp. 67 ss., 71 s.; BayObLG, VRS, 63, p. 275, y la doctrina dominante. La decisión es totalmente distinta, desde luego, si se considera al individuo no *per se*, sino sólo como representante casual de la generalidad.

cimiento de la prostitución (§ 180 *a* StGB), de la participación en riña tumultuaria (§ 227 StGB) y, según la jurisprudencia, también del tráfico de estupefacientes (§ 11, párrafo 1, núm. 12, BtMG), ello también junto con la adquisición o importación [43], así como la puesta en peligro de la circulación rodada del § 315 *c* StGB [43a], etc. (*vid.* asimismo *infra* 33/7). No en cambio la falsificación de moneda (§ 146 StGB) [44]; los actos individuales de fabricación o expendición —al igual que en la falsificación de documento— son independientes por falta de unidad de la ejecución. Bien es cierto que la elaboración requerirá a menudo un espacio de tiempo más bien prolongado, pero «imitación» típica en el sentido del § 146 StGB es sin embargo sólo el último fragmento ejecutivo, el que crea directamente (§ 22 StGB) el producto «moneda». Tampoco es un supuesto en cuestión la inducción que sólo se consigue llevar a efecto «trabajando» repetidamente a su destinatario [44a].

29 C. En los *delitos de varios actos* [45] —necesaria o facultativamente— (con el supuesto particular de los delitos complejos resultantes de la conexión en serie de otros delitos), la realización del tipo tiene lugar mediante una secuencia de acciones, realizando cada acto individual únicamente una parte del tipo, y sólo al unirlas los actos realizan unitariamente todo el tipo. Constituyen ejemplos la violación y la coacción sexual (§§ 177 s. StGB), el rapto contra la voluntad de la víctima (§ 237 StGB), otras cualificaciones de las coacciones, sobre todo el robo (§§ 249 s. StGB [45a], pero también los §§ 239 *a* y *b*, 252, 253 y 255 StGB), sobre todo el incendio grave del § 307, núm. 3, entre otros. En ocasiones, en estos tipos la realización consta necesariamente de varios actos, como p. ej., en el rapto (§ 237 StGB) han de tener lugar primero el secuestro y luego una acción sexual, o en el hurto-robo (§ 252 StGB) primero el hurto y después la defensa del botín. Naturalmente, en ocasiones la realización del tipo no es necesariamente de varios actos, pero sí lo es en los únicos casos con relevancia práctica. Así, cabe concebir supuestos de robo (§ 249 StGB) en los que el autor coacciona y sustrae *uno actu*, p. ej., arrebatándole la cosa de las manos a la víctima de modo que sin necesidad de hacer nada más la cosa pasa de la posesión de la víctima a la del autor, o en caso del incendio especialmente grave del § 307, núm. 3, StGB, el incendiar puede llevarse a cabo mediante una explosión pergeñada convenientemente para eliminar al mismo tiempo los extintores. No obstante, limitar la realización de tipo a tales supuestos de un acto no reportaría ninguna delimitación axiológica razonable. Por eso los tipos pueden realizarse también mediante varias acciones parciales, basadas unas en otras, p. ej., en el robo, ejecutando primero la acción de emplear la violencia

---

[43] BGH, 25, pp. 290 ss.; BGH, NJW, 1981, pp. 1325 ss.

[43a] BGH, NStZ, 1989, pp. 73 s.

[44] *De otra opinión*, *Jescheck*, AT, § 66, III, 1.

[44a] *De otra opinión*, BGH, StV, 1983, pp. 456 s.

[45] *Vid. Geerds*, Konkurrenz, pp. 264 ss.; *Schmitt*, ZStW, 75, pp. 43 ss., 46 s.; *Warda*, JuS, 1964, p. 81 ss., 84 s.; *Maiwald*, Handlungseinheit, pp. 70 ss.; *SK-Samson*, núms. margs. 24 s.; *LK-Vogler*, núm. marg. 16, ante § 52; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 14, ante § 52; *Jescheck*, AT, § 66. II, 2.

[45a] Siendo dudoso si se aplicó la violencia para hacer posible la sustracción, no se puede partir, *in dubio pro reo*, de *una* acción (lesiones y hurto en concurso *ideal*), pues a falta de unidad subjetiva, falta también un requisito de la unidad jurídica de acción (*supra* 32/5 ss.); *de otra opinión*, BGH, NStZ, 1983, pp. 346 s.; BGH, StV, 1984, p. 242.

y después la acción de sustraer, o en el incendio especialmente grave del § 307, núm. 3, StGB, primero la eliminación de los extintores y acto seguido el incendio. Aquí, el tipo proporciona un significado común a los actos individuales de la secuencia de la acción, precisamente el del delito respectivo.

IV. LA UNIDAD DEL COMPORTAMIENTO EN EL DELITO DE OMISION [46]

A. Al delito de omisión se aplica paralelamente lo señalado para el delito 30
de comisión. En relación con la cuestión de la unidad del omitir hay que atender a si en la omisión de una determinada acción se pone de manifiesto (es decir, al menos en grado de tentativa) la infracción de varios deberes —entonces unidad de hecho— o a si los deberes se pueden referir a la omisión de distintas acciones. Si el autor tiene a disposición para distintos deberes varias posibilidades de evitación que, según la elección del autor, o bien requieren cada una acciones propias, o bien consisten en una única acción que al menos comienza a cumplir todos los deberes, entonces se da pluralidad de hechos [47]: El autor que omite todas las acciones también omite aquella acción mediante la que al menos se comenzaría a cumplir todos los deberes. No obstante, el omitir esta acción no pone de manifiesto que el autor no vaya a cumplir *todos* los deberes, pues podría desde luego cumplir deberes singulares mediante acciones aisladas. Ejemplo [48]: El que infringe varios deberes de prestar alimentos se comporta en pluralidad de omisiones (concurso real) si podría hacer que su empleado, con una sola orden, diese cumplimiento puntual a todas estas obligaciones, pero también podría utilizar vías separadas para satisfacerlas. Sólo se da lugar a la unidad de omisión cuando con una determinada acción *forzosamente* se tendría que comenzar a cumplir todas las obligaciones. En orden a determinar las posibilidades que el autor tiene disponibles para cumplir el deber, sólo cuenta la situación a partir del comienzo de la tentativa, ya que en el omitir precedente no se pone de manifiesto ninguna falta delictiva de voluntad de actuar. Así pues, los deberes cuyo cumplimiento tiene al menos que comenzarse con una determinada acción antes del comienzo de la tentativa, pero no después de éste, se infringen en pluralidad de omisiones aun cuando antes del instante crítico sólo cabía cumplirlos conjuntamente mediante una acción [49]. A partir del comienzo de la tentativa, para la unidad de omisión basta una única acción de salvación necesariamente común.

B. 1. Análogamente a la situación en el delito de comisión, también hay 31
una unidad jurídica de omisión [50]. Esta aparece cuando, dada la unidad sub-

---

[46] Con detalle, *Struensee*, Konkurrenz, *passim*; *Maiwald*, Handlungseinheit, pp. 105 ss.; *vid.* además *Höpfner*, Einheit, t. I, pp. 164 ss.; *Geerds*, Konkurrenz, pp. 262, 272, con nota 172, 291 ss.; *el mismo*, JZ, 1964, pp. 593 ss.; *Herzberg*, MDR, 1971, pp. 881 ss., 883; *Puppe*, JR, 1985, pp. 245 ss., 246 s. (que atiende a la simultaneidad); *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 28, ante § 52; *Jescheck*, AT, § 66, IV, 2; *LK-Vogler*, núm. marg. 39 ss., ante § 52.

[47] *De otra opinión*, *Struensee*, Konkurrenz, pp. 46 ss., 56, 105; BGHY, NJW, 1990, pp. 2560 ss., 2567.

[48] Según BGH, 18, pp. 377 ss., 379; BayObLG, NJW, 1960, p. 1730.

[49] También en esa medida *de otra opinión*, *Struensee*, Konkurrenz, pp. 77 s.

[50] *Vid.* RG, 76, pp. 140 ss., 143 s.

jetiva, la omisión de cumplir un deber al menos representa la tentativa de omitir cumplir otro ulterior deber. En la imprudencia, decide la relación entre las omisiones sí conocidas, no conociéndose las consecuencias. Ejemplos: Si el vigilante contempla cómo las llamas afectan a un objeto tras otro, destruyéndolos, omite en unidad jurídica de omisión (conclusión aquí: daños únicos, intensificados cuantitativamente). En relación con la imprudencia: Si un perro muerde a varios niños sucesivamente y el propietario omite llamar al perro porque no se da cuenta, imprudentemente, de que se trata de su perro, o de que el perro no está simplemente jugueteando, etc., se da unidad jurídica de omisión (resultado aquí: varias lesiones en concurso ideal homogéneo). Tambien se aplican las ampliaciones, mencionadas con respecto a la comisión, de la unidad en los delitos permanentes [51] y en los delitos por intervención en una organización antijurídica.

32 2. La delimitación entre concurso ideal homogéneo y realización de tipo única, pero intensificada cuantitativamente, se rige por la clase del bien afectado (delitos personalísimos) o por la identidad del autor (intervención en delitos de propia mano). Ejemplo: Quien al omitir hace descarrilar un tren de mercancías con simples daños materiales consiguientes, comete unos únicos daños por omisión, siendo indiferente cuántas personas sean propietarias de los bienes; pero quien, *ceteris paribus*, por omisión hace descarrilar un tren de pasajeros con las consiguientes muertes y lesiones de varias personas, comete varios homicidios y lesiones por omisión en concurso ideal homogéneo.

33 C. 1. Hacer y omitir pueden alternarse en una unidad jurídica de comportamiento [51a] (*vid. infra* 32/nota 83). Sobre todo, al conducir vehículos, ése es casi siempre el caso (hacer: acelerar; omitir: no frenar). Los delitos con tipos que enlazan acciones pueden cometerse por omisión; ejemplos: El guarda no impide al principio la inutilización de extintores y después tampoco el incendio (§ 307, núm. 3, StGB). También es posible el cambio entre acción y omisión (p. ej., en la detención ilegal; hacer: encerrar; omitir: no liberar).

2. El comportamiento doloso no pierde la unidad de acción por el hecho de que el autor, tras la ejecución de la acción, pudiera evitar la realización del tipo que amenaza producirse mediante diversas acciones de salvación (¡injerencia!). Del mismo modo ocurre en el comportamiento arriesgado de modo no permitido que el autor ejecuta no dolosamente, pero que constituiría comienzo de tentativa de darse el dolo (*vid. supra* 32/6, 8). Ejemplo: Quien incendia una casa de modo arriesgado no permitido y no salva a varios ocupantes, los mata en unidad de acción; no se atiende a si al incendiar ha actuado dolosa o imprudentemente en relación a los homicidios (el incendio es en todo caso el comienzo, arriesgado de modo no permitido, del comportamiento de homicidio), ni tampoco a si el homicidio por omisión tiene lugar dolosa o imprudentemente, y, finalmente, es indiferente que la salvación se pudiera llevar a cabo con un único comportamiento de salvación (el comienzo se ejecutó de todos modos en unidad de acción, y la identidad parcial basta para la unidad de acción).

---

[51] *Vid. Struensee*, Konkurrenz, pp. 57, 75 s.; *SK-Samson*, § 512, núm. marg. 14.

[51a] BGH, NJW, 1987, p. 199; NJW, 1990, pp. 2560 ss., 2567 (para la unidad natural de acción).

V. ¿OTRAS MANIFESTACIONES DE LA UNIDAD JURIDICA DE ACCION?

A. La infracción penal conjunta

En ocasiones se amplía, mucho más allá del marco aquí indicado, la unidad 34
de un hecho con la consecuencia de una sola realización de tipo cuantitativamente ampliada, o bien de concurso ideal.

Naturalmente ya no se reconoce la unidad, antes admitida, de la infracción penal conjunta (delito colectivo). Se trata de delitos en los que el comportamiento del hecho se describe como repetición o como comportamiento realizado con la intención de repetir: como habitual (§§ 180 a, 260, 292.3, 293.3 StGB), es decir, intención —no necesariamente realizada— [52] de procurarse, mediante la comisión repetida, una fuente de ingresos [53], como actividad profesional (§ 144 StGB), es decir, realizándose mediante el ejercicio semejante a una profesión, aun cuando no necesariamente lucrativo [54], o como algo habitual (§§ 292.3, 293.3 StGB), es decir, siguiendo una propensión basada en la comisión repetida [55]. La finalidad de estos elementos es abarcar el comportamiento ejecutado con una actitud determinada, desaprobada jurídicamente, pudiendo existir tal actitud como puro elemento interno, o bien requerir su objetivación en hechos ulteriores. El hecho aislado pertenece siempre al comportamiento que objetiva la actitud, y a través de dicha actitud se unen absolutamente los hechos; pero ello, por falta de unidad de la ejecución, no fundamenta relación alguna de las realizaciones de tipo: Una actitud no constituye ninguna ejecución de hecho y por esto tampoco da lugar a ninguna infracción unitaria o unidad de hecho cuando la actitud es elemento del tipo [56]. Lo afirmado se pone en duda con el argumento de que toda acción individual es «componente no autónomo del estilo de vida delictiva (de toda la "industria delictiva" [57]) determinada, caracterizada mediante ella», es decir que la ley atiende más a la intervención en una actividad que en un hecho individual. Esta actividad es aquí, desde luego, a diferencia de la situación en los supuestos arriba

---

[52] BGH, 26, pp. 5 ss., 8.

[53] RG, 58, pp. 19 ss., 20; 66, pp. 19 ss., 21; BGH, 1, pp. 383 s.; atiende, acertadamente, a la objetivación de la profesionalidad, *Stratenwerth*, Schultz-Festgabe, pp. 88 ss., 105 s.

[54] Así en todo caso en el § 144 StGB: convertirlo en negocio, no sólo quererlo convertir; exclusivamente subjetiva es la definición de la profesionalidad en RG, 61, pp. 47 ss., 51 ss.; 72, pp. 313 ss., 315.

[55] RG, 59, pp. 142 ss., 143; BGH, 15, pp. 377 ss., 380 s., con reseña crítica de *Bindokat*, NJW, 1961, pp. 1731 s.

[56] Según RG, GS, 72, pp. 164 ss., 175 ss., con reseña crítica de *Schwarz*, ZAkDR, 1938, pp. 539 ss.; RG, 72, pp. 257 ss., 258 s.; 72, pp. 401 s.; BGH, 1, pp. 41 ss.; además, la doctrina dominante, *Hartung*, SJZ, 1950, párrafos 326 ss., 332 s.; *Geerds*, Konkurrenz, pp. 269 s.; *Schmitt*, ZStW, 75, pp. 43 ss.; *Kohlrausch*, ZAkDR, 1938, pp. 473 ss.; *Preiser*, ZStW, 58, pp. 743 ss., 748 ss.; *Schmidhäuser*, AT, 18/21; *Jescheck*, AT, § 66, VI; *LK-Vogler*, núms. margs. 26 s., ante § 52; *Kohlrausch-Lange*, nota II, § 56, núms. margs. 49 ss.; *Schönke-Schröder-Stree*, núms. margs. 93 ss., ante § 52; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1239.

[57] *Welzel*, Strafrecht, § 29, II, 5; *Binding*, Handbuch, t. I, p. 551; *Eb. Schmidt*, SJZ, 1950, párrafos 286 ss., 292; *el mismo*, JZ, 1952, pp. 136 s.; *H. Mayer*, AT, p. 410; *Sauer*, Strafrechtslehre, p. 230.

reconocidos, un negocio en sí del autor, y tendría que abarcar del mismo modo a cada contexto subjetivo: Todos los hechos surgidos de un plan, o de una propensión a caer en la tentación, o de cierta incitabilidad, tendrían que constituir una sola infracción: la agrupación exclusivamente subjetiva (en contra, *supra* 32/10 s.) sería inevitable.

B. La unidad natural de acción

35 Además, la llamada unidad natural de acción [58] se considera que puede conducir a la unión de varias acciones en un suceso delictivo único o al concurso ideal. No obstante, no cabe reconocer una unidad de acción en tal sentido, como tampoco hay un delito natural o un tipo natural. De acuerdo con la jurisprudencia, para fundamentar una unidad natural de acción no basta con un fin unitario, sino que ha de requerirse, junto a «la resolución de voluntad unitaria» [59], «la relación directa» de modo que «toda la actividad se manifieste en sí (objetivamente) incluso para un tercero, como un hacer unitario imbricado, desde una consideración natural», pudiendo ser «decisivo en lo esencial sólo la concepción de la realidad» [60]. Con arreglo a esta fórmula, la unidad del comportamiento depende de con qué perspectiva se dote al observador imaginario: más orientada subjetivamente (relación de planeamiento) [61] o más hacia una imagen externa (uniformidad de los actos individuales) [62] o hacia la relación de sentido advertible de los actos individuales [62a], etc. La fórmula sustituye la valoración típica por una «concepción de la realidad» no precisable, y por eso es completamente inútil. Así, p. ej., la jurisprudencia ha vinculado distintos actos realizados en el curso de una huida como «huida de la policía» [63]; con este método de formación prejurídica de tipos se puede conectar más (hasta la «huida de lo cotidiano») o menos (hasta la limitación al «primer paso de la fuga»), según se desee.

---

[58] Pormenorizada exposición de la jurisprudencia en *Maiwald*, Handlungseinheit, pp. 13 ss., 41; *Blei*, JA, 1972, pp. 711 ss.; JA, 1973, pp. 95 ss.; acertada limitación en *Warda*, Oehler-Festschrift, pp. 241 ss., 245 ss.

[59] RG, 44, pp. 223 ss., 227; BGH, NJW, 1977, p. 2321; BGH, NJW, 1984, p. 1568, con comentario de *Kindhäuser*, JuS, 1985, pp. 100 ss.; BGH, NJW, 1985, p. 1565; esta resolución se distinguiría de un «dolo global». La jurisprudencia oscila; remisiones en *Maiwald*, Handlungseinheit, pp. 16 ss., 68 s.

[60] RG, 58, pp. 113 ss., 116; BGH, 4, pp. 219 ss.; *vid.* además BGH, 10, pp. 129 ss., 130 s.; 10, pp. 230 ss., 231; 22, pp. 67 ss., 76; BGH, NStZ, 1984, pp. 214 ss., 215; BGH, NStZ, 1985, p. 70; BGH, JZ, 1985, pp. 250 s.

[61] BGH, 22, pp. 67 ss., 76; BGH, VRS, 28, pp. 359 ss., 361; limitando algo BGH, VRS, 48, p. 191; precisamente de modo no subjetivo BGH, NJW, 1976, pp. 1512 ss., 1513.

[62] RG, 76, pp. 140 ss., 143; BGH, 10, p. 230 ss., 231; BGH, VRS, 36, p. 354.

[62a] Un hecho de aseguramiento puede hallarse en unidad de acción con el hecho de partida (acerca de ello *infra* 33/7), no importando, obviamente, si el hecho de aseguramiento debe tener lugar «forzosamente» para evitar que sea descubierto el hecho de partida (así, no obstante, BGH, wistra, 1985, p. 103; contra BGH, StV, 1985, p. 324, ambas con remisiones), sino si aún sirve al aseguramiento del resultado *típico* (hecho copenado); así pues, la unidad no está condicionada «naturalmente», sino típicamente. Acerca de la unidad de hecho, según la jurisprudencia, en la elusión fiscal, con remisiones, *Kniffka*, wistra, 1986, pp. 89 ss.

[63] BGH, 22, pp. 67 ss., 76.

2. Se discute si la unidad natural de acción también en caso de lesión de 36
bienes personalísimos puede dar lugar a unidad [64], y ello depende de la consecuencia jurídica de la unidad natural de acción [65]. Quien siempre admita como consecuencia jurídica una única infracción (lo que desde luego no se podrá fundamentar), en relación con bienes personalísimos debe excluir la posibilidad de unidad natural de acción, ya que estas lesiones de bienes no cabe vincularlas en una unidad natural de acción. Quien, en cambio, sólo afirme como consecuencia jurídica la unidad del comportamiento, y en caso de acción natural considere posibles varias infracciones, en los bienes personalísimos puede admitir una múltiple lesión de bienes en concurso ideal.

3. En conclusión, la unidad natural de acción —siempre que sea sólo un 37
(mero) término para designar la unidad jurídica de acción especificada más arriba— no es una figura útil en Derecho penal, por no poder precisarse con la necesaria exactitud [66].

C. La relación de continuidad

1. Con arreglo a la doctrina dominante, y sobre todo a la jurisprudencia 38
afianzada, también la relación de continuidad puede dar lugar a unidad de acción. Se trata de una figura jurídica que a veces se fundamenta en el Derecho sustantivo, y en ocasiones se injerta por motivos procesales en el Derecho sustantivo, y que responde ante todo al siguiente deseo: Hay que evitar la determinación de las penas individuales para hechos individuales que han de juzgarse al mismo tiempo (§ 53.1 StGB), cuando se da semejanza de tales hechos [67];

---

[64] La respuesta —al principio negativa— de la jurisprudencia no puede convencer ya porque no se ve la posibilidad de distinguir las consecuencias jurídicas (*una* realización del resultado o concurso ideal); *vid.* BGH, 16, pp. 397 s., 398; BGH, NStZ, 1984, pp. 311 s.; afirmativamente, y apreciando con buen criterio concurso ideal, ahora BGH, StV, 1984, pp. 13 s.; BGH, NJW, 1985, p. 1565, con comentario crítico de *Maiwald*, JR, 1985, pp. 513 ss.; BGH, NStZ, 1985, p. 217. Con detalle, *Hellmer*, GA, 1956, pp. 65 ss.; *Maiwald*, Handlungseinheit, pp. 80 ss.; *el mismo*, NJW, 1978, pp. 300 ss., 301.

[65] Acertadamente distinguiendo en función de la consecuencia jurídica, *Maiwald*, Handlungseinheit, p. 1123; *Puppe*, Idealkonkurrenz, p. 255, con remisiones, nota 1.

[66] Críticamente también *Honig*, Studien, pp. VII s.; *Geerds*, Konkurrenz, pp. 246 ss., 249, 282 ss.; *Werle*, Konkurrenz, pp. 97 ss.; *Jescheck*, AT, § 66, III, 3; *Schönke-Schröder-Stree*, núms. margs. 22 ss., ante § 52; *SK-Samson*, núm. marg. 21, ante § 52; *Blei*, AT, § 93, I, 4; *Schmitt*, ZStW, 75 ss., 43 ss., 46 ss.; *LK-Vogler*, núm. marg. 13, ante § 52; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 54, núms. margs. 32 ss.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1217; *Kindhäuser*, JuS, 1985, pp. 100 ss., 105. También limitando, *Schmidhäuser*, AT, 18/10 ss.; limitando drásticamente (sólo unidad natural de acción en caso de situación motivacional unitaria en la misma situación, y no en caso de bienes personalísimos), *Maiwald*, Handlungseinheit, pp. 68 ss.; *el mismo*, NJW, 1978, pp. 300 ss., 302. En lo esencial como la jurisprudencia, *Warda*, JuS, 1964, pp. 81 ss., 83 (pero limitando más estrictamente, *el mismo*, Oehler-Festschrift, pp. 241 ss., 248 ss.); *Schroeder*, Jura, 1980, pp. 240 ss.; *vid.* además *Bruns*, Heinitz-Festschrift, pp. 317 ss., 319 ss.

[67] Según RG, 70, pp. 243 ss., 244, se trataría de una tarea «fastidiosa, superflua y extraordinariamente rara», lo que, sin embargo, en relación con los elementos de la índole superflua y extraordinaria es una conclusión en círculo vicioso, y con el elemento de la índole fastidiosa, no significa nada para el Derecho penal. Acerca de la relación de continuidad como vehículo para el transbordo de la máxima de Derecho común «*quot crimina, tot poenae*», *vid. Doerr*, Fortgesetztes Delikt, pp. 12 ss.; *Höpfner*, Einheit und Mehrheit, pp. 47 s.; *Buchholz*, Selbständigkeit, pp. 11 s.; *Preiser*, ZStW, 58, pp. 743 ss., 777 s.

además, hay que limitar la necesidad de querellas suplementarias (§ 266 StGB) y hay que ampliar el alcance del valor de cosa juzgada de la condena (§ 264 StGB) en los supuestos en que el tribunal no ha incluido en la condena algunos pocos hechos de un complejo total.

39 2. Como requisitos de la acción continuada se mencionan sobre todo elementos objetivos y subjetivos [67a]:

a) Elementos objetivos:

a') La relación de continuidad se considera que únicamente es posible entre ataques contra el mismo bien, no aludiéndose a la identidad del objeto de ataque, sino a la continuación de una mera intensificación cuantitativa de la realización de tipo ya ejecutada [68] (*vid. supra* 32/16 ss.). Por consiguiente, en los homicidios (tentativas de homicidio) y lesiones a diversas personas [69], en la interrupción de varios embarazos en una o varias mujeres [70] o en la vulneración de la libertad sexual de distintas víctimas [71], decaerá la relación de continuidad, así como en la extorsión a varias víctimas [72], en la infracción de derechos de autor relativas a las obras de varios autores [73] (muy dudoso), en el cohecho de varios funcionarios [74] e incluso en el ingreso reducido de varios impuestos [74a], entre otros.

El citado requisito carece de justificación material. Si no se da una mera ampliación cuantitativa del primer delito, no por eso decae la unidad del comportamiento, sino sólo la posibilidad de una sola infracción, y se llega al concurso ideal homogéneo [75]; sólo esta situación se corresponde con la situación de los supuestos de unidad de acción regulados en Derecho positivo. En conclusión, el elemento de la identidad del bien servirá para, si falta la identidad de la acción en sentido «natural» o jurídico», sugerir lo necesario de la homogeneidad del suceso delictivo.

40 *b')* Además, se considera que sólo si se lesiona la misma prohibición es posible la relación de continuidad [76]. Existirá suficiente identidad entre el de-

---

[67a] Resumen en términos de tratado en BGH, 36, pp. 106 ss., 109 ss.

[68] RG, 51, pp. 305 ss., 308; 57, pp. 140 s.; 70, pp. 243 ss., 244 s.

[69] RG, 70, pp. 243 ss., 244; OGH, 1 s., 203 ss., 204.

[70] RG, 59, pp. 98 ss.; RG, HRR, 1938, núm. 1209.

[71] RG, 53, pp. 274 s.; BGH, 18, pp. 26 ss.; *vid.* además RG, 70, pp. 283 ss., 284; 72, pp. 257 ss.

[72] RG, HRR, 1937, núm. 981; BGH, LM, § 253 StGB, núm. 7; BGH, NJW, 1987, pp. 509 s.

[73] BayObLG, NJW, 1987, pp. 509 s.

[74] RG, 72, pp. 174 ss.

[74a] Implícitamente BGH, 33, pp. 163 ss., con comentario desfavorable de *Hamm*, NStZ, 1986, pp. 68 ss.

[75] Lo sugiere BGH, 1, pp. 21 ss., 22. Si en el acto concreto concurren ataques contra distintos bienes personalísimos con otros a bienes adicionables, el BGH, NJW, 1987, pp. 509 s., pretende apreciar en ocasiones un hecho, y en ocasiones pluralidad de acciones, de modo que los hechos plurales sólo pueden quedar vinculados por el efecto de enlace del hecho *único* que concurre. Sobre la crítica al requisito de la identidad de bien, *vid. SK-Samson*, núm. marg. 36, ante § 52; *Stratenwerth*, AT, núms. margs. 1221 ss., 1223; *Struensee*, Konkurrrenz, pp. 86 ss.

[76] RG, 51, pp. 305 ss., 308; 56, pp. 323 s.; 27, pp. 81 ss.

lito base y la cualificación [77], pero ya no entre delitos que protegen el mismo bien contra distintas modalidades de ataque, como p. ej., el hurto y la apropiación indebida [78], la elusión y el encubrimiento fiscal [79], la admisión de dádivas por funcionario y el cohecho [80] o las injurias y la calumnia [81].

También este elemento carece de justificación objetiva si se determina la unidad ajustándose a la regulación del concurso en Derecho positivo; entonces no se trata una vez más sino de distinguir entre una sola realización de tipo y el concurso ideal.

c') Por último, se entiende que existe unidad sólo cuando el desarrollo ex- 41
terno de la realización (o realizaciones) de tipo es semejante. Se considera suficiente la semejanza entre el hurto de un instrumento para otro hurto ulterior y este último [82]. No existe homogeneidad entre comisión y omisión [83], lo que naturalmente no se adecua a la igualdad jurídica de los motivos de los deberes. Quien, p. ej., al conducir presa de la furia hace abolladuras a una fila de vehículos aparcados, en parte porque dirige su coche contra ellos (hacer) y en parte al no desviarlo (omitir), abusa unitariamente de su poder de organización sobre un objeto peligroso. La embriaguez plena (§ 323 *a* StGB) y los delitos del género del hecho en estado de plena embriaguez no serán suficientemente semejantes con arreglo a los mencionados principios [84].

El elemento de la semejanza es externo y carece de relevancia jurídica; tener en cuenta las concepciones vitales que se suelen señalar para fundamentar su necesidad supone renunciar a categorías típicas en favor de vagas valoraciones extrajurídicas.

d') En ocasiones se encuentran —no defendidas enérgicamente— propues- 42
tas como las de proximidad temporal de la secuencia de comportamiento, unidad de la manifestación del hecho para un tercero [84a], unidad o semejanza de la situación del hecho, etc.

---

[77] RG, 53, pp. 262 ss., 263; 70, pp. 386 ss.

[78] RG, 58, pp. 228 ss., 229 s.; BGH, GA, 1962, pp. 78 ss., 79.

[79] BGH, 8, pp. 34 ss., 35.

[80] BGH, NJW, 1959, p. 108.

[81] RG, HRR, 1938, núm. 186.

[82] BGH, MDR, 1978, p. 623; BGH, StV, 1982, p. 468; *vid.* también BGH. VRS, 13, pp. 41 ss.; BGH en *Dallinger*, MDR, 1957, p. 526; 1967, pp. 12 s.; 1968, p. 727; 1973, pp. 554 s.; BGH, StV, 1983, pp. 237 s.; BGH en *Holtz*, MDR, 1983, pp. 619 ss., 621. *De otra opinión*, BGH, DAR, 1965, p. 282.

[83] BGH, GA, 1955, p. 211; OLG Frankfurt, NJW, 1953, pp. 557 ss.; OLG Bremen, NJW, 1955, pp. 1606 s.; quizá también OLG Köln, VRS, 63, pp. 128 ss., 129; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 41, ante § 52; *de otra opinión*, BGH, 30, pp. 30, pp. 207 ss., 210 ss.

[84] *Hein*, StV, 1982, pp. 235 ss.

[84a] BGH, 4, pp. 219 ss., 220; 10, pp. 230 ss., 231; StV, 1986, p. 293, con reseña crítica de *Wolter*, *op. cit.*, pp. 315 ss.

b) Elementos subjetivos:

43 *a')* De acuerdo con la antigua jurisprudencia, para la unificación de la secuencia de acciones en un hecho sería necesario un dolo global, «que ha de ser de tal suerte que abarque, antes de la realización del primer acto parcial de la serie de acciones planeadas, o como muy tarde a la vez, todas las partes en los rasgos esenciales de su configuración futura» [85]. Sobre todo, no bastará para la reunión el plan de cometer en el futuro un hecho semejante si se presenta la oportunidad [86], así como tampoco el dolo de ejecutar un determinado resultado delictivo (p. ej., el hurto de determinada cantidad) de cualquier manera [87].

44 *b')* El requisito del dolo global privilegia al autor que planea escrupulosamente [88] (no se aplica el § 52, párrafo 1, inciso 2, StGB) y condena la relación de continuidad a la falta de relevancia en la práctica —salvo en los casos consistentes en ir vaciando sucesivamente una fuente de botín—, si se toma el requisito en serio y no se opera con ficciones. Por eso un amplio sector doctrinal se conforma con una relación de continuidad [89] que se da cuando «toda resolución posterior se manifiesta como continuación de la precedente, ya que tales resoluciones forman una línea psíquica ininterrumpida» [90]. Se entiende que esta línea no se da sobre todo cuando el autor toma el no descubrimiento del primer hecho como ocasión para repetir.

La definición del dolo de continuidad sólo proporciona una fórmula vacía que se puede dotar de contenido casi a voluntad; cómo se la dote depende de en qué dirección y con qué precisión se indaguen las conexiones del hecho con la *vita* (¡una!) del autor, es decir, de si se toma al autor como sujeto que planea (entonces, unidad de la base del plan), o como sujeto inclinado a la tentación (entonces unidad de la situación que suscita el dolo), o como sujeto motivable inconscientemente (entonces unidad del complejo de la dinámica de impulsos) o simplemente como sujeto (entonces unidad total).

---

[85] BGH, 15, pp. 268 ss., 271, conectando con RG, 51, pp. 305 ss., 308; 66, pp. 45 ss., 47; 66, pp. 236 ss., 238; 70, pp. 51 ss., 52; 72, pp. 211 ss., 213; 75, pp. 207 ss., 209; BGH, 1 pp. 313 ss., 315; 2, pp. 164 ss., 167; 8, pp. 34 ss., 35, entre otras; así de nuevo BGH en *Holtz*, MDR, 1983, pp. 619 ss., 622; *Rüping*, GA, 1985, pp. 437 ss., 441 s.; *vid.* también BGH, NStZ, 1987, pp. 551.

[86] BGH, StV, 1981, pp. 125 s.; BGH, NStZ, 1986, pp. 408 s.; NStZ, 1989, pp. 571 s., en cada caso con remisiones a la jurisprudencia precedente.

[87] Naturalmente, con arreglo a BGH, StV, 1988, p. 222, en caso de resultado total determinado bastará una determinación sólo vaga del lesionado (acerca de ello también BGH, wistra, 1985, p. 103), del lugar y del tiempo del hecho.

[88] Gráficamente: La condición de miembro de una asociación criminal se convierte en indicio de la relación de continuidad y determina de hecho una punición más leve; así BGH, StV, 1981, pp. 626 s. A la inversa: La voluntad de mejorarse se convierte tanto más en indicio contra la relación de continuidad cuanto más seria sea; *vid.* BGH, StV, 1983, pp. 414 s.

[89] *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 52, ante § 52; *SK-Samson*, núm. marg. 44, ante § 52; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 54, núm. marg. 78; *Blei*, AT, § 94, II, 2; *Eb. Schmidt*, SJZ, 1950, párrafos 286 ss.; *Roth-Stielow*, NJW, 1955, pp. 450 s.; *vid.* asimismo *Stratenwerth*, AT, núms. margs. 1231 s.; como la jurisprudencia, sin embargo, *Jescheck*, AT, § 66, V, 2 *c*; *LK-Vogler*, núm. marg. 61, ante § 52.

[90] *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 52, ante § 52.

c') La jurisprudencia reciente amplía el dolo global en dirección al dolo 45
de continuidad, considerando que basta con que el autor conciba el dolo «con tal que el primer fragmento de la serie de acciones que se toma en consideración en el enjuiciamiento aún no esté concluido», debiendo atender con respecto a la conclusión a un «ámbito medido según la concepción natural de la vida, hasta la terminación efectiva del hecho» [91]; el «fragmento» puede ser a su vez un hecho de continuación [92]. Pero tambien este (así llamado) dolo global ampliado debe abarcar al próximo hecho en sus rasgos esenciales [92a] *(ut supra* 32/43).

Evidentemente, esta remisión al momento del enlace del dolo no proporciona fundamentación alguna para favorecer a aquel autor al que la gana le viene al comer, frente a aquel que está satisfecho ya con una vez, con la consecuencia de concurso real de los hechos ulteriores.

d') Entre la autoría y la participación se considera que está excluido el 46
dolo de continuar porque el dolo de cometer un hecho «como propio» no puede existir unitariamente con el dolo de cometer un hecho «como ajeno» [93]. Ello es ya dudoso para la teoría subjetiva de la autoría y la participación; para la teoría del dominio del hecho falta en absoluto todo motivo para sujetar la identidad de un hecho a un forma comisiva constante. En los hechos imprudentes es posible un propósito global o un propósito de continuación en la medida en que el autor planee unitariamente las acciones o sus secuelas ocasionadas imprudentemente (voluntad de la acción global) [94]. Ejemplo: Una madre le da a su hijo todas las noches el décuplo de la cantidad necesaria de jarabe para la tos («para que surta efecto con seguridad»), sin reparar en las consecuencias lesivas. También ha de ser posible la relación de continuidad entre hechos imprudentes y dolosos si las acciones surgen de un plan global; ejemplo: El autor emprende, interrumpiéndola varias veces, la conducción bajo la influencia de

---

[91] BGH, 19, pp. 323 ss., 324, con comentario crítico de *Schröder*, JR, 1965, p. 106: BGH, 21, 319 ss., 322; BGH, StV, 1981, pp. 124 s., 125; BGH, 21, pp. 319 ss., 322; BGH, StV, 1984, p. 242; BGH, NJW, 1984, p. 2838; BGH, GA, 1987, pp. 225 s.; BGH, StV, 1988, pp. 13 s.; *vid.* ya RG, 17, pp. 103 ss., 113; en favor de que no baste la mera «relación objetiva» (bastante nimia) BGH, MDR, 1989, p. 1115; como la jurisprudencia: *Doerr*, Fortgesetztes Delikt, p. 95; *Schirmeyer*, Fortgesetztes Verbrechen, pp. 61 s., limitadamente para el delito fiscal relativo al impuesto sobre la renta (para hacer posible la prescripción; *vid. infra* 32/48), BGH, 36, pp. 106 ss., 111 ss., con comentario favorable de *Schlüchter*, NStZ, 1990, pp. 180 ss.; comentario crítico de *Jung*, StV, 1990, pp. 72 s., y reseña crítica de *Kratzsch*, JR, 1990, pp. 177 ss.; BGH, NJW, 1989, pp. 2140 s.; StV, 1990, pp. 66 ss. y 71; limitadamente para otros casos de deducciones periódicas, BGH, NStZ, 1990, pp. 435 s.; también BGH, 36, pp. 320 s. Crítico, con buen criterio, sobre el dolo global ampliado *Jähnke*, GA, 1989, pp. 376 ss., 386 s.

[92] BGH, 23, pp. 33 ss., 34 s.

[92a] BGH, 26, pp. 5 ss., 7 ss.; StV, 1986, pp. 528 s.

[93] RG, 67, pp. 1230 ss., 139 s.; 67, pp. 401 ss., 405; BGH, 23, pp. 204 ss., con ulteriores remisiones.

[94] OGH, 1, pp. 344 ss., 347; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 55, ante § 52; *SK-Samson*, núm. marg. 45, ante § 52; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1232; *Koch*, NJW, 1956, pp. 1267 s.; en definitiva, también *Welzel*, Strafrecht, § 29, II, 4 *b* ß. *De otra opinión*, la jurisprudencia mayoritaria; RG, 76, pp. 68 ss., 70; RG, JW, 1934, pp. 2145 s., con comentario de *Mezger*, loc. cit., pp. 2145 s.; BGH, 5, pp. 371 ss., 376; 22, pp. 67 ss., 71; en parte, también la doctrina; *Baumann-Weber*, AT, § 41, II, 4 *b* α; *Jescheck*, AT, § 66, V, 2 *s*; *Doerr*, Frank-Festgabe, t. II, pp. 210 ss., 212; *LK-Vogler*, núm. marg. 72, ante § 52.

bebidas alcohólicas, en ocasiones con dolo, y en ocasiones —olvidando su embriaguez— con imprudencia (§ 316 StGB). Las combinaciones dolo-imprudencia han de tratarse como hechos dolosos [95] (§ 11.2 StGB).

47 3. *Concepciones divergentes* [96]: Un amplio sector doctrinal renuncia, en orden a determinar la relación, al dolo global o al dolo de continuar, buscando la necesaria unidad en parte —subjetivizando— en la «unidad de la conducción de vida punible» [97], u —objetivizando— en «elementos externos de la unidad» [98]. A estas teorías [99] hay que concederles que renunciando al dolo global se consigue con mayor perfección la finalidad de esta figura, es decir, la de evitar sobre todo las determinaciones de la pena que se repiten estereotipadamente para hechos individuales de la misma serie. Sin embargo, en su contra cabe afirmar que extiende aún más una figura que no puede fundamentarse materialmente, pues de una totalidad, del género que sea, de varias acciones, no se puede deducir que la consecuencia jurídica tenga que ser más leve que en caso de varias acciones que no constituyan una totalidad; en este último caso, sin embargo, cabe agravar el límite superior del marco penal, con arreglo al Derecho positivo (§ 54, párrafo 2, inciso 2, StGB).

48 4. *a)* Las *consecuencias de la relación de continuidad* son las de una sola realización por medio de varios actos, en tanto que la relación de continuidad sólo se admita para fundamentar una realización de tipo intensificada. De lo contrario, se trata de las consecuencias de la unidad de acción. En todo caso, los hechos individuales han de constatarse cada uno de por sí como típicos, antijurídicos, culpables y perseguibles [100]; naturalmente, prescribirán unitariamente [100a] (comienzo de la prescripción con el último acto). En relación con el efecto de enlace, *vid. infra* 233/11 s.

49 *b)* Los efectos procesales de la relación de continuidad no concuerdan en ocasiones con la fundamentación jurídico-sustantiva de la figura. Ello se pone de manifiesto de entrada en el principio *in dubio pro reo*, que sobre todo la jurisprudencia no quiere aplicar en la relación de continuidad [101], aunque la

---

[95] BGH, 22, pp. 371 ss., 376; 22, pp. 67 ss., 71; *LK-Vogler*, núm. marg. 73, ante § 52.

[96] Sobre el rechazo de la figura, *vid. infra* 32/50. *Vid.* asimismo *Nowakowski*, que pretende dotar a la relación de continuidad de consecuencias de Derecho sustantivo y procesal, pero limitándola a la comisión de una sola acción punible en actos parciales, reconociendo junto a ella la figura de una «cantidad de delito homogénea» que sólo tendría significado procesal (Fortgesetztes Verbrechen, pp. 10 s., 42 ss., 49 s., 55, 56 ss., 72).

[97] *Welzel*, Strafrecht, § 29, II, 4 *b; vid.* asimismo *Schirmeyer*, Fortgesetztes Verbrechen, pp. 46 ss., 94 ss.

[98] *Mezger*, Lehrbuch, § 67, IV *s; el mismo*, JW, 1938, pp. 3265 ss., 3268.

[99] *Vid.*, además de los ya mencionados, *Honig*, Handlungseinheit, p. 137; *el mismo*, Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 167 ss., 174; *Frank*, § 74, nota V, 2 *c* ß (p. 240); *v. Hippel*, Strafrecht, t. II, § 39, V, 5; *Dohna*, Aufbau, p. 66; *el mismo*, DStr., 1942, pp. 19 ss., 21; *v. Liszt-Schmidt*, Strafrecht, § 55 II, 1. El tránsito a la doctrina de la relación de continuidad es fluctuante, *vid. Maurach-Gössel*, AT, II, § 54, núm. marg. 77, y los demás autores mencionados *supra* en notas 89, 91, acerca de con la relación de continuidad. El punto de vista opuesto a la doctrina objetivadora (hay que renunciar a la unidad objetiva) lo representa *Schlosky*, ZStW, 61, pp. 245 ss., 266 ss.

[100] BGH, 1, pp. 313 ss., 315; BGH, 17, pp. 157 s., 158; BGH, StV, 1981, pp. 175 s. y p. 542.

[100a] BGH, 1, pp. 84 ss., 91 ss.; 24, pp. 218 ss., 221. En contra, con acierto, *Rüping*, GA, 1985, pp. 437 ss., 443 ss., con remisiones amplias; *Jung*, Schultz-Gedächtnisschrift, pp. 183 ss.

[101] BGH, 23, pp. 33 ss., 35; BGH en *Herlan*, MDR, 1955, pp. 16 s.; BGH, StV, 1091, pp. 125 s., 126; StV, 1984, pp. 242 s. (con exposiciones relativas a la limitación del principio *in dubio pro reo*; acerca de ello, *Schlothauer*, StV, 1984, p. 243).

aplicación es forzosa para las figuras jurídico-materiales y también tiene lugar en los demás casos de unidad jurídica de acción. Siempre que la relación de continuidad en el caso concreto no conduzca a consecuencia jurídica atenuada (singularmente en la acumulación de varias cantidades de resultado insignificantes hasta formar una cantidad ya no insignificante) [101a], hay que apreciar en caso de duda concurso real [102].

La falta de concordancia se pone de manifiesto principalmente en la consecuencia de una sentencia que reconoce efectos de cosa juzgada por la relación de continuidad: Se considera que tal sentencia interrumpe la relación de continuidad [103]. Dado que una sentencia con valor de cosa juzgada no tiene nada que ver con el complejo de hechos, y con el complejo subjetivo a lo sumo en caso de autores arrepentidos de vez en cuando, esta consecuencia —ineludible en la práctica— destruye la base de Derecho sustantivo.

Pero tampoco se sostiene procesalmente la unidad del hecho hasta una sentencia con valor de cosa juzgada sobre al menos una parte del hecho. En caso de unidad desde el punto de vista del Derecho sustantivo, cualquier sentencia sobre una parte —con independencia de si se es consciente de que se trata de una parte, o se juzga erróneamente como algo independiente— debería resolver todo el suceso; un procedimiento ulterior sólo sería admisible si su objeto se presenta de modo que no se encuentre en relación de continuidad con la parte ya resuelta [104]. Estas reglas las viene respetando la jurisprudencia sólo en casos aislados. Según ésta, es cierto que una condena por un hecho continuado resuelve todo el complejo de acciones, aun cuando el tribunal sólo haya llegado a conocer un fragmento de los actos parciales [105]. Sin embargo, a tenor de muchas sentencias, será admisible otro ulterior proceso si la sentencia precedente es absolutoria [106], o condenatoria por uno o varios actos que no se encuentran en relación de continuidad [107], es decir, cuando el tribunal que sen-

---

[101a] *Vid.* BGH, NStZ, 1983, pp. 369 s.

[102] Pormenorizadamente, *Stree*, In dubio pro reo, pp. 24 ss., 26; *vid.* asimismo *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 63, ante § 52; *SK-Samson*, núm. marg. 46, ante § 52; *LK-Vogler*, núm. marg. 75, ante § 52; *Bringewat*, JuS, 1970, pp. 329 ss., 331; *Wolter*, Alternative und eindeutige Verurteilung, pp. 259 ss. Acerca del gravamen que supone la apreciación de relación de continuidad debido al comienzo posterior de la prescripción, según la doctrina dominante, *vid. supra* 32/25, con nota 37.

[103] RG, 66, pp. 45 ss., 48; BGH, 9, pp. 324 ss., 326; OLG Düsseldorf, StV, 1984, pp. 425 s.; *LK-Vogler*, núm. marg. 94, ante § 52; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 74, ante § 52; doctrina mayoritaria.

[104] *Stratenwerth*, JuS, 1962, pp. 220 ss.; *SK-Samson*, núms. margs. 50 ss., ante § 52; *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar, parte I, núms. margs. 303 ss.

[105] RG, 72, pp. 99 ss., 105; 72, pp. 211 ss., 212; BGH, 6, pp. 92 ss., 95; 15, pp. 268 ss., 170; BGH, GA, 1958, pp. 366 s. En cambio, críticamente *Mann* y *Mann*, ZStW, 75, pp. 251 ss.; *Jagusch*, NJW, 1972, pp. 454 s., 455. Acerca de los problemas en caso de efecto de cosa juzgada sólo parcial, *vid. Stree*, Engisch-Festschrift, pp. 676 ss.

[106] RG, 47, pp. 397 ss., 399; 54, pp. 333 ss., 335; 66, pp. 19 ss., 26; *LK-Vogler*, núm. marg. 99, ante § 52; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 72, ante § 52. La absolución tras haber reconocido la relación de continuidad (p. ej., por la atipicidad del hacer o por justificación), naturalmente, tendría que excluir otro ulterior proceso, incluso según la jurisprudencia.

[107] RG, 51, pp. 253 ss., 254; 54, pp. 283 ss., 285; 72, pp. 257 ss., 258; BGH, GA, 1958, pp. 367 s.; BGH, NJW, 1963, pp. 549 s.; BGH, NJW, 1985, p. 1174, con comentario crítico de *Gössel*, JZ, 1986, pp. 45 ss., y reseña de *Neuhaus*, JuS, 1986, pp. 1174 s.; OLG Hamburg, JZ, 1964, p. 34; *de otra opinión*, además de las sentencias citadas *supra* en nota 104, BGH, 15,

tenció previamente no partía de la relación de continuidad. En tales casos, la acusación sólo se habrá agotado en relación con los actos individuales expresados en el conocimiento previo. No obstante, dado que la verificación de hechos por parte del anterior tribunal sentenciador no vincula al que sentencia posteriormente, el objeto unitario del proceso, en opinión de este último, puede no escindirse eficazmente debido a que el primero haya trazado por error demasiado estrechamente los límites del objeto del proceso. A la inversa, el tribunal que sentencia posteriormente, si niega la relación de continuidad, puede juzgar hechos que el tribunal anterior, de haberlos conocido, los habría integrado en una relación de continuidad. En los casos de unidad jurídica de acción situados al margen de la relación de continuidad, por el contrario, la unidad se tendrá en cuenta consecuentemente.

50 5. *a) En conclusión, la relación de continuidad no se puede reconocer como figura de Derecho sustantivo* [108]. No cabe idear ningún fundamento por el que —al margen de la formulación del tipo— se pudieran separar razonablemente hechos conexos y no conexos de modo que los hechos conexos se incluyeran en la unidad de acción y los no conexos en la pluralidad de acciones. El principal deseo de los defensores de la doctrina de la relación de continuidad, es decir, evitar el deshilachamiento de la determinación de la pena en penas individuales en los casos de concurso real, se consigue a costa de privilegiar los actos en serie, lo que no es correcto desde el Derecho sustantivo, ni se ajusta al Derecho positivo (no se aplica el § 54, párrafo 2, inciso 2, StGB). Además, el ahorro de esfuerzo en la determinación de la pena es

---

pp. 268 ss., 272 (sólo *ob iter dictum*) y ahora BGH, 33, pp. 122 ss., igualmente con comentario crítico de *Gössel* y reseña de *Neuhaus* (loc. cit.). *LK-Vogler*, núms. margs. 96 s. ante § 52, pretende aplicar siempre analógicamente el § 55 StGB, pero sin el § 54, párrafo 2, inciso 2, StGB. De acuerdo con la jurisprudencia, desde luego el comportamiento continuado podrá ser también objeto de la evaluación del juicio cuando sólo se haya denunciado por un acto; BayObLG, VRS, 63, pp. 278 s.

[108] *Schmidhäuser*, AT, núms. margs. 18/20; *el mismo*, Studienbuch, 14/18; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1238; *vid.* asimismo *Jescheck*, AT, § 66, V, 1; *Gössel*, JZ, 1986, pp. 45 ss., 48; *Jung*, Jura, 1989, pp. 289 ss., 290, 292 s.; *Jähnke*, GA, 1989, pp. 376 ss. (limitación a los casos «próximos a la unidad natural de acción», p. 83); *R. Schmitt*, ZStW, 75, pp. 43 ss., 59 ss.; *Wahle*, GA, 1968, pp. 97 ss., 109; *Preiser*, ZStW, 71, pp. 341 ss., 383 s. A su vez críticamente con respecto a estas voces contrarias, *Bringewat*, ZStW, 84, pp. 585 ss.; *Kratzsch*, JR, 1990, pp. 177 ss., 180 ss. («hecho global» doloso). *Schmoller*, Bedeutung, pp. 56 ss., pretende —especialmente para el Derecho penal austríaco— establecer la relación de continuidad (que según *Schmoller* comprendería tanto la unidad jurídica de acción como la unidad natural) como sistema móvil (un determinado quórum de elementos del arsenal de los posibles elementos constitutivos basta para apreciar la relación de continuidad). Se trataría de la interpretación acerca de si el tipo de la Parte Especial se realiza una vez (relación de continuidad) o varias veces («cantidad de delito homogénea»); criterio material de la unidad sería la «superación unitaria del umbral de inhibición determinante» (pp. 59 ss., 62 ss.); la unidad se aplicaría incluso en la tentativa (con el comienzo de la tentativa se realizaría *todo* el delito continuado; no obstante, *vid.* también, p. 58, nota 175). Crítica: Si se entiende el «umbral de inhibición» desde la perspectiva psicológica, depende de la psique del autor cuándo ceden las inhibiciones; si las *últimas* inhibiciones ceden, todo lo que viene a continuación se convierte en delito continuado. Pero si las inhibiciones se entienden normativamente (así, en p. 80), es decir, si se refieren al ciudadano leal al Derecho, la representación de *cada uno* de los actos individuales inhibe por completo. Además, queda aún la conexión con los *tipos* de la Parte Especial para poder superar los reparos contra la confusión de los límites de Derecho sustantivo entre unidad de acción y pluralidad de acción. *Vid.* también *el mismo*, Österreichische Richterzeitung, 1989, pp. 207 ss., 230 ss. Acerca de las consecuencias procesales, *el mismo*, ÖJZ, 1987, pp. 323 ss.

escaso si se toma en serio el requisito de dilucidar con exactitud cada acto individual [109].

b) No es éste el lugar para opinar sobre la relación de continuidad como figura procesal. De todos modos, es evidente que el efecto de cierre procesal —siempre que se le reconozca— en caso de diferencias ostensibles entre las partes del hecho averiguadas y las que permanecen sin descubrir, es a lo sumo un mal necesario, pero no deseado; en supuestos menos ostensibles cabe sustituirlo por una sentencia en los términos del § 154 *a* StPO. La necesidad que sigue quedando de evitar querellas suplementarias se puede satisfacer, de ser necesario, mediante una figura jurídica procesal. 51

[109] *Schmidhäuser*, AT, 18/20.

APARTADO 33

El concurso ideal y el concurso real

I. EL CONCURSO IDEAL

BIBLIOGRAFIA: *J. Bitzilekis*, Über die strafrechtliche Bedeutung der Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat, ZStW, 99 pp. 723 ss.; *F. Geerds*, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961; *K. H. Gössel*, Comentario a BVerfG, JR, 1982, pp. 108 ss., loc. cit., pp. 111 ss.; *G. Grünwald*, Der Verbrauch der Strafklage bei Verurteilungen nach den §§ 129, 129 a StGB, Bockelmann-Festschrift, pp. 737 ss.; *J. Hellmer*, Comentario a BGH, 18, pp. 26 ss., NJW, 1963 p. 116; *W. Klughardt*, Die Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus aus strafrechtlich- soziologischer Sicht, 1984; *H. Krauth*, Zum Umfang der Rechtskraftwirkung bei Verurteilung von Mitgliedern krimineller und terroristischer Vereinigungen, Kleinknecht-Festschrift, pp. 215 ss.; *K. Lenzen*, Die besondere Schwere der Schuld, i. S. des § 57 a StGB in der Bewertung durch die Oberlandesgerichte, NStZ, 1983, pp. 543 ss.; *R. Lippold*, Die Konkurrenz bei Dauerdelikten als Prüfstein der Lehre von den Konkurrenzen, 1985; *R. Maurach*, Zur Rechtsnatur des erpresserischen Kindesraubes (§ 239 a StGB), JZ, 1962, pp. 559 ss.; *R. Maschinsky*, Zur Frage von Tateinheit und Tatmehrheit, DJ, 1942, pp. 503 s.; *K. Meyer*, Comentario a OLG Karlsruhe, JR, 1978, pp. 34 s., loc. cit., pp. 35 s.; *E.-J. Oske*, Das Konkurrenzverhältnis der Dauerdelikte zu den übrigen Straftaten, MDR, 1965, pp. 532 ss.; *Eb. Schmidt*, Comentario a OLG Bremen, JZ, 1951, pp. 21 ss., loc. cit.; *R. Schmitt*, Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafecht, ZStW, 75, pp. 43 ss.; *E. Struensee*, Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten, 1971; *E. Wahle*, Die sogenannte «Handlungseinheit durch Klammerwirkung», GA, 1968, pp. 97 ss.; *G. Warda*, Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre, JuS, 1964, pp. 81 ss.; *G. Werle*, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, 1981; *el mismo*, Konkurrenz und Strafklageverbrauch bei der mitgliedschaftlichen Beteiligung an kriminellen oder terroristischen Vereinigungen, NJW, 1980, pp. 2671 ss.

A. La imputación conjunta

1 1. *a)* En la unidad de acción hay que imputar al autor conjuntamente todos los delitos realizados; en esta medida las leyes concurren en realidad. El concurso de las consecuencias jurídicas de estas leyes penales a imputar lo soluciona el Derecho positivo mediante la absorción del marco penal y la combinación del marco penal. La absorción da nombre a este concurso: Las diversas *conminaciones* penales están reunidas idealmente en una sola. De acuerdo con la regulación de la ley sólo se condena a una pena (§ 52.1 StGB), que ha de determinarse dentro del marco que permite la pena más grave (§ 52, párrafo 2, inciso 1, StGB). Decide —a diferencia de en el § 54, párrafo 1, inciso 1,

StGB— no la magnitud de la pena que ha de determinarse dentro de un marco, considerando aisladamente un delito, sino la conminación penal abstracta. Ejemplo: Incluso en caso de realización en unidad de acción de daños sólo mínimos con un grave allanamiento de morada, el marco del § 303 StGB (daños) prevalece sobre el del § 123 StGB (allanamiento). Si las penas máximas con que se conmina en varios marcos son iguales (como ocurre siempre en el concurso ideal homogéneo), se elige un marco cualquiera, aunque naturalmente será más sensato elegir el perteneciente al delito más grave en concreto. Ejemplo: Si se ejecuta una seria destrucción de inmuebles con un hurto incidental en unidad de acción, ha de aplicarse el marco penal del § 305 StGB (destrucción de construcciones); y si predomina el hurto, el § 242 StGB (hurto). De acuerdo con el principio de combinación, el marco penal hay que completarlo con las máximas conminaciones penales mínimas (§ 52, párrafo 2, inciso 2, StGB), y las penas accesorias, consecuencias accesorias y medidas de otras determinaciones de las consecuencias jurídicas que sean más estrictas (§ 52.4 StGB): uno de los llamados efectos de cierre con respecto a la ley más leve. También constituye conminación mínima la conminación obligatoria con pena privativa de libertad; si otra ley conmina con una pena privativa de libertad superior, pero facultativa, el carácter obligatorio de la ley con pena menor cierra el paso al carácter facultativo de la más alta (naturalmente, sigue siendo aplicable el § 47 StGB).

Al determinar las penas máximas y mínimas hay que atender a la medida 2
en cuestión de la conminación penal en el caso concreto; así pues, hay que tener en cuenta no sólo las modificaciones del marco penal merced a cualificaciones o privilegios, sino también —a diferencia de con arreglo al § 12.3 StGB— los supuestos especialmente graves o menos graves [1]. Ejemplo: Si concurren estafa y falsificación de documentos en unidad de acción, en el supuesto base las penas máximas son iguales; si se comete la estafa en un caso especialmente grave, hay que determinar la pena a partir del marco del § 263.3 StGB; si (también) la falsificación de documentos es un supuesto especialmente grave, se aplica el marco del § 267.3 StGB (en conexión con el § 38.2 StGB). Si un solo hecho puede formar en dos de los delitos realizados un supuesto especialmente grave o menos grave, pero no en los dos a la vez, hay que utilizarlo de modo que determine el mayor incremento o reducción de marco penal.

Si se acumulan distintas clases de penas, según las reglas generales, las penas privativas de libertad determinadas prevalecen sobre las penas privativas de libertad en forma de arresto penal (§§ 11, 12 WStG); cualquier pena privativa de libertad prevalece sobre la multa (en el StGB siempre se conmina también con pena privativa de libertad; en relación con el Derecho de los *Länder*, *vid.* art. 3 EGStGB).

b) Sólo pueden absorber a otra, o combinarse con otra, aquellas conmi- 3
naciones penales que han de aplicarse en todo caso y llevarse a cabo procesalmente. Ejemplos: Si se ejecutan en unidad de acción la participación en una riña tumultuaria, los daños y el allanamiento de morada, la conminación del

[1] *Jescheck*, AT, §67, IV, 2; *Baumann-Weber*, AT, § 41, II, 2 *b; SK-Samson*, § 52. núm. marg. 30; *Schönke-Schröder-Stree* , § 52, núm. marg. 37; *LK-Vogler*, § 52, núm. marg. 44. En relación con el Derecho anterior, ya RG, 75, pp. 14 ss., 17 s.; 75, pp. 19 ss., 22; 76, pp. 59 ss., 60 s.

§ 227 StGB (riña) sólo se aplica si se da la condición de punibilidad mencionada en éste; si falta, y sólo se ha presentado querella por el allanamiento de morada, queda también sin tenerse en cuenta la conminación penal de los daños [2]. Lo mismo rige si al considerar aisladamente uno de los delitos habría que prescindir de la pena en virtud del § 60 StGB [3].

4 2. Los delitos cuyos marcos penales no se aplican han de tenerse en cuenta en la determinación de la pena, siempre que no haya que renunciar a la determinación de la pena porque se imponga una pena absoluta [4]. La formulación, tan extendida, de que el tenerlos en cuenta puede hacerse, pero no forzosamente [5], supone una reliquia de la época en que tenía lugar un tránsito en la concepción del concurso ideal desde la absorción absoluta hasta la mera absorción del marco penal. Además, la mera consideración facultativa (¿pero cuándo?) no puede sostenerse sustantivamente: Ninguna cantidad delictiva pierde su relevancia para la determinación de la pena sólo porque el autor haya realizado aún más cantidad. Por último, la formulación señalada no es adecuada ya porque la ley que proporciona el marco penal no tiene que referirse al delito más grave en concreto. Ejemplo: Si una grave calumnia concurre en unidad de acción con una estafa mínima (§§ 187, 263 StGB), hay que determinar a partir del marco de la estafa, pero no sólo y ni siquiera primariamente *por* la estafa. Naturalmente, algunos de los delitos en unidad de acción pueden ser tan insignificantes que el tenerlos en cuenta —lo que desde luego se lleva a cabo— no agrava, en la determinación de la pena, el resultado ni siquiera en una simple unidad penal (sin embargo, *vid.* asimismo en relación con los hechos de determinación de la pena independientes de la cantidad, *supra*, en los efectos del concurso de leyes, 31/38).

B. Grupos de casos del concurso ideal

5 1. *a)* Las acciones *típicas* nunca se realizan del todo unitariamente, sino que unitarias sólo pueden ser las acciones en una determinación más general (*supra* 32/3). Si para una realización de tipo se requieren, por motivos prácticos o jurídicos, varias acciones parciales, para fundamentar la unidad de acción basta que *al menos una de estas acciones parciales*, considerada en general, sea idéntica a la acción ejecutiva de otra realización de tipo, o a otra acción parcial relativa respecto a esta realización de tipo. Esto se expresa comúnmente señalando que basta la identidad parcial de las acciones ejecutivas [6], entendiendo por acción ejecutiva no la acción determinada típicamente, sino la acción determinada de modo más general. Ejemplo: Si en un hurto son necesarias varias acciones parciales para la ruptura de la posesión ajena y la creación de una nueva posesión y si sólo la ejecución de la ruptura de la posesión es al mismo tiem-

---

[2] *Vid.* BGH, 7, pp. 305 ss.; 17, pp. 157 s.; pormenores en *LK-Vogler*, § 52, núm. marg. 47.

[3] *De otra opinión* (consideración global de todas las infracciones para resolver por el § 60 StGB). OLG Köln, NJW, 1971, pp. 2036 ss., 2037; BayObLG, NJW, 1972, p. 696.

[4] RG, 49, pp. 401 ss., 402.

[5] RG, 22, pp. 388 ss., 393; OLG Hamburg, JR, 1951, pp. 86 s.; BGH, NStZ, 1987, pp. 70 s.; *LK-Vogler*, § 52, núm. marg. 46; *SK-Samson*, § 52, núm. marg. 27.

[6] Doctrina mayoritaria; *de otra opinión*, GA, 1968, pp. 97 ss., 110.

po ejecución de la sustracción de cosa propia en posesión ajena (§ 136 StGB), la sustracción de cosa propia concurre idealmente con el hurto, aunque el hurto además consta de acciones parciales que no son a la vez sustracción de cosa propia (a saber, las acciones de creación de la nueva posesión) y en su caso a la inversa (la sustracción de cosa propia puede haber comenzado ya antes del hurto, etc.).

b) De acuerdo con estas reglas, la unidad de acción entre *hechos dolosos* 6
e imprudentes no presenta problemas [7]; ejemplo: la ejecución de unos daños dolosos es al mismo tiempo ejecución de unas lesiones u homicidio imprudentes.

c) a') La identidad de acciones parciales que están situadas anterior o 7
posteriormente a la realización del tipo, obviamente no basta para fundamentar la unidad de acción, ni siquiera cuando el suceso total subjetivamente constituya una sola unidad de sentido (*vid. supra* acerca de la unidad natural de acción y acerca de la relación de continuidad, 32/35, 44). Ejemplos: El hurto de un medio del hecho y el hecho planeado, o el aprovechamiento del botín del hecho y el procurarse previamente dicho botín no se encuentran en unidad de acción ya sólo porque para el autor el primer hecho carezca de sentido sin el posterior.

b') Un amplio sector atribuye la virtualidad de crear unidad de acción también a las acciones parciales posteriores a la realización del tipo cuando se trata de acciones posteriores a la consumación pero previas a la terminación de un delito [8]. Ello ha de rechazarse al menos en tanto que en la terminación se atiende a la realización de una intención que no caracteriza al ataque al bien, sino a la actitud del autor (sobre todo en el ánimo de lucro y de procurarse un beneficio); en estas terminaciones, no se trata de acciones del hecho, sino de objetivaciones de una situación motivacional relevante en el hecho sólo en su expresión subjetiva. Ejemplo: Si, tras consumar la estafa, el autor sólo puede alcanzar su enriquecimiento cometiendo un allanamiento de morada, se da concurso real entre estafa y allanamiento de morada. Por el contrario, siempre que las condiciones aseguren el resultado del ataque a un bien, el comportamiento aseguratorio está vinculado típicamente con el comportamiento previo de ataque no sólo conforme al plan, sino también conforme a la ejecución, como se pone de manifiesto en el hecho de que el comportamiento aseguratorio queda desplazado, en concurso de leyes (especialidad en virtud de anticipación del ataque precedente, *vid. supra* 31/34 ss.). Por eso, el comportamiento aseguratorio cabe entenderlo como continuación de la actividad que comenzó con el ataque precedente (*vid. supra* 32/28). Y por eso, las acciones que concurren idealmente con el comportamiento aseguratorio se encuentran en unidad de hecho también con el comienzo de la actividad, es decir, con el ataque precedente [8a].

---

[7] RG, 48, pp. 250 ss., 251; 72, pp. 120 ss., 123; RG, DR, 1943, p. 753; BGH, 1, pp. 278 ss., 280; 17, pp. 333 ss., 337.

[8] BGH, 26, pp. 24 ss., 27 s.; *Struensee*, Konkurrenz, pp. 24 s.; *Warda*, JuS, 1864, pp. 81 ss., 87; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1244; *Schönke-Schröder-Stree*, § 52, núm. marg. 11; *Jescheck*, AT, § 67, II, 2; *SK-Samson*, § 52, núm. marg. 12. En contra, *Bitzilekis*, ZStW, 99, pp. 723 ss., 725 ss., con remisiones, y *supra* 25/12.

[8a] En definitiva, también la jurisprudencia, que lógicamente fundamenta la solución con la «unidad natural de acción» (BGH, StV, 1983, pp. 413 ss.) o no la fundamenta en absoluto (BGH, wistra, 1985, p. 103), *vid.* también *supra* 32/35, *in fine*.

Ejemplo: Si un ladrón niega tener la posesión (estafa de aseguramiento), y lo hace injuriando al propietario, concurren idealmente el hurto y las injurias. A la relación de los dos hechos entre sí, uno de los cuales se encuentra en unidad de hecho con el ataque precedente, y otro con el aseguramiento subsiguiente, se aplican las reglas del concurso de diversas acciones con distintos actos de un delito de varios actos («efecto de enlace», *infra* 32/11).

8 2. *a)* Los *delitos de comisión* se puede ejecutar también en unidad «de acción» (mejor, en unidad de comportamiento) *con delitos de omisión*. Ello se reconoce en general, al menos de hecho, para aquellos casos de unidad de comportamiento que conducen a una sola realización de tipo, pero cuantitativamente intensificada. Ejemplo: Aquel que encierra a otra persona y no la libera, comete una sola detención ilegal. Pero también es posible la unidad de comportamiento, con el consiguiente concurso ideal [9]. Naturalmente, la mera simultaneidad no basta para constituir unidad de comportamiento. Ejemplo: Quien en el curso de un allanamiento de morada, en la modalidad de permanecer en ella, injuria al titular de la morada (§§ 123, 185 ss. StGB), comete dos delitos en concurso real. No obstante, la unidad de comportamiento se da en los supuestos que corresponden a la unidad de acción en sentido «natural». El que infringe un mandato no sólo al mismo tiempo que una prohibición, sino que *en lugar de* cumplir el deber no observa una prohibición, comete y omite en unidad de acción, porque en su comportamiento se pone de manifiesto una doble incorrección jurídica: El comportamiento tiene la imagen de una infracción de un mandato y al mismo tiempo no presenta la del cumplimiento de un deber. Por consiguiente, no se da mera simultaneidad, sino unidad de comportamiento, cuando los movimientos corporales necesarios para cumplir el mandato (las acciones en sentido «natural») no se pueden ejecutar junto a los de la infracción de la prohibición (o a la inversa). El límite entre la unidad de comportamiento y la mera simultaneidad no se refiere aquí, como es natural, a una distinción indicada materialmente, al igual que el límite entre el concurso ideal y el real tampoco se refiere a una diferencia así. Ejemplo de unidad de comportamiento: Un médico que, como consecuencia de una confusión debida a imprudencia, en lugar de realizar la intervención quirúrgica, indicada con urgencia para mitigar agudos dolores, en el paciente enfermo, lo hace en uno sano, lesiona en unidad de acción al enfermo, por omisión, y al sano, por acción.

9 *b)* También concurren en unidad de comportamiento la comisión y la omisión cuando están vinculados en la forma general de unidad jurídica de acción, es decir, una sigue a la otra constituyendo la consumación de uno de los comportamientos delictivos inmediatamente comienzo de la tentativa del otro comportamiento. En estos casos, la consumación de uno de los comportamientos pone de manifiesto a la vez la otra infracción normativa. Ejemplo: Los padres

---

[9] Muy discutido; en lo esencial como aquí, RG, 71, pp. 200 ss., 204; 75, pp. 355 ss., 360; BayObLG, NJW, 1957, p. 1485; *Baumann-Weber*, AT, § 41, II, 1 *a*; *LK*[9]*-Mösl*, § 73, núm. marg. 4; *Maschinsky*, DJ, 1942, pp. 503 s., 504. *De otra opinión* (concurso ideal sólo en los delitos permanentes), RG, 68, pp. 315 ss., 3317 s.; BGH, 6, pp. 229 ss., 230; *Jescheck*, AT, § 67, III; *Schönke-Schröder-Stree*, § 52, núm. marg. 19; *Kohlrausch-Lange*, § 73, nota I; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1245; *LK-Vogler*, § 52, núm. marg. 12; ecléctico, *Lackner*, § 52, nota 2 *c*.

se marchan en coche de casa, embriagados (§ 316 StGB) en lugar de buscar a un médico para su hijo gravemente enfermo (§§ 212, 13, 22 StGB).

3. En el concurso con delitos permanentes hay que tener en cuenta que 10
ni la simultaneidad ni la unidad subjetiva de sentido bastan para la unidad de acción, lo cual no quiere decir, sin embargo, que sólo los delitos que contribuyen al mantenimiento del delito permanente (es decir, que suponen al mismo tiempo continuación del delito permanente) puedan estar en concurso ideal con el delito permanente [10], sino que —análogamente a la relación acabada de exponer entre comisión y omisión y asimismo sin fundamentación material— siempre se da más que mera simultaneidad o mera unidad subjetiva cuando los movimientos corporales (las acciones en sentido «natural») requeridos para la realización de otro delito ulterior son incompatibles con la terminación del delito permanente [11] o cuando al menos un fragmento del delito permanente es al mismo tiempo comienzo de la tentativa del delito ulterior (o viceversa). Ejemplo: Quien propina una paliza a la víctima, a la que tiene detenida ilegalmente, en lugar de desatarla, comete en unidad de acción los delitos de los §§ 223 y 239 StGB; asimismo, existe unidad de acción cuando el autor detiene ilegalmente a la víctima y así da comienzo directamente a la realización de otro delito.

C. Crítica del efecto de enlace

1. Si una acción típica consta de varias acciones en sentido «natural», cada 11
una de las acciones parciales de este delito determinado puede estar en unidad de acción con otros delitos. En la jurisprudencia y la doctrina se aprecia en estos casos un *enlace* de los distintos delitos por parte del delito determinado [12]: Si varios delitos se encuentran todos en unidad de acción con un delito determinado, se considera que también entre estos diversos delitos existe unidad de

[10] Así lógicamente la doctrina mayoritaria; *Oske*, MDR, 1965, pp. 532 ss.; *Jescheck*, AT, 67, III, 2; *SK-Samson*, § 52, núm. marg. 13; *Schmidhäuser*, AT, 18/43; *LK-Vogler*, § 52, núm. marg. 25; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1245; *Lackner*, § 52, nota 2 *c*. En parte semejantes a lo aquí defendido, *Welzel*, Strafrecht, § 30, I, 4; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 91, ante § 52; *Maurach*, JZ, 1962, pp. 559 ss., 562; *Eb. Schmidt*, JZ, 1951, pp. 21 ss.

[11] Esto no lo tiene en cuenta RG, 32, pp. 137 ss., 139 s., y tampoco RG, 54, pp. 288 s., 289; 66, pp. 346 ss., 347; BGH, 18, pp. 29 ss., 34; BGH, LM, § 177 StGB, núms. 8, 10; BGH, GA, 1967, pp. 21 s.; sin embargo, acertadamente RG, 66, 117 ss., 119.

[12] RG, 44, pp. 223 ss., 228 s., 56, pp. 329 ss., 330; 60, pp. 241 ss., 243; 66, pp. 117 ss., 119 s.; 68, pp. 216 ss., 217 s.; jurisprudencia constante; últimamente BGH, BStZ, 1984, pp. 262, 408; BGH, 33, pp. 4 ss., 5 ss.; BGH en *Holtz*, MDR, 1985, pp. 627 s.; BGH, NStZ, 1989, pp. 20, 70 s.; *Warda*, JuS, 1964, pp. 81 ss., 88; *Geerds*, Konkurrenz, pp. 280 ss., *Jescheck*, AT, § 67, II, 3; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 55, núms. margs. 74 ss.; *Schönke-Schröder-Stree*, § 52, núms. margs. 14 ss.; *Lackner*, § 52, nota 2 *b*, y la doctrina dominante; críticamente contra la existencia de efecto de enlace, *Wahle*, GA, 1968, pp. 97 ss.; *R. Schmitt*, ZStW, 75, pp. 43 ss., 48; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1246; *LK-Vogler*, § 52, núm. marg. 29; *Schmidhäuser*, AT, 18/41. Distinguen *Struensee*, Konkurrenz, pp. 26 ss., *Werle*, NJW, 1980, pp. 2671 ss., 2680; *el mismo*, Konkurrenz, pp. 167 ss., 195 ss., 211 ss. (con exposición pormenorizada y crítica del efecto de enlace, pp. 48 ss.), que pretende separar del delito enlazante a todos los actos individuales que infringen una ley, que concurre idealmente, de al menos la misma importancia (especialmente en relación con los §§ 129, 129 *a* StGB).

acción, merced al enlace que efectúa el delito determinado. Esta solución se basa en una confusión naturalística de lo que es acción delictiva y consiguientemente unidad de acción [13], viéndose favorecida dicha confusión por el punto de partida de la ley, meramente externo y equivocado materialmente, en la unidad de acción. El enlace, además, no se mantiene consecuentemente: Si en el delito enlazante la conminación penal es menor que en los delitos enlazados (en ocasiones se habla de la gravedad de los tipos o del injusto; ¿en general o en el hecho concreto?) [13a], se dará concurso real [14]. Incluso en los casos en que la conminación del delito enlazante es al menos igual, se reconoce que es insatisfactorio que decaiga la regulación más rigurosa del concurso real (§ 54.2 StGB) sólo porque el autor, junto a los delitos en pluralidad de acciones, haya cometido un delito enlazante.

Lo único que habla en favor del efecto de enlace es que no hay manera de evitar el concurso ideal de todos los delitos en pluralidad de acciones con un determinado delito común. Así pues, al apreciar concurso real parece existir el siguiente dilema [14a]: O el delito determinado común se añade en unidad de acción a *cada* uno de los hechos en pluralidad de acciones, valorándose así inadmisiblemente varias veces [15], o bien se añade a *uno* solo de los hechos, que-

[13] *Schmidhäuser*, AT, 18/41.

[13a] Para la consideración de los supuestos especialmente graves y de los menos graves, BGH, 33, pp. 4 ss., 6 ss.

[14] BGH, 1, pp. 67 ss.; 2, pp. 246 ss.; 3, pp. 165 ss., 167; 6, pp. 92 ss., 97; 18, pp. 66 ss., 69, con comentario de *Hellmer*, NJW, 1963, p. 116; BGH, 23, pp. 141 ss., 149 s.; 29, pp. 288 ss., 291 s.; BGH, NJW, 1975, pp. 985 s., 986; BGH, 31, pp. 29 ss. (con la aclaración de que no se produce desenlace cuando sólo uno de los delitos enlazados es más grave; del mismo modo, BGH en *Holtz*, MDR, 1983, pp. 619 ss., 620); *Schönke-Schröder-Stree*, § 52, núm. marg. 17, con ulteriores remisiones.

[14a] Acerca del dilema, con buen criterio *Lippold*, Konkurrenz, pp. 29 ss., que sin embargo incluso ofrece una «solución ficticia», pp. 58 ss., 64.

[15] Así la doctrina dominante en caso de «desenlace» por falta de importancia del delito que en sí enlaza. De este modo —como también a través de la solución que aquí se propone— no se deshace el concurso ideal entre los hechos en unidad de acción y el delito común determinado; la resolución con fuerza de cosa juzgada de este último delito puede, pues, cerrar el paso a todo procedimiento que tenga por objeto procesal los primeros delitos. Bien es verdad que no debería tener validez ilimitada el principio de que el concurso ideal conduce *siempre* a la identidad de hecho en el sentido del Derecho procesal (*supra* 32/nota 22). No obstante, una excepción no es inadecuada cuando el delito que es objeto de un juicio muestra la misma dirección de lesión que el delito en unidad de acción: En este caso, el objeto del proceso sólo está indeterminado cuantitativamente. Por consiguiente, la condena por los §§ 129 (formación de asociaciones delictivas) y 129 *a* StGB (formación de asociaciones terroristas) —sin consideración al efecto de enlace— cierra el paso a otro ulterior proceso por todos los hechos que se ejecutaron en grado de participación como miembro de una banda; pormenorizadamente, *Grünwald*, Bockelmann-Festschrift, pp. 737 ss. *De otra opinión*, BVerfG, NJW, 1978, 414 s.; NJW, 1981, pp. 1433 ss.; BGH, 29, pp. 288 ss., 292 ss.; BGH, GA, 1980, pp. 314 ss. En favor de la separación del hecho con arreglo a los §§ 129, 129 *a* StGB en actos singulares en concurso real, *Werle*, NJW, 1980, pp. 2671 ss.; *el mismo*, Konkurrenz, pp. 161 ss. En favor de limitar los §§ 129, 129 *a* StGB a los actos referidos a organizaciones, OLG Karlsruhe, JR, 1978, pp. 34 s., con comentario de *Meyer*, loc. cit., pp. 35 s.; *LK-Vogler*, núm. marg. 23, ante § 52; *Gössel*, JR, 1982, pp. 111 ss., 112. *Krauth*, Kleinknecht-Festschrift, pp. 215 ss., 227 ss. (con toma de posición pormenorizada en relación con las posturas antes mencionadas, pp. 219 ss.), pretende no reconocer una confianza, digna de protección, en que se liquiden acciones de auxilio en sí punibles, tras una condena por los §§ 129 y 129 *a* StGB, sólo cuando la «acción del hecho no se le reprocha (al encausado) en la acusación y... efectivamente en la vista principal no fue objeto de investigación» (p. 229). En relación con propuestas *de lege ferenda*, *vid. Klughardt*, Gesetzgebung, pp. 152 ss.

dando sin mencionar entonces la unidad de acción de los otros hechos con este delito [16].

2. La apreciación de concurso ideal de todos los delitos es, desde luego, una solución equivocada e innecesaria. La solución es equivocada porque los delitos «enlazados», a su vez, no cuentan con una acción común y por eso no concurren idealmente, y es innecesaria porque la vía de solución que se expondrá a continuación tiene en cuenta tanto el concurso ideal de todos los delitos en pluralidad de acciones con el delito común, como la pluralidad de acciones de los delitos: De entrada, hay que establecer una pena para los delitos en pluralidad de acciones de acuerdo con las reglas del concurso *real*, sin tener en cuenta la unidad de acción con el delito común [17]; luego hay que completar la pena a la que se ha llegado, que tiene en cuenta a todos los delitos en pluralidad de acciones, con el concurso ideal, que existe *una vez*, con el delito común, de acuerdo con las reglas del § 52 *a* StGB. Esto útimo se lleva a efecto de la manera siguiente: Se averigua cuál es la conminación penal superior, aplicándose para el grupo del concurso real el marco más riguroso de los delitos realizados o —en caso de aún mayor rigor— el del § 54.2 StGB. Las penas mínimas, etc., se tienen en cuenta con arreglo al principio de combinación (§ 52, párrafo 2, inciso 2, y párrafo 4 StGB); la *pena única* que requiere el § 52.1 StGB se forma incrementando la pena ya establecida (o sea, la pena para los delitos en pluralidad de acciones), siempre que el delito común en unidad de acción no sea una *quantité négligeable* en relación con la gravedad de los delitos en pluralidad de acciones. Ejemplo: Si para mantener una sola detención ilegal un autor comete varias veces lesiones simples, únicamente conectadas por la detención ilegal, primero hay que establecer la pena para las lesiones en concurso real conforme a las reglas de los §§ 53 s. StGB; esta pena hay que agravarla, dentro del marco más riguroso mencionado, por la detención ilegal que concurre *una vez*, al igual que siempre se lleva a cabo la determinación de la pena en el concurso ideal. 12

II. EL CONCURSO REAL

BIBLIOGRAFIA: *E. Bender*, Doppelte Gesamtstrafe oder «Einheits»-Gesamtstrafe?, NJW, 1964, pp. 807 s.; *B.-D. Bode*, Die bedingte Aussetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe, Faller-Festschrift, pp. 325 ss.; *K. Böhm*, Zusammentreffen von lebenslanger Freiheitsstrafe mit anderen Strafen und freiheitsentziehenden Maßegeln, NJW, 1982, pp. 135 ss.; *P. Bringewat*, Die Bildung der Gesamtstrafe, 1987; *el mismo*, Straferledigung i. S. des § 55 StGB und angemessener Härteausgleich, NStZ, 1987, pp. 385 ss.; *el mismo*, Zäsurwirkung des früheren Urteils trotz Straferledigung?, BGH, St. 33, 367, JuS, 1988, pp. 25 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, JR, 1989, pp. 247 s., loc. cit., pp. 248 ss.; *H.-J. Bruns*, Zum Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen oder strafrahmenbildenden Umständen, H. Mayer-Festschrift, pp. 353 ss.; *el mismo*, Strafzumessungsrecht, 2.ª ed., 1974; *el mis-*

[16] A causa de este dilema, según *SK-Samson*, § 52, núm. marg. 19, siempre habrá que apreciar concurso ideal, sin tener en cuenta la importancia de los hechos.

[17] La exclusión de delitos que concurren idealmente en la determinación de la pena no supone ninguna peculiaridad de esta vía de solución, sino que es común cuando, p. ej., falta querella por un delito.

mo, Leitfaden des Strafzumessungsrechts, 1980; *E. Dreher*, Doppelverwertung von Strafbemessungsumständen, JZ, 1957, pp. 155 ss.; *H. Jagusch*, Comentario a BGH, 24, pp. 268 ss., NJW, 1972, pp. 454 s.; *K. Lackner*, Zur rechtlichen Behandlung der Mehrfachtäter bei Aussetzung des Restes einer lebenslangen Freiheitsstrafe, Lefe-renz-Festschrift, pp. 609 ss.; *F. Loos*, Comentario a BGH, 31, pp. 102 ss., NStZ, 1983, pp. 260 s.; *K. Niederreuther*, Die prozessuale Behandlung der Realkonkurrenz im geltenden und künftigen Recht, 1930; *K. Rüdiger*, Zur Zäsurwirkung einer frieren Verurteilung im Rahmen nachträglicher Gesamtstrafenbildung, NJW, 1987, pp. 479 s.; *H. Sacksofsky*, Die Problematik der doppelten Gesamtstrafe, NJW, 1963, pp. 894 s.; *O. Schweling*, Die Bemessung der Gesamtstrafe, GA, 1955, pp. 289 ss.; *W. Stree*, Comentario a BGH, 33, pp. 326 ss., NStZ, 1986, pp. 163 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, 33, pp. 367 ss., JR, 1987, pp. 73; *Th. Vogt*, Comentario a BGH, 31, pp. 102 ss., JR, 1983, p. 250.

A. El principio de formación de pena global

13 1. Cuando no quepa resolver una pluralidad de acciones con las reglas del concurso de leyes, y no se trate de un tipo que reúna acciones, se le imputan acumuladamente al autor todos los delitos realizados, y para cada delito independiente se determina una pena. Así, los delitos y las penas individuales concurren en realidad. Pero a partir de las penas individuales —temporales— se forma una pena global en la que las penas individuales sólo se reúnen ya idealmente. El concurso real se lleva a cabo, pues, conforme al Derecho positivo, con tan escasa pureza como el concurso ideal.

La diferencia entre esta regulación de la pluralidad de hechos y las condenas distintas por varios hechos (que no se pudieron resolver ya en la primera condena como concurrentes realmente, pues de lo contrario se produciría una posterior formación de penal global con arreglo al § 55 StGB), reside en la sustitución de la adición (acumulación) de todas las penas por la asperación de la pena individual más grave (§ 54, párrafo 1, inciso 1, StGB). La diferencia con el concurso ideal consiste en que —al margen del procedimiento de determinación de la pena: primero penas individuales, después pena global— para la agravación de la pena individual superior se dispone del marco penal del § 54.2 StGB. *De lege ferenda* hay que someter a prueba ambas diferencias. Por lo que se refiere a la distinción con la situación en caso de varias condenas, tendría que ser tolerable allí admitir de forma ampliada la posterior formación de pena global (*vid. infra* 33/15). La distinción con el concurso ideal —siempre limitación al marco del delito más grave realizado en el concurso ideal, siempre el marco del § 54.2 StGB en el concurso real— no se puede fundamentar en absoluto.

14 2. *a)* La renuncia a la adición de las penas individuales que se produce en la condena por pluralidad de hechos se fundamenta con dos argumentos. Por una parte, «la pena privativa de libertad, de acuerdo con su naturaleza, se presenta de modo más doloroso al prolongarse sin interrupción los períodos de pena a expiar» [18]. Por otra parte, la ejecución de varias penas, fácticamente perpetua al sumarse, anula la temporalidad de la pena privativa de libertad [19]. El

[18] RG, 44, pp. 302 ss., 306; 25, pp. 298 ss., 299.

[19] E 1962, Fundamentación, pp. 192 s.; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 4, ante § 52; *Jescheck*, AT, § 68, II, 1; *LK-Vogler*, § 53, núm. marg. 2.

primer argumento se basa en especulaciones hasta ahora no demostradas sobre el padecimiento de la pena; el segundo no alcanza a explicar por qué tampoco se suma dentro del límite de quince años, que rige para las penas temporales. De hecho, se trata de que la pena ha de entenderse como símbolo de la desaprobación jurídica del comportamiento del autor y de que varias desaprobaciones pueden ser simbólicas a la vez. Por consiguiente, el cumplimiento de la pena global no se lleva a cabo de manera que los hechos tuvieran que atribuirse a determinadas partes de la pena global, sino que la pena global se ejecuta por todos los hechos. La función de la pena global no consiste, según esta concepción, en ocasionar una determinada suma de padecimiento de pena. Tampoco cabe aquí determinar naturalísticamente la eficacia de la pena, sino que más bien mediante la pena total ha de ponerse de manifiesto la desaprobación de todos los hechos; para ello no se necesita de la adición de las penas individuales, al igual que para la conjunción de varias unidades de sentido lingüísticas no se necesita la adición de las palabras que encarnan tal unidad. Con buen criterio, el *Reichsgericht* afirma que la determinación de la pena global es «una decisión judicial sobre la modalidad de ejecución de las penas individuales» [20]. Así pues, las penas individuales se ejecutan todas, y ello simultáneamente, si bien la pena global es más reducida que la suma de las penas individuales.

b) Todas las fundamentaciones de la pena global son evidentemente incompatibles con el hecho de que la formación de la pena global se reduce a los casos en que se juzgan varios hechos a la vez o en los que —en caso de varias sentencias, posterior formación de la pena global, § 55 StGB— todos los hechos se produjeron antes de la primera sentencia. Esta regulación está caracterizada por el temor de que la incorporación también de hechos posteriores a una sentencia anterior prive a la norma de su virtualidad preventivo-especial, ya que el autor entonces no tiene que temer que se le aumente la plena global en tantas unidades penales como corresponden al hecho por sí solo. No obstante, este temor no se ajusta a la especulación tan común de que el padecimiento de la pena se incrementa con el tiempo ni a la opinión aquí defendida, con arreglo a la cual hay que atender al contenido expresivo de la pena global [21]. También el resultado de la limitación —la suma de penas puede exceder de la pena privativa de libertad de quince años— es incompatible con la temporalidad de la pena privativa de libertad. El tener en cuenta condenas anteriores en la determinación de la pena para los hechos posteriores [22] desemboca en una corrección parcial de esa ley errónea en tal medida, pero conduce a resultados inadecuados cuando la primera condena no es firme (p. ej., porque se ha conseguido la revisión). En todo caso, hay que aplicar el § 57 *a* StGB —junto al § 57 StGB— a las sumas de penas en las que sus dos tercios sobrepasan los quince años. 15

3. En el Derecho anterior faltaba la regulación para formar la pena global en el caso de que al menos una de las penas individuales fuese cadena perpetua 16

[20] RG, 25, pp. 298 ss., 309; 44, pp. 302 ss., 306.

[21] *Vid.* también *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1258.

[22] A favor, *Schönke-Schröder-Stree*, § 53, núm. marg. 8; *de otra opinión*, RG, 4, pp. 54 ss.; OLG Hamnn, NJW, 1971, pp. 1373 s., 1374; *Dreher-Tröndle*, § 38, núm. marg. 3.

(o antes, una pena de muerte). Si bien la agravación de una pena de ese género la privaba de su rigor absoluto [23], hasta no hace mucho se sostenía mayoritariamente que en la ejecución de la cadena perpetua no podía añadirse nada más, pero que sí se podía acumular en la condena (p. ej.: «condena doble a prisión perpetua y además quince años de reclusión») [24]. Al hacerse posible la suspensión del cumplimiento del resto de la pena en la cadena perpetua a través del § 57 *a* StGB (1981), fue necesario decidir también tales casos [25]; con tal motivo, el § 54, párrafo 1, inciso 1, StGB, última versión (desde 1986), pone fin a la práctica de la acumulación, que ya mereció la «censura» y la «burla» de *Carpzov* [25a] (*vid. infra* 33/18).

B. Procedimiento de formación de la pena global

17 1. La pena global se forma en caso de condena simultánea por varios hechos (§ 53.1 StGB) y de condena [26] por hechos ocurridos antes de una conde-

[23] La agravación es la solución evidente (nada que sea evidente es absoluto); pero por su importancia, una sola pena absoluta ya es todo.

[24] RG, 54, pp. 190 ss.; *vid.* además BGH, 32, pp. 93 ss.

[25] Acerca de las dificultades que el legislador había dejado al principio a la praxis, *vid. Böhm*, NJW, 1982, pp. 135 ss.; *Bode*, Faller-Festschrift, pp. 325 ss., 355 ss., y sobre todo *Lackner*, Lefereuz-Festschrift, pp. 609 ss.

[25a] Según *v. Hippel*, Strafrecht, II, § 36, II, 4, *vid.* asimismo § 38, III, 1.

[26] Si no se percibe en la posterior condena la posibilidad de formación de una pena global, ha de formarse la pena global de acuerdo con el § 460 StPO, y ello incluso cuando una de las penas *entre tanto* ya se haya ejecutado, siempre que aún quede por ejecutar (algún resto de) otra pena; *KK-Chlosta*, § 460, núm. marg. 10. Si al fijar posteriomente una pena ya se han ejecutado penas —susceptibles de formar pena global— anteriores, la nueva pena no puede seguir sin reducción a las ya ejecutadas, puesto que es algo casual, y en todo caso no se le puede achacar al autor, que la condena por todos los hechos no se llevara a cabo en *un solo* momento. En la doctrina se propone la solución (*Loos*, NStZ, 1983, pp. 260 s.; *Schönke-Schröder-Stree*, § 55, núms. margs. 28 ss.; *SK-Samson*, § 55, núm. marg. 8) de formar una pena global hipotética (como si no se hubiese ejecutado) y señalar como nueva pena sólo su resto no ejecutado aún. Si la resolución tiene lugar por *remisión* de la pena, no obstante, simplemente ha de sustraerse a la pena total la parte porcentual de la pena concluida. La jurisprudencia considera admisible, pero no obligatorio, este proceder (BGH, MDR, 1982, p. 946; BGH, 31, pp. 102 ss., con comentario de *Loos*, NStZ, 1983, pp. 260 s., y *Vogt*, JR, 1983, p. 250); el juez, a su arbitrio, podrá proceder también de cualquier otra manera que le garantice al autor una compensación adecuada (p. ej., estableciendo la nueva pena a la vez como pena reducida). Dado que según BGH, 33, pp. 131 s., 132; BGH, NJW, 1989, pp. 236 s. (con comentario acertadamente desfavorable de *Bringewat*, JR, 1989, pp. 248 ss.) sólo será «adecuada» una compensación tal como se la calcula en la propuesta doctrinal descrita, en definitiva se allana la diferencia con la doctrina. Si la nueva pena ha de formarse de todos modos como pena global, debe poderse sobrepasar por debajo el límite del § 54, párrafo 1, inciso 2, StGB (p. ej., si ya se ha ejecutado una pena de cinco años y las nuevas penas individuales son de dos años y además seis meses, la pena global imaginaria habría sido de menos de siete años; por eso, la nueva pena global debe ser de menos de dos años); se considera que no rigen los principios de cómputo del § 39 StGB (BGH, NJW, 1989, pp. 236 s.), pero que no obstante ha de respetarse el límite superior del § 54, párrafo 2, inciso 2, StGB (BGH, 33, pp. 131 ss.). El esquematismo en el cómputo imaginario propuesto por la doctrina, así como el cálculo proporcionado, que a fin de cuentas procede del mismo modo, de la reciente jurisprudencia, sólo aportan una solución problemática, dado que hacen coincidir la cantidad de la pena y la importancia de la pena. Lo mismo cabe afirmar de lo señalado por la jurisprudencia en relación con el límite superior del § 54, párrafo 2, inciso 2, StGB. La pena ya ejecutada no se ha ejecutado como pena global, es decir, no como respuesta al hecho antes enjuiciado y al hecho aún por resolver (*vid. supra* 33/14; más objeciones

na anterior (§ 55.1 StGB). Si se enjuician simultáneamente varios hechos, de los cuales uno al menos ocurrió antes de una condena anterior y uno al menos después de ésta, no cabe formar una pena global que vincule a ambos grupos, ya que la anterior condena deja fuera de la pena global a los hechos posteriores [27] (§ 55, párafo 1, inciso 1, StGB, *in fine*). Evidentemente, el resultado —pena global posterior para los hechos de la primera condena y los hechos precedentes según el § 55 StGB, acumulación de la pena para los hechos posteriores— es tan insatisfactorio como las limitaciones del § 55 StGB. Pero otra decisión (es decir, pena global) favorecería al autor que tras la primera condena ha cometido ulteriores hechos, frente a aquel que no tiene «en reserva» hechos ningunos antes de la primera condena (acumulación). También dependería del azar el resultado de si la primera condena abarca a todos los hechos que se produjeron antes de ella (entonces acumulación con la condena por los hechos posteriores) o no (entonces pena global).

Si a los delitos individuales se le asigna pena privativa de libertad a cada uno, o multa a cada uno [28], está prescrita la formación forzosa de pena global (§ 53.1 StGB). Cuando coinciden penas privativas de libertad y de multa, el tribunal tiene la posibilidad de condenar a una pena privativa de libertad global (§ 53, párrafo 2, inciso 1, en conexión con el § 54.3 StGB) o a multa por separado, junto a pena privativa de libertad (§ 53, párrafo 2, inciso 2, StGB), tratándose en el último caso no de mera acumulación de pena privativa de libertad y de multa, sino de determinación de ambas penas conforme a las reglas de determinación del § 54, párrafo 1, inciso 2, StGB [29] (discutido).

2. Para la determinación de la pena global, la ley señala en las penas *temporales* un marco fijado triplemente: Tiene que ser superior al menos en una 18

---

en *Bringewat*, NStZ, 1987, pp. 385 ss., 388; *el mismo*, Bildung, núm. marg. 254 ss.); esa pena no afecta en absoluto al nuevo contexto. Por eso, la reducción —desde la perspectiva de la nueva causa— resulta forzada externamente: El hecho de que el autor no haya de resultar perjudicado por la casualidad del momento en que es enjuiciado conduce a que se pierda el *significado* de la pena. De hecho, ya no se trata, pues, de *determinación* de la pena, sino de *renuncia* a la pena por motivos ajenos al Derecho penal.

[27] Discutido; como aquí, RG, 4, pp. 54 ss., 55 ss.; BGH, 9, pp. 370 ss., 383; BGH, GA, 1963, pp. 374 ss.; BGH, 32, pp. 190 ss.; jurisprudencia constante; *Bender*, NJW, 1964, pp. 807 s.; *LK-Vogler*, § 55, núm. marg. 12; *Dreher-Tröndle*, § 55, núm. marg. 5; *Lackner*, § 55, nota 2 *b*; *Jescheck*, AT, § 68, III, 2. *De otra opinión* (hay que formar una pena global a partir de todas las penas individuales), *Sacksofsky*, NJW, 1963, pp. 894 ss.; *SK-Samson*, § 53, núm. marg. 9. Mantienen una posición intermedia (sólo hay que formar pena global a partir de todas las penas individuales cuando la condena precedente ejerció un «llamamiento admonitorio» sobre los hechos subsiguientes), *Schönke-Schröder-Stree*, § 55, núms. margs. 14 ss., 16. Si la condena previa está concluida (en el sentido del § 55, párrafo 1, inciso 1, StGB), se impide no obstante una pena global. De lo contrario, la posibilidad de formar pena global dependería de circunstancias casuales de la ejecución; BGH, 33, pp. 367 ss., 368 ss., con reseña de *Rüdiger*, NJW, 1987, pp. 478 ss., y *Bringewat*, JuS, 1988, pp. 25 ss., y comentario de *Stree*, JR, 1987, pp. 73 ss., naturalmente contra la jurisprudencia, absolutamente dominante, que en la solución niega el efecto de escisión o cesura: BGH, NStZ, 1982, pp. 377; BGH, 32, pp. 190 ss., 193; BGH, StV, 1987, p. 480; *vid.* asimismo BGH, NStZ, 1988, p. 270.

[28] Acerca del problema de las distintas magnitudes de días-multa, *vid. Bringewat*, Bildung, núms. margs. 288 ss., con remisiones.

[29] En relación con la multa del § 53.3, en conexión con el § 52.3 StGB, *vid. LK-Vogler*, 53, núm. marg. 16.

unidad penal a la pena individual más alta (la llamada pena de partida —*Einsatzstrafe*—, § 54, párrafo 1, inciso 2, StGB), si ésta no representa ya la medida máxima; además, ha de ser al menos una unidad penal menor que la suma de todas las penas individuales (§ 54, párrafo 2, inciso 1, StGB) y, finalmente, no debe exceder de quince años de privación de libertad (es decir, la medida máxima de las penas privativas de libertad temporal, § 38.2 StGB) ni de setecientos veinte días-multa (es decir, el doble de la máxima pena de días-multa común, § 40.2 StGB) (§ 54, párrafo 2, inciso 2, StGB). Dentro de este marco se lleva a cabo la determinación de la pena, valorando conjuntamente la persona del autor y los delitos individuales, § 54, párrafo 1, inciso 3, StGB, lo que quiere decir teniendo en cuenta en la conjunción todos los principios de determinación de la pena [30]. Dado que al formar la pena global se trata sólo de la cuestión de cómo han de ejecutarse las penas individuales en que se ha incurrido, no hay que repetir, p. ej., todo el proceso de determinación de la pena mediante la nueva valoración de los hechos individuales. Más bien, la agravación de la pena superior en la que se ha incurrido se produce debido a las otras *penas* en que ya se ha incurrido, y ya determinadas, de modo que los *hechos* respectivos sólo a través de sus penas han de apreciarse en la valoración conjunta, al determinar la pena global. Así pues, dado que las otras penas, y no los otros hechos, son la causa de agravación, no podrán volver a tenerse en cuenta las consideraciones relativas a la determinación de la pena que ya se han utilizado en la determinación de las penas individuales [31] (prohibición de valoración repetida). Naturalmente, la ley tampoco admite un esquematismo puramente matemático en el cálculo global de las penas (p. ej.: pena máxima en que se ha incurrido más equis por 100 de las otras penas en las que también se ha incurrido), ni siquiera una agravación de la pena máxima en que se ha incurrido para cada una de las otras penas, sino una sola agravación [32]. Así pues, las penas individuales por debajo de la pena máxima individual tienen en la práctica un efecto totalmente distinto en la determinación de la pena dentro del marco penal, en función de la situación global.

---

[30] BGH, 24, pp. 268 ss., 269, con comentario de *Jagusch*, NJW, 1972, pp. 424 s.; *vid.* además *Schweling*, GA, 1955, pp. 289 ss.; *Bringewat*, Bildung, núms. margs. 182 ss. Si el condenado ya ha realizado méritos para la suspensión de la pena, y queda descartada la suspensión de la pena global, la pérdida de los méritos hay que abonarla a la *ejecución* de la pena; BGH, 36, pp. 379 ss., 381 ss. (de otro modo —tenerlo en cuenta en la *formación* de la pena global— BGH, 33, pp. 326 ss., con comentario de *Stree*, NStZ, 1986, pp. 163 ss.); *vid.* § 56 *f*, párrafo 3, inciso 3, StGB.

[31] *Dreher*, JZ, 1957, pp. 155 ss., 157; *Schönke-Schröder-Stree*, § 54, núm. marg. 15; *SK-Samson*, § 54, núm. marg. 9; *Jescheck*, AT, § 82, V, 2; *vid.* también OLG Bremen, NJW, 1952 p. 1069; OLG Köln, NJW, 1953, pp. 275 s., 276. Las opiniones en ocasiones notablemente discrepantes (BGH, 8, pp. 206 ss., 210 s.; 24, pp. 268 ss., 270; *Bruns*, H. Mayer-Festschrift, pp. 353 ss., 374; *el mismo*, Strafzumessungsrecht, p. 473; *el mismo*, Leitfaden, p. 115; *Schweling*, GA, 1955, pp. 289 ss., 292; *LK-Vogler*, § 54, núm. marg. 11) se basan en conceptos poco claros sobre el fundamento de agravación: ¿las otras penas o los hechos subyacentes? *Montenbruck*, JZ, 1988, pp. 332 ss., considera las penas individuales como penas hipotéticas sobre base ficticia (porque se prescindió de su contexto), llamando determinación de la pena sólo a la formación de la pena global: en el marco de la formación de una *pena unitaria* (al respecto *supra* 31/10). Por eso considera también erróneo recurrir a la pena individual (p. ej., en caso de extinción posterior de todas las otras penas).

[32] *Vid.* RG, 44, pp. 302 ss., 304 ss.; BGH, 12, pp. 1 ss., 6 s.

La pena de *cadena perpetua* como pena individual, según el § 54, párrafo 1, inciso 1, StGB, es al mismo tiempo pena de partida y pena global. También en varias penas individuales de cadena perpetua la pena global es una sola cadena perpetua. Acerca de las penas accesorias [33], etc., *vid.* § 53.3, en relación con el § 53.4 StGB y con el § 55.2 StGB. Los pormenores son objeto de la teoría de la determinación de la pena.

[33] *Bringewat*, Bildung, núms. margs. 134 ss., con remisiones.