PROBLEMAS BÁSICOS DEL DERECHO PENAL

CLAUS ROXIN
Catedrático emérito de Derecho Penal y
Procesal Penal en la Universidad de Múnich
Doctor *honoris causa multiplex*

PROBLEMAS BÁSICOS DEL DERECHO PENAL

Traducción y notas de
DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA

Segunda edición

editorial
B de f
Montevideo - Buenos Aires

2017
Julio César Faira - Editor

Agradecemos a Editorial Reus por permitirnos realizar esta nueva edición.

Primera edición española: 1976, Editorial Reus, S.A., Madrid (parcialmente coincidente con la obra alemana: Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Walter de Gruyter, Berlin, 1973).

© de la traducción española: Diego-M. Luzón Peña.

I.S.B.N.: 978-9974-745-16-2

En Buenos Aires, República Argentina:
© Euros Editores S.R.L.
Av. Congreso 4744 (C1431AAP) - Tel./Fax: (005411) 4522-1483.
e-mail: euroseditores@fibertel.com.ar
www.euroseditores.com

En Montevideo, República Oriental del Uruguay:
© BdeF Ltda.
Buenos Aires 671 (CP 11000) - Tel./Fax: (005982) 2916-5238.
e-mail: bdef@netgate.com.uy
www.editorialbdef.com

Hecho el depósito que establece la ley. Derechos reservados.

Impreso en España en el mes de junio de 2017 por:
Elece Industria Gráfica, S.L.
Pol. Industrial El Nogal, C/Rio Tietar, 24-26
28110 Algete (Madrid)

ÍNDICE

Prólogo del traductor a esta edición IX

Prólogo XIII

Índice de abreviaturas XVII

Sentido y límites de la pena estatal 1

Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo 41

La propuesta minoritaria del Proyecto Alternativo 91

Contribución a la crítica de la teoría final de la acción 109

Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal 173

Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes 203

Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes 249

"Culpabilidad" y "responsabilidad" como categorías sistemáticas jurídico-penales 277

En el límite entre comisión y omisión 315

Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada 347

PRÓLOGO DEL TRADUCTOR A ESTA EDICIÓN

El lector tiene ahora en sus manos, a través de esta reedición del texto original de 1976 de los *Problemas básicos del Derecho penal* de Claus Roxin, una auténtica joya dentro del género de los libros recopilatorios de artículos monográficos de un autor con una selección de los mismos. Es excepcional, porque se trata de la primera colección de artículos clave en su concepción del delito y del Derecho penal de quien es indiscutiblemente por méritos propios el primer penalista del mundo, aún fecunda y felizmente activo tras haber cumplido 85 años en mayo del pasado año 2016.

Hace ya cuatro décadas, en septiembre de 1975, siendo yo aún un simple profesor ayudante de Derecho Penal en la Universidad Complutense de Madrid y una vez defendida en febrero de 1975 mi tesis doctoral sobre la legítima defensa, acabé la traducción al español de una versión algo modificada, ampliada en gran parte y reducida en algunos puntos, de la obra alemana del mismo título aparecida a principios de 1973, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, o sea, Problemas de base o básicos del Derecho penal, y mi versión española se publicó en 1976 en la Editorial Reus de Madrid. El encargo de la traducción se produjo en la primavera de 1973 cuando durante mi segundo curso de estancia predoctoral alemana en el Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional de Freiburg visité por primera vez Múnich, a donde se había desplazado desde el Friburgo alemán mi gran amigo Santiago Mir, y allí naturalmente fui a conocer la Universidad Ludwig-Maximilian, su Facultad de Derecho y el Instituto de Ciencias Penales, dirigido por mi admirado gran

penalista, el aún muy joven catedrático Claus Roxin. Durante el tiempo que me restó hasta el depósito de mi tesis doctoral a comienzos de enero de 1975 sólo pude empezar a traducir simultáneamente los primeros capítulos del libro, y fue una vez doctorado cuando ya dispuse de más tiempo para concluir la traducción y breve anotación del grueso de la obra.

Como efectivamente se trataba de artículos sobre temas totalmente básicos y fundamentales del Derecho penal, ello me permitió estudiar más a fondo y completar el conocimiento que ya tenía del pensamiento y la obra de Roxin y aumentar la admiración por los mismos a través de la previa lectura de otros trabajos suyos: desde su artículo sobre la situación de legítima defensa provocada, que me fue muy importante durante mi tesis doctoral para mi propia concepción de la legítima defensa, y su notable ensayo programático *Política criminal y sistema del Derecho penal*, recién traducido entonces por Muñoz Conde, hasta la lectura de partes importantes de sus dos libros monográficos, su tesis doctoral sobre los tipos abiertos (*Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 1959, 2ª ed. 1970) y su posterior escrito de habilitación sobre autoría y dominio del hecho (*Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963, hoy ya en 9ª ed. de 2015).

Desde entonces entablamos el Prof. Roxin y yo una muy estrecha relación, que se convirtió en magistral-discipular cuando en 1976 y 1977, ya con una beca postdoctoral de la prestigiosa Fundación Alexander von Humboldt disfruté en su Instituto muniqués de su hospitalidad y del privilegio de sus enseñanzas personales, especialmente en sus seminarios de investigación, relación personal y científica que se ha profundizado a lo largo de nuestra vida, acogiendo y tutelando él en su instituto la formación pre o postdoctoral de la mayoría de mis discípulos, participando juntos en infinidad de jornadas y congresos en múltiples países y finalmente encargándome él, precisamente por la satisfacción y confianza que le produjo mi versión al español de este libro, la traducción de su obra magna, los dos tomos de su impresionante tratado de *Derecho Penal, Parte General*, que llevé a cabo personalmente y con la colaboración de una parte seleccionada de mis discípulos. Y como mi maestro alemán, a él le he dedicado las tres ediciones de mi manual de *Derecho penal, Parte General*.

En la selección de material a traducir contenida en el libro original alemán, decidimos mantener el grueso de los artículos recogidos: los relativos al sentido y límites de la pena y a las concepciones político-criminales de von Liszt y del Proyecto Alternativo alemán de CP y los dedicados dentro de la teoría general del delito a la acción, la imputación objetiva en general y la conexión entre infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes. Pero acordamos prescindir de los dos artículos finales de la edición alemana, menos interesantes para el lector de habla hispana: uno sobre la reprobabilidad como posible elemento de un tipo abierto en la regulación alemana del delito de coacciones y un comentario a una sentencia del BGH sobre dolo eventual e imprudencia consciente; y en cambio, optamos por añadir cinco nuevos artículos no contenidos en el libro alemán: uno sobre la propuesta minoritaria del Proyecto Alternativo relativo a los supuestos de exención en el aborto, y cuatro más sobre cuestiones importantes de los grandes elementos del concepto general de delito, concretamente un trabajo más sobre la imputación objetiva, acerca del fin de protección de la norma en delitos imprudentes, el importantísimo trabajo sobre culpabilidad y la categoría conexa que denomina "responsabilidad", donde traza por primera vez ampliamente los principales rasgos de su original concepción, otro sobre supuestos límite o dudosos entre comisión y omisión, y uno final sobre la voluntariedad del desistimiento de la tentativa. En su Prólogo a la primera edición española de 1976 el propio Roxin explica las principales características de cada uno de esos trabajos que integran el volumen.

Con todo ello, el libro español resultó mucho más completo que el inicial libro recopilatorio alemán. Y le añadí algunas notas breves aclaratorias de cuestiones peculiares del Derecho alemán, para mejor comprensión por el público hispanoparlante.

En su momento este libro constituyó para el muy numeroso público de juristas y penalistas en los continentes europeo y americano que hablan la lengua española o que la entienden bien, fundamentalmente lusoparlantes e italianos, la primera obra relativamente amplia disponible en español con las posiciones de Roxin sobre cuestiones nucleares de nues-

tra disciplina, las político-criminales y las de los elementos fundamentales de la estructura de la teoría general del delito, pues hasta entonces sólo se había traducido a este idioma su mencionado librito programático *Política criminal y sistema del Derecho penal*, y en cambio no se habían traducido aún al español sus dos importantes monografías anteriores ya citadas, que lo fueron pero muy posteriormente: la versión española de *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale* se publicó en 1979 bajo el título *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico* (que anteponía una "teoría del tipo penal" al estricto título alemán), y la de su *Täterschaft und Tatherrschaft* como traducción de la 7ª ed. en 2000, titulada *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal.*

Con la presente reedición de una obra que estaba agotada hace ya tiempo, el lector, como he dicho al principio, puede disponer de una auténtica joya de la ciencia penal contemporánea en forma de un testimonio histórico del libro recopilatorio de artículos clave donde se encontraban ya las principales bases de la concepción roxiniana de la orientación del Derecho penal y de los pilares de la estructura general del delito, que en las décadas posteriores fue completando y desarrollando amplísimamente en innumerables artículos y plasmando finalmente en el gigantesco estudio ya completo y sistemático contenido en los dos tomos de su tratado. Por eso he considerado preferible optar por la estricta reedición del libro como testimonio histórico que es, dejando inalterado el texto de 1976, salvo en alguna mínima adición o corrección –dado que no es una reimpresión–, y anteponiendo únicamente este prólogo mío de presentación.

Alcalá de Henares, Madrid (España), febrero de 2017

DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA
Dr. *honoris causa multiplex*
Catedrático de Derecho Penal,
Universidad de Alcalá, Madrid
Presidente de honor de la FICP (www.ficp.es)

PRÓLOGO

En 1973, y bajo el título *Strafrechtliche Grundlagenprobleme* (*Problemas básicos del Derecho penal*), apareció ya en Alemania una selección de mis artículos. Sin embargo, el presente volumen no coincide exactamente en cuanto a contenido con esa edición alemana, sino que incluye aquellos trabajos, de entre los que he dedicado a la teoría general del delito, que no van ligados a las peculiaridades del ordenamiento jurídico alemán y que, por ello, pueden contribuir directamente a la discusión científica en España y en los países de habla hispana. En la selección de los artículos me ha asesorado de la manera más amigable mi estimado colega el profesor doctor Enrique Gimbernat Ordeig, de la Universidad de Madrid, por lo que he de expresarle mi más sincero agradecimiento en este lugar. Igualmente quiero dar las gracias al doctor Diego-Manuel Luzón Peña, de la Universidad de Madrid, por el extraordinario cuidado y exactitud con que ha llevado a cabo la traducción de mi texto.

La serie de artículos recogidos en este volumen abarca por su contenido desde las cuestiones principales de la moderna política criminal hasta los problemas de sistemática y dogmática jurídico-penal más discutidos hoy en Alemania. El primer trabajo sobre "Sentido y límites de la pena estatal" expone, teniendo como fondo la tradición alemana, las diversas teorías de la pena e intenta ofrecer una concepción ajustada a las modernas exigencias sobre el fin de la pena estatal y los límites del poder de intervención estatal. El segundo ensayo sobre "Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo", sirviéndose de esos principios y confrontándolos constantemente con las teorías de Franz von

Liszt, el más importante representante alemán de la política criminal en los últimos cien años, desarrolla un programa de reforma legislativa, tal como el que se ha plasmado en el *Proyecto Alternativo de Código penal* (1964), del que soy coautor, y que en buena parte ha penetrado en las leyes alemanas de reforma del Derecho penal de 1969. El tercer artículo, que cierra la selección de mis trabajos político-criminales, expone mi toma de posición acerca de la reforma de la regulación penal del aborto, en torno a la cual se ha producido en Alemania una apasionada polémica en los últimos años; tal posición ha sido confirmada esta primavera por el Tribunal Constitucional Federal en todos sus puntos esenciales, por lo cual el futuro Derecho alemán estará dominado por una "solución de indicaciones".

El cuarto artículo se orienta hacia las cuestiones centrales del sistema del Derecho penal, examinando en sentido crítico la "teoría final de la acción", que intenta fundar un sistema jurídico-penal sobre una base ontológica y que en los dos primeros decenios de la posguerra ha tenido gran influencia en Alemania y mucho más allá de sus fronteras; y concretamente en el círculo jurídico hispano también ha sido muy discutida por la ciencia la teoría final de la acción. En contraste, en el quinto texto de este libro, es decir, mis "Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal", me he esforzado por trazar las líneas fundamentales de una dogmatica jurídico-penal teleológica y basada en decisiones valorativas políticocriminales. En los dos ensayos siguientes se desarrolla esto con más detalle acudiendo al ejemplo de los delitos imprudentes, que con el crecimiento del tráfico rodado han cobrado una importancia cada vez mayor, pero que están aún por investigar en amplios sectores, por lo que es especialmente urgente y necesaria su elaboración científica. Con respecto a los delitos dolosos puedo remitir a mi escrito "Política criminal y sistema del Derecho penal", publicado ya en español en 1972 en traducción del profesor Francisco Muñoz Conde.

Los tres últimos trabajos de este libro tratan algunas de las cuestiones más complicadas de la teoría general del delito: el problema de la "culpabilidad" en Derecho penal, la delimitación entre comisión y omisión y los presupuestos de la

"voluntariedad" del desistimiento de la tentativa, que exime la pena del autor. Aunque los temas son heterogéneos, los une una idea fundamental común a los tres, a saber: la tesis de que, contra lo que piensa una concepción muy extendida, en ellos también sucede que sólo una valoración normativa, y no el recurso a datos puramente fácticos de carácter psicológico o causal, permite solucionar los problemas jurídicos. Así pues, sólo se trata de concreciones del principio metódico que también preside en otros puntos mis afanes en el ámbito de la dogmática del Derecho penal.

La colaboración con numerosos colegas de España y Sudamérica con los que me hallo vinculado me ha proporcionado muchas sugerencias para mi trabajo científico. ¡Ojalá este libro contribuya también a proseguir ese diálogo científico!

Munich, agosto de 1975

CLAUS ROXIN

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Las notas del traductor van señaladas con un asterisco; también han sido introducidas por el traductor las palabras o párrafos entre corchetes.

A. u. V. I	Liszt: Aufsätze und Vorträge, t. I, 1905.
A. u. V. II	Liszt: Aufsätze und Vorträge, t. II, 1905.
Baumann	Baumann: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5ª edición, 1968.
BGB	Burgerliches Gesetzbuch (Código civil).
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal).
BGHSt	Sentencias del Bundesgerichtshof en causas penales (colección oficial), citadas por tomo y página.
BGHZ	Sentencias del Bundesgerichtshof en causas civiles (colección oficial), citadas por tomo y página.
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal).
CE	Comisión especial del Parlamento (Dieta) Federal para la reforma del Derecho penal (Sonderausschuss des Bundestages für die Strafrechtsreform; abreviatura: SA).
CP	Código penal.
DJT	Deutscher Juristentag (Día alemán de los juristas).

Dreher ..... Dreher: Strafgesetzbuch, Kommentar, 33ª edición, 1972; antes Schwarz-Dreher.

Engisch-Festschrift ..... Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969.

Engisch: Kausalität ..... Engisch: Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931.

FamRZ ..... Zeitschrift für das gesamte Familienrecht.

Frank ..... Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Kommentar, 18ª edición, 1931.

Frank-Festgabe I y II ..... Festgabe für Reinhard Frank, editada por Hegler, ts. I y I, 1930.

GA ..... Goltdammer's Archiv für Strafrecht (citado por tomos; desde 1953 por años).

GG ..... Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania).

GS ..... Der Gerichtssaal.

Honig-Festschrift ..... Göttinger Festschrift für Richard M. Honig, 1970.

HRR ..... Höchstrichterliche Rechsprechung.

JA ..... Juristische Arbeitsblätter.

Jescheck ..... Jescheck: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1969.

JGG ..... Jugendgerichtsgesetz (Ley del Tribunal de Menores).

JR ..... Juristische Rundschau.

JurBl ..... Juristische Blätter.

JuS ..... Juristische Schulung.

JZ ..... Juristenzeitung.

Kaufmann, Armin: Unterlassungsdelikte ... Armin Kaufmann: Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959.

Kohlrausch-Lange .....Kohlrausch-Lange: Strafgesetzbuch, 43ª edición, 1961.

Liszt: A. u. V. I, II.....v. Liszt: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, ts. I y II, 1905.

LK..... Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. Fundado por Ebermayer, Lobe y Rosenberg, 7ª edición 1953-54 editada por Johannes Nagler, Edmund Mezger, Heinrich Jagusch y otros; 8ª edición 1957-58 editada por Heinrich Jagusch, Edmund Mezger, August Schaeffer y Wolfhart Werner; 9ª edición desde 1970, editada por Paulheinz Baldus y Günther Willms.

Maurach: AT.....Maurach: Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4ª edición, 1971.

MDR.....Monatchrift für deutsches Recht (citada por año y página).

Mezger: Lehrbuch .....Mezger: Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3ª edición, 1949.

Mezger-Blei: AT.....Mezger-Blei: Strafrecht. Ein Studienbuch. Allgemeiner Teil, 14ª edición, 1970.

MoKrimBiologie .....Monatschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform.

MoKrimPsych.....Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform.

MSchrKrim .....Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform.

NJW .....Neue Juristische Wochenschrift.

OLG .....Oberlandesgericht (Tribunal Superior de cada Land o Estado Federado).

P 1962.....Proyecto de Código penal con Exposición de motivos (Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung –Bundesratsvorlage–), Bonn, 1962.

PA	Proyecto Alternativo de Código penal (Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches), 1966 y ss.
RDCir	Revista de Derecho de la Circulación.
RG	Reichsgericht (Tribunal Supremo del Reich).
RGSt.	Sentencias del Reichsgericht en causas penales (colección oficial), citadas por tomo y página.
Roxin: Täterschaft	Roxin: Täterschaft und Tatherrschaft, 2ª edición, 1967.
SchlHAnz	Schleswig-Holsteinische Anzeigen.
Schmidhäuser: AT	Schmidhäuser: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1970.
Eb. Schmidt-Festschrift	Festschrift für Eb. Schmidt.
Schönke-Schröder	Schönke: Strafgesetzbuch, Kommentar, proseguido por Schröder, 16ª edición, 1972.
Schwarz-Dreher	Schwarz-Dreher: Strafgesetzbuch, Kommentar; desde la 31ª edición, Dreher.
SchwZStr	Schweizer Zeitschrift für Strafrecht.
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal).
StPO	Strafprozessordnung (Ordenamiento procesal penal).
StrRG	Gesetz zur Reform des Strafrechts (Ley de reforma del Derecho penal).
Stratenwerth: AT	Stratenwerth: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1971.
TS	Tribunal Supremo.
Welzel: Lehrbuch	Welzel: Das Deutsche Strafrecht, 11ª edición, 1969.
Wessels: AT	Wessels: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2ª edición, 1972.
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

SENTIDO Y LÍMITES DE LA PENA ESTATAL*

A

La pregunta acerca del sentido de la pena estatal se plantea, nueva, en todas las épocas. En efecto, no se trata en primer término de un problema teórico, ni por tanto de reflexiones como las que se suelen hacer en otros campos sobre el sentido de esta o aquella manifestación de la vida, sino de un tema de acuciante actualidad práctica: ¿Cómo y bajo qué presupuestos puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado prive de libertad a alguno de sus miembros o intervenga de otro modo, conformando su vida, en su existencia social? Es ésta una pregunta acerca de la legitimación y los límites de la fuerza estatal; de ahí que no nos podamos contentar con las respuestas del pasado, sino que la situación histórico-espiritual, constitucional y social del presente respectivo exige que se penetre intelectualmente en un complejo de múltiples capas, bajo aspectos continuamente transformados.

Con frecuencia no se ve lo suficientemente clara esta tarea. Aprendemos y enseñamos las "teorías de la pena" trans-

* Publicado por primera vez en: *JuS* 1966, pp. 377 y ss. El fin del presente artículo es proporcionar al estudiante una primera visión de la problemática, familiarizarlo con los argumentos esenciales y estimularlo a seguir pensando por sí mismo y a la discusión. Las indicaciones de literatura se limitan –junto a la cita de algunos textos "clásicos"– a publicaciones de los últimos años, que son fácilmente asequibles al estudiante, y que debería consultar. Esas referencias no significan que los autores citados en las notas a pie de página coincidan en todo caso con la concepción aquí sustentada.

mitidas a través de los siglos, como si se tratara de respuestas acabadas a una pregunta invariable. De este modo la temática recibe algo no forzosamente respetable, el estímulo estético-filosófico del bien de la formación, invocado siempre en la hora reflexiva de la lección; mientras que en realidad se trata del difícil trabajo sobre una problemática de la sociedad y del Estado de Derecho acomodada a las peculiaridades de hoy. Así pues, desde ese punto de vista, y no con la intención de transmitir el saber por mera repetición, es desde donde tenemos que examinar críticamente y con toda brevedad las soluciones desarrolladas en el pasado. Si se reduce la ilimitada literatura filosófica y jurídica a sus posiciones fundamentales, resulta que hasta hoy no se han propuesto más que tres soluciones a nuestra pregunta inicial [1].

I. La primera respuesta la da la llamada "teoría de la retribución". Para ella el sentido de la pena estriba en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal. La justificación de tal procedimiento no se desprende para esta teoría de cualesquiera fines a alcanzar con la pena, sino sólo de la realización de una idea: la justicia. La pena, pues, no sirve para nada, sino que lleva su fin en sí misma. Tiene que ser, porque tiene que imperar la justicia. Kant [2] lo ha formulado del modo más expresivo: "Incluso aunque la sociedad civil con todos sus miembros acordara disolverse (p. ej. el pueblo que vive en una isla decidiera sepa-

[1] En general sobre las teorías de la pena, concretamente sobre las cuestiones de culpabilidad y retribución: *Niederschiriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, I, 1956, p. 9; XII, 1959, p. 43; PREISER, *Festschr. f. Mezger*, 1954, p. 71; BOCKELMANN, *Schuld und Sühne*, 2ª ed. (1958); STRATENWERTH, *Ev. Theologie* 1958, pp. 337 y ss.; *Schuld und Sühne, Dreizehn Vorträge über den deutschen Strafprozess*, editado por Freudenfeld, 1960; KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, 1961; NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, 1962; SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, 1963; *Schuld, Verantwortung, Strafe*, ed. por Frey, 1964; BAUMANN, *JurBl* 1965, 113.

[2] *Die Metaphysik der Sitten*, § 49 EI, *Kant-Studiengabe der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft* IV. 1956, p. 455.

rarse y dispersarse por todo el mundo), tendría que ser ejecutado antes el último asesino que se hallara en la cárcel, para que cada uno sufra lo que sus hechos merecen, y para que no pese la culpa de la sangre sobre el pueblo que no ha insistido en su castigo"[3]. La conocida formula dialéctica de Hegel sobre la esencia de la pena como una negación de la negación del Derecho[4] –tal como ha surtido efecto históricamente– significa exactamente lo mismo: El delito es aniquilado, negado, expiado por el sufrimiento de la pena, que de ese modo restablece al Derecho lesionado. Asimismo, la teología cristiana de ambas confesiones sustenta predominantemente, hoy como ayer, este punto de vista, considerando la realización de la justicia como mandato de Dios, y la pena como ejecución de la función judicial divina.

La circunstancia de que aquí concurran en *una* poderosa corriente la tradición filosófica del idealismo y la tradición cristiana, que han modelado en el siglo pasado, penetrándola de múltiples maneras, la cultura de la burguesía alemana, es en definitiva la causa de que la teoría de la retribución haya dominado siempre en Alemania y todavía hoy cuente con el mayor número de adeptos.

Es incuestionable que asimismo la idea de la compensación retributiva, al intentar traer un reflejo de armonía superior a nuestra frágil existencia terrena, tiene una fuerza triunfalmente sublime, a la que es muy difícil sustraerse. Con ella, sin embargo, no se podría justificar honradamente la pena estatal. Mencionaré tres razones en contra:

1. En verdad, la teoría de la retribución presupone ya la necesidad de la pena, que debería fundamentar. Pues si su significado estriba en la compensación de la culpabilidad hu-

[3] Cfr. en particular ahora NAUCKE, *SchlHAnz* 1964, 203.

[4] La fórmula se encuentra en el § 104 de los *Grundlinien der Philosophie des Rechts*; por lo demás de la teoría de Hegel del Derecho penal es tratada en los §§ 90-103 de esa obra. Cfr. sobre ello alemana de la obra rusa de PIONTKOWSKI, *Hegels Lehre über Staat und Recht und seine Strafrechtheorie*, 1960.

mana, no se puede referir con ello en serio a que el Estado tenga la tarea de retribuir con la pena toda culpabilidad[5]. Cada uno de nosotros se hace culpable frente a su prójimo de muchas maneras, pero no por ello se nos castiga. Y también la culpabilidad jurídica acarrea consigo consecuencias de tipo diverso, como por ejemplo, un deber de indemnización de daños, pero sólo en muy raras ocasiones una pena. La teoría de la retribución, por tanto, no explica en absoluto *cuándo* se tiene que penar, sino que dice tan sólo: "Si imponéis –con los criterios que sea– una pena, con ella tenéis que retribuir un delito". Queda sin resolver la cuestión decisiva, a saber, bajo qué presupuestos la culpabilidad humana autoriza al Estado a castigar. Así pues, la teoría de la retribución fracasa ante la tarea de trazar un límite, *en cuanto al contenido*, a la potestad penal estatal. No impide que se incluya en el Código Penal cualquier conducta y, si se dan los criterios generales de imputación, efectivamente se la castigue; en tanto en cuanto, da un cheque en blanco al legislador. Así se explica también la aplicabilidad, que ha perdurado a cualquier cambio constitucional desde el absolutismo hasta hoy, y que revela desde este punto de vista no sólo una debilidad teórica sino también un peligro práctico.

2. Con respecto al segundo argumento en contra puedo ser breve: Incluso si se afirma sin restricciones la facultad estatal de penar formas de conducta culpables, sigue siendo insatisfactoria la justificación de la sanción penal mediante la idea de la compensación de la culpabilidad. Pues, como es sabido, la posibilidad de culpabilidad humana presupone la libertad de voluntad (el libre albedrío), y su existencia, como conceden incluso los partidarios de la idea de retribución, es indemostrable[6]. Cierto que las recientes investigaciones

[5] Cfr. especialmente sobre ello SCHMIDHÄUSER, pp. 40 y ss.

[6] Sobre la reciente discusión sobre la libertad de voluntad y su importancia para el Derecho penal: NOWAKOWSKI, *Festschr. f. Rittler*, 1957, p. 55; ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2ª ed. (1965); ROEDER, *JurBl* 1964,

antropológicas han puesto de manifiesto que no existe una determinación biológica general del hombre (al contrario que en el animal) y que esa relativa falta de esquemas instintivos fijos es sustituida por modelos de conducta culturales principales. Pero la cuestión de si es posible una decisión que elija libremente frente a los factores de determinación, que se hacen así incalculablemente diversos, es como mínimo irresoluble, dado que apenas sabemos nada sobre los procesos microfísicos del cerebro humano. E incluso aunque se quisiera afirmar la libertad de voluntad como tal, con ello aún no se habría respondido afirmativamente a la pregunta decisiva en el proceso, de si ese hombre concreto podría haber obrado de otro modo en esa precisa situación; a esa pregunta, como sin rodeos lo manifiestan eminentes psiquiatras y psicólogos, es imposible contestar con medios científicos[7]. Así, por ejemplo, la exposición de motivos de nuestro Proyecto de Código penal de 1962 dice solamente que la ley se "declara partidaria" de la suposición "de que hay culpabilidad humana y de que puede ser comprobada y medida. Y tampoco la ciencia", se dice en aquélla, "puede privar de fundamento a la convicción de que existe culpabilidad en el actuar del hombre. Recientes investigaciones admiten la posibilidad". Así pues, según sus propias palabras, el legislador justifica la pena sólo con una hipótesis que, aunque no refutada, tampoco es verificable. Sin embargo, si va en perjuicio del ciudadano, no basta con una suposición de este tipo para explicar el derecho a intervenciones tan graves.

3. Aun cuando se quisiera considerar que el alcance de las penas estatales y la culpabilidad humana quedan suficientemente fundamentados con la teoría de la expiación, quedaría una tercera objeción, a saber: que la idea misma de retribución compensadora sólo se puede hacer plausible mediante un acto de fe. Pues considerándolo racionalmente no se pue-

---

229; KAUFMANN, Hilde, *JZ* 1962, 193; BRAUNECK, A. E., *MSchrKrim* 1963, 193; MANGAKIS, *ZStW* 75, 119.

[7] Cfr. sobre ello únicamente BOCKELMANN, *ZStW* 75, 372.

de comprender cómo es posible borrar un mal cometido, añadiendo un segundo mal, sufrir la pena. Ciertamente está claro que tal procedimiento corresponde al arraigado impulso de venganza humano, del que ha surgido históricamente la pena; pero que la asunción de la retribución por el Estado sea algo cualitativamente completamente distinto a la venganza, el que la retribución quite "la culpa de la sangre del pueblo", expíe al delincuente, etc., todo esto es concebible sólo por un acto de fe, que, como según nuestra Constitución no le puede ser impuesto a nadie, no es válido para la fundamentación, vinculante para todos, de la pena estatal.

Tampoco puede cambiar nada de esto el invocar el mandato de Dios. Pues, como es sabido, nuestras sentencias no son pronunciadas en nombre de Dios, sino en nombre del pueblo. Por ello ya no es admisible en una época que deriva todo poder estatal del pueblo, la legitimación de medidas estatales con la ayuda de poderes trascendentes. Además no me parece que se corresponda tampoco con la esencia de una verdadera religiosidad. Pues ¿qué sabemos nosotros de la justicia de Dios, como para poder arrogarnos la capacidad de expresar con nuestras sentencias no sólo el honrado esfuerzo de nuestra defectuosa justicia terrena, sino simultáneamente la voluntad de Dios? El "No juzguéis, para que no seáis juzgados" bíblico es, entendido así, precisamente un veto contra la híbrida creencia de conocer el juicio divino sobre la culpabilidad humana y poder ejecutarlo [8].

Resumiendo en una frase las tres razones: La teoría de la expiación no nos puede servir, porque deja sin aclarar los presupuestos de la punibilidad porque no están comprobados sus fundamentos y porque, como conocimiento de fe irracional y además impugnable, no es vinculante. Tampoco cambia nada de ello la sustitución, que a menudo se encuentra en las exposiciones recientes, de la idea de retribución, que recuerda demasiado al arcaico principio del talión, por el concepto

[8] Sobre lo discutible de reproches morales en boca del juez, cfr. también BRAUNECK, A. E., *MSchrKrim* 1958, 129.

tornasolado de la "expiacion"[9]. Pues en tanto no se alude con ella sino a una "compensación de la culpabilidad" legitimada estatalmente, subsisten íntegramente las objeciones contra una "expiación" de este tipo. Si, por el contrario, se entiende la expiación en el sentido de una purificación interior conseguida mediante el arrepentimiento del delincuente, se trata entonces de un resultado moral, que más bien puede verse impedido, pero que en cualquier caso no se puede obtener con la fuerza, por la imposición de un mal[10].

II. La segunda solución, a la que se tiene que dirigir nuestra crítica, es la teoría de la llamada prevención especial. Ésta no quiere retribuir el hecho pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del autor.

Ello puede ocurrir de tres maneras: corrigiendo al corregible, esto es lo que hoy llamamos resocialización; intimando al que por lo menos todavía es intimidable: y, finalmente, haciendo inofensivos mediante la pena de privación de libertad a los que ni son corregibles ni intimidables. Esta teoría, en su forma moderna, procede de la época de la Ilustración; retrocedió en el siglo XIX, por las causas mencionadas al principio, ante la teoría de la retribución, pero hacia finales de aquél resurgió con fuerza gracias al penalista Franz v. Liszt[11] y su escuela. Mientras que en Alemania volvió a retroceder a continuación frente a la teoría de la retribución, actualmente en el extranjero ha cobrado una gran influencia, a veces dominante, gracias al movimiento internacional de la "defensa social"[12].

[9] Cfr. sobre ello en sentido crítico SCHMIDT, Eb., *Materialien zur Strafrechtsreform*, I, *Gutachten der Strafrechtslehrer*, p. 9; *ZStW* 67, 177.

[10] A este fin, si es que es posible conseguirlo mediante intervención externa, podrían ser más útiles medidas terapéutico-sociales, como las que prevé la teoría de la prevención social, que a continuación se discute.

[11] Lo más adecuado y asequible como introducción es el famoso trabajo de LISZT, "Der Zweckgedanke im Strafrecht" –el llamado "Programa de Marburg" (1883)–, que ahora ha vuelto a editar Erik Wolf, algo abreviado, en la serie *Deutsches Rechtsdenken* (t. 11).

[12] ANCEL, *MSchrKrim*, 1956, separata, p. 51; WÜRTENBERGER, *MSchrKrim*, 1956, separata, p. 60; KAUFMANN, Hilde, *Festschr. f. v. Weber*, 1963, p. 418.

La idea de un Derecho penal preventivo, de seguridad y corrección, seduce por su sobriedad y su característica tendencia constructiva y social. Pero así como es clara en sus metas, no da, en cambio, una justificación de las medidas estatales necesarias para su consecución. En ello radica un serio punto débil de esta teoría, que resumiré en tres objeciones.

1. Al igual que la teoría de la retribución, la teoría de la prevención especial tampoco posibilita una delimitación del *ius puniendi* en cuanto a su contenido. Pues no es sólo que todos somos culpables, sino que además todos necesitamos corregirnos. Cierto que, según esta concepción, el esfuerzo terapéutico-social del Estado debe dirigirse de antemano sólo contra los inadaptados en extrema medida a la sociedad. Pero el punto de partida sigue siendo suficientemente peligroso. Por ejemplo, a un régimen en el poder le hace posible el someter a "tratamiento" penal, en calidad de inadaptados socialmente, a enemigos políticos. Pero incluso si se dirige la vista sólo a los "asociales" en sentido tradicional, con los mendigos, vagabundos, vagos, prostitutas y otras personas indeseables para la comunidad, van a parar a la esfera del Derecho penal grupos de personas cuyo tratamiento como criminales apenas se puede fundamentar en un orden jurídico-penal como el que tenemos, dirigido al hecho aislado. La idea de prevención especial tampoco posibilita delimitación temporal alguna de la intervención estatal mediante penas fijas, sino que consecuentemente debería perseguir un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección, incluso aunque su duración sea indefinida. Desde el punto de vista de un Derecho penal correccionalista, ni siquiera se puede hacer inteligible la vinculación a descripciones exactas del hecho ni la exclusión de la analogía. En una palabra: la teoría de la prevención especial tiende, todavía más que un Derecho penal de la culpabilidad retributivo, a dejar al particular ilimitadamente a merced de la intervención estatal.

Cierto que las consecuencias aludidas sólo las han extraído los representantes más radicales de esa teoría. La mayoría de ellos siguen aferrados al Derecho penal del hecho, a la precisión del tipo y a la exactitud de la pena. Pero esto precisamente muestra que los defensores de la teoría de la prevención espe-

cial no pueden explicar desde su punto de partida los fundamentos por ellos propugnados del Derecho penal vigente. Por lo tanto, también ellos dan por supuestos la extensión y límites del *ius puniendi* estatal, que deberían fundamentar.

2. Contra la concepción de la prevención especial se ha alegado con frecuencia una segunda objeción, que todavía no se ha refutado concluyentemente. Consiste en que, aun en los delitos más graves, no tendría que imponerse la pena si no existe peligro de repetición. El ejemplo más contundente es en este momento el de los asesinos de los campos de concentración, algunos de los cuales mataron cruelmente por motivos sádicos a innumerables personas inocentes. Esos asesinos viven hoy en su mayoría discretamente e integrados socialmente, y por tanto no necesitan de "resocialización" alguna; tampoco existe en ellos el peligro de una repetición, ante la que hubiera que intimidarlos y asegurarlos. ¿Realmente por ello deben quedar impunes? Por lo demás, el problema es independiente de esta constelación histórica. También en otros casos se dan graves delitos de sangre (e igualmente, por supuesto, otros delitos) frecuentemente debidos a motivos y situaciones irrepetibles. Nadie, sin embargo, extrae en serio la consecuencia de la impunidad. Pero la teoría de la prevención especial no puede dar la obligada fundamentación de la necesidad de la pena en estos casos.

3. Y en tercer lugar, es cierto que la idea de la corrección indica un fin de la pena, pero de ningún modo que contenga en sí misma la justificación de ese fin, como creen la mayoría de los partidarios de esta teoría. Más bien hay que preguntar: ¿Qué legitima a la mayoría de una población a obligar a la minoría a acomodarse a las formas de vida gratas a aquélla? ¿De dónde obtenemos el derecho de poder educar y someter a tratamiento contra su voluntad a personas adultas? ¿Por qué no han de poder vivir los que lo hacen al margen de la sociedad –bien se piense en mendigos o prostitutas, bien en homosexuales– del modo que deseen? La circunstancia de que son incómodos o molestos para muchos de sus conciudadanos, ¿es causa suficiente para proceder contra ellos con penas discriminantes? Preguntas tales suenan algo provo-

cadoras. Pero con ello sólo se prueba que la mayoría de la gente considera algo evidente el que se reprima violentamente lo distinto, lo discrepante. Pero en qué medida existe en un Estado de Derecho una facultad para esto, es el verdadero problema, que de antemano no puede resolver la concepción preventivo-especial, porque cae fuera de su campo visual.

Expresándolo en una frase: La teoría de la prevención especial no es idónea para justificar el Derecho penal, porque no puede delimitar sus presupuestos y consecuencias, porque no explica la punibilidad de delitos sin peligro de repetición y porque la idea de adaptación social forzosa mediante una peno no contiene en sí misma su legitimación, sino que necesita de fundamentación jurídica a partir de otras consideraciones.

III. La tercera de las respuestas tradicionales a nuestra pregunta inicial ve el sentido y fin de la pena no en la influencia –sea retributiva, sea correctiva o asegurativa– sobre el autor mismo, sino en sus efectos intimidatorios sobre la generalidad, en la llamada prevención general.

Esta teoría tiene en Anselm v. Feuerbach al fundador de la ciencia alemana moderna del Derecho penal, su más famoso representante que a principios del siglo XIX basó[13] su influyente sietema, muy consecuentemente, en el pensamiento de la intimidación general. Pero hoy en día la concepción de la prevención general no ha perdido en absoluto importancia. Si en la exposición de motivos de nuestro Proyecto de Código Penal de 1962 puede leerse tanto sobre la "fuerza modeladora de las costumbres" de la pena, y sí, como ha sucedido recientemente, el legislador ha aumentado de modo drástico

[13] Su *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts* apareció por última vez en la 14ª ed. (1874). La Wissenschaftliche Buchgesellschaft prepara una reimpresión de esa edición. Sobre los fundamentos teóricos de la teoría de Feuerbach, últimamente NAUCKE, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, 1962; además, HARTMANN, *P. J. A. Feuerbach politische und strafrechtliche Grundanshauungen*, 1958. Biografía: RADBRUCH, *P. J. A. Feuerbach, ein Juristenleben*, 2ª ed. (1957).

las penas para la embriaguez al volante y otros delitos de tráfico, detrás de todo ello está siempre la idea de que con ayuda del Código Penal se puede motivar a la generalidad a comportarse con arreglo al orden, esto es, una consideración declaradamente preventivo-general.

Por muy evidente que le pueda parecer todo esto al sano entendimiento humano, al observador crítico le vienen a mano rápidamente argumentos en contra:

1. En primer lugar, también aquí queda sin resolver frente a qué comportamientos tiene el Estado la facultad de intimidar; la doctrina de la prevención general comparte con las teorías de la retribución y de la corrección este punto débil, a saber, que queda sin aclarar el ámbito de lo punible. A ello se añade una ulterior objeción: Así como en la concepción preventivo-especial no es delimitable la duración del tratamiento terapéutico-social y en el caso concreto puede sobrepasar la medida de lo defendible en un orden jurídico liberal, el punto de partida preventivo-general tiene en general tendencia al terror estatal. Pues quien quiere intimidar mediante la pena, tendera a reforzar ese efecto castigando tan duramente como sea posible. Si durante la guerra se dictaron las penas más graves, incluso sentencias de muerte, a delitos insignificantes, esto sucedió indudablemente por motivos de prevención general. Ahora bien, si se parte de que tampoco para el Estado el fin justifica cualquier medio, algo así no puede ser conforme a Derecho. La prevención general necesitaría, por tanto, una delimitación, que no se desprende de su punto de partida teórico.

2. El siguiente argumento en contra estriba en que en muchos grupos de delitos y delincuentes no se ha podido probar hasta ahora el efecto de prevención general de la pena. Se puede aceptar que el hombre medio en situaciones normales se deja influir por la amenaza de pena, pero en todo caso esto no ocurre con delincuentes profesionales ni tampoco con delincuentes impulsivos ocasionales. En delitos graves, como delitos contra la vida o la moralidad, la fuerza intimidatoria de las amenazas penales (incluso de la pena de muerte, p. ej.) es especialmente escasa. Las crueles penas de muerte y corporales de los siglos pasados, como imponer el suplicio de la

rueda o descuartizar y cortar a hachazos miembros del cuerpo, no han podido disminuir la criminalidad. En resumidas cuentas, cada delito es ya, por el hecho de existir, una prueba en contra de la eficacia de la prevención general. Cierto que a esto se puede objetar que, según la naturaleza de las cosas, sólo resultan visibles los casos en que la intimidación fracasa y no aquellos en que ha tenido éxito. Pero prescindiendo de que, por las causas citadas, este éxito sea dudoso en muchos delitos, es que además sería paradójico en cierto modo que el Derecho penal no tuviera significación alguna precisamente para los delincuentes, es decir, los no intimidados y quizá sencillamente inintimidables, y que no hubiera de prevalecer y legitimarse frente a ellos también.

3. Ello nos lleva a la tercera y más importante objeción contra la prevención general. ¿Cómo puede justificarse el que se castigue al individuo no en consideración a él mismo, sino en consideración a otros? Aun cuando fuera eficaz la intimidación, es difícil comprender cómo puede ser justo que se imponga un mal a alguien, para que otros omitan cometer un mal. Ya Kant lo criticó por atentar contra la dignidad humana, e hizo constar que el individuo no puede "ser manejado nunca como medio para las intenciones de otro, ni mezclado con los objetos del Derecho de cosas, contra lo que protege su connatural personalidad"[14]. Y, efectivamente, para un ordenamiento jurídico que no considere al individuo como objeto a disposición de la coacción estatal ni como material humano utilizable, sino como portador, previo al Estado y que debe ser protegido por éste, tiene que ser inadmisible tal instrumentación del hombre.

La teoría de la prevención general, por tanto, está expuesta a similares objeciones de principio que las otras dos: Ni puede fundamentar el *ius puniendi* estatal en sus presupuestos ni limitarlo en sus consecuencias; es discutible político-criminalmente y carece de legitimación que concuerde con los fundamentos del ordenamiento jurídico.

[14] *Metaphysik der Sitten*, § 49 E I, Studienausgabe, p. 453.

IV. Con ello nuestro examen crítico de las teorías de la pena ha puesto de manifiesto un cuadro poco alentador. Ninguna de ellas resiste la crítica. El que en la práctica sea facultativo escogerlas muestra ya lo menguante de su vitalidad. Nuestro Derecho penal, tal como se nos presenta en su aplicación diaria, no se ve confirmado ni obstaculizado seriamente por ninguna de estas concepciones. Es cierto que de ningún modo han quedado ocultos los puntos débiles de cada una de las teorías, pero no se los ha superado, sino que con resignado eclecticismo se ha alzado sobre el pavés a la llamada teoría unificadora, que combina las tres versiones entre sí. Así se dice en la Exposición de motivos de nuestro Proyecto de Código Penal de 1962[15]:

> "El Proyecto no ve el sentido de la pena sólo en que compense la culpabilidad del delincuente. Junto con ello tiene también el sentido general de hacer prevalecer al orden jurídico. Además sirve a determinados fines político-criminales, en primer término al fin de prevenir futuros delitos. Esto puede ocurrir intimidando al delincuente y a los demás para que no cometan tales hechos. Y puede lograrse de modo más duradero, actuando sobre el delincuente para volverlo a ganar para la comunidad. Todos estos fines se consiguen en parte por sí mismos mediante la pena. Pero en el caso concreto se puede también procurar de modo especial conseguirlos con la clase y medida de la pena".

Sin embargo, no nos podemos dar por satisfechos con una acumulación de posibilidades de actuación, tal como propugna teóricamente el Proyecto. Cierto que la teoría unificadora se basa en haber percibido acertadamente que cada una de las concepciones contiene puntos de vista aprovechables, que es erróneo convertir en absolutos. Pero el intento de subsanar estos defectos yuxtaponiendo simplemente tres concepciones distintas tiene por fuerza que fracasar; ya que la mera adición no sólo destruye la lógica inmanente a la concepción, sino que aumenta el ámbito de aplicación de la pena, que se convierte así en un medio de reacción apto para cualquier empleo. Los

[15] P. 96.

efectos de cada teoría no se suprimen en absoluto entre sí, sino que se multiplican. Esto no es sólo inaceptable teóricamente, sino muy grave desde el punto de vista del Estado de Derecho. Si esta anomalía no se ha puesto de manifiesto más claramente aún en la práctica del Derecho, ello se debe a que los tribunales tienen ampliamente en cuenta las decisiones valorativas constitucionales y las exigencias de razón sociopolítica, sin aprovechar el ámbito de juego que se les ofrece por la teoría unificadora. Precisamente por ello, las cuestiones fundamentales jurídico-penales se discuten hoy en su mayoría sin relación con las teorías de la pena, que de ese modo amenazan perder su actualidad práctica. No podemos, empero, renunciar a una concepción teórica cerrada del Derecho penal, porque sólo ella nos puede ofrecer una medida para las numerosas propuestas que surgen en la discusión de la reforma, y porque cada regulación concreta sólo puede cobrar significación dentro del todo y sólo según ello ser valiosa o inútil. Tenemos, por tanto, que intentar contestar ahora nosotros mismos, en la medida en que es posible en el marco de una breve aportación, a la pregunta de nuestro tema.

B

Nuestro punto de partida es que el Derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando con, imponiendo y ejecutando penas, y que esas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada una por separado. En este punto hay que tener ciertamente en cuenta que los distintos estadios de la realización del Derecho penal se estructuran unos sobre otros y que, por tanto, cada etapa siguiente ha de acoger en sí los principios de la precedente. La necesidad de esa consideración gradual se ha hecho patente ya en la breve ojeada que hemos dado. Cada una de las teorías de la pena dirige su mirada unilateralmente a determinados aspectos del Derecho penal –la teoría preventivo-especial a la ejecución, la idea de la retribución a la sentencia, y la concepción preventivo-general al fin de las conminaciones penales– y desatiende a las demás formas de aparición de la potestad penal, aunque cada una de ellas lleve consigo intervenciones

específicas en la libertad del individuo. Como hemos visto, queda fuera del campo visual de todas las teorías de la pena, el comprender que todos los parágrafos, que de momento sólo están sobre el papel, ya requieren una legitimación suficiente aparte de la voluntad subjetiva del legislador. Y sin embargo está claro que tanto la sentencia como el sistema penitenciario mejor y más progresivo carecen de sentido si, a causa de la legitimación penal, se les someten hombres sobre los que pesa injustamente la mácula de delincuentes.

I. Así pues, comenzamos con las conminaciones de pena, y preguntamos: ¿Qué puede prohibir bajo pena el legislador a sus ciudadanos?

En primer lugar, depende de qué campo de actuación le esté atribuido al Estado moderno. Hoy, como todo poder estatal procede del pueblo, ya no se puede ver su función en la realización de fines divinos o trascendentes de cualquier otro tipo. Y si cada individuo participa en el poder estatal con igualdad de derechos, tampoco puede estribar en corregir moralmente por medio de la autoridad a personas adultas, a las que sin embargo se conciba como no ilustrados intelectualmente e inmaduros moralmente. Su función se limita más bien a crear y asegurar a un grupo reunido en el Estado, exterior o interiormente, las condiciones de una existencia que satisfaga sus necesidades vitales. Por lo demás no se puede discutir seriamente la reducción del poder estatal a ese fin, con todo amplio, pero completamente terrenal y racional, salvaguardada totalmente la libertad del individuo para conformar su vida; pues los hombres, por carecer ellos mismos de legitimación, no pueden dar poderes para otra cosa a los conciudadanos que han elegido para legislar y gobernar. Para el Derecho penal ello significa que su fin sólo se puede derivar del Estado y, por tanto, sólo puede consistir en garantizar la vida en común de todos los ciudadanos sin que sea puesta en peligro. La justificación de esta tarea –aunque no la de todo medio aplicable para su consecución– se desprende directamente del deber que incumbe al Estado, de garantizar la seguridad de sus miembros.

Concretamente, en relación con nuestro tema, esto significa que en cada situación histórica y social de un grupo hu-

mano los presupuestos imprescindibles para una existencia en común se concretan en una serie de condiciones valiosas, de las que, por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la libertad de actuación o la propiedad, todo el mundo las tiene presentes; en una palabra: los llamados bienes jurídicos; y que el Derecho penal tiene que asegurar esos bienes jurídicos penando su lesión en determinadas condiciones. En el Estado moderno, junto a esa protección de bienes jurídicos previamente dados, aparece la necesidad de asegurar, si es necesario con los medios del Derecho penal, el cumplimiento de las prestaciones públicas de las que depende el individuo en el marco de la asistencia social por parte del Estado. Mediante esa doble función, el Derecho penal realiza una de las más importantes de las numerosas tareas del Estado; ya que sólo la protección de los bienes jurídicos constitutivos de la sociedad y la garantía de las prestaciones públicas necesarias para la existencia permiten al ciudadano el libre desarrollo de su personalidad, que nuestra Constitución considera presupuesto de una existencia humana digna. De aquí se desprenden dos consecuencias muy importantes en relación al *ius punendi*[16] del Estado:

1. El Derecho penal es de naturaleza subsidiaria. Esto es: sólo se pueden penar las lesiones de bienes jurídicos y las infracciones contra fines de la Previsión Social, si ello es ineludible para una vida comunitaria ordenada. Donde basten los medios del Derecho civil o del Derecho público, ha de retraerse el Derecho penal. En efecto, para la persona afectada cada pena significa un menoscabo en sus bienes jurídicos, de efectos que llegan no pocas veces al exterminio de la existencia, o que en cualquier caso restringen fuertemente la libertad personal. Por ello, y por ser la reacción más enérgica de la comunidad, sólo puede recurrirse a ella en último extremo. Si se la utiliza donde basten otros procedimientos más suaves para preservar o reinstaurar el orden jurídico, le falta

[16] Cfr. sobre esto y lo siguiente, GALLAS, *Heidelberger Jahrbücher*, IX, 1965, p. 1.

la legitimación de la necesidad social, y la paz jurídica se ve perturbada por la presencia de un ejército de personas con antecedentes penales, en mayor medida que lo que pueda ser fomentada por la conminación penal. Vistas así las cosas, el bien jurídico recibe una doble protección: *del* Derecho penal y *antes* del Derecho penal que, empleado exageradamente, provoca precisamente las situaciones que quiere combatir.

En esta idea de subsidiaridad[17], que, en mi opinión, se debe deducir directamente del sentido de la pena, hay ya comprendido todo un programa de política criminal, cuyo dibujo en detalles no es posible hacer aquí. Bastará con algunas sugerencias rápidamente esbozadas:

Según esto, no pertenece al Derecho penal la infracción contra meros preceptos de policía, bien se trate de prohibiciones de aparcamiento, bien de horario de cierre de comercio; para estos casos, basta con sanciones administrativas, que muy bien pueden ser multas. Asimismo no se deberían penar simples perturbaciones del orden público como desorden público grave; remediarlas es tarea de la policía. También hay que poner reparos al método legislativo de proveer a todas las leyes posibles, sin más examinar la necesidad de hacerlo, de un "cinturón protector" jurídico-penal, decretando sencillamente al final de las mismas que será castigado quien infrinja las disposiciones precedentes. Además la asistencia social tiene prioridad en importancia: a las personas gravosas para la comunidad mencionadas anteriormente, como mendigos, vagabundos, etc., se las puede integrar con los medios de aquélla mejor que con sanciones penales, que a menudo sólo consiguen llevar definitivamente al mal camino a tales personas en peligro de ello.

Se debería examinar de esta manera todo el orden jurídico, a fin de emplear el Derecho penal para proteger bienes jurídicos y asegurar metas de las prestaciones vitalmente ne-

[17] Aquí se habla en general del "carácter fragmentario" del Derecho penal. (La expresión procede de Binding). Sobre estas cuestiones, en los ultimos tiempos especialmente MAYER, H., *Strafreform für heute und morgen*, 1962.

cesarias sólo donde no basten para su consecución medios menos enérgicos. Naturalmente que esto presupone una amplia investigación de la realidad del Derecho, así como mucha reflexión sobre las sanciones extrapenales adecuadas. Pero si no nos tomamos ese trabajo ante la reforma del Derecho penal que nos incumbe, habremos omitido plantearle al Derecho penal una de las exigencias más urgentes del Estado de Derecho. Porque es evidente que nada favorece tanto la criminalidad como la penalización de cualquier injusto consistente en una nimiedad.

2. La segunda consecuencia de nuestra concepción es que el legislador no está facultado en absoluto para castigar sólo por su inmoralidad conductas no lesivas de bienes juridicos [18].

El ejemplo típico es el actual § 175 del StGB, todavía mantenido por el Proyecto de 1962. En efecto, actos homosexuales realizados por hombres adultos de común acuerdo y sin publicidad no dañan ni ponen en peligro a nadie, ni por tanto lesionan bien jurídico alguno *. La moral, aunque a menudo se suponga lo contrario, no es ningún bien jurídico –en el sentido en que hemos precisado su concepto deduciéndolo del fin del Derecho penal–. Pues si una acción no afecta al ámbito de libertad de nadie ni tampoco puede escandalizar directamente los sentimientos de algún espectador, porque se la mantiene oculta en la esfera privada, el castigo entonces

[18] De un modo insuperable sobre estas cuestiones, KRAUS, Karl, *Sittlichkeit und Kriminalität*, 1908; ahora fácilmente asequible como libro de bolsillo de la Fischer-Bücherei; vol. 713. En la nueva literatura jurídico-penal JÄGER, H., *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, 1957. Tambien es importante el volumen, de varios autores: "Sexualität und Verbrechen", Fischer-Bücherei, vol. 519/19.

* El texto está escrito en 1966. Pero posteriormente la primera Ley de reforma del Derecho penal (1. StrRG), de 25/6/1969, modifica el § 175 StGB, de modo que ahora sólo castiga la homosexualidad realizada con hombres adultos si el autor abusa de la relacion de dependencia que frente a él tienen tales adultos o si el autor ejerce profesionalmente la homosexualidad; de lo contrario, sólo se castiga la homosexualidad practicada con menores de veintún años. (N. del T.)

ya no tiene fin de protección alguno –en el sentido expuesto más arriba–. Por ello, impedir lo meramente inmoral no entra dentro de la misión del Derecho penal. Es decir, que el enjuiciamiento jurídico-penal no depende en absoluto de la cuestión, que la mayoría de las veces se pone en primer plano, de si una conducta así es más o menos reprobable moralmente.

El Estado tiene que salvaguardar el orden externo; pero no tiene legitimación de ningún tipo para tutelar moralmente al particular. La Iglesia, que cuida de la salvación de almas y de la buena conducta moral de sus miembros, está en una situación completamente distinta; pero ella no hace venir su autoridad del hombre.

Desgraciadamente el legislador no siempre reconoce claramente esta innegable diferencia; aun en el Proyecto de 1962, en los preceptos comprendidos entre el tipo del trato sexual con animales (§ 218) y un parágrafo de nueva creación sobre el "strip-tease", se pena toda una serie de meras contravenciones a la moral, que sin embargo no se pueden discutir ahora en detalle. Y la jurisprudencia es culpable de haber traspasado dichos límites incluso cuando el tenor de la ley no fuerza a ello. Según el § 181 I Nr. 2 del StGB se castiga con presidio a los padres que favorezcan la impudicia de sus hijos, p. ej., permitiendo que su hijo pase la noche con su amiga en una habitación de la casa paterna. Esta disposición comprende un bien jurídico totalmente digno de protección, cuando se trate de menores a los que sus padres deben guardar de perjuicios en su desarrollo (cierto que también a este respecto se podría preguntar si no son más adecuadas las medidas de asistencia social para impedir situaciones de ese tipo). Pero cuando el BGH[19] extiende ese tipo delictivo a novios que ya esperan descendencia, y a hijos mayores de edad, porque debido a su procedencia cualquier persona sigue siendo hijo de sus padres toda su vida, con dicha interpretación del concepto "hijo" está ampliando ese precepto, que en una interpretación correcta habría que limitar a la protección de

[19] BGHSt. 17, 230.

la juventud, y llevándolo a la esfera de las meras infracciones a la moral; pues no se puede afirmar que los que van a ser padres y los hijos adultos todavía necesiten protección. Sería deseable que se impusiera la opinión de que dicha interpretación ni está permitida en un Estado de Derecho ni está amparada por la finalidad del Derecho penal.

Resumiendo, se puede retener, así pues, que las conminaciones penales sólo están justificadas si tienen en cuenta la doble restricción que encierra el principio de protección subsidiaria de prestaciones y bienes jurídicos[20]. En este ámbito el fin de las disposiciones penales es de prevención general. Con arreglo a la naturaleza de las cosas no puede ser de otra manera, porque aquéllas preceden temporalmente al sujeto al que se podrían imponer reacciones retributivas o de prevención especial. Las objeciones que hemos opuesto a que el aspecto de prevención general se convierta en absoluto no existen si se lo aplica del modo propuesto. Pues todo lo que se puede aducir contra una medición de la pena efectuada desde puntos de vista de prevención general –que conduce a penas excesivamente duras y que no se puede justificar en cuanto a la persona del delincuente– no afecta aún en absoluto a las disposiciones penales como tales. En cambio, la objeción de que un fin de prevención general no es adecuado para limitar la potestad penal es en sí convincente incluso respecto de las conminaciones penales, pero se invalida con nuestra restricción de esa finalidad a la protección de bienes jurídicos y prestaciones, así como con la subsidiariedad del Derecho penal al cumplir esas tareas. Y, por último, por lo que respecta a los argumentos contra la efectividad político-criminal de las prohibiciones jurídico-penales, hay que tener en cuenta que las conminaciones penales representan tan sólo la primera de las tres etapas de la eficacia del Derecho

[20] GALLAS, p. 13, menciona ahora el martirizar animales como conducta merecedora de pena, aunque no supone lesión alguna de bienes jurídicos, sino "sólo un acto moralmente reprobable". Pero ¿no se tratara aquí de la protección de un bien jurídico, a saber, el sentimiento de dolor de los animales, por el que se interesa el ordenamiento jurídico por una especie de solidaridad de las criaturas?

penal, las cuales en conjunto y sólo en conjunto agotan el sentido y la misión del Derecho penal. Además, se entiende de un modo demasiado estrecho el concepto de prevención general, si se la reduce a los elementos amenaza e intimidación. Dicho concepto, ante todo, encierra la idea de que el Estado establece en el Código Penal un orden protector obligatorio para todo ciudadano, que le garantiza los bienes jurídicos necesarios para su existencia y le dice qué actividades se le ordena bajo pena que omita. Pues en interés de la prevención general también se tiene que informar sobre el ámbito de lo prohibido a quien no necesita la intimidación. Ésta es una exigencia incuestionable para todo Estado de Derecho, por estar contenida en el principio *nulla poena sine lege*. Si se tiene presente todo ello, habrá que reconocer como válido y seguro en todas las direcciones nuestro primer resultado parcial, es decir, que las conminaciones penales se justifican sólo, y siempre, por la necesidad de protección, preventivo-general y subsidiaria, de bienes jurídicos y prestaciones.

II. Con ello llegamos a la imposición y medición de la pena. Nada parece más indicado que llevar el principio de la prevención general hasta introducirlo en la actividad judicial, ya que la fuerza de prevención general de los parágrafos quedaría en nada si no hubiera realidad alguna tras ella. Con arreglo a esa idea dice también Feuerbach [21] sobre la imposición de la pena: "El fin de la imposición de la misma es fundamentar la efectividad de la amenaza legal, en cuanto que sin ella esa amenaza sería vana (ineficaz)". Consecuentemente, el fin último de la imposición de una pena es, en su opinión, "asimismo mera intimidación de los ciudadanos por medio de la ley".

Si, como hemos hecho, se rechaza la retribución como fin de la imposición de la pena, no se puede discutir que hay un fondo acertado en esa deducción. Esto se ve claro especialmente cuando en el caso concreto queda excluida de antemano una finalidad de prevención especial, como p. ej. en los procesos anteriormente mencionados y hoy tan de actualidad, seguidos contra asesinos nacionalsocialistas. ¿Por qué tienen que ser

[21] *Lehrbuch*, § 16 (p. 39).

castigados esos hombres, aunque ya no son peligrosos? ¡Traigamos a la memoria el famoso caso de la demostración de Kant, que lleva al extremo límite la problemática teórica del Derecho penal, y supongamos hipotéticamente por un momento que la población de la isla disolviera realmente su organización estatal y se dispersara por los cuatro vientos! Entonces creo yo que habría que dejar en libertad a esos asesinos y abandonarlos en manos de la justicia de Dios; pues su punición ya no podría servir para fines terrenos, únicos a los que el Derecho humano se tiene que constreñir. Ahora bien, como en la realidad nosotros seguimos viviendo juntos, tenemos que castigar a esos asesinos conforme a Derecho. Si no lo hiciéramos, el Estado estaría despreciando la garantía de vida de su ordenamiento jurídico, y cada futuro asesino podría ampararse en que, si a esos otros no se los castiga, del mismo modo y en justicia, él tiene que escapar a la pena. Una protección que sólo se otorga según las circunstancias ya no es una garantía jurídica, sino ejercicio de la arbitrariedad por parte del Estado.

La antiquísima idea de la inviolabilidad del ordenamiento jurídico, que se plasma como definitivamente válida y de un modo lapidario en la frase "el Derecho tiene que seguir siendo Derecho" (salmo 94,15), tiene su fundamento racional en estas consideraciones. Se trata de una razón de prevención general, aunque ciertamente tampoco se puede entender aquí este concepto en el sentido de mera intimidación, sino que hay que añadirle la significación, más amplia, de salvaguardia del orden jurídico en la conciencia de la comunidad. Naturalmente que todo esto, a más de en esas especiales constelaciones de casos, también es válido para delitos corrientes. Si la comunidad jurídica pasara por alto una vez un robo con fractura o un atraco a una caja de ahorros, todo futuro ladrón o atracador podría alegar en su favor que él también podrá cometer por lo menos un hecho de este tipo sin castigo; con ello, a la larga quedaría derogado el ordenamiento juridico [22].

[22] Creo también que en ello estriba lo que sigue siendo válido del contenido de la concepción de Hegel. La pena es "supresión del delito que, de lo contrario, se impondría, y es el restablecimiento del Derecho" (*Rechtsphilosophie*, § 99).

Si, como se ha expuesto, también en la imposición de la pena conserva su validez la finalidad de prevención general que atiende a la protección del ordenamiento como un todo, se nos vuelven a presentar con igual fuerza las objeciones contra esta teoría, que al principio considerábamos justificadas, pero que refutamos con éxito al justificar las conminaciones de pena. Ciertamente no se puede desconocer que en la mayoría de los casos de imposición de una pena late también un elemento de prevención especial, en cuanto que aquélla intimidará al delincuente frente a una posible reincidencia y mantendrá a la sociedad segura de éste al menos durante el cumplimiento de la pena. Pero si se observa más exactamente, el componente de prevención especial de la sentencia penal también tiene un fin último de prevención general. Pues como quiera que los esfuerzos de resocialización en favor del sujeto sólo pueden comenzar con la ejecución de la pena, lo primero que la condena en sí misma hace efectiva es la dura restricción de la libertad del delincuente, una restricción que se hace no en interés suyo, sino en el de la comunidad, y que por tanto sirve a otros, no a él. No nos debe inducir a error la retórica idealista del beneficio que se le hace al delincuente con la punición, sino que hay que reconocer sencilla y sobriamente que el fin de aquélla es la salvaguardia del orden de la comunidad, para poder preguntar sobre esta base si está justificado aplicar una pena al particular para conseguir esa meta.

Así pues, lo que se pone a discusión no es la adecuación del fin, sino la conformidad a Derecho del medio; si, como afirma Kant, y con él gran parte de la doctrina hoy dominante, no se puede admitir bajo ningún pretexto –por ser contrario a la dignidad humana– que se dé cabida en la imposición de la pena a consideraciones de prevención general, no está nada clara su justificación. Quizá se trate en realidad solamente del poder del más fuerte. A esto se suma que con la fundamentación dada hasta ahora no podemos encontrar límite alguno a la duración de la pena, y que en cambio una sanción muy rigurosa fortalecería aún más claramente la inviolabilidad del ordenamiento jurídico. Pero ¿realmente puede considerarse conforme a Derecho tal sacrificio del particular en interés de la colectividad?

La respuesta negativa a esta pregunta está fuera de duda después de todo lo que ya dijimos en nuestra ojeada histórica. Un ordenamiento jurídico, para el que el particular no es objeto, sino titular del poder estatal, no puede desnaturalizarlo convirtiéndolo en medio de intimidación. Las cualidades de sujeto y persona del hombre se oponen a ello. Ahora bien, con estas reflexiones ya se ha abierto el camino a la solución de nuestro problema: La imposición de la pena estará justificada, si se consigue compaginar su necesidad para la comunidad jurídica con la autonomía de la personalidad del delincuente, que el Derecho tiene que garantizar asimismo. Estos dos puntos de vista no se excluyen en absoluto, como muchas veces se cree. En efecto, si el Estado debe asegurarle sus bienes jurídicos al ciudadano, a la inversa, cada miembro de la sociedad tiene que hacer por su parte todo lo que sea necesario para que se cumpla esa tarea común; esto es, dentro de los límites que veremos a continuación, tiene que cargar con la pena necesaria para el mantenimiento de dicho ordenamiento, igual que, por ejemplo, también tiene que soportar el deber del servicio militar o del pago de impuestos, sin que por ello se lesione su dignidad humana. El particular no se ve colocado –por decirlo en palabras de Kant– entre los "objetos del Derecho de cosas" sólo porque se le impongan deberes en interés de la comunidad; esto sólo sucede si ya no se lo juzga según la medida de su persona, sino según su mera utilidad para los fines de otros. De aquí se siguen dos consecuencias para el procedimiento penal y la imposición de la pena:

1. Durante el procedimiento no se puede someter al particular a ningún trato que lo prive de la libre determinación de sus declaraciones: el lavado de cerebro, el detector de mentiras, el suero de la verdad, la hipnosis, torturas, amenazas, etc., son sencillamente inadmisibles para obtener confesiones, ya que las reacciones provocadas por tales medios no son manifestaciones de la libre personalidad del inculpado. Así pues, los intereses del provecho general chochan aquí muy pronto con un límite. Numerosos delincuentes tienen que ser absueltos, porque no es lícito emplear los medios que

podrían probar su culpabilidad. Hoy nos parece esto algo que se entiende por sí mismo y que, aunque en el § 36 a, de la StPO * se declara expresamente, apenas es digno de mención. Pero hay que pensar que durante milenios se ha usado de dichas prácticas prohibidas sin la menor consideración y que todavía hoy están en boga en muchas partes del mundo. Por eso es necesario mencionar claramente en una teoría de la pena ese presupuesto de justificación que limita enérgicamente la idea de prevención general.

2. La segunda consecuencia es controvertida y quizá sorprendente en un principio para el que haya seguido hasta aquí el curso de nuestros pensamientos: La pena no puede, en mi opinión, sobrepasar la medida de la culpabilidad. Así pues, la culpabilidad, a la que hemos declarado inadecuada para fundamentar la potestad penal estatal, sin embargo ahora debe servir para limitarla. ¿Cómo es ello posible? Pues bien, esto es necesario porque los conceptos de dignidad humana y autonomía de la persona, que presiden nuestra Ley Fundamental y la tradición occidental, indiscutiblemente presuponen al hombre como ser capaz de culpabilidad y responsabilidad. Como es conocido, no se puede decidir con seguridad si esa imagen de hombre, constitutiva para el ordenamiento de nuestra comunidad, es acertada con arreglo a las ciencias del ser, o si quizá no habría que caracterizar al *homo sapiens* más bien como un peligroso animal de presa o como una máquina complicada. Pero esto no cambia nada del hecho de que los hombres –de acuerdo con su relativa "ligazón a los instintos" y con "la apertura al mundo" condicionada por lo primero y necesitada de orientación por unas normas[23]– existen en todos los tiempos con la conciencia de

* Abreviatura de "Strafprozessordnung", es decir, el equivalente a nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. (N. del T.)

[23] A R. Lange le corresponde particularmente el mérito de haber hecho provechosas para el Derecho penal las modernas investigaciones antropológicas. Cierto que sus resultados no pueden decidir la pugna sobre el libre albedrío; pero puede poner de manifiesto que la orien-

libertad y responsabilidad, y de que materialmente no pueden por menos de conformar su vida en común según proyectos conforme a un sentido, que ciertamente no se puede probar con los métodos de las ciencias naturales que sean "correctos", pero que tienen, con total independencia de ello, su legitimación en cuanto decisión de la sociedad para crear un orden libre y conforme al Estado de Derecho. Ahora bien, así encuadrado, el concepto de culpabilidad, que en cuanto realidad experimental no se puede discutir, tiene la función de asegurar al particular que el Estado no extienda su potestad penal en interés de la prevención general o especial mas allá de lo que corresponde a la responsabilidad de un hombre concebido como libre y capaz de culpabilidad. Así evitamos la mala conciencia que tendríamos si empleásemos la culpabilidad para justificar medidas retributivas, ya que esta utilización del concepto de culpabilidad para coartar el poder de la autoridad actúa exclusivamente en favor del ciudadano y de sus posibilidades de desenvolvimiento. Precisamente por ello se puede dejar en suspenso tranquilamente la cuestión del libre albedrio, a la que honradamente no podemos dar una respuesta concluyente; incluso quien crea que hay que negarlo, sin embargo debería reconocer el principio de culpabilidad en la esfera normativa de las regulaciones ordenadoras de la sociedad, como una disposición de la comunidad jurídica, que protege al particular de la superioridad de un poder estatal que violara la personalidad de aquél. Si se quisiera negar la culpabilidad incluso como concepto limitador de la pena, ello no iba a significar que se absolviera a todo el mundo. La consecuencia sería únicamente que ya nada podría impedir al Estado imponer sin límites penas terroristas a los solos fines de motivación.

---

tación según módulos normativos corresponde al modo de ser humano. De los numerosos trabajos de Lange sobre la materia mencionaré: "Wandlugen in den kriminologischen Grundlagen der Strafrechtsreform", *Juristentags-Festschrift*, 1960, pp 345 y ss.; "Die moderne Anthropologie und das Strafrecht" en el volumen de varios autores *Schuld – Verantwortung – Strafe*, ed. por Frey, 1964, pp. 277 y ss.

Formulando lo anterior del modo más sencillo: hay una diferencia fundamental entre utilizar la idea de culpabilidad para entregar al particular a merced del poder del Estado, y emplearla para preservarlo del abuso de dicho poder. La cuestión de si la culpabilidad da derecho al Estado a la retribución, o si más bien es el medio de mantener dentro de unos límites los intereses de la colectividad frente a la libertad individual, me parece más importante para el Derecho penal que la de la existencia de culpabilidad en general. La respuesta sólo puede ser en el sentido de la segunda alternativa; ya no sólo debido, como se expuso anteriormente, a lo dudoso de la idea de retribución, sino ante todo también porque la dignidad del hombre proclamada por la Ley Fundamental es un derecho de protección frente al Estado y no puede ser trastocada en una facultad de ingerencia.

De ello se sigue para la justificación de la pena que, en tanto se pueda imputar su hacer a la persona del delincuente, éste estará obligado en atención a la comunidad, a cargar con la pena. Esto es justo y legítimo, no porque aquél tuviera que soportar, debido a un imperativo categórico, que otros le inflijan un mal, sino porque como miembro de la comunidad tiene que responder por sus hechos en la medida de su culpabilidad para la salvaguardia del orden de aquélla. De este modo no es utilizado como medio para los fines de otros, sino que, al coasumir la responsabilidad por la suerte de otros, se le confirma su posición de ciudadano con igualdad de derechos y obligaciones. Quien no quiera reconocer esto como justificación de la pena tendrá que negar la existencia de deberes públicos y, con ello, en definitiva, el sentido y misión del Estado.

Ciertamente hay que tomarse en serio la idea de que están absolutamente prohibidas las penas inadecuadas a la culpabilidad. Por consiguiente, es inadmisible, para citar un ejemplo actual, dictar contra una persona intelectualmente limitada que, inducida por personas de edad, pinta cruces gamadas en las paredes, una pena dura y que sobrepase ampliamente su culpabilidad comparativamente escasa, sólo para que otros se abstengan de esa fechoría. Como tampoco se puede estatuir en los delitos de tráfico, por muy importan-

te que sea la contención de esos delitos, penas ejemplares que no estén cubiertas por el grado de culpabilidad personal. En una palabra: el fin de prevención general de la punición sólo se puede perseguir en el marco de la culpabilidad individual. Si se va más allá y por tanto se hace expiar al autor por las presuntas tendencias criminales de otros, se atenta en realidad contra la dignidad humana[24]. Pues la eficacia protectora de este concepto consiste precisamente en que el particular es para el orden jurídico la medida de todas las cosas, en cuanto que tiene que responder con su persona sólo por aquello de lo que conceptualmente esa persona es culpable. Pero respecto al futuro comportamiento de terceros, nada puede aquél; si se lo castiga por ello, dicho castigo, por muy dura que suene la comparación, sería de la misma categoría que la responsabilidad por el azar o la responsabilidad por la estirpe.

Así pues, el principio de culpabilidad, si se lo separa de la teoría de la retribución, a la que equivocadamente se lo suele considerar indisolublemente unido, es un medio imprescindible en un Estado de Derecho para limitar la potestad penal estatal[25].

Esto lo pasan por alto aquellos que quieren acabar con dicho principio en interés de un supuesto progreso. Así, p. ej., cuando Bauer[26] dice, en su polémica contra la idea de

[24] Cfr. sobre ello WARDA, *Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht*, 1962, p. 162; BRUNS, *Festschrift für v. Weber*, 1964, p. 75; BADURA, *JZ* 1964, pp. 337 y ss.

[25] Aquí estriba también la importancia de la discusión que se sostiene en Derecho penal sobre la "imagen del hombre". Sería incorrecto querer penalizar este o aquel comportamiento, invocando una determinada "imagen del hombre". Pero es necesario tomar por base del orden jurídico la imagen de un ciudadano dispuesto al libre desarrollo de su personalidad y participe de una dignidad humana inviolable, para precaverse de los peligros de la coacción colectivista. De la literatura existente citamos: JESCHECK, *Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform*, 1957; MAIHOFER, en *Gesellschaftliche Wirklichkeit im 20. Jhdt. und Strafrechtsreform*, Berliner Universitätstage 1964, p. 5.

[26] *Das Verbrechen und die Gesellschaft*, 1957, p. 246; cfr. también su trabajo "Die Schuld im Strafrecht", en *Club Voltaire* I, 1963, p. 114.

culpabilidad, que el Derecho penal se aproxima "más a la lucha contra las epidemias o a la regulación del suministro de gas y agua que a lo que comúnmente se designa como ética o moral", desconoce que un orden jurídico que –si se nos permite exagerar la comparación provocadora– considerase y tratase a los delincuentes como a ratas que hay que combatir en interés de la higiene pública, difícilmente llevaría a esa humanización de las sanciones estatales por la que lucha tan apasionadamente.

También es una medida desacertada el que en el Proyecto de nuestro futuro Código Penal se haya vuelto a suprimir posteriormente la frase: "La pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad", y se la haya sustituido por esta incolora fórmula: "La culpabilidad del autor es fundamento de medición de la pena"[27]. La nueva formulación es peor no sólo porque se aproxima a la teoría retributiva, mientras que el tenor originario acertadamente sólo atendía a la función limitativa de la pena del principio de culpabilidad, sino ante todo porque la nueva quiere admitir dentro de ciertos límites que por motivos preventivos se sobrepase la pena que sería adecuada a la culpabilidad. Esto seguramente puede ser conveniente con frecuencia, como siempre han alegado los defensores de la modificación; pero la justificación de la pena no depende de la conveniencia, sino de la justicia[28]. Por lo demás, todo

---

Por supuesto que por ello no es menos digno de atención lo que aduce contra el principio de la retribución.

[27] Así el § 60 I del P 1962 en lugar del § 2 de la versión originaria del Proyecto. La *Comisión especial de la Dieta Federal alemana para la reforma del Derecho penal* ha vuelto ahora acertadamente a la antigua formulación. Cfr. también sobre este problema las sesiones del 43er DJT II, Parte E, 3ª secc., 1962.

[28] Contra esto no convence la objeción de que la culpabilidad no es una magnitud mensurable y que, por ello, de antemano está claro que no puede cumplir la función de limitación que se le atribuye. Pues para la praxis es una cuestión llena de significado saber si un Tribunal puede aumentar por motivos de prevención general la pena que ha considerado adecuada según los principios generales de medición de la pena.

lo dicho vale exactamente igual para la prevención especial. Puede ser todo lo provechoso que se quiera transformar mediante varios años de trabajo reeducativo al mendigo notorio en un afanoso tenedor de libros; pero el escaso contenido de culpabilidad en su conducta prohíbe al Derecho penal hacerse cargo de tal tarea[29].

En cambio, es lícito quedar por debajo de la pena adecuada a la culpabilidad. Cierto que para una teoría retributiva consecuente está prohibido tal proceder, pues significa renunciar parcialmente al sufrimiento penal compensatorio[30]. Pero para nosotros está permitido e incluso es necesario según el principio de subsidiariedad, que ya desarrollamos al justificar las conminaciones penales, si en el caso concreto se puede restaurar la paz jurídica con sanciones menos graves.

La institución de la condena condicional se corresponde directamente con la concepción aquí mantenida; dicha posibilidad de suspensión debería* preverse incluso para penas de prisión de más de nueve meses[31]. Por lo demás el prin-

[29] No es objeto de este trabajo determinar hasta qué punto se pueden imponer en estos casos medidas de seguridad, para las que es indiferente la culpabilidad. Pero es evidente que para ello también es necesaria una legitimación de Estado de Derecho, que precisa una fundamentación no menos cuidadosa que la de la pena.

[30] Muy significativamente, la exposición de motivos del P 1962 habla también del "peligro de que la medición de la pena pudiera discordar demasiado hacia abajo del quántum de pena que la gravedad de la culpabilidad exija".

* Esta propuesta de Roxin se ha convertido entretanto en realidad en su país. En efecto, mientras que el § 23 ap. I del StGB vigente en el año de la 1ª publicación del presente trabajo (1966) no admitía la condena condicional para penas primitivas de libertad de más de nueve meses, el nuevo § 23 –introducido por la 1ª Ley de reforma del Derecho penal (1. StrRG) de 25/6/1969– ya la admite en su ap. I para penas privativas de libertad que no excedan de un año, y excepcionalmente para las que no excedan de dos años (ap. II); e igual regulación prevé el § 56, aps. I y II, de la nueva Parte General del StGB. (N. del T.)

[31] Sobre ello, acertadamente, KAUFMANN, Hilde, *Gedächtnisschrift für Grünhut*, 1965, p. 1.

cipio de subsidiariedad también encierra en sí todo un haz de exigencias de reforma para la imposición de la pena; sólo mencionare la sustitución de penas privativas de libertad de breve duración por multas, así como por órdenes e imposición de cargas. También en este aspecto quedan cosas por mejorar en nuestro Código penal y en los planes de reforma habidos hasta hoy.

Resumiendo, se puede decir sobre la segunda fase de eficacia del Derecho penal, que la imposición de la pena sirve para la protección subsidiaria y preventiva, tanto general como individual, de bienes jurídicos y de prestaciones estatales, mediante un procedimiento que salvaguarde la autonomía de la personalidad y que al dictar la pena está limitado a la medida de la culpabilidad. Se puede ver que de esta forma se conserva el principio de prevención general, reducido a las exigencias del Estado de Derecho, y se completa con los componentes de prevención especial de la sentencia, pero que simultáneamente, mediante la función limitadora del concepto de libertad y culpabilidad en consonancia con nuestra Ley Fundamental, se borran los reparos que se oponen a que se tenga en cuenta aquel principio en el quantum de pena.

III. Finalmente, la ejecución constituye el tercero y último estadio de la realización del Derecho penal. Como quiera que la pena exclusivamente sirve –según vimos– a fines racionales y debe posibilitar la vida humana en común y sin peligros, la ejecución de la pena sólo puede estar justificada si persigue esta meta en la medida en que ello es posible, es decir, si tiene como contenido la reincorporación del delincuente a la comunidad. Así pues, sólo está indicada una ejecución resocializadora. El que la idea de educación social mediante la ejecución de la pena sea tan conveniente inmediatamente, se debe a que en ella coinciden de antemano y ampliamente los derechos y deberes de la colectividad y los del particular, mientras que en la conminación e imposición de la pena sólo se los pudo poner de acuerdo mediante un complicado sistema de limitaciones recíprocas. En efecto, el interés de la comunidad en recuperar al delincuente tras cumplir su pena como miembro apto para la vida y fiel al Derecho, se corres-

ponde asimismo con el verdadero bien del condenado y con la idea de desarrollo de la personalidad en consonancia con el artículo 2 de la GG.

En cambio, no es cierto que –como opinan de modo unilateral algunos defensores de la finalidad resocializadora– esa idea justifique el Derecho penal por sí sola y que por tanto se puedan descuidar las etapas precedentes en las que todavía no puede ser eficaz. Por el contrario, el afán de resocializar sólo es legítimo y fructífero bajo todos los aspectos en el sentido descrito dentro de los límites que con anterioridad hemos trazado cuidadosamente.

Ello quiere decir que no es licito resocializar con ayuda de sanciones jurídico-penales a personas que no se han hecho culpables de agresiones insoportables contra el orden de los bienes jurídicos, por muy degeneradas e inadaptadas que sean esas personas. Si se ignora este punto de vista, amenazará el peligro de una unificación colectivista que ahogue el libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, las consecuencias de la garantía constitucional de la autonomía de la persona deben respetarse también en la ejecución de la pena. Aunque tenga eficacia resocializante, está prohibido un tratamiento coactivo que interfiera la estructura de la personalidad; lo que es válido tanto frente a la castración de delincuentes sexuales como frente a la operación cerebral que transforma contra su voluntad al brutal camorrista en un soñador dulce y obediente.

Por otro lado, tampoco cabe eliminar completamente de la fase de ejecución el punto de partida de prevención general, pues está claro que la especial situación coercitiva, en la que entra el individuo al cumplir la pena privativa de libertad, trae consigo graves restricciones a la libertad de conformar su vida, de las que, en atención a la efectividad de las conminaciones penales, no se puede prescindir en los delitos graves, ni siquiera aun cuando, p. ej., renunciar a una pena privativa de libertad fuera más útil para la resocialización. Por eso tampoco será posible en el futuro la condena condicional para delitos de carácter claramente capital.

Sin embargo, en tanto la autonomía de la personalidad del condenado y las exigencias ineludibles de prevención gene-

ral lo permitan, los únicos fines de ejecución lícitos son los resocializadores. Concretamente, es inadmisible causar mal al sujeto sólo por el mero fin de retribución. Por el contrario, como quiera que el establecimiento de la paz jurídica es lo único que legitima a la pena, ésta tiene que adquirir un sentido constructivo; lo que también es posible cuando la personalidad del sujeto no necesita de una especial promoción terapéutico-social.

Así pues, en el caso limite del que se convirtió en asesino por una motivación irrepetible, hay que ejecutar la pena de modo que se dé oportunidad al sujeto de ejercitar sus fuerzas en el establecimiento de un modo productivo y según sus aptitudes, y de que de ese modo el producto de su trabajo llegue a los herederos de la víctima o bien a personas necesitadas. Si se entiende el concepto de resocialización en un sentido algo más amplio como reparación del daño, incluso en esos casos puede el delincuente con su honrado esfuerzo conseguir fuerzas constructivas para su personalidad, en vez de que la pena de varios años de privación de libertad tenga como consecuencia un embrutecimiento prematuro al ir vegetando abúlicamente el sujeto, como ocurre hoy en día. En definitiva, también en penas privativas de libertad por tiempo breve hay que dar más cabida de lo que hasta ahora se ha dado a la idea de reparación de daños.

Cuando, aparte de esto, lo primero que hay que hacer es conducir la personalidad del sujeto al camino recto, como naturalmente es el caso con la mayoría de los presos, el modo de intentarlo no es moralizar en tono magistral, sino formar intelectual y espiritualmente, despertar la conciencia de la responsabilidad y activar y desarrollar todas las fuerzas del delincuente, y especialmente sus particulares aptitudes personales. Por tanto, la personalidad del delincuente no debe verse humillada ni menos dañada, sino desarrollada. El criminal no es, como cree el profano, el hombre fuerte, cuya voluntad de animal de presa hay que quebrantar, sino un hombre normalmente débil, inconstante y minusdotado, con rasgos psicopáticos a menudo, y que intenta compensar por medio de delitos su complejo de inferioridad provocado por su deficiente aptitud para la vida. Para ayudarlo y ayudarnos

así todos nosotros, se precisa la cooperación de juristas, médicos, psicólogos y pedagogos. No es posible ahora precisar los detalles de tal programa de resocialización; pero todo el mundo sabe que la realidad de nuestro sistema penitenciario no corresponde en múltiples aspectos ni siquiera a exigencias de las más modestas de ese tipo. Todos los expertos están de acuerdo en que la ejecución de la pena es el punto más débil de nuestra praxis del Derecho penal y que necesita la reforma mucho más urgentemente que el Derecho material.

Por otra parte, hay que prevenirse frente a utopías de mejora demasiado de color de rosa. Cualquier esfuerzo resocializador sólo puede ser una oferta al delincuente para que se ayude a sí mismo con el trabajo, pero tiene que fracasar cuando no está dispuesto a ello. Además siempre habrá otros que volverán a tropezar por debilidad. Nunca será posible acabar con la criminalidad completamente y para siempre, pues va añadida como lado tenebroso a la vida social, del mismo modo en que difícilmente hay una existencia individual sin falta o sin tragedia. Pero esto no desvincula a la sociedad de la obligación que tiene frente al delincuente. Así como *éste* es co-respondable del bienestar de la comunidad, *ésta* no puede eludir la responsabilidad por la suerte de aquél[32]. Sólo si esta compenetración prueba su eficacia en la ejecución de la pena y en la posterior reincorporación del delincuente a la comunidad, se podrá decir con la conciencia tranquila que la pena está justificada en su totalidad.

IV. Con esto llegamos al final. Si quisiéramos perfilar en una frase el sentido y límites del Derecho penal, podríamos caracterizar su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos y prestaciones de servicios estatales mediante prevención general y especial que salvaguarde la personalidad en el marco trazado por la medida de la culpabilidad individual. Se trata, si se me permite darle un nombre a esta concepción, de una teoría unificadora dialéctica, que hay que distinguir

[32] Sobre la idea de "co-responsabilidad", cfr. especialmente NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, 1962.

estrictamente, tanto metodológicamente como por su contenido, de las tradicionales teorías monistas, así como de la teoría dominante de la unificación por adición. Esto precisa, por último, de una explicación a modo de breve resumen:

1. Las teorías monistas, ya atiendan a la culpabilidad, ya a la prevención general o especial, son falsas necesariamente porque, cuando se trata de la relación del particular con la comunidad y con el Estado, la realización estricta de un solo principio ordenador tiene como consecuencia forzosamente la arbitrariedad y falta de libertad. Este fenómeno nos es conocido en las constituciones estatales: lo mismo el dominio ilimitado del pueblo que el dominio de un individuo, clase o partido conducen a la dictadura. Igualmente sucede en la vida económica: un liberalismo ilimitado trae consigo irremisiblemente, como lo demuestran ejemplos históricos, la explotación y opresión de la mayoría por una minoría dominante; y en una economía planificada consecuente, que cabría considerar como lo contrario de aquél, ocurre exactamente lo mismo. La pureza del modelo [33] es una consideración fundamental en toda problemática social, que satisface ciertamente a doctrinarios formalistas, pero que nunca logra abarcar toda la complejidad de los fenómenos. Ya hemos visto al principio a qué conduce esto en las teorías de la pena: la intimidación unilateral, el tratamiento del delincuente sin restricciones y tendente a la adaptación social, y la amplia retribución de la culpabilidad, obediente a un mandato metafísico, convierten al Derecho penal, en vez de en una fuerza protectora y constructiva, en un instrumento de opresión y que esclaviza la disposición anímica, tanto más cuanto más radicalmente se ponga en práctica el principio respectivo. La historia de la justicia penal es claramente ilustrativa a este respecto.

2. Nada de esto cambia con una teoría unificadora aditiva, es decir, que acumula en una mera adición los puntos de

[33] Cfr. sobre ello, desde una perspectiva de teoria del Estado, HUBER, E. R., *Nationalstaat und Verfassungsstaat*, 1965, pp. 249, 269 y passim.

vista particulares. Al contrario: al permitir pasar al primer plano tan pronto este como aquel punto de vista, y al permitir emplear, en lugar de una facultad de ingerencia ya demasiado amplia, nada menos que tres, no hace sino perfeccionar el sistema de reglamentación. Gracias a Dios, por el momento ni se practica ni se defiende seriamente esta teoría. Si hoy se la invoca, ello no es sino un tímido testimonio de falta de puntos de vista prácticos y desorientación teórica. Pero debería quedar claro de una vez que esta teoría, o bien no quiere decir nada y es, por tanto, superflua, o, si se la toma al pie de la letra, es extremadamente peligrosa.

3. En cambio, una teoría unificadora dialéctica, como la que aquí se mantiene, pretende evitar la exageración unilateral y dirigir los diversos fines de la pena hacia vías socialmente constructivas, al lograr el equilibrio de todos los principios mediante el procedimiento de restricciones recíprocas. También aquí podemos poner como ejemplo el orden político del Estado: las mejores Constituciones son las que, a través de la división de poderes y un sistema ramificado de otros controles al poder, integran su Derecho con todos los puntos de vista y proporcionan al particular el máximo de libertad individual; la mejor constitución económica es la unión de principios del Estado social y del liberal. Y lo mismo rige para el Derecho penal, que sirve igualmente al orden comunitario en el ámbito correspondiente: La idea de prevención general se ve reducida a su justa medida por los principios de subsidiaridad y culpabilidad, así como por la exigencia de prevención especial que atiende y desarrolla la personalidad. La culpabilidad no justifica la pena por sí sola, sino que únicamente puede permitir sanciones dentro de lo imprescindible por motivos de prevención general y en tanto no impida que la ejecución de la pena se conforme bajo el aspecto de prevención especial. Y, como hemos visto, de la misma manera la totalidad de los principios restantes preservan la idea de corrección de los peligros de una adaptación forzosa que violara la personalidad del sujeto.

Se puede denominar dialéctica dicha concepción, en cuanto que acentúa lo antitético de los diversos puntos de vista

e intenta reunirlos en una síntesis. Dicho procedimiento no es un esquema constructivo, sino que viene prefijado por la naturaleza de las cosas. En efecto, la realidad social exige terminantemente que la comunidad esté protegida de agresiones del individuo, pero también que el individuo lo esté de la presión excesiva por parte de la sociedad. Y el delincuente mismo, por una parte, es una persona débil y urgentemente necesitada de tratamiento terapéutico-social, pero por otra parte hay que concebirlo de acuerdo con la idea de hombre libre y responsable, porque un ordenamiento jurídico que tiene una idea demasiado pequeña del hombre termina convertido en pupilaje y falta de libertad. Esta doble polaridad entre individuo y colectividad, y también entre el fenómeno empírico y la idea del hombre, constituye el campo de tensión de toda problemática social, que en cada caso también se representa en su totalidad por un fragmento como el que contiene el Derecho penal. Una teoría de la pena que no quiera quedarse en la abstracción o en propuestas aisladas, sino que pretenda corresponder a la realidad, tiene que reconocer esas antítesis inherentes a toda existencia social para –conforme al principio dialéctico– poder superarlas en una esfera superior; es decir, tiene que crear un orden que muestre que un Derecho penal en realidad sólo puede fortalecer la conciencia jurídica de la generalidad en el sentido de la prevención general si al mismo tiempo preserva la individualidad de quien le está sometido; que lo que la sociedad hace por el delincuente, en definitiva, también es lo más provechoso para ella; y que sólo se puede ayudar al criminal a superar su inidoneidad social de manera igualmente fructífera para él y para la comunidad, si con toda la consideración de su debilidad y de su necesidad de tratamiento no se pierde de vista la imagen de la personalidad responsable para la que está dispuesto.

Precisar en todos sus detalles esta concepción que aquí sólo se ha esbozado en cuanto a los objetivos y a algunas líneas fundamentales, y llevarla a la práctica, es la tarea que todavía en gran parte tenemos por delante.

NOTA POSTERIOR A LA PRIMERA PUBLICACIÓN

El presente trabajo fue escrito para introducir a los estudiantes en la problemática global de la pena estatal; por eso se indica en las notas a pie de página la literatura que me parece especialmente importante para ocuparme de la materia en profundidad. Mi concepción fundamental de la "teoría unificadora dialéctica" ha sido poco contradicha (cfr. al respecto las tomas de posición de los Tratados y Comentarios de Derecho penal); en cambio, sigue discutiéndose su concreción en cuanto a que la "culpabilidad" es sólo el límite, pero no el fundamento de la pena estatal. La discusión mas extensa es la mantenida por Arthur Kaufmann en: "Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht" (*JZ* 1967, pp. 553-560). Kaufmann objeta que la culpabilidad, en cuanto que limita la extensión de la pena, es una condición necesaria de la pena y, por tanto, también la fundamenta simultáneamente. Esto es lógicamente correcto. Pero yo me refería a lo siguiente: mientras la media de la culpabilidad por sí sola limita la pena, en cambio la culpabilidad por sí sola no puede fundamentar la pena. Una conducta culpable sólo justifica sanciones jurídico-penales en tanto en cuanto son necesarias por razones de prevención general o especial. En esta forma, con la que también está conforme Arthur Kaufmann, los autores del Proyecto Alternativo desarrollaron de común acuerdo dicha idea, plasmada en el § 59, ap. 2, del PA: "Sólo se agotará la medida determinada por la culpabilidad del hecho en tanto lo requiera la reintegración del sujeto a la comunidad o la protección de los bienes jurídicos". El juez debe quedar por debajo de la medida de la culpabilidad al imponer la pena, en tanto lo permitan las exigencias de prevención especial y general. La cuestión sobre si esta exigencia merece ser bien acogida desde el punto de vista de política criminal, o si, por el contrario, debe rechazarse por "socavar la idea de culpabilidad", sigue siendo hasta hoy objeto de vivas controversias. La discusión se abrió en un amplio frente con las conferencias y debate del Congreso de profesores de Derecho penal de Munster en 1967 (*ZStW*, t. 80, 1968, pp. 1-135);

en el siguiente artículo sobre "Franz von Liszt y la concepción políticocriminal del Proyecto Alternativo" he intentado recogerla y proseguirla. La 1ª Ley de reforma del Derecho penal, de 25/6/1969, ha creado un compromiso poco claro con el nuevo § 13, ap. 1, del StGB, en cuanto por una parte declara que "la culpabilidad del sujeto" es "fundamento de la medición de la pena" (párr. 1), pero por otra parte accede a considerar también "los efectos que de la pena se puedan esperar para la vida futura del sujeto en la sociedad" (párr. 2) y la "defensa del orden jurídico" (§§ 14, ap. 1; 23, ap. 3). Sobre la polémica con la concepción teórica sobre la pena de los manuales de Baumann, Jescheck, Schmidhäuser y Stratenwerth, puedo remitir a mis recensiones en *ZStW* 80 (1968), pp. 694 y ss.; 82 (1970), pp. 675 y ss.; 83 (1971), pp. 369 y ss.; 84 (1972), fascículo 4. Con particular claridad vuelve a mantener ahora el punto de vista de la teoría retributiva aquí rechazada, Maurach en la reciente edición de nuestro Tratado más extenso sobre Parte General (4ª ed., 171): "La propiedad más elevada de la pena retributiva es... su majestad desvinculada de fines, como se expresa en la exigencia de Kant de que, en el caso de disolución voluntaria de la sociedad humana, incluso el último asesino sea castigado" (leg. cit., p. 77). Según esto, "la pena, incluso si no existe necesidad de prevención o esa necesidad es muy débil (p. ej. en caso de pronostico social especialmente favorable para el sujeto), no puede quedar por debajo de la medida fijada por la necesidad de retribución justa de la culpabilidad manifestada en el hecho" (lug. cit., p. 81).

Entre la literatura de los últimos años que se ocupa de las cuestiones tratadas en este articulo, mencionare aún (sin pretensión de exhaustividad) para su lectura subsiguiente:

BAUMANN, "Was erwarten wir von der Strafrechtsreform?", en *Weitere Streitschriften zur Strafrechtsreform*, 1969, pp. 9 y ss.

HOERSTER, "Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens", en *GA* 1970, pp. 272-281;

– "Determinismus und rationales Strafen", en *ARSP* 1971, pp. 77-78.

SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, 2ª ed. reelaborada y ampliada, 1971 (sobre la 1ª ed., 1963, cfr. mi recension en *ZStW* 77 (1965), pp 70 y ss.).

La revista *Recht und Gesellschaft (Zeitschrift für Rechtskunde)* proporciona una buena introducción para principiantes en su fascículo de mayo de 1972, que recoge, agrupados bajo el común denominador "La pena", trabajos de Herzberg, Christ, Hoerster, Schoreit y Luetjohann.

FRANZ VON LISZT Y LA CONCEPCIÓN POLÍTICO-CRIMINAL DEL PROYECTO ALTERNATIVO *

I. El Proyecto Alternativo como continuación de la tradición reformadora de Liszt

La reforma de nuestro Derecho penal, que al fin hoy parece podría conseguirse, ha sido influida en su última fase por el Proyecto Alternativo (PA) [1] de modo nada despreciable [2]: la victoria de la pena unitaria, la introducción del establecimiento terapéutico-social, el ulterior retroceso de la pena corta privativa de libertad, la eliminación de la reserva de culpabilidad en la transformación de la pena privativa de libertad en pecuniaria y la ampliación de la posibilidad de suspensión condicional a penas de hasta dos años –por citar sólo alguno de los puntos principales– se tomaron del PA por primera vez en la segunda Lectura de la Comisión Especial (CE) y han entrado en las nuevas Leyes de Reforma

* Publicado por primera vez en: *ZStW* 81 (1969), pp. 613 y ss.

[1] *Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, 1966, 2ª ed. ampl., 1969. De la Parte Especial han aparecido hasta ahora: *Politisches Strafrecht*, 1968; *Sexualdelikte*; *Straftaten gegen Ehe, Familie und Personenstand*; *Straftaten gegen den religiösen Frieden und die Totenruhe*, 1968.

[2] Lo que ha acentuado repetidamente el ministro federal de Justicia Heinemann; últimamente en el 48° Día alemán de los juristas, 1968, en Nurenberg, cfr. *Sitzungsberichte*, Teil II/H der Verhandlungen, Eröffnungssitzung, p. 19. Asimismo dice Güde, presidente de la Comisión Especial de Reforma del Derecho penal: "El PA es de importancia decisiva", en *Strafvollzug in Deutschland*, Fischer-Bucherei, n° 841, 1967, p. 57.

del Derecho penal; y también en la primera Lectura de la CE sobre la Parte General influyeron en el Proyecto del Gobierno ideas en las que se basa el Proyecto Alternativo, antes incluso de la publicación de este último[3]. Sobre la tendencia de conjunto del PA y, con él, del nuevo movimiento de reforma, se puede decir que se caracteriza por destacar cada vez de modo más fuerte la prevención especial a costa de la idea de compensación de la culpabilidad y de la prevención general[4]. Con lo que se impone por sí misma la pregunta de si Franz von Liszt, que pese a ser nuestro más grande autor de política criminal fue desterrado en la posguerra al mausoleo del recuerdo histórico[5], puede celebrar ahora –cincuenta años después de su muerte– una victoria tardía; y, por tanto, si la reforma, cuyo comienzo científico debe fijarse en el "programa marburgués"[6] de Liszt, ha alcanzado tras casi cien años de rodeos fracasados la meta que Liszt le marcó. Hace treinta años, cuando Liszt parecía "muerto y sin posibilidad de resucitar", preguntaba Radbruch presintiendo algo posible[7]: "Pero ¿soportará ese espíritu inquieto yacer tranquilamente en la tumba bajo la losa de la fama histórica con la que se lo ha cubierto cuidadosamente? ¿No resucitará de nuevo un día sin que nos demos cuenta y se paseará entre nosotros con influencia viva?"

De momento aún podemos dejar, precavidos, la respuesta en el aire, pero algo es seguro: que el PA está en línea his-

[3] Concretamente a través del artículo de uno de los autores del PA, SCHULTZ, Hans, en *JZ* 1966, pp. 113 y ss., que, según testimonio de Jescheck [*ZStW* 80 (1968), p. 55, nota 5] "ha tenido considerable influencia"; las ideas allí desarrolladas por Schultz también entraron dentro del PA.

[4] Cfr. SCHMIDT, Eb., *NJW* 1967, p. 1929.

[5] Eb. Schmidt, uno de los últimos discípulos vivos de Liszt, ha aludido a esa lamentable circunstancia de modo tan incansable como inútil al principio; últimamente, cfr. *NJW* 1967, p. 1931, con ulteriores indicaciones en nota 23.

[6] *ZStW* 3 (1882), pp. 1 y ss.; posteriormente en: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t, I, 1905, pp. 126 y ss.

[7] *Elegantiae iuris criminalis*, 2ª ed., 1950, p. 232.

tórica que se remonta a Franz von Liszt. Fue un momento motriz aquél en que Eberhard Schmidt, al que Liszt había transmitido en tiempos su obra, se declaró partidario de la concepción político-criminal del PA en la reunión de profesores de Derecho penal en Munster (1967) y tendió así por encima de cincuenta años el puente con la escuela de Liszt y con los comienzos de su propia actividad politico-criminal[8]. Y Gustav Radbruch –que llamó a Liszt su "inolvidable profesor y maestro"[9] y del que confesó que había determinado como ningún otro su pensamiento jurídico-penal[10]–, como se ha expuesto reiteradamente[11], ha influido con su Proyecto de Código Penal de 1922 de modo persistente en el PA, y ha traído así al movimiento de reforma de los últimos tiempos el espíritu que inspiraba su fuerza creadora.

Aún hay más conexiones cruzadas de este tipo[12]. Pero no se puede desconocer que detrás de esas mediaciones históricas

[8] Cfr. también su artículo en *NJW* 1967, pp. 1929 y ss., donde se dice: "El contenido político-criminal del PA despierta vivos recuerdos de la unidad e ímpetu de los esfuerzos de reforma en los años siguientes al fin de la Primera Guerra Mundial".

[9] *Elegantiae iuris criminalis*, Prólogo a la 1ª ed., 1938.

[10] Así en su autobiografía *Der innere Weg*, 2ª ed., 1961, p. 54.

[11] Por Arthur Kaufmann y Baumann en la *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, 1968, pp. 324 y ss., 337 y ss.

[12] En el aspecto de la historia de la legislación merece notarse que los comienzos de la reforma del Derecho penal en la posguerra estuvieron bajo el signo de la "Escuela moderna". Thomas Dehler, entonces ministro de Justicia, no sólo promovió la primera publicación (1952) del Proyecto Radbruch, sino que también quería confiar la dirección de los trabajos de reforma a Eb. Schmidt (cfr. SCHMIDT, Eb., *NJW* 1967, p. 1931). Cuando quince años después (el 20 de junio de 1967) algunos autores del PA presentaron la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo a la fracción parlamentaria del FDP* (cfr. sobre ello mi trabajo en: *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, Fischer Taschenbuch nº 952, 1968, pp. 75 y ss.), volvió a ser Dehler quien declarara en unas palabras finales a modo de testamento que desgraciadamente la reforma del Derecho penal se había desarrollado de un modo completamente distinto a como él pensara originariamente, pero que ya había llegado el tiempo de abandonar el Proyecto del Gobierno y convertir

esta la propia configuración de Liszt, cuya caracterizadora influencia ha dado alas a los autores del PA. En primer lugar esta afirmación es válida, más allá de todas las coincidencias y divergencias concretas, con respecto al temperamento científico y estilo de trabajo de aquél. Plantearse la misión sociopolítica del erudito, establecer de nuevo la política criminal como objeto digno de especial atención de la actividad científica, ensanchar la discusión especializada más allá de las fronteras del propio país[13] y hacerla fructífera con el trabajo en común, aunar la "total ciencia del Derecho penal", incluido el Derecho penitenciario, en una concepción tendente a su inmediata realización legislativa –todos estos afanes de los autores del Proyecto Alternativo siguen las huellas nunca extinguidas de la influencia de Liszt–. Tal seguimiento más o menos consciente, que, como actualización y transposición del modelo con arreglo a este tiempo, dirige su propio hacer en conexión con la tradición, y que reconoce lo pasado en lo actual y legitima lo futuro con los impulsos duraderos de aquél, tiene una fuerza creadora, cuya importancia para el proceso de producción científica no se debería subestimar.

Si de aquí volvemos la vista a las declaraciones materiales del programa de Liszt y del Proyecto Alternativo, es cierto que junto con rasgos en común saltan a la vista también diferencias considerables. Ciertamente, Liszt era un enemigo apasionado de la pena corta privativa de libertad; pero él sólo quería abolir la de hasta seis semanas de duración[14] y no, como

---

al Proyecto Alternativo en base del nuevo Código Penal. Su voto llevó al FDP a presentar en el Parlamento Federal el PA como propuesta legislativa. Aquí destaca claramente en la esfera legislativa la línea que conduce al Proyecto Alternativo pasando por Liszt y Radbruch.

* Partido liberal. (N. del T.)

[13] Sobre la conexión del PA con el movimiento de reforma internacional (a su vez influido esencialmente por Liszt), acertadamente, JESCHECK, *ZStW* 80 (1968), p. 54.

[14] *Kriminalpolitische Aufgaben, Aufsätze und Vorträge* (A. u. V.), t. I, pp. 382, 391; además: *Die Reform der Freiheitsstrafe*, A. u. V. I, pp. 514 y ss.

el PA, hasta seis meses. Liszt consideraba incluso "completamente equivocada"[15] la pena unitaria*, cuya introducción constituye una de las exigencias más importantes del PA; en efecto, quería mantener expresamente el carácter deshonroso de la pena de reclusión[16]. La custodia de seguridad, frente a la que el PA se ha propuesto como meta su retroceso del modo más amplio posible, ocupa una posición central en la concepción de Liszt[17]. Toda su vida defendió Liszt[18] la pena indeterminada, que el PA proscribe. En una palabra: las ventajas y desventajas de las sanciones jurídico-penales concretas no son juzgadas en absoluto de modo unitario por uno y otro. Pero la relación de ambas concepciones entre sí no se puede poner en claro de antemano mediante una comparación que se limite a registrar concordancias y divergencias; pues incluso teniendo las mismas metas se puede contestar de modo diverso a la cuestión de qué medios son los más apropiados para su consecución; dada una separación en el tiempo de cincuenta a cien años, tales divergencias se entienden casi por sí mismas. Por tanto, lo que importa es volver a examinar

[15] *Kriminalpolitische Aufgaben*, A. u. V. I, p. 398.

* Pena unitaria alude a que sólo haya un tipo de pena privativa de libertad, en lugar de las distintas clases de penas privativas de libertad existentes anteriormente en el sistema alemán (reclusión perpetua, reclusión, prisión, encerramiento y arresto), las cuales, aparte de la duración, poseían carácter distinto: p. ej., la pena de reclusión tenía carácter deshonroso, como menciona el texto líneas más abajo. La primera Ley de Reforma del Derecho penal (25/6/1969) ha introducido ya la pena unitaria aludida en el texto, llamándola "pena privativa de libertad", que puede ser perpetua o temporal. Esta última comprende penas entre un día y quince años; sin embargo, la nueva Parte General del StGB eleva el límite máximo a un mes, pues rechaza penas más cortas. (N. del T.)

[16] Lug. cit., p. 402.

[17] Cfr. solamente: *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, A. u. V. I, pp. 166 y ss.

[18] *Kriminalpolitische Aufgaben*, A. u. V. I, pp. 333 y ss.; *Die Reform der Freiheitsstrafe*, A. u. V. I, pp. 531 y ss.

a fondo las intenciones político-criminales de Liszt desde sus fundamentos y medirlas con el estado actual de la discusión. Sólo con dicho examen de "lo vivo y lo muerto en el programa de reforma de Liszt" se mostrará lo que éste aún puede aportar al presente. Si, al hacerlo, la exposición siguiente recurre siempre a las afirmaciones de Liszt, como corresponde al tema de nuestra investigación, ello no debe, sin embargo, incluir el error de creer que los autores del PA han tomado sus propuestas directamente de los trabajos de Liszt. Esto no ha ocurrido casi nunca, sino que más bien las propuestas del PA han surgido de la discusión alemana e internacional más reciente sobre la reforma. Pero precisamente por eso merece la pena investigar hasta qué punto tienen su origen común en el programa político-criminal de Liszt esos esfuerzos tan ampliamente ramificados.

II. La teoría del fin de la pena de Liszt y el programa político-criminal del PA

1. La desconexión de la idea de retribución

Punto de partida de todo programa político-criminal es preguntarse por la función y justificación de la potestad penal estatal. Liszt deriva ese "título jurídico", por una parte, "de la necesidad de la pena para el mantenimiento del orden jurídico y, con ello, para la seguridad de la sociedad; por otra parte, de la idoneidad, siquiera sea limitada, de la pena para conseguir esa meta"[19]. El enfrentamiento de esa formulación contra la "Escuela clásica" se pone inmediatamente de manifiesto al decir[20]: "Si existía, con una seguridad que excluía toda duda, una justificación suficiente de la potestad penal estatal con la necesidad de la pena para el mantenimiento del orden jurídico y con su idoneidad para la consecución de esa meta, con ello desaparecía todo motivo para reconducir la pena a un principio metafísico... Como misión de la pena

[19] *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21ª/22ª ed., 1919, p. 6; en lo que sigue se citará también esta última edición cuidada por el mismo Liszt.

[20] *Lehrbuch*, p. 21.

aparecía la actuación sobre el delincuente adecuada a la peculiaridad del mismo. De ese modo pasaba a primer plano la idea de prevención especial, sin que se debiera dejar de lado la de prevención general; y a la pena retributiva se le enfrentaba la pena protectora y la pena con arreglo a fin".

Con ello queda establecido el punto de vista que también mantiene el Proyecto Alternativo. Si, según la directriz programática del § 2 I del PA, penas y medidas de seguridad sirven "a la protección de bienes jurídicos y a la reincorporación del sujeto en la comunidad jurídica", con ello se ha caracterizado a la prevención general y especial como los dos únicos fines de la pena estatal[21]. Así pues, la compensación retributiva

[21] Aquí tiene varios significados el término "protección de bienes jurídicos". Por una parte describe la misión de la pena en general, a saber, que no "es retribución ni, por tanto, consecuencia conceptualmente necesaria del delito", sino por el contrario, "por ser una forma de protección de bienes jurídicos es creación consciente de su fin y su función consciente de su meta, de la sociedad estatal" (LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, A. u. V. I, p. 126); en ese aspecto la resocialización también es una forma de protección de bienes jurídicos. Por otra parte, esa expresión abarca en sentido estricto la prevención general con sus dos aspectos de la "advertencia a los sujetos jurídicos" y del "prevalecimiento del orden jurídico", así como la intimidación y aseguramiento de prevención especial; en tanto en cuanto, la dicotomía "protección de bienes jurídicos" y "reincorporación del sujeto" quiere expresar que la pena debe hacer dos cosas directamente y con el mismo rango: tanto proteger a la sociedad como ayudar al delincuente. Precisamente la circunstancia de que este último fin también favorezca de nuevo, de modo indirecto, a la sociedad, caracteriza esa dialéctica (cfr. al respecto, ROXIN, *JuS* 1966, pp. 377 y ss. = *supra*, pp. 33 y ss.) que el doble significado del concepto de protección de bienes jurídicos encierra.

Müller-Dietz, que está de acuerdo con la finalidad del PA, critica la redacción del § 2 I y en su lugar querría que dijese más correctamente: "Las penas sirven a la protección de bienes jurídicos mediante advertencia a la generalidad, prevalecimiento del Derecho o reincorporación del sujeto en la comunidad jurídica" (*Strafbegriff und Strafrechtspflege*, 1968, p. 124). Pero esto no afecta del todo a la intención en que se basa el PA, ya que aquí se desatiende tanto la función de la pena de aseguramiento y advertencia preventivo-especiales como la

de la culpabilidad, que en el P 1962 todavía se menciona en primer lugar entre las misiones de la pena[22], ha sido deliberadamente excluida como posible fundamento de la pena[23]. Por el contrario, el Derecho penal, como declara la exposición de motivos del PA[24], asegura "el prevalecimiento del orden pacífico, necesario para el hombre, del Derecho... Imponer la pena no es un proceso metafísico, sino una amarga necesidad dentro de la comunidad de seres incompletos como ahora son los hombres". ¿Quién no podría escuchar aquí la voz de Liszt casi hasta en la elección de las palabras?

---

idea de que se debe educar al sujeto para una vida en libertad no sólo en provecho de la sociedad sino también en consideración a sí mismo (acertadamente, GALLAS, *ZStW* 80 [1968], pp. 8-9, que con su propia propuesta legislativa sigue en este aspecto la versión del PA: "Contra la coordinación de protección jurídica y resocialización no existe ninguna objeción lógica, ya que la reincorporación del sujeto se persigue no sólo en interés de la sociedad, sino también en consideración al propio sujeto").

Müller-Dietz se opone también a la partícula "y", existente en el § 2 I del PA entre protección de bienes jurídicos y reincorporación, pues opina que "las distintas funciones de la pena" deberían "ordenarse alternativamente y no cumulativamente en la determinación del fin de la pena, porque no siempre se persiguen todos los fines de la pena del mismo modo" (*Strafbegriff und Strafrechtspflege*, p. 123). A esto hay que oponer que es cierto que a veces las penas tienen que imponerse de hecho sólo para la protección de bienes jurídicos (y no por razones de resocialización), pero que la partícula "y", si es empleada al determinar *abstractamente* los fines, no excluye en la lógica del lenguaje la realización exclusiva de uno u otro fin en el caso *concreto*.

En cuanto a que, en tercer lugar, con la expresión "protección de bienes jurídicos" se quiere abjurar de la punición de meras contravensiones a la moral, cfr. en el texto *infra* II, 4.

[22] Exposición de motivos, p. 96.

[23] Sobre esto reina unidad absoluta entre los autores del PA. Arthur Kaufmann, en su conferencia pronunciada en Göttingen (*JZ* 1967, pp. 553 y ss.), abandonó expresamente la retribución de la culpabilidad (pp. 556 y s.: aquí "expiación" se entiende en el sentido de resocialización reconciliadora del delincuente y la comunidad).

[24] PA, p. 29. Aquí y a continuación se cita por la 1ª ed., 1966.

2. La prioridad de la prevención especial sobre la prevención general

El PA no sólo lleva a cabo la concepción de Liszt sustituyendo la pena retributiva por la pena con arreglo a fin, sino que sobre todo también le sigue al subordinar, de entre los dos fines de la pena que quedan, la prevención general a la prevención especial[25]. Por eso, de los puntos de vista decisivos para la medición de la pena, el § 59 II del PA menciona la "reincorporación del sujeto" expresamente *antes* que la "protección de bienes jurídicos"[26]. Por consiguiente es errónea la crítica que a veces se hace de la falta de tal jerarquía[27]. Por lo demás, del contexto legal también se desprenden directrices concretas para ponderar ambos fines de la pena, si en el caso concreto son divergentes: En la condena condicional (§ 40 I), libertad condicional (§ 48 II), sustitución de la pena privativa de libertad por pena pecuniaria (§ 50), en la admisión del trabajo de utilidad pública (§ 57 I), la concesión de tales beneficios depende exclusivamente del enjuiciamiento de la cuestión de prevención especial, de si el sujeto se comportará impunemente en el futuro[28]; así pues, en estos casos nunca

[25] Cfr. PA, Exposición de motivos, p. 71. Según ella, se "dio preferencia generalmente a los puntos de prevención especial sobre los de prevención general".

[26] En la Exposición de motivos (PA, p. 109) se dice al respecto: "Por lo demás no es casual que el orden de los puntos de vista elegidos en el § 59, ap. 2, para la punición en concreto difiera del orden del § 2, ap. 1". La expresión "punición en concreto" encierra la razón de que el § 2 I del PA mencione primero la protección de los bienes jurídicos: cuando se trata de determinar, de modo abstracto y desligado del caso concreto, el fin de la pena, la protección de bienes jurídicos se presenta simultáneamente como un concepto superior que también comprende el fin resocializador y que, por tanto, debe figurar al principio. Cfr. al respecto además, *supra* nota 21.

[27] Cfr. LACKNER, *JZ* 1967, pp. 515-516; GALLAS, *ZStW* 80 (1968), p. 5, en donde sin embargo se alude a la mención prioritaria de la prevención especial.

[28] El concepto "fin de la pena" de los §§ 50 y 52 del PA debe relacionarse solamente con la fórmula de la resocialización del § 40 I; cfr. la

pueden decidir los puntos de vista de prevención general. De aquí se puede deducir que en la esfera de la criminalidad mediana y pequeña que esas disposiciones abarcan –es decir, en la mayor parte de los delitos–, la prevención especial reclama la prioridad absoluta, en cuanto excluye la ejecución de una pena privativa de libertad[29].

Sólo en los delitos capitales, especialmente en los delitos contra la vida, prevalecen, de modo cuidadosamente delimitado, las necesidades de prevención general en el sector de la pena privativa de libertad (cfr. §§ 36 II[30] y 70 III, 1 del PA). Pero en la ejecución de la pena sólo se debe perseguir el fin de resocialización (§ 37 I del PA)[31], lo que explica tanto la supresión de la pena de reclusión y de sus consecuencias deshonrosas como las directrices de los §§ 37 y ss. del PA[32].

Exposición de motivos sobre el § 50 (PA, p. 97: "Supresión de la idea de prevención general") y sobre el § 52 (PA, p. 99, ap. 6: "El requisito de que se pueda conseguir así el fin de la pena, corresponde a la regulación del § 50 PA y está en relación con el § 40, ap. I PA").

[29] El elemento de prevención general queda reducido en estos casos a la pena pecuniaria, al trabajo de utilidad pública, y a la privación del permiso de conducir; pero, por lo demás, la finalidad preventivo-general también ocupa el primer plano en esas penas.

[30] La pena de privación perpetua de libertad sólo se puede justificar desde el punto de vista de prevención general, pero, con todo y con eso, también para este caso se ha introducido –a diferencia del P 1962– un correctivo de prevención especial (§ 48 II y III PA).

[31] Si en el § 37 I PA no se menciona la protección de bienes jurídicos, no es por un descuido en la redacción, como supone erróneamente KAUFMANN, Arthur, *JZ* 1967, nota 15, p. 555; y, en efecto, la 2ª edición del PA ha reproducido, con razón, sin modificaciones la primera edición. Cfr. las acertadas manifestaciones que, siguiendo a Walter Herrmann, hace SCHMIDT, Eb., *NJW* 1967, p. 1934, indicando que también tiene sentido y es necesario un sistema penitenciario resocializador frente a los autores de los delitos más graves (p. ej., los delitos violentos del nazismo).

[32] Sin embargo, hay un desplazamiento esencial del acento frente a las concepciones de Liszt, que se refleja precisamente en la posición ante la pena de reclusión y ante la ejecución de las penas, en cuanto que el PA aspira a conseguir la prevención especial predominantemente a través de la resocialización, mientras que Liszt atiende más a ase-

Así pues, el PA no sólo aclara con toda la amplitud posible legislativamente la relación que ambos fines de la pena guardan entre sí, sino que también sigue al milímetro la sugerencia de Liszt[33] al legislador para que se decida "a partir de una de las dos ideas fundamentales, pero no llevándola hasta sus últimas implicaciones, sino dando cuenta también de las consecuencias que se desprenden de la otra idea fundamental".

3. Los principios de subsidiariedad y efectividad como presupuestos justificativos de la pena

Ahora bien, la teoría de la pena de Liszt, tal y como ha sido esbozada más arriba con unas pocas frases programáticas de su tratado, posee además una característica muy esencial, que radica en los elementos "necesidad" e "idoneidad": No se puede castigar –por falta de *necesidad*– cuando otras medidas de política social o bien las propias prestaciones voluntarias del delincuente garanticen una suficiente protección de los bienes jurídicos; e incluso aunque no se disponga de posibilidades más suaves, hay que renunciar –por falta de *idoneidad*– a la pena cuando sea político-criminalmente inoperante o incluso nociva. Estos postulados corresponden a los principios de subsidiariedad y efectividad de la pena estatal, que integran también las bases del Proyecto Alternativo, pues si bien es verdad que no están recogidos en el tenor literal de las directrices del § 2 I del PA, se los puede deducir directamente de la idea fundamental de la pena con arreglo a fin, y además numerosas regulaciones concretas del PA se basan en ellos.

El *principio de subsidiariedad* opera en la Parte General acudiendo frecuentemente a las propias prestaciones del delincuente sustitutivas de la pena (cfr. p. ej. los §§ 41 III, 42 IV, 47 II, 50 y 52 PA)[34]. Pero, p. ej., también pertenece a este

---

gurar e inocuizar al delincuente. Aún hemos de volver detenidamente sobre ello (*infra* IV).

[33] *Lehrbuch*, p. 24.

[34] Cfr. al respecto KAUFMANN, Arthur, *JZ* 1967, pp. 557-558. Para una visión de conjunto, cfr. también ROXIN, *JuS* 1966, pp. 382 y s. = *supra*

contexto la exención de pena del comportamiento escasamente imprudente (§ 16 II PA), que encuentra su precedente inmediato en Liszt[35], que opinaba que, si se lo considera más exactamente, "casi siempre" resultará "que contra las ingerencias culposas en bienes jurídicos ajenos es suficiente la indemnización civil tal como hoy la regulan el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil".

En la Parte Especial el principio de subsidiariedad es un criterio decisivo para reducir los tipos. Ya Eb. Schmidt[36] señaló tempranamente la importancia que tiene para el Derecho penal político el criterio de la necesidad mantenido por Liszt, en virtud del cual se prohíbe al Estado "imponer restricciones a la libertad por cualesquiera fines de política estatal o de poder que pudiera sugerirle la razón de Estado". Los autores del PA han intentado mantener firme y consecuentemente ese principio en sus propuestas sobre el Derecho protector del Estado. Y no se debe a la casualidad que en el PA la exposición de motivos del capítulo sobre los delitos sexuales comience con esta frase[37]: "Con arreglo a su tendencia a entender el Derecho penal como el recurso extremo de la política social, el PA limita los tipos penados en el capítulo 2° del P 1962 hasta tal punto que puede renunciar a reunirlos bajo la denominación jurídico-penalmente incolora de 'delitos contra el orden moral'".

Incuestionablemente, los autores del PA se consideran albaceas testamentarios de estas palabras de Liszt[38]: "La política social actúa, como medio de combatir el delito, de modo incomparablemente más profundo e incomparablemente más seguro que la pena y que cualquier otra medida emparenta-

---

pp. 21 y s., donde la idea de subsidiariedad es derivada directamente del fin de la pena.

[35] A. u. V. II, p. 392.

[36] "Franz v. Liszt und die heutige Problematik des Strafrechts", en *Festschrift für J. von Gierke*, 1950, p. 223.

[37] *Begründung*, p. 9.

[38] *Lehrbuch*, p. 12.

da con ella...". Tan pronto como esté acabada la Parte Especial del PA, se manifestará en toda su extensión el imponente trabajo que a este respecto aún tiene ante sí el legislador: la "huida al Derecho penal" frecuentemente no significa sino que la sociedad elude sus tareas creadoras de tipo político-social. Aludir a ello y delimitar de modo autocrítico las propias posibilidades de actuación es también un deber de la ciencia del Derecho penal.

Todo ello vale igualmente para el *principio de efectividad*, estrechamente ligado al anterior. Por ejemplo, la supresión de la pena corta privativa de libertad, con independencia de la cuestión de si existen otras sanciones eficaces, es en cualquier caso ineludible porque, como es sabido, una privación de libertad de ese tipo es inadecuada para combatir el delito y, por ello, injustificable con la teoría del fin de la pena mantenida tanto por Liszt como por el Proyecto Alternativo. Pero también para la Parte Especial tiene gran importancia el principio de efectividad. Disposiciones vacías (como la sanción penal contra el adulterio) son sencillamente inadecuadas para proteger bienes jurídicos que (como el matrimonio) son, no obstante, dignos de protección. Castigar sin embargo tal conducta por una "adhesión" estatal al matrimonio es algo que rechaza el PA, siguiendo consecuentemente el punto de partida de Liszt[39]. Y en otros sectores también se desprenden del principio de efectividad consecuencias de amplio alcance que, por ejemplo, obligarán a formular concepciones completamente nuevas en la regulación del aborto en el PA.

4. La limitación de la pena a la protección de bienes jurídicos

En último término, el empleo del concepto "bien jurídico" en la definición del fin de la pena dada por el PA quiere expresar además un ulterior principio programático político-criminal, a saber: la tesis de que no es la reprobabilidad moral de una conducta, sino únicamente su cualidad de factor perturbador

[39] Es notable el hecho de que Liszt (*Lehrbuch*, p. 378) también opinara que existen graves reparos contra la punición del adulterio.

del orden pacífico externo –a cuyos elementos garantizadores se los llama bienes jurídicos–, lo que puede acarrear la imposición de penas estatales[40]. De aquí proviene la conocida exigencia de reforma en el sentido de que las acciones que no afectan a los derechos de nadie y que tienen lugar en privado entre personas adultas (homosexualidad simple, sodomía, alcahuetería, etc.) no caen dentro de la esfera de regulación del legislador penal[41]. Es ésta una vieja idea de la Ilustración, que ya fue certeramente formulada por el gran Hommel, uno de nuestros más importantes autores de política criminal del siglo XVIII, del modo siguiente[42]: "Pero el jurista y político que piensa por sí mismo no debe dejarse inducir, por pláticas morales y palabras que aturden, al error de buscar la magnitud del delito en algo que no sea única y exclusivamente el daño que del mismo resulta para la sociedad... Nuestra regla es ésta: Cuanto más triste es el resultado que un hecho causa a la república, tanto más punible es el hecho. Pero si no produce ningún resultado nocivo en la república, es indiferente o, al menos, no es objeto de las leyes penales civiles". O, expresado aún con mayor precisión[43]: "Delito o injusto es

[40] Como correctamente lo ven GALLAS, *ZStW* 80 (1968), p. 8; NOWAKOWSKY, *Österreichische Richterzeitung* 1967, p. 172.

[41] De aquí se deriva además el rechazo de un Derecho penal de la actitud interna, al que, p. ej., se aproximaban censurablemente, en la interpretación extensiva que les había dado la jurisprudencia, los preceptos protectores de la seguridad del Estado vigentes hasta el verano de 1968 entre nosotros. También está en conexión con ese concepto de bien jurídico la exclusión del injusto-bagatela de tipo contravencional. En cambio, la remisión al concepto de bien jurídico que hace el PA no debe entenderse como una negación del "injusto personal", como estima Gallas (*ZStW* 80, 1968, p. 8), pues lo único contrario a la concepción del PA sería castigar "desvalores de la acción" cuya realización no menoscabe ningún bien jurídico.

[42] "Hommelische Vorrede" zu *Des Herrn Marquis con Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen* ("Prefacio de Hommel" a *La inmortal obra del Marqués de Beccaria: De los delitos y las penas*), 1778; reedición en Berlín-Este, 1966, p. 15.

[43] Notas de Hommel al texto de Beccaria, p. 49 de la reedición. Aquí Hommel excluye muy agudamente, mediante el criterio de la "inmedia-

sólo aquello con lo que privo directa o indirectamente de algo al prójimo individual o... a la *res publica*". No es otra cosa a lo que se refiere el PA al considerar como objeto de protección del Derecho penal sólo a los "bienes jurídicos" y no a la moral como tal[44]. Claro está que el concepto de bien jurídico no es una varita mágica con cuya ayuda se pudiera separar sin más, por medio de la subsunción y la deducción, la conducta punible de la que debe quedar impune[45]; sólo es una denominación de lo único que es lícito considerar digno de protección *desde el punto de vista de las misiones del Derecho penal.* Así pues, una vez sentado cuáles son los fines de la pena, de ello

---

tez", de las causas legitimadoras de un castigo a los "efector remotos" –meramente presuntos– de acciones no dañosas en sí mismas, que aún hoy siguen sacándose a discusión (cfr. al respecto solamente la Exposición de motivos del PA sobre la impunidad de la homosexualidad simple, delitos sexuales, etc., p. 33).

[44] El término "bien jurídico", como es sabido, no surge hasta el siglo XIX. Sin embargo, es indudable "que una línea directa condujo de las ideas liberales de la Ilustración al concepto de bien jurídico" (SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*, 1962, p. 89). Por lo demás, Sina no menciona al autor citado en el texto, Hommel.

En la posguerra, Herbert Jäger (*Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, 1957) ha sido el primero en volver a poner de relieve la función liberal del concepto de bien jurídico; en mi obra "Täterschaft und Tatherrschaft", pp. 412 y ss., me he adherido expresamente a sus ideas. Es curioso que Sina, quien en su exposición de la historia de la dogmática echa de menos en la posguerra observaciones profundas sobre el concepto de bien jurídico (ob. cit., p. 96), ha pasado totalmente por alto el libro de Jäger, del mismo modo en que, por otra parte, Jäger no ha conectado en forma alguna con las exigencias político-criminales de la Ilustración. En consecuencia, aún queda algo por elaborar en este campo.

[45] En la más reciente discusión se ha producido repetidamente el malentendido de creer que se hubiera intentado tal cosa. Cfr., p. ej., HANACK, *ZStW* 77 (1965), p. 405; Gutachten A zum 47. Deutschen Juristentag, 1968, pp. 31 y ss., quien sin embargo se adhiere luego en el aspecto material a Jäger y a mis planteamientos; cfr. también Bockelmann, *ZStW* 74 (1962), pp. 311 y ss., y últimamente en *Radbruchs-Gedächtnisfestchrift*, 1968, nota 2, p. 257.

ha de derivarse lo que se considera como bien jurídico[46]; precisamente desde esta perspectiva se entiende en la "directriz general"[47] del § 2 PA el decidido "contenido liberal" de la palabra "bien jurídico", contenido que Sina[48] califica de uno "de los aspectos más importantes del concepto de bien jurídico". Cómo se concreta tal aspecto en la conformación de los tipos de la Parte Especial, lo muestran de modo ejemplar los dos tomos del PA aparecidos hasta ahora al respecto.

Debido a dicha conexión con la teoría del fin de la pena se explica que ya en las frases iniciales del Programa marburgués de Liszt resuene, llena de significado, la temática de tal concepto material de bien jurídico: Para Liszt, la cuestión sobre "si la pena es, como retribución, una consecuencia necesaria del delito o si, por el contrario, es, como forma de protección del bien jurídico, una creación y una función socioestatal consciente de su fin y de su meta", no es una ociosa lucha de escuelas, sino que en la contestación a esa cuestión estriba para él "la *delimitación de las acciones que deben ser declaradas punibles por el Estado...*"[49]. Y no podía ser de otro modo, pues, como las acciones meramente contrarias a la moral no amenazan la "seguridad de la sociedad" y en consecuencia la pena no es "necesaria" ni "adecuada" para combatirlas, también para Liszt tienen que ser excluidas de antemano de los "bienes jurídicos". Con ello supera la interpretación del bien jurídico como mera *ratio legis* para adentrarse en una forma material de entender el bien jurídico[50] que se aproxima mucho a la concepción del PA, por lo

[46] Cfr. al respecto mi artículo en: *JuS* 1966, pp. 377 y ss. (= *supra*, pp. 20 y ss.), donde se le da expresamente al bien jurídico el sentido de "determinación conceptual derivada del fin del Derecho penal".

[47] Como dice la Exposición de motivos sobre el § 2 PA, p. 29.

[48] *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffes "Rechtsgut"*, pp. 89 y ss.

[49] A. u. V. I, p. 126; el subrayado es de Liszt.

[50] Cfr. al respecto SINA, *ob. cit.*, p. 53, según el cual Liszt llegó, delimitando el bien jurídico "como relaciones de la vida que son necesarias

mismo que Liszt también se ha declarado partidario expresa y repetidamente del mundo ideológico de la Ilustracion[51].

No sorprende por ello que Liszt, al tratar los delitos contra la moral, aclare[52] que la "moral sexual no es un bien jurídico de la colectividad protegido en atención a ella (sc. la moral) misma", sino que, antes bien, el Estado sólo presta atención a la vida sexual extramatrimonial "en tanto se interfiera de modo lesivo en la esfera jurídica *de los particulares*". Constata Liszt en sentido crítico que el legislador ha pasado por alto en muchas ocasiones ese punto de vista[53]; que es "particularmente insatisfactorio el tratamiento que reciben en el RStGB* las relaciones carnales contra natura y la alcahueteria"[54], y que por esa "vía equivocada" continuó y llegó incluso más lejos la Ley Heinze de 25 de junio de 1900. En vista de ello no puede caber ninguna duda sobre cuál hubiera sido el juicio de Liszt frente a la ampliación de los delitos contra la moralidad en el P 1962 y el fuerte avance por esa "vía equivocada" que ello supone. Únicamente el Proyecto Alternativo, cuya acogida en la ulterior deliberación sobre la reforma del Derecho penal sexual le ha sido recomendada al legislador por

---

para mantener el orden estatal... a un concepto ampliamente material del bien jurídico, al tomar su contenido de los elementos fácticos prepositivos de un orden social y estatal preocupado por su conservación". Por lo demás, para ocuparse de ella en detalle, la complicada problemática del bien jurídico necesitaría un tratamiento en profundidad, que aquí no se le puede dispensar.

[51] Cfr. solamente, p. ej., A. u. V. II, p. 61: "En lo fundamental sigo aferrado a esa tradición de la época de la Ilustración". Aunque ciertamente esas palabras no se refieren al concepto de bien jurídico de Liszt, sino a los componentes liberales de su trabajo político-criminal en general.

[52] *Lehrbuch*, p. 374.

[53] *Lehrbuch*, nota 1, p. 347.

* Abreviatura correspondiente a *Reichs-Strafgesetzbuch*, es decir, Código Penal del Reich. (N. del T.)

[54] *Lehrbuch*, p. 30; cfr. también p. 369, donde aboga por la supresión del precepto penal sancionador de la homosexualidad simple.

el Día de los Juristas de 1968[55], ha vuelto a sacar a la luz la línea político-criminal de Liszt en este terreno.

5. Liszt y el PA como comunes oponentes al Proyecto gubernamental

Así pues, y en resumen, la teoría del fin de la pena que el PA no sólo declara con carácter programático, sino que la mantiene en la formación de la ley hasta sus últimos detalles, puede caracterizarse por las notas siguientes: la desconexión de la idea de retribución (1), la prioridad de la prevención especial sobre la prevención general (2), los principios de subsidiariedad y efectividad como presupuestos de justificación de la pena (3), y la limitación del *ius puniendi* a la función de protección de bienes jurídicos (4). No se trata de postulados inconexos, sino de concreciones de *una sola* idea rectora, la de la pena con arreglo a fin, y de consecuencias que, como he intentado poner de manifiesto, en su totalidad ya se dejan ver, al menos en su punto de arranque, con Liszt. Nada podría probar más contundentemente la actualidad de Liszt, hoy de nuevo operante sin mermas, que la fuerza de irradiación que desde la publicación del PA ha mostrado la concepción de aquél vertida en forma de ley. En efecto: no se podría deducir una específica proximidad del PA a Liszt si las ideas fundamentales descritas se hubieran convertido en el transcurso de los decenios en lugares comunes político-criminales, que hubieran de constituir la base a toda reforma imaginable. Pero no sucede así, sino que, por el contrario, el carácter *alternativo* del Proyecto que aquí se relaciona con Liszt se funda precisamente en que el P 1962 ha decidido en todos los puntos de modo distinto[56].

[55] *Sitzungsbericht* K en el 47. *Deutscher Juristentag*, p. 178.

[56] Prescindiendo del hecho de que también el sistema de medidas de seguridad del P 1962 ya contiene algunas innovaciones preventivo-especiales. Las modificaciones que la CE ha introducido en el Proyecto gubernamental y que se han incluido en la 2ª Ley de Reforma del Derecho penal aprobada por el Parlamento Federal el 9 de mayo de

a) Ello comienza por el dominio de la idea de retribución compensadora de la culpabilidad en el Proyecto gubernamental, para el cual la pena está "limitada en lo esencial a la compensación de la culpabilidad"[57]. En él no se coloca la retribución al servicio, p. ej., de la prevención general de forma que aquélla quedara subordinada así al principio de una pena con arreglo a fin (aunque ciertamente represiva)[58]; antes bien, la retribución podrá justificar por sí misma una sanción aunque "la misión de la pena de oponerse a los delitos" no lo exigiera así[59]. Es la imposición de la pena como "proceso metafísico", de la que habla la Exposición de motivos del § 2 PA. Cuando Eb. Schmidt[60] en el año 1957 rinde homenaje a Franz v. Liszt en la "Deutsche Biographie", en relación con la reforma del Derecho penal habla[61] de la "extraña restauración de la idea de retribución" y opina que sólo una mirada retrospectiva hacia Liszt podría dar un giro a esta situación: "O se realiza... con un vigoroso cambio de orientación polito-criminal lo que ese espíritu nos ha... indicado sobre una reforma del Derecho penal de cuño social y propio de un Estado de Derecho, o de lo contrario la justicia penal alemana permanecerá infructuosa y atrasada en el aire asfixiante de un turbio pensamiento

---

1969, aunque no han acabado con las antítesis político-criminales entre aquél y el PA, al menos las han suavizado. No obstante, la situación histórica que ha provocado el PA y la vuelta a Liszt sólo resulta totalmente comprensible mediante una contraposición de contraste como la que se hace a continuación en el texto.

[57] Exposición de motivos, p. 94; cfr. también Exposición de motivos, pp. 96-97.

[58] Así quiere, p. ej., GALLAS, *ZStW* 80 (1968), p. 4, relativizar "la rígida idea retributiva de antigua observancia".

[59] Cfr. p. ej. los §§ 53 I, y 72 I, P 1962. En mi artículo "Strafzweck und Strafrechtsreform" (en *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, Fischer-Taschenbuch, nº 952, 1968, pp. 75 y ss.) he expuesto en detalles las consecuencias prácticas de la idea de retribución; a ello me remito aquí.

[60] *Die Grossen Deutschen. Deutsche Biographie*, t. V, 1957, pp. 407 y ss.

[61] Ídem, pp. 413-414.

retributivo". El PA ha pensado en esta advertencia y ello no ha sido totalmente estéril: la Comisión especial para la reforma del Derecho penal, bajo la impresión de la crítica, en su segunda Lectura, ha excluido totalmente, al menos en algunos casos (§§ 47, 56 y 57 2. StrRG), la retribución de la culpabilidad frente al fin de prevención de la pena[62].

b) Tampoco se puede hablar de que –si se prescinde de la retribución– en el Proyecto gubernamental la prevención especial al menos tenga rango preferente frente a la intimidación general. Mientras que el PA en numerosos casos considera como primarios los intereses de prevención especial (cfr. al respecto *supra* II, 2), el P 1962 declara[63]: "Solucionar en el caso concreto la pugna de los fines de la pena es una tarea de medición de la pena, que corresponde por su esencia a la jurisprudencia". Esta renuncia del legislador a su área político-criminal es lamentable porque de ese modo se deja a merced del criterio de la praxis, muy poco unitario como es natural, una aplicación preventivo-especial del Derecho penal, porque las heterogéneas finalidades de los diversos tribunales han de ser perjudiciales para la paz jurídica y la eficacia de la pena, y sobre todo porque la retribución, bajo el disfraz de prevención general, podría reaparecer triunfal en los Tribunales. Pero también está sujeta a esa crítica la versión que se ha dado al Proyecto en la segunda Lectura de la Comisión Especial: Según el mismo, incluso en la esfera de la pequeña criminalidad no se podrán aplicar ciertas medidas deseables desde el punto de vista de la prevención especial (evitación de penas privativas de libertad inferiores a seis meses, condena condicional[64], amonestación con reserva de pena), si en opinión del juez así lo requiere la "defensa" del orden jurídico –concepto susceptible casi de cualquier interpretación– (§§

[62] Otra cuestión es que con ello la concepción total del Proyecto gubernamental se vuelve menos unitaria aún.

[63] Exposicion de motivos, p. 204.

[64] Si se trata de penas privativas de libertad superiores a seis meses, § 56 2.StrRG.

47 I, 56 III, y 59 I 2. StrRG)[65]. Así pues, Liszt y el PA todavía aguardan hoy imponerse en este punto.

c) Los principios de subsidiariedad y efectividad tampoco sirven de base en toda su extensión al Proyecto 1962. Su Parte Especial es esencialmente una codificación de la jurisprudencia, que a lo largo de decenios –no sin cooperación de la ciencia– ha juzgado en amplias zonas de modo cada vez más extensivo. No es preciso discutir aquí en detalles los ejemplos que se han mencionado ya *supra* (II, 3) en favor de la discrepante regulación del PA, y que podrían completarse fácilmente con otros preceptos que desde hace años constituyen un objeto predilecto de crítica pública. Sólo son síntomas del defecto fundamental oculto tras ellos, que consiste en que no se han empleado ni tan siquiera buscado criterios científicos para delimitar el comportamiento impune del necesitado de pena[66]. Lo dicho vale también para los preceptos de la Parte General, cuyas consecuencias nunca han sido examinadas a la luz de los criterios de la teoría del

[65] De modo distinto ahora el nuevo § 57 en lo referente a la suspensión del resto de pena.

[66] Corresponde a Herbert Jäger el mérito de haber sido el primero en señalarlo y de haber creado las bases esenciales para una teoría racional de la legislación; cfr. "Der Normanspruch des Staates" (con Karl S. Bader), en *Psychopatologie der Sexualität*, ed. por Giese, 1959, pp. 163 y ss.; "Motive des neuen Strafrechts", en la obra colectiva *Strafrechtspflege und Strafrechtsreform*, del Departamento Criminal Federal, 1961; "Strafrechtspolitik und Wissenschaft", en *Sexualität und Verbrechen*, Fischer-Bucherei, nº 518/19, pp. 273 y ss. ["Política juridicopenal y ciencia", en *Sexualidad y crimen*, versión española de Gimbernat Ordeig, Madrid, Reus, 1969, pp. 287 y ss.]. Cfr. además en el mismo libro (pp. 27 y ss.), KLUG, "Rechtsphilosophische und rechtspolitische Probleme des Sexualstrafrechts" [Problemas de filosofía del Derecho y de política jurídica en el Derecho penal sexual", en *Sexualidad y crimen* cit., pp. 27 y ss.]. Sobre la limitación de la pena en los delitos contra la moral y con relación al Proyecto gubernamental dice Hanack en el *Gutachten A zum 47. Deutschen Juristentag*: "sencillamente no se halla en él ninguna concepción, del tipo que fuera, sobre ese punto cardinal, ningún esfuerzo por lograr criterios unitarios".

fin de la pena[67]. Frente a esto, el PA intenta –por primera vez, por lo que alcanzo a ver– hacer de la posibilidad de restringir la pena desde el punto de vista de la necesidad de pena en cada precepto concreto, un objeto de reflexión independiente. Todo ello concuerda con los principios del Programa de Liszt, que en ese aspecto también se presenta como alternativa al Proyecto gubernamental.

d) Finalmente, en cuanto a la limitación del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos, el P 1962 adopta igualmente la posición contraria a Liszt y al Proyecto Alternativo. En aquél se dice expresamente[68]: "El punto de vista de que la amenaza de pena sólo está justificada cuando esté en juego la protección de un determinado bien jurídico, ni está reconocido de modo general en la dogmática jurídico-penal, ni ha sido hasta ahora la pauta exclusiva de la legislación en el campo del Derecho penal. Cierto que las normas jurídico-penales sirven muy preferentemente para proteger bienes jurídicos; pero ello no excluye que se castiguen ciertos casos de conductas especialmente reprobables y vergonzosas según la convicción general incluso aunque el hecho concreto no lesione ningún bien jurídico directamente determinable". Sobre el trasfondo de esta frase programática es como hay que ver el concepto de bien jurídico del PA para interpretar correctamente su significado.

e) La breve confrontación con el Proyecto gubernamental, en contradicción con el cual se creó el PA, también es necesaria para comprender la situación actual del pensamiento jurídico-penal de Liszt. Al mismo tiempo nos lleva a plantear la cuestión de si no precisa ser revisado el resumen hecho por Jescheck, uno de los miembros de la Gran Comisión de Derecho penal más próximos a Liszt y al movimiento internacional de reforma, al comparar ambos Proyectos. Jescheck

[67] Esto lo he intentado demostrar en *ZStW* 76 (1964), pp. 582 y ss., con el ejemplo de la regulación del error en el P 1962.

[68] Exposición de motivos, p. 376.

escribe[69]: "El PA contiene una serie de importantes sugerencias..., pero no me he podido convencer de la superioridad de su concepción frontal político-criminal, que justificaría un radical cambio frontal del legislador". Así pues, el propio Jescheck ve la concepción político-criminal del PA como una alternativa que exige un radical "cambio frontal". Hoy se abre paso dicho cambio profundo. ¿No será más bien que el poder de penetración mostrado por el PA desde su aparición radica menos en esta o aquella particularidad que en la armonía y superioridad de su concepción total? Y ¿no se deberá atribuir la influencia propagandística que despliega sin disminución a la fuerza vencedora del reanimado espíritu de Liszt?

III. CULPABILIDAD, PENAS Y MEDIDAS EN LISZT Y EN EL PROYECTO ALTERNATIVO

1. Culpabilidad, libre albedrío y pena

Liszt era determinista y se dirigió una vez tras otra contra todos aquellos "que quieren convertir el dogma del libre albedrío en fundamento del Derecho penal"[70]. Para él, la "culpabilidad" no tenía nada que ver con la libertad de poder obrar de otro modo[71], sino que era "equivalente a la responsabilidad que se tiene por el resultado"[72]. Pero, según su teoría, responsabilidad no significa "nada más que el hecho de que hacemos responsable... de su hecho al delincuente sano mentalmente"[73], y la salud mental necesaria para la culpabilidad en cualquier caso (= imputabilidad) la concebía como "posibilidad de determinación normal por motivos"[74]. "Quien reacciona a los motivos de forma anormal, es decir, de modo

[69] *ZStW* 80 (1968), p. 87.

[70] *Die Zukunft des Strafrechts*, A. u. V. II, p. 4; cfr. también en el mismo tomo, por ejemplo, pp. 39, 47, 85.

[71] Cfr. A. u. V. II, p. 47.

[72] Ídem, p. 48.

[73] Ídem, p. 45.

[74] Ídem, pp. 43, 85, 219 y muchas otras.

diferente al hombre medio normal, no es imputable y, por tanto, no puede ser penado"[75]. La función práctica de estas teorías consistía para Liszt en la justificación de la pena con arreglo a fin: "Ahora bien, con el concepto de culpabilidad (sc. en el sentido tradicional) cae también el concepto de retribución... La retribución presupone que el autor podría haber obrado de otra manera. Pero sin libertad de elección, ni culpabilidad ni retribución. Para el determinismo consecuente únicamente queda la pena con arreglo a fin... La retribución con base determinista no sólo es un pecado del corazón sino también un desvarío de la inteligencia"[76]. Por otra parte, Liszt no creía que las consecuencias jurídico-penales de su teoría fueran inaceptables para los indeterministas, sino que opinaba que "hay que encontrar una versión de la imputabilidad jurídico-penal a la que no puedan afectar ni la victoria ni la derrota de la ideología indeterminista"[77], y constataba que "todas las consecuencias prácticas a las que hemos llegado desde el punto de vista determinista han sido extraídas también por los indeterministas más consecuentes y más fieles a sus convicciones"[78].

El Proyecto Alternativo se abstiene de hacer declaraciones tan decididas sobre el concepto de culpabilidad; pues un texto legal no puede expresarse del mismo modo que un trabajo científico. Pero el PA, si no me equivoco, coincide con Liszt en que no presupone un reconocimiento del libre albedrío en sentido indeterminista[79]. Incluso para un Derecho penal

[75] Ídem, p. 48; igualmente en el mismo tomo, p. 86.

[76] Ídem, pp. 43-44. Naturalmente que también Liszt daba por sentado que junto a la imputabilidad es necesaria además la "atribuibilidad del resultado" en forma de dolo o imprudencia; cfr. A. u. V. II, p. 48.

[77] Ídem, p. 218.

[78] Ídem, pp. 86-87.

[79] Que el problema de la libertad es enjuiciado de modo diverso por los distintos autores del PA, es algo que se puede comprobar fácilmente en sus publicaciones. Pero en esa cuestión, si es que tiene solución, en todo caso no debe ser una pretensión de poder del legislador la que de-

que persista en mantener el principio de culpabilidad y, con él, la doble vía, no hay ninguna necesidad de hacerlo, pues el contenido material de la capacidad de culpabilidad se puede circunscribir de forma accesible a la constatación judicial sólo con elementos empíricos, que son independientes de la polémica en torno al libre albedrío[80]. Y tampoco hemos ido mucho más allá de la formulación de Liszt, pues cuando ahora Bockelmann[81] convierte –correctamente, creo yo[82]– en criterio decisivo la integridad o destrucción de la "adecuación a un sentido" del actuar humano, y considera que el normal en ese aspecto por regla general se puede motivar por los imperativos de la jurisprudencia, mientras que tal cosa no se puede esperar del perturbado, ello no es más que afinar el pensamiento de Liszt. Para comprobar judicialmente la existencia de esa "motivabilidad normal" es irrelevante concebirla como algo basado en la capacidad de libres decisiones de voluntad o concebirla como algo a su vez determinado[83]. Del

---

cida. Por ello, una ley debe limitarse a premisas que sean igualmente aceptables para los defensores de ambos puntos de vista.

[80] No sin razón dice BOCKELMANN, *ZStW* 75 (1963), p. 380, que es un "puro absurdo" querer comprobar directamente en un caso concreto la existencia del libre albedrío; cfr. ahora también WELZEL, *Festschrift für Engisch*, 1969, p. 101.

[81] "Willensfreiheit und Zurechnungsfahigkeit", en *ZStW* 75 (1963), pp. 372 y ss., 377.

[82] También Arthur Kaufmann declara desde una base indeterminada (*JZ* 1967, p. 560): "Sólo mediante una comparación podemos averiguar si un hombre ha decidido libremente en una determinada situación, a saber, confrontando su comportamiento con el comportamiento que la experiencia nos muestra de aquellos hombres que se encontraron en la misma situación, esto es, en una situación interna y externa totalmente semejante".

[83] Del mismo modo BOCKELMANN, *ZStW* 75 (1963), p. 584, y recientemente HADDENBROCK, *JZ* 1969, pp. 121 y ss. No es posible en este contexto entrar en detalle. La monografía reciente más importante es la de ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doltrin der Gegenwart*, 1963, 2ª ed. 1965. El atrayente trabajo de DANNER, *Gibt es einen freien Willen?*, 1967, muestra que los conceptos

mismo modo, la constatación del dolo, de la imprudencia o de las causas de exclusión de la culpabilidad tampoco implica toma de posición alguna sobre la problemática teórica del libre albedrío.

En cambio, algo muy distinto es que el Proyecto Alternativo parta de que al hombre imputable en el sentido expuesto se lo debe tratar en el campo de su actuación privada y social como una persona capaz de conducta libre y responsable[84]. Esto no es sólo que corresponda a las exigencias de la Ley Fundamental y a la conciencia humana de libertad como realidad social y física indiscutible; es que, además, ningún orden jurídico que reconozca la dignidad humana y el principio de igualdad podrá disponer otra cosa. Pero ésta es una decisión normativa, es decir, un principio regulador político-social, que es completamente independiente de la posibilidad de fundamentar el indeterminismo con arreglo a la teoría del conocimiento y a las ciencias naturales. Tal premisa jurídica de libertad es absolutamente irreprochable desde el punto de vista político-criminal, en tanto mejore las posibilidades de desarrollo del particular sin daño para la totalidad, mientras que resultará cuestionable en cuanto se extraiga de ella en *perjuicio* de la libertad social del ciudadano consecuencias que sólo sería licito deducir de las ineludibles exigencias de la convivencia social.

Aquí reside la objeción decisiva contra el principio de retribución de la culpabilidad, principio que justamente por eso el PA, en concordancia con Liszt, ha dejado totalmente de lado. En los dos lugares en que el PA habla de "culpabili-

---

conciencia, responsabilidad y culpabilidad también conservan su validez en una visión determinista.

[84] Análogamente escribe Liszt: "¿Con base en qué principios ha de proyectarse la revisión del Código penal?" (A. u. V. II, p. 370): "Para el legislador penal es completamente suficiente que se reconozca la responsabilidad tanto desde el lado indeterminista como desde el determinista; pero al legislador no le preocupa si –y cómo– se la puede fundamentar científicamente desde uno u otro punto de vista".

dad"[85], este concepto tiene exclusivamente una función de promoción de la libertad y de restricción de *ius puniendi* estatal, pero en ninguna parte sirve para fines represivos como fundamento de una compensación de la culpabilidad. Sólo de esa manera sigue siendo posible además desligarse del problema del libre albedrío, pues una retribución desvinculada de fines preventivos carece sencillamente de sentido –en esto Liszt tenía toda la razón– sin una toma de posición a favor del indeterminismo. En el concepto de retribución, el postulado de libertad social se transforma en el establecimiento de la libertad metafísica y simultáneamente, de modo extrañamente paradójico, se convierte en un medio de restricción de la libertad social. Justamente esta consecuencia es la que evita el PA, que así establece, como Liszt apuntaba, un fundamento sobre el que pueden edificar simultáneamente tanto determinismo como indeterministas.

2. Culpabilidad y medición de la pena

La medición de la pena muestra el campo de tensión entre política criminal y principio de culpabilidad en un sector especialmente importante. Liszt declaraba categóricamente[86]: "Para la medición de la pena exigimos... el dominio de las consideraciones político-criminales". De este modo extraía sin vacilaciones la consecuencia del principio de la pena conforme a fin: su medida debía fijarse sólo mediante puntos de vista preventivos, y ningún tipo de consideraciones sobre la culpabilidad podían limitarla por arriba ni por abajo. El PA le sigue en cuanto que permite expresamente que la pena se atenúe sin adecuación a la culpabilidad: "La medida determinada por la culpabilidad por el hecho sólo debe agotarse en tanto lo requiera la reincorporación del autor a la comunidad jurídica" (§ 59 II).

[85] "La pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad por el hecho", se afirma en el § 2 II; y el § 59 I, 1, dice: "La culpabilidad por el hecho determina la medida máxima de la pena".

[86] A. u. V. II, p. 71.

Esta regulación en la línea de Liszt ha encontrado reiterada oposición en la crítica científica. Gallas ha manifestado tener "fortísimos reparos" en su contra, porque en ella se da "carta blanca para la atenuación de la pena", lo que es de "incalculables consecuencias"[87]. Sin embargo, ¡precisamente desde puntos de vista político-criminales deben considerarse muy triviales las consecuencias! Y el otorgamiento de esa "carta blanca" sólo podría ser criticable si se considerara valioso por sí mismo el que la pena corresponda a la medida de la culpabilidad aun cuando una mejor comprensión políticocriminal se oponga a ello. Pero Gallas está muy alejado de tal creencia, pues considera que la sociedad está "obligada a velar por que, cuando no lo exijan imperiosas razones de protección del Derecho, el tratamiento del sujeto según sus merecimientos no se consiga a costa del peligro de su desocializacion"[88]. Sólo que este autor opina: "Esto no significa, sin embargo, que en tales casos ya no se mida la pena por la culpabilidad sino por su efecto de prevención; más bien lo que sucede es que, para evitar consecuencias perjudiciales desde el punto de vista de prevención especial, se renuncia en parte a la pena realmente merecida". He de confesar que ni puedo comprender correctamente la diferencia entre estos dos procedimientos coincidentes en el resultado ni tampoco veo por qué el § 59 II PA no resulta fiel al método recomendado por Gallas[89]. Es cierto

[87] *ZStW* 8 (1968), pp. 4-5; igualmente en p. 6: "Carta blanca para una atenuación de la pena ya no controlada por la idea de culpabilidad".

[88] Esta y la siguiente cita en: ob. cit., p. 4.

[89] Gallas opina que, según el PA, el juez no tiene "que partir de la pena adecuada a la culpabilidad y atenuarla cuando aplicarla en toda su extensión amenace provocar consecuencias perjudiciales en el aspecto preventivo-social para el autor y siempre que no se opongan a la atenuación imperiosas razones de prevención general; sino que, por el contrario, tiene que plantearse directamente la cuestión de qué magnitud de pena es necesaria, por un lado para resocializar al autor, y por otro para conseguir el fin preventivo-general de la pena. Con ello se abandona... el principio de la pena conforme a la culpabilidad". Pero ese principio tampoco es preservado ya –¡lo que es correcto!– en

que Gallas cree que "para evitar el peligro de que se socave paulatinamente la idea de pena, tendrá que seguir estando reservado fundamentalmente al legislador el fijar e institucionalizar las modalidades y presupuestos de una renuncia a la pena o a toda su dureza –como, p. ej., ya ha sucedido o está planeado en las modalidades de la condena condicional, la amonestación con reserva de pena, la transformación de la pena privativa de libertad en una pena pecuniaria o la abstención de pena". Pero en esa afirmación se olvida que todas esas regulaciones obligan al *juez* a dar preferencia a la prevención especial dentro de lo que atendiendo a la prevención general es posible, ¡exactamente en la misma forma en que lo hace el § 59 II PA! Y, en efecto, político-criminalmente sería difícilmente comprensible que en la imposición de sanciones precisamente la medición de la pena se apartara totalmente de la línea trazada en las restantes cuestiones.

Algo similar sucede con las objeciones críticas de Jescheck. Efectivamente, también Jescheck quiere admitir por razones de prevención especial el que se quede por debajo del límite superior de pena determinado por la medida de la culpabilidad; pero "la pena, con todo", ha de "ser defendible partiendo de la culpabilidad por el hecho"[90]. Como ejemplos menciona las posibilidades enumeradas también por Gallas de perdonar al sujeto la pena privativa de libertad, "aunque realmente la hubiera merecido". Ahora bien, teniendo en cuenta que Jescheck considera defendible "partiendo de la culpabilidad por el hecho" incluso una total renuncia a la ejecución de una pena "merecida", entonces no me parece consecuente que califique de "sumamente problemática" la posibilidad de

---

la propuesta de Gallas; y además se puede decir perfectamente que el tenor del § 59 II PA ("la medida... sólo debe agotarse en tanto") obliga a constatar la pena conforme a la culpabilidad, que en su caso debe atenuarse con base en puntos de vista preventivos, y por tanto concuerda por completo con las exigencias de Gallas. También Lackner ha interpretado el PA en este sentido, pero pone en duda precisamente la practicabilidad de tal procedimiento (*JZ* 1968, p. 516).

[90] *ZStW* 80 (1968), P. 60.

atenuación por motivos de prevención especial prevista en el § 59 II PA, que al fin y al cabo no va tan lejos.

Bien es verdad que Lackner[91], Gallas[92] y Jescheck[93] censuran además el que la prevención general no puede constituir ningún principio de medida como límite inferior de la pena, porque se conoce demasiado poco sobre la cuantía de pena necesaria para la intimidación general. Sin embargo, si esto fuera cierto, tampoco podrían aceptar las numerosas regulaciones del Derecho vigente y del Proyecto gubernamental que están sometidas (la mayoría de las veces incluso innecesariamente) a la reserva de la prevención general. Pero, sobre todo, si se quiere lograr de una vez claridad sobre los efectos psicológico-sociales de la cuantía de la pena, no hay mejor medio de conseguirlo que comprobar en la práctica si las atenuaciones de tipo preventivo-especial provocan una elevación en la curva de delitos; y esto precisamente resulta posible mediante el § 59 II PA, mientras que el proseguir rígidamente aferrados a la equivalencia con la culpabilidad nunca nos sacará del modesto estado de nuestros conocimientos sobre los mecanismos de la eficacia de la prevención general. Por lo demás, todas las experiencias obtenidas hasta la fecha –al menos en el terreno de la pequeña y mediana criminalidad– se oponen a la suposición de que la concesión de atenuaciones deseadas por razones de prevención especial tendría que realizarse a costa de inconvenientes en la prevención general[94].

Por ello, cabe ensayar confiadamente el intento del Proyecto Alternativo de convertir también en realidad la pena conforme a fin de Liszt en la determinación del límite inferior de la pena. En cambio, el PA se aparta del modelo de Liszt al em-

[91] *JZ* 1967, pp. 515-516.

[92] *ZStW* 80 (1968), p. 5.

[93] Ídem, p. 61.

[94] Puede que la situación sea algo distinta en la delincuencia en el tráfico. Pero precisamente en ella las multas y la privación del permiso de conducir prometen resultados mucho más consistentes que la inútil y costosa pena privativa de libertad.

plear la medida de la culpabilidad para fijar el límite superior de la pena, rechazando por tanto en ese punto las necesidades preventivas que puedan perfectamente indicar una duración superior de la pena. En la medida en que en ello puede verse un cambio de acento, aún habremos de volver sobre el tema al discutir los componentes del Estado social y de Derecho en la política criminal de Liszt (*infra* IV). Aquí basta con indicar que con ello no se ha tomado, como a primera vista pudiera suponerse, una posición decididamente contraria a Liszt, pues un principio fundamental de Liszt era que existen barreras del Estado de Derecho que la política criminal no puede franquear. Pero para concretar en detalles ese principio falta la base adecuada de comparación entre Liszt y el PA, porque en aquella época todavía no existían medidas con posibilidades de actuación independientes de la culpabilidad y orientadas al fin de la resocialización. Sin embargo, al multirreincidente que no puede ser resocializado con penas adecuadas a su culpabilidad, se lo ha de someter según el PA (§ 69 III) a un tratamiento terapéutico-social que, sin estar limitado por la medida de la culpabilidad, satisface lo deseable desde el punto de vista preventivo-especial en el más alto grado posible. Así pues, y en ese aspecto, esta concepción también se mantiene dentro de las ideas fundamentales de Liszt.

3. Penas y medidas

La doble vía de penas y medidas de seguridad se convierte en problemática con la idea de la pena conforme a fin, porque si la pena no se propone de modo primario la compensación retributiva de la culpabilidad, sino que en vez de eso persigue exclusivamente metas preventivas, en todo caso con ayuda de tal criterio ya no se la puede delimitar de las medidas, que sirven para los mismos fines. Y, efectivamente, en Liszt encontramos sólo una distinción, independiente del fin, con base en la característica ya aludida de la "normal determinabilidad por motivos". Dice Liszt[95]: "Sólo se castiga al imputable, es decir al hombre medio normal; frente a quien reacciona anormalmente

[95] A. u. V. II, pp. 85-86.

ante los motivos, bien porque todavía no sea mentalmente maduro o no esté mentalmente sano, bien porque se encuentre en cualquier otro estado anormal, entran en juego otras medidas de protección". Pero para él no tenían especial significación las "viejas y venerables etiquetas"[96], sino que opinaba que no debe "importar el nombre que se le quiera dar al niño"; y en sus declaraciones "más progresivas", reproducidas en la conocida conferencia sobre "La imputabilidad jurídico-penal" (1896), abandonó "el abismo conceptual abierto entre delito y locura" y, con ello, el concepto mismo de pena[97].

También el PA procede consecuentemente en la eliminación de la idea de retribución, fijando unitariamente el fin político-criminal de penas y medidas. Ambas sirven por igual "para la protección de los bienes jurídicos y para la reincorporación del sujeto" (§ 2 I)[98]. Esto, unido al mandato vicarial del § 77, supone un paso decisivo y en total correspondencia con la realidad hacia la vía única. La ejecución de la pena y el internamiento en un establecimiento terapéutico-social, p. ej., no se diferencian lo más mínimo en su fin de resocialización; y el legislador no debería recelar en dejar esto claro. Sin embargo, Jescheck se opone a "la acentuada equiparación de los fines de la pena y las medidas que hace el § 2 I, en el que sorprendentemente falta la indicación de que la pena implica un acento de desvalor ético-social, que no tiene la medida"[99]. Pero en esto hay un malentendido, pues es el delito, y no la pena, el que implica el "acento de desvalor ético-social"; y en ese juicio de desvalor nada cambia porque se imponga junto con la pena o en lugar de ella una medida de seguridad y corrección, que no afecta sólo a los enfermos mentales[100].

[96] Esta cita y la siguiente en A. u. V. II, p. 72.

[97] Ídem, p. 229.

[98] De forma muy similar en este aspecto, GALLAS, *ZStW* 80 (1968), p. 9.

[99] *ZStW* 80 (1968), p. 59.

[100] Por ello hoy ya no es acertado el criterio de distinción ligado a la imputabilidad, que mantenía Liszt. Según ese criterio, el establecimiento terapéutico-social sería una forma de "pena indeterminada".

En cambio, si la opinión de Jescheck tuviera el sentido de que hay que atribuir un efecto discriminador al cumplimiento de la pena, pero no a la ejecución de la medida, habría que oponerse a tal opinión, porque significaría una recaída en el pensamiento retributivo que perjudicaría sin razón la consecución del fin resocializador. Pero, prescindiendo de ello: si realmente fuera la sanción, y no el hecho, la que implicara el predicado de desvalor, entonces una medida como el establecimiento terapéutico-social, que por regla general se aplica a peligrosos criminales, tendría que implicar ese "acento" como mínimo en el mismo grado. Por consiguiente, ahí no puede estribar la diferencia.

De este modo quedamos en lo siguiente: A la sanción preventiva de una conducta socialmente insoportable la llamamos pena si está limitada por el principio de culpabilidad, y medida de seguridad si lo está por el principio de proporcionalidad. Así pues, la diferencia estriba sólo en el tipo de limitación y, de ese modo, en una distribución del centro de gravedad algo discrepante en la ponderación de los componentes liberales y sociales del sistema de consecuencias jurídicas. Con ello estamos ante un tema central de la política criminal de Liszt, al que habremos de volver en la parte de conclusión de la investigación.

IV. FINALIDADES CORRESPONDIENTES AL ESTADO DE DERECHO Y AL ESTADO SOCIAL EN LISZT Y EN EL PROYECTO ALTERNATIVO

1. El planteamiento del problema por Liszt y el intento de solucion del PA

El Derecho penal sirve simultáneamente para limitar el poder de intervención estatal y para combatir el delito. Protege, por tanto, al individuo de una represión ilimitada del Estado, pero igualmente protege a la sociedad y a sus miembros de los abusos del individuo. Estos dos componentes –el correspondiente al Estado de Derecho y protector de la libertad individual, y el correspondiente al Estado social y preservador del interés social incluso a costa de la libertad del individuo–, si se les hace objeto de abstracción conceptual, implican rasgos antinómicos. Quien los quiera fundir, como requiere la

naturaleza de las cosas, en *una* concepción político-criminal, debe poseer la fuerza de integración de tendencias opuestas y renunciar a la ejecución lineal de un único principio conceptual. Sigue siendo uno de los méritos de Liszt el haber resistido a la tentación de la unilateralidad a la que han sucumbido tantas mentes inferiores: Él vio la doble misión del Derecho penal más claramente que muchos de sus seguidores. Se dio cuenta de que la dedicación exclusiva a la idea del fin, que él hizo valer tan poderosamente, traería consigo en el Derecho penal la abdicación del jurista en favor del "higienista social"[101]; y aunque tuvo en cuenta que de esa forma "sin todos los cachivaches de formulas de los criminalistas clásicos" podría "recaer en el caso concreto la decisión que sea provechosa para la colectividad", dio una clara negativa a tales esfuerzos con frases que tienen el rango de clásicas y que hoy le resultan familiares a cualquier jurista: "En mi opinión, por paradójico que pueda sonar, el Código Penal es la Carta Magna del delincuente. Protege... no a la colectividad, sino al individuo que se rebela contra ella. Le garantiza el derecho de ser castigado... sólo si se dan presupuestos legales y sólo dentro de los límites legales... El Derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal".

Pese a la forma aforística, no estamos aquí ante juicios incidentales, sino ante un credo político-criminal, que Liszt no se cansó de repetir[102]. Incluyó esa teoría "en el gran contexto

[101] Esta y las siguientes citas, A. u. V. II, p. 80.

[102] Cfr. al respecto, p. ej., A. u. V. II, pp. 59-62, 102. En proporción inversa a la escasa medida en que hasta hoy ha conseguido la Sociología criminal el puesto que se merece, aumentan en cambio los indicios de que un día podría llegar a ser actual la advertencia de Liszt frente a una total renuncia de la jurisprudencia en favor de la sociología: "Para evitar malentendidos quisiera declarar expresamente lo siguiente: considero un error de graves consecuencias afirmar que la Sociología criminal está llamada a tomar el lugar del Derecho penal. Mientras estemos empeñados en proteger la libertad del ciudadano individual frente al arbitrio ilimitado del poder estatal y mientras sigamos manteniendo el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, seguirá conservando

del desarrollo político"[103], que interpretaba en el sentido de una síntesis (hoy no menos necesaria) de corrientes ilustrado-liberales y socialistas: "En lo fundamental sigo aferrado a esa tradición de la época de la Ilustración[104]. Y en la medida en que se puede predecir el futuro, afirmó que la transformación de la legislación también seguirá aferrada a ellas. Incluso el *ius puniendi* del Estado socialista seguirá estando limitado legalmente en sus presupuestos y contenido... Esto creo y esto espero en interés de la libertad personal, que no quisiera entregar indefensa a la 'higiene social'; y esto lo he exigido siempre públicamente aun a riesgo y con el resultado de ser acusado de eclecticismo por los portavoces de ambas fuerzas"[105].

Esa convicción constituye también la base del Proyecto Alternativo. Es cierto que hoy ningún proyecto de Código Penal que quiera tener alguna perspectiva de realización se podrá cerrar a la necesidad de hallar un equilibrio entre las misiones correspondientes al Estado de Derecho y las misiones preventivas del Derecho penal. Pero la particularidad del PA consiste en que persigue estas metas de un modo distinto a como ha sucedido hasta ahora y concretamente en el P 1962. No se busca, en efecto, un compromiso por medio de reducciones hechas en parte en las necesidades correspondientes al Estado de Derecho y en parte en las necesidades preventivas, de modo que al final resulte una línea media "moderada", sino que, por el contrario, la novedad del PA consiste en que lleva hasta sus últimas consecuencias ambas tendencias, en vez de debilitarlas: El PA está orientado de modo extremo a la prevención especial y simultáneamente de modo extremo a las exigencias del Estado de Derecho, y en ambas direcciones va mucho más allá que el P 1962. Por una parte, hace realidad la pena conforme a fin desligándola totalmente de la

---

su significación altamente política el riguroso arte de la interpretación legal que opera según firmes principios científicos" (A. u. V II, p. 434).

[103] A. u. V. II, p. 80.

[104] Ídem, p. 61; la frase está subrayada en el texto de Liszt.

[105] Ídem, p. 62.

idea de retribución, sienta las bases de una pura ejecución resocializadora de la pena y crea con el establecimiento terapéutico-social un nuevo medio independiente de la culpabilidad para el tratamiento curativo y el proceso de aprendizaje socializador. Pero, por otra parte, limita rígidamente la pena mediante el principio de la culpabilidad por el hecho, ha suprimido medidas como la casa de trabajo y la vigilancia de seguridad precisamente porque amplían el poder de intervención estatal de forma intolerable en un Estado de Derecho, y de modo programático ha sometido también las medidas de seguridad a la reserva de proporcionalidad. Nada de esto se encuentra en el P 1962 (mientras que la Comisión especial sigue ahora al PA en amplia medida). Ahora bien, el PA no sólo intenta reforzar por separado cada una de las corrientes de tradición ilustrado-liberal y preventiva y del Estado social, sino que también intenta reunirlas en una meta común y de ese modo hacer plenamente realidad los dos motivos fundamentales de la concepción de Liszt. Como acertadamente dice Güde[106], "el sello peculiar del PA y sus nuevos horizontes radican en el ensamblaje imparcial de ideas fundamentales que hasta ahora se han considerado difícilmente compaginables". El PA toma aquí un camino por el que no se han adentrado, al menos en su concreta estructuración, ni Liszt ni el Proyecto gubernamental. Lo que necesita una discusión aclaratoria es el punto relativo a por qué ese camino, en opinión de autores, lleva a la meta deseada.

2. El dualismo de Derecho penal y política criminal defendido por Liszt

Liszt intentó llevar a buen término la antinomia por él descrita, dividiendo su ciencia en "dos reinos": los presupuestos de punibilidad debían determinarse según los principios liberales del Estado de Derecho, exactamente como desde siempre

[106] "Kriminalpolitische Zielsetzung in der Strafrechts- und Strafvollzugsreform", en *Strafvollzung in Deutschland*, Fischer-Taschenbuch nº 841, 1967, p. 57.

propugnó la Escuela clásica; pero, una vez constatada la punibilidad según el "método jurídico", la sanción debía medirse exclusivamente por las necesidades sociales[107]. Liszt expresó esas dos tendencias con los conceptos de "Derecho penal" y "política criminal", que consideraba conceptos opuestos. Sólo así se puede comprender la frase citada anteriormente en la que considera al Derecho penal como la "infranqueable barrera de la política criminal". El Derecho penal es el dueño y señor absoluto del "si", y la política criminal, la exclusiva soberana del "cómo" de la pena.

Esta separación de las esferas seduce por su sencillez, pero no resuelve el problema. "He de admitir", decía Liszt situándose en el punto de vista de la pena conforme a fin, "que quizá la consecuencia de nuestra concepción debería ser atender sólo a la actitud interna y no esperar a que se produzca el hecho, del mismo modo en que el médico de cabecera no aguarda a que se declare una enfermedad, sino que trata de prevenirla"[108]; pero por consideración a la libertad del individuo no extrajo entonces esa consecuencia, e incluso dio preferencia en la dogmática jurídico-penal a los criterios objetivos referentes al hecho frente a los subjetivos referentes al autor[109]. Por otra parte, si se sigue el punto de vista de los defensores de la garantías del Estado de Derecho frente al "Leviatán" estatal[110], no resulta satisfactorio que ese interés en la libertad tan altamente valorado deba extinguirse repentinamente con el juicio de culpabilidad y deba ser sustituido por el criterio exclusivo de la utilidad social. Porque el "Leviatán" conjurado por Liszt sólo despliega todo su poder tras el juicio de culpabilidad y –si lo necesita– necesita un freno en ese momento en la mis-

[107] Para más detalles al respecto, cfr., p. ej., A. u. V. II, p. 71.

[108] Ídem, p. 16.

[109] Cfr. al respecto, p. ej., RADBRUCH, "Franz v. Liszt – Anlage und Umwelt", en *Elegantiae iuris criminalis*, 2ª ed., 1950, pp. 231-232, y SCHMIDT, Eb., *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª ed., 1965, pp. 381 y ss.

[110] A. u. V. II, p. 80.

ma medida que antes. Tampoco Liszt se negó completamente a ello cuando se trató de dar forma legal a sus propuestas. Ciertamente la "sentencia penal indeterminada" defendida por él, en la que la duración de la pena debía regirse no por el hecho, sino solamente "según que se haya conseguido o no el fin de la pena perseguido en el caso concreto, es decir, según la eficacia de la ejecución de la pena"[111], corresponde en su concepción exactamente a su máxima de que con el comienzo de la ejecución de la pena toca "a su fin la función del Derecho penal"[112]; pero en cambio quería que la decisión sobre si se ha conseguido o no el fin de la pena estuviera "revestida de las mismas garantías" que la declaración de culpabilidad –¡porque, según él, aquélla es tan importante como ésta "para la libertad del individuo"!–. Tal contradicción muestra que el mismo Liszt no estaba satisfecho de su bipartición, por lo que se puede decir que los autores del PA proceden conforme a sus intenciones cuando tratan de resolver la antinomia de Liszt yendo más lejos que él.

Sin embargo, los autores del PA coinciden totalmente con Liszt en que tampoco nos hará progresar la tendencia dominante en su tiempo (y todavía vigente en el P 1962) de repartir los dominios del "Derecho penal" y de la "política criminal" (en el sentido de la terminología de Liszt) entre las "penas" "medidas". "Éste es el lado encantador del comportamiento de nuestros adversarios", opina irónicamente Liszt[113], "que están contentos si se respetan las viejas y venerables etiquetas. En la 'punición' del delincuente habitual no cabe traspasar la 'proporción entre culpabilidad y expiación'; pero nuestros adversarios no tienen nada que objetar a que, una vez cumplida la pena, se impongan 'medidas de seguridad' perpetuas o enormemente largas. La justicia 'retributiva' no permite dos años de prisión contra el vagabundo incorregible; pero los adversarios nos concederían perfectamente cinco años

[111] Esta y las siguientes citas, en: A. u. V. II, p. 92.
[112] Ídem, p. 70.
[113] Ídem, p. 72.

del mucho más penoso internamiento en una casa de trabajo. Dejadnos, pues, llamarlo medida de seguridad y casa de trabajo; dejadnos tomar lo que podemos obtener". Así, en el año 1893 calificaba Liszt de "ridículo contrasentido" a una regulación casi exactamente igual que la que setenta años más tarde aún se vuelve a encontrar en el P 1962, si bien él quería aprovechar ese tipo de doble vía criticado con razón a favor de su pena conforme a fin. Pero todo lo que se le podía objetar a su solución es igualmente válido aunque se hable de medidas de seguridad: Si se quiere trabajar en serio con el principio del Estado de Derecho, ni se lo puede reducir al "si" de la pena ni cabe eludirlo mediante el rodeo de construcciones puramente conceptuales. "Un Derecho penal de la culpabilidad pierde toda credibilidad cuando, sólo con ponerles la etiqueta de 'medidas', impone a placer encierros de larga duración sin sujeción a los límites del Estado de Derecho, en consideración a los cuales y sólo por ello es digno de conservarse el principio de culpabilidad"[114].

3. El punto de vista del Proyecto Alternativo

a) La posición fundamental del PA ya ha sido esbozada más arriba: Las exigencias del Estado de Derecho y las del Estado social, salvaguardia de la libertad y prevención, no se deben asignar unilateralmente a determinados estadios de la realización del Derecho penal ni a determinadas sanciones de tipo concreto, sino que se deben realizar siempre simultáneamente. La creencia de que tal procedimiento es posible y político-criminalmente provechoso se basa en las siguientes reflexiones:

Si tan pronto se contempla al delincuente como un miembro adulto de la comunidad, que participa por completo de la autonomía de la persona y que se defiende con razón de un tratamiento tutelar de la autoridad, como tan pronto se lo contempla como un objeto de la previsión estatal, incapaz

[114] ROXIN, en *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, Fischer-Taschenbuch nº 952, 1968, p. 90. Para más detalles sobre esta problemática, GRÜNWALD, *ZStW* 76 (1964), pp. 633 y ss.

de autoafirmación y que debe ser sometido a procesos socializadores de aprendizaje y a precauciones de seguridad, es decir –para expresarlo aforísticamente–, si alternativamente se basa la política criminal aquí en una imagen idealista del hombre y allí en una imagen realista, estamos ante un modo de consideración abstracto (en términos hegelianos), que falsamente aísla entre sí a las dos partes del mismo fenómeno que sólo en su conjunción componen la *conditio* humana, y las absolutiza por separado. Así como popularmente se dice que hay que "ver en el delincuente al hombre", importa mucho no olvidar en el fenómeno empírico del miserable asocial al ciudadano que asimismo es y al que precisamente queremos poner en condiciones de cumplir sus deberes y de salvaguardar los derechos que en ese papel le corresponden [115]. La necesidad de respetar en el penado pese a su insuficiencia social al hombre dispuesto para el libre desarrollo de su personalidad, existe igual antes que después del pronunciamiento de la sentencia y es igualmente válida, aunque en forma modificada por la relación con la medida cambiante de antisocialidad, para penas y medidas. En el aspecto político-criminal esto significa lo siguiente: El preso no debe sufrir ninguna pena deshonrosa; debe aprender a encontrar su puesto social en el trabajo profesional igual que otros hombres libres y debe ser recompensado por ello como aquéllos (§ 39 I y II PA). Siempre debe "apelarse a su propia responsabilidad" (§ 37 II, 1 PA) y justamente por eso no se le deben pedir cuentas por encima de la medida de su responsabilidad (§ 2 II PA).

Vistas las cosas de este modo, la función limitadora de la pena del principio de culpabilidad no es sólo una exigencia correspondiente al Estado de Derecho, sino también una exigencia político-criminal de prevención especial [116]. Esto no

[115] Estas ideas las he desarrollado más detenidamente con una orientación dirigida a la problemática teórica del Derecho penal, en *JuS* 1966, p. 384 (= *supra* pp. 33 y ss.), por lo que puedo remitirme a lo allí expuesto.

[116] Sobre la función político criminal del principio de culpabilidad, cfr. también KAUFMANN, Arthur, *JZ* 1967, pp. 556 y ss.

se debe sólo al mencionado enlace entre la propia responsabilidad y la medida de la culpabilidad, sino que también con ayuda del principio de culpabilidad defendemos la resocialización contra la prevención general[117], porque las sentencias que por razones de intimidación general traspasen la medida de la responsabilidad individual son injustas para el afectado y, por eso, pueden fácilmente tener afectos desocializadores. Finalmente, en la concepción del PA la limitación de la pena a la medida de la culpabilidad se deriva también del principio de necesidad[118]. En principio tenemos que partir, y eso si un pronóstico favorable no hace que parezca suficiente una sanción menor, de que basta con una duración en la ejecución que corresponda a la extensión y gravedad de los delitos (y, por tanto, de la culpabilidad). Sólo es preciso renunciar a esa orientación por el "hecho" –por eso el PA habla expresamente de culpabilidad *por el hecho* en contraposición a la culpabilidad por el carácter y la conducción de vida– a favor de una terapia que atienda a la personalidad del sujeto y a la duración del tratamiento, cuando sea seguro que de otro modo no

[117] No se debería objetar, como a menudo sucede, que esto es imposible. Es cierto que también los autores del Proyecto Alternativo vieron "claramente que no es posible cuantificar exactamente la culpabilidad" (Exposición de motivos sobre el § 2 PA, p. 29); pero, pese a ello, las sentencias intimidatorias, que castigan delitos de escasa trascendencia con penas muy elevadas, son perfectamente reconocibles como tales y se pueden evitar mediante la función limitadora de la pena del principio de culpabilidad. El principio del "interés público preponderante", que los defensores de un Derecho monista de medidas de seguridad siempre quieren colocar en el lugar el principio de culpabilidad, no aporta absolutamente nada frente a la medición preventivo-general de la pena porque las sentencias intimidatorias suelen ser impuestas precisamente en nombre del interés público.

[118] En ese sentido, tampoco otros postulados clásicos del Estado de Derecho tienen sólo una función "jurídico-penal", sino que también poseen una función "político-criminal" en el sentido de Liszt. Por ejemplo, la precisión del tipo no sólo sirve para la seguridad del particular, sino que debe servir también de garantía de que se sancionarán sólo comportamientos respecto de los cuales se ha examinado a fondo, mediante un procedimiento legal, que ello es necesario.

se puede volver a llevar al sujeto por el camino de la legalidad. Pero éste es también el caso en supuestos de enfermedades mentales o perturbaciones profundas de la personalidad cuando el cumplimiento anterior de penas de larga duración no ha podido impedir la reincidencia y tampoco promete ninguna mejoría para el futuro.

El establecimiento terapéutico-social del PA sirve para resocializar a tales sujetos. Debe dar los resultados que en el mejor de los casos hubiera podido conseguir la pena indeterminada de Liszt, si entonces se hubieran conocido tales métodos de tratamiento. Pero el establecimiento terapéutico-social también está muy lejos de renunciar a las seguridades del Estado de Derecho o de degradar contra su voluntad al delincuente a mero objeto de tratamiento. Al contrario: la terapia social no sólo está limitada temporalmente (a cuatro o, en su caso, a ocho años), sino que depende ampliamente en su funcionamiento de la aprobación y colaboración voluntaria del sujeto. Así se dice expresamente: "A los condenados por primera vez a una pena no se los puede someter contra su voluntad a esta medida" (§ 69 II, 1 PA), y también: "Las intervenciones médicas y el tratamiento psiquiátrico sólo con la aprobación del sometido son admisibles como medidas terapéutico-sociales" (§ 69 VII PA). Además, en todas las medidas se "tiende a la colaboración activa del sometido a ellas" (§ 69 VI, 2 PA). Como quiera que todas las ayudas psiquiátricas, psicológicas y pedagógicas sólo pueden ser fructíferas mediante la voluntaria cooperación del sometido a ellas, la consecuencia es que resocialización y salvaguardia de la libertad ya no son polos opuestos, sino fines que se fomentan recíprocamente entre sí: la resocialización debe posibilitar el desarrollo de la personalidad del delincuente y librarlo de la opresión de sus fallos sociales, y, a la inversa, sólo la salvaguardia de la libertad de decisión del sometido y su propia aportación al trabajo terapéutico pueden hacer que los esfuerzos resocializadores sean fructíferos.

Lo que se ha señalado también podría exponerse en detalles a propósito de otras disposiciones del PA, como, por ejemplo, la regulación de las imposiciones e instrucciones (§§ 41 y 42). Pero lo que aquí importa solamente es retener la idea fundamental de que resocialización y protección liberal

y correspondiente al Estado de Derecho, de la libertad no se oponen sino que se condicionan entre sí. Un Derecho penal retributivo clásico no sólo es enemigo de la resocialización sino que también es, como consecuencia de su estructura represiva, perjudicial para la libertad individual y su desarrollo; y un puro Derecho de medidas sin las garantías del Estado de Derecho no sólo violenta al sometido a él, sino que tampoco puede ser provechoso con sus métodos de ilimitada acomodación coactiva para una sociedad democrática y liberal. La dialéctica de individuo y sociedad, que se manifiesta en los componentes del Derecho penal correspondientes al Estado de Derecho y los correspondientes al Estado social, sólo puede ser superada mediante una síntesis que preserve sin deformaciones ambos polos de la existencia humana. Un "Estado de Derecho" que abandone al individuo a sí mismo (o a una abstracta retribución) en vez de ayudar al necesitado, conduce a la opresión y eliminación del débil; y un "Estado social" que desprecie la libertad del individuo utiliza de modo muy similar al Derecho penal para lograr una tutela manipuladora de aquél, en vez de hacerlo para fomentar el desarrollo de su personalidad. Por consiguiente, la fórmula empleada por nuestra Ley Fundamental, del "Estado social de Derecho" no es un mero aglutinamiento de principios heterogéneos, sino que por el contrario designa dos partes de un todo que correctamente se considera inseparable. En el intento de trasladar esos conocimientos lo más puramente posible a la legislación en el campo del Derecho penal radica a mi entender la actualidad y el peculiar "mensaje" del PA[119]. Es cierto que esa concepción es un proyecto para el futuro; pero no estamos ante fantasías alejadas de la realidad, sino ante una utopía "concreta", en el sentido de Ernst Bloch, que supera lo existente con la vista puesta en una realidad mejor, que ya es posible hoy[120].

[119] Cfr. también al respecto la parte final programática de mi artículo publicado en *JuS* 1966, p. 387 (= *supra*, pp. 33 y ss.).

[120] Uno de los coautores del PA, Werner Maihofer, ha destacado en sus últimos trabajos con especial énfasis la legitimidad y necesidad de

b) Si volvemos ahora la vista una vez más a la concepción de Liszt, se puede señalar muy fácilmente la causa por la que el PA tuvo que tomar aquí un camino nuevo, no marcado todavía por Liszt. En efecto, el antagonismo entre protección de la personalidad y prevención especial sólo se puede suprimir del modo descrito si se quiere conseguir el fin preventivo por el camino de la resocialización, y la resocialización, no mediante acomodación y amaestramiento, sino mediante el desarrollo de la personalidad. Liszt no creía, sin embargo, que esto fuera posible; y tampoco lo podía creer dada la situación de los conocimientos de entonces. Él ponía en duda la capacidad de resocialización de los adultos y limitó sus propuestas de ejecución penal educativa esencialmente a los jóvenes. Así se dice en su informe al Día de los Juristas de 1902, en el que formuló sus principios para la revisión del Código Penal[121]: "Exigimos en primera línea el tratamiento educativo de la persona susceptible de mejoría; y como la transformación educativa del carácter, formándolo corporal y espiritualmente, así como acostumbrándolo a una forma de vida regular y sobre todo a un trabajo regular, sólo es posible hasta una determinada edad, podemos muy bien hablar de tratamiento educativo de los jóvenes". En cambio, respecto de los delincuentes habituales adultos opinaba[122] que "ya no se puede pensar en una corrección de los elementos asociales". Naturalmente, desde ese punto de vista la prevención especial frente a delincuentes habituales sólo puede consistir en su "inocuización", criterio que efectivamente juega a partir del Programa marburgués un papel considerable y no muy feliz en Liszt[123]: "Consiste en la 'servidumbre a la pena' con estricta obligación de trabajar y con el máximo aprovecha-

---

un pensamiento utópico así entendido en la esfera de la Filosofía del Derecho; últimamente en la obra colectiva *Ideologie und Recht*, 1969, pp. 22 y ss., 135 y ss.

[121] A. u. V. II, p. 397.

[122] Ídem, p. 401.

[123] A. u. V. I, p. 170.

miento posible de la fuerza de trabajo; como pena disciplinaria apenas sería posible sustraerla a la pena de azotes; y la pérdida obligatoria y duradera de los derechos civiles y políticos debería marcar duramente el imprescindible carácter deshonroso de la pena"[124]. Éste es también el origen del informe de Liszt en defensa de la casa de trabajo, cuya diferenciación de la prisión quería que se "estableciera de nuevo y se llevara a cabo lo más ampliamente posible"[125], sobre todo "manteniendo el carácter deshonroso de la primera"[126].

Estos y otros detalles parecidos del Programa de Liszt proceden de la concepción vigente hasta hoy, presa de prejuicios populares y alimentada además por puntos de vista darwinistas sobre la sociedad, de que existe una "situación de lucha" entre la sociedad y sus delincuentes que no ofrece ningún punto de apoyo para suavizar el rudo antagonismo de la necesidad social y la libertad individual. Está claro que esa concepción no ha podido hallar eco alguno en el Proyecto Alternativo. Ya en el año 1879, antes, por tanto, del Programa marburgués, escribía un presidiario puesto en libertad, que posteriormente llegó a ser muy conocido literariamente: "Al hombre corriente le falta la fonación que se convierte en concepción humana de que el delito es la consecuencia externa de una enfermedad moral interna, de la que a veces el mismo delincuente es el menos culpable, pero que aun en el peor de los casos no lo excluye de la categoría de los seres humanos

[124] Aún es más horrible lo que Radbruch (en su *Elegantiae iuris criminalis*, p. 229) transcribe de una carta de Liszt a Dochow, del 21/1/1880, en la que se recomienda para los "delincuentes habituales" un tratamiento "con dureza militar, sin muchos miramientos y lo más barato posible, aunque perezcan tales tipos". En ella se dice que es "un abuso para el contribuyente" conceder a esos delincuentes "alimentación, aire, movimientos, etc., según criterios racionales". Esto es casi un modelo para las prácticas anticonstitucionales de los campos de concentración y muestra hasta dónde puede llevar la idea de una pena conforme a fin sin las garantías del Estado de Derecho.

[125] A. u. V. I, p. 399.

[126] Ídem, p. 402.

y que antes debería provocar compasión que desprecio". Ésta concepción del "hombre corriente" aquí conjurada, que tan nefastamente se opone incluso a la reintegración social del penado puesto en libertad y que casi todo el mundo acoge dentro de sí con las influencias de su ambiente, también proyectó sus sombras sobre algunas propuestas del joven Liszt. Pero éstas, aunque la reclusión y las penas deshonrosas se hayan mantenido incluso en el P 1962, deberían pertenecer definitivamente al pasado.

Más importante para la futura significación de Liszt es el hecho de que se liberó relativamente pronto del rigorismo arcaico y represivo de sus años jóvenes. "¿Quién tiene hoy aún el valor de negar la co-culpabilidad de la sociedad?", dice ya en el año 1893[127]: "El 'mérito' no es 'culpa' suya (sc. del delincuente) si las circunstancias lo han llevado por la vía del delito"[128]. Y suena como a retractación de sus anteriores concepciones cuando Liszt, invocando la "culpabilidad colectiva de la sociedad", escribe en su *Lehrbuch*[129]: "Pero el reconocimiento de que el delito tiene sus raíces profundas en las circunstancias sociales también nos preservará de exageraciones de la idea de fin". Esta penetración en la interdependencia del destino individual y las relaciones sociales contiene el germen de aquella fusión de tendencias correspondientes al Estado de Derecho y al Estado social, que he descrito más arriba como concepción del PA. "Vosotros dejáis al pobre hacerse culpable, y entonces lo entregáis al castigo": ésta es la política criminal de la inocuización que combate al delincuente eliminándolo como enemigo de la sociedad. Pero en el mismo momento en que se reconoce la responsabilidad de la sociedad por lo que ha sido de sus miembros –y esto no es entusiasmo filantrópico, sino una perspectiva científico-social muy sobria–, la sociedad tiene que aceptar también su deber de reparar en el delincuente lo que en él se ha echa-

[127] A. u. V. II, p. 66.

[128] Ídem, p. 45.

[129] P. 19.

do a perder, es decir, no "combatirlo" ni desocializarlo, sino aceptarlo como perteneciente a ella y ayudarle a convertirse en lo que hubiera podido llegar a ser en condiciones más favorables sin necesidad de ejecución de la pena. Por eso no es ninguna casualidad que el intento de Peter Noll de "orientar éticamente la pena hacia la idea de co-responsabilidad"[130] haya entrado a formar parte de la concepción fundamental del Proyecto Alternativo, del que es coautor. Ello no significa una exoneración unilateral del delincuente, porque la resocialización aspira precisamente a enseñarle a asumir el cuidado de sí mismo y del bien común: "Así como *éste* es co-responsable del bienestar de la comunidad, *ésta* no puede eludir la responsabilidad por la suerte de aquél"[131]. Como ya se ha dicho, el punto de arranque de esta concepción se halla ya en la idea de la co-culpabilidad de Liszt, quien en su conocida conferencia sobre la imputabilidad (1896) recomendaba "benevolente suavidad y cuidadosa asistencia" para el "incorregible", con el que antiguamente no había querido tener muchos "miramientos", opinando también frente a su postura anterior: "En todo caso ya no podremos marcarlo con hierro en la frente"[132].

Pero incluso para hablar en favor de la voluntad de resocialización de la persona considerada incorregible podemos apelar (frente a su propio escepticismo) al mismo Liszt, que consideró como sus más peligrosos enemigos, no a los partidarios de la escuela clásica, "sino a los naturalistas radicales que no creen en la posibilidad de educación del hombre"[133], y que en su conferencia titulada "El futuro del Derecho penal" (1892)[134]

[130] *Die ethische Begründung der Strafe*, 1962, pp. 14 y ss.; sobre la idea de "co-culpabilidad", cfr. también el reciente e impresionante trabajo de NAEGELI, "Die Gesellschaft und die Kriminellen", en *Verbrechen – Schuld oder Schicksal?*, ed. por Bitter, 1969, pp. 40 y ss.

[131] ROXIN, *JuS* 1966, p. 386 (= *supra*, p. 33).

[132] A. u. V. II, p. 229.

[133] Ídem, pp. 11-12.

[134] Ídem, p. 22.

declaró: "La política criminal, tal como la entendemos, está condicionada por la creencia en la capacidad de corrección del hombre, tanto del individuo como de la sociedad". La luz clara de la Ilustración, de la que él se declaró expresamente partidario[135], resplandeció aquí sobre los tonos oscuros de una cultura pesimista, propios del fin del siglo XIX.

Ciertamente, Liszt no pudo plasmar todo esto en propuestas político-criminales; en parte porque por aquel entonces no habían apuntado en el horizonte de las posibilidades prácticas ni un sistema penitenciario resocializador eficaz (apenas practicado hasta hoy), ni tampoco unos establecimientos terapéutico-sociales[136]; pero en parte también porque la resistencia de su tiempo lo forzó a contenerse[137]. Pero lo más importante es proseguir su obra donde Liszt la tuvo que interrumpir. Y esto es lo que intenta el PA, que vive del espíritu reformador de Liszt, que, según todo indica, tendrá en el futuro repercusiones aún más fructíferas que las que le fue dado conseguir durante su vida y en los primeros cincuenta años después de su muerte.

NOTA POSTERIOR A LA PRIMERA PUBLICACIÓN

La lectura más importante como complemento del presente trabajo es el Proyecto Alternativo con su Exposición de motivos, citado en la nota 1. Sobre Franz v. Liszt y su significado

[135] Y concretamente en inmediata conexión con el pasaje citado, A. u. V. II, pp. 23-24.

[136] "Y lo que nos asegura el reconocimiento del presente y del futuro no es lo que hemos sabido, sino cómo hemos querido", escribe Liszt con modestia autocrítica (A. u. V. II, p. 24).

[137] Así Radbruch ("Drei Strafrechtslehrbücher des 19. Jahrhunderts", en *Festschrift für E. H. Rosenfeld*, 1949, p. 18) opinaba que la mencionada conferencia sobre la imputabilidad ha "sido durante largo tiempo una piedra en el camino de reforma del Derecho penal. Ello puede tener su causa en que Liszt, sin renegar precisamente de las ideas de esa conferencia, tampoco prosiguió desarrollándolas, aunque muy bien pudiera ser que la conferencia de 1896 ciertamente mostrara menos diplomacia pero tuviera un contenido de verdad mucho mayor".

para el presente informa ampliamente el fascículo 3° del t. 81 de la *ZStW* (1969), que también ha aparecido por separado como escrito-homenaje (285 pp.) bajo el título "Franz von Liszt zum Gedächtnis. Zur 50. Wiederkehr seines Todestages am 21. Juni 1919"; en ese tomo apareció por primera vez el trabajo que aquí se reproduce. Sobre la discusión en torno al PA y su posición en la historia del movimiento de reforma puede consultarse además, KAUFMANN, Arthur, *Der Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches und das Erbe Radbruchs*, así como BAUMANN, "Konsequezen einer Reformarbeit. Nicht aufgenommene Vorschläge für die Strafrechtsreform"; ambos en: *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, 1968 (pp. 324 y ss., 337 y ss., respectivamente). Los autores del PA han desarrollado en detalle sus concepciones en dos obras colectivas, que han aparecido como libros de bolsillo: *Programm für ein neues Strafgesetzbuch* (*Fischer-Taschenbuch* 952), 1956; y "Misslingt die Strafrechtsreform?" (*Luchterhand-Texte* 12), 1969. Aparte de esto se encuentra material para la discusión del tema en tres libros de BAUMANN, Jürgen, *Kleine Streitschriften zur Strafrechtsreform*, 1965; *Beschränkung des Lebensstandards anstatt kurzfristiger Freiheitsstrafe*, 1968; *Weitere Streitschriften zur Strafrechtsreform*, 1969. De los autores del PA puede mencionarse además a STRATENWERTH-SCHULZ, *Leitprinzipien und kriminalpolitische Aspekte der Strafrechtsreform*, 1970, así como a NOLL, "Neue Wege und alte Widerstände in der deutschen Strafrechtsreform", en *Schweiz. Zeitschr. f. Strafrecht* 86 (1970), pp. 1 y ss.

En este artículo sobre Liszt se ha puesto al lector al tanto de los enfrentamientos en sentido crítico a las propuestas político-criminales del PA. De entre ellos destacan los trabajos de Gallas (cfr. notas 21, 27, 40, 41, 58, 87 y ss., 92 y 98), Jescheck (cfr. notas 3, 13, 69, 90, 93 y 99), Lackner (cfr. notas 27, 89 y 91), Nowakowski (cfr. nota 40) y Eb. Schmidt (cfr. notas 4, 8 y 31), cuya lectura aparte se recomienda. Importantes también, GRUNWALD, "Das Rechtsfolgensystem des Alternativ-Entwurfs", en *ZStW* 80 (1968), pp. 89 y ss., y MÜLLER-DIETZ, *Strafbegriff und Strafrechtspflege*, 1968. Naturalmente, estas pocas indicaciones sólo ofrecen una pequeña selección de la

ilimitada bibliografía de los últimos diez años en torno a la discusión sobre la reforma; sin embargo, el estudiante también deberá hacer una ulterior selección entre la literatura aquí indicada.

LA PROPUESTA MINORITARIA DEL PROYECTO ALTERNATIVO *

I

Ya va siendo hora de llevar la discusión al terreno de la objetividad. Son igualmente insostenibles las posiciones extremas que pugnan entre sí ruidosa y ásperamente en la discusión pública, propugnando, bien la supresión sin paliativos del § 218 StGB**, bien su mantenimiento sin modificación alguna. Ya los mismos "slogans" polémicos muestran el signo de la alteración emocional y enturbian la situación en vez de esclarecerla. "¡Mi vientre me pertenece!" –¿Quién discute esto?–. Pero la vida en formación no es el vientre, sino un organismo dispuesto de antemano para la autonomía y que tiene circulación sanguínea propia; en consecuencia, no es defendible el argumento de la equiparación del aborto con una operación de apendicitis. Pero, por otra parte, es igualmente falso llamar "asesinato" al aborto. Nuestro Código Penal, en el que debería apoyarse dicha denominación si quisiera ser algo más que pura demagogia, no ha hecho nunca tal cosa. La "destrucción del feto", como la llama el Código sin ningún tipo de énfasis estigmatizante, no afecta a una "persona" sino a un embrión, y siempre ha sido castigada con una pena mucho menor; y además siempre ha habido aquí excepciones a la prohibición que son inimaginables en el asesinato.

* Publicado en la obra colectiva: *Das Abtreibungsverbot des § 218 StGB*, editada por JÜRGEN BAUMANN, Neuwied y Berlín, 1971.

** Que castiga el aborto. (N. del T.)

Pero tampoco parece aconsejable ni el mantenimiento sin modificaciones de la prohibición ni la total liberalización del aborto aunque se dejen a un lado las fórmulas groseras de la agitación pública y se atienda exclusivamente al contenido material de esas recomendaciones.

Esto es válido en primer lugar respecto de la propuesta de dejarlo todo sin cambios como hasta ahora, es decir, de mantener la prohibición penal sin restricciones. En efecto, incluso aunque se considere el aborto como un mal que hay que impedir por todos los medios, sólo se podría defender el precepto del Derecho vigente si se hubiera mostrado *adecuado* para combatir ese mal. Pero precisamente es indiscutible que *no es éste el caso.* Cuando en la República Federal, incluso según las estimaciones más prudentes, tienen lugar anualmente varios cientos de miles abortos y sin embargo la cuota de condenas no alcanza el 1 por 100, y cuando, en cambio, de las consecuencias de abortos ilegales mueren varios cientos de mujeres y otro sinfín sufren graves daños en su salud, *no cabe concebir ningún punto de vista* desde el que se pueda considerar como solución con sentido político-social a un precepto penal que provoca tales situaciones o, al menos, no las impide. Es irresponsablemente cómodo contemplar pasivamente la producción masiva de abortos y la miseria resultante de ellos y creer que se ha salvado la propia conciencia protegiendo un parágrafo totalmente ineficaz. Hasta aquí, por consiguiente, hay que darles totalmente la razón a quienes consideran al § 218 StGB una disposición nociva e inhumana.

Pero, por otra parte, la total liberalización del aborto sería una solución no menos discutible. Un embrión es apto para la vida –calculado *grosso modo*– a partir del sexto mes. Admitir aun en ese momento el aborto sería matar a un ser al que en cualquier momento se podría traer al mundo mediante una operación cesárea. Ciertamente esto seguiría sin ser un "asesinato", pero sería evidentemente absurdo diferenciar el acto impune de la acción castigada con cadena perpetua según que se haya matado dentro del vientre materno o fuera de él a una criatura apta para la vida. Si los defensores de una supresión sin paliativos del § 218 StGB se dieran cuenta siquie-

ra por un momento de que quieren permitir que en los últimos meses del embarazo se mate a criaturas cuyo desarrollo y constitución casi coinciden ya con los de un lactante, quizá les produjera algo de inquietud preguntarse a qué tipo de "progreso" sirven con sus llamamientos. Pero su doctrinaria falta de imaginación, casi igual que la de los partidarios de la posición contraria, les impide ver las cosas de ese modo.

II

Así pues, de antemano cabe señalar que la libertad de movimiento del legislador en su regulación podrá extenderse como máximo a los cinco primeros meses del embarazo. Aquí se debe tomar una decisión fundamental, a saber: hay que decidir si se debe reconocer al feto la cualidad de "bien jurídico" que la sociedad ha de proteger, o si el que éste siga viviendo se debe dejar a la libre disposición del individuo (es decir, de la futura madre). En la elaboración del Proyecto Alternativo, todos –tanto los portavoces de la solución mayoritaria como los de la minoritaria– estuvimos de acuerdo en que el embrión es un bien jurídico que necesita protección estatal. En favor de este punto de vista, aunque esto apenas se dice expresamente en las publicaciones de nuestra prensa, hablan ampliamente las mejores razones: Una sociedad que considera a la vida humana el más alto de todos los bienes jurídicos y castiga su destrucción con las más duras sanciones de que dispone, que da exactamente el mismo trato de intangible a la vida del moribundo, del enfermo mental incurable y del asesino que a cualquier otra vida humana y condena con razón como bárbaro retroceso cualquier relativización de la protección a la vida, una sociedad que además vive con bienestar y que, si está dispuesta, puede cuidar y educar a sus niños, una sociedad así no puede negar por principio el derecho a la vida del no nacido si no quiere negar y poner en peligro su sistema de valores, que en este punto necesita ser preservado sin restricciones. El embrión, digámoslo una vez más, no es un bien jurídico que deba subsumirse entre los delitos contra la vida independiente, pero tampoco es una nada jurídicamente superflua, sino una persona en potencia

con todos sus atributos, cuya vida, por ello, debe ser respetada y promovida.

Los argumentos prácticos en sentido contrario, que se aducen una vez y otra, no tienen ninguna fuerza de convicción frente a lo dicho. Es cierto que la "explosión demográfica" mundial, que amenaza a la continuidad de la humanidad, es un serio problema. Pero, en primer lugar, no puede hablarse de tal "explosión" en la República Federal, que es donde únicamente tiene validez nuestra legislación; por el contrario, el porcentaje de nacimientos desciende continuamente. Y en segundo lugar, en la época de la "píldora" para un control racional de la natalidad no se necesita de verdad el aborto, que para ese fin es el medio más miserable desde cualquier punto de vista imaginable. Donde todavía no funcione muy bien el deseado control de natalidad –como sucede actualmente entre nosotros en algunas zonas campesinas–, se debe hacer frente al problema con una política social consistente en trabajo de divulgación y en difundir y, si es necesario, repartir gratis medios anticonceptivos; con ello no son precisas otras medidas. Otras consideraciones que antes se hubieran podido aducir en favor del aborto, tales como que el temor a tener un hijo compele a una moral sexual represiva que, a su vez, provoca mucho malestar individual y social, han quedado sin contenido por la misma razón.

Otra idea con la que siempre se vuelve a tropezar en la discusión, hace del amor a los hijos una razón en favor del aborto: como quiera que según los conocimientos de la psicología –se dice– los hijos no deseados y, por consiguiente, no amados carecen de posibilidades favorables de desarrollo, sería mejor en su propio interés que no llegaran a nacer. Pero esto suena casi cínico, pues si todavía sigue habiendo niños que no nacen en condiciones de vida tolerables, el deber de nuestro Estado social es cambiar esas circunstancias, y en este punto las reformas deberían comenzar a ritmo acelerado. En cambio, la propuesta que, en lugar de esto, quiere solucionar el problema liquidando las vidas incómodas para el individuo y la sociedad no está al servicio del progreso, sino de la comodidad del *statu quo*. Aún habremos de volver sobre ello más adelante.

III

En consecuencia, nuestra tarea en las deliberaciones del Proyecto Alternativo consistió en encontrar una regulación que pudiera contribuir a que el mayor número posible de fetos, ya que han sido creados, lleguen a una vida humana lo más digna posible. Ya se ha expuesto lo poco que el actual Estado del Derecho puede contribuir a conseguir ese fin; esto es indiscutible. También nos pusimos rápidamente de acuerdo en que el aborto ha de estar *prohibido en principio* a partir del *cuarto mes de embarazo* y en que, por el contrario, en las *cuatro primeras semanas del embarazo* la protección penal es *imposible y contraria al fin que se pretende.*

La prohibición del aborto como principio a partir del cuarto mes se justifica, por una parte, porque en esos meses el feto avanza rápidamente en su desarrollo hacia la persona y con su crecimiento el derecho a la vida del no nacido también adquiere un peso cada vez mayor en la ponderación de los intereses contrapuestos; y, por otra parte, porque, al ir avanzando el embarazo, su interrupción lleva consigo cada vez mayores riesgos para la embarazada misma. Suponiendo que se deba admitir una intervención, hay suficiente tiempo para ella en los tres primeros meses, por lo cual no hay ninguna necesidad de admitir intervenciones en los estadios posteriores del embarazo. Sólo cabe la excepción –como ya ocurre en el Derecho vigente– en caso de peligro inminente para la embarazada y también cuando sea verosímil que el niño tendría graves taras físicas o mentales, porque dichas taras no se pueden reconocer todavía al principio. Pero incluso aunque sean de temer graves taras para el niño, ya no se debería admitir ninguna intervención después de acabar el sexto mes de embarazo debido a la aptitud para la vida que desde entonces posee el embrión; lo contrario se aproximaría demasiado a la tristemente célebre "exterminación de la vida sin valor vital".

Exactamente lo contrario de lo que ocurría tras el tercer mes de embarazo sucede con las cuatro primeras semanas de embarazo. El hecho de que en los cien años de vigencia de nuestro Código Penal transcurridos hasta ahora no haya

recaído ni una sola condena por aborto realizado en ese temprano estadio muestra con suficiente claridad que la amenaza penal referida a ese espacio de tiempo no tiene la más mínima posibilidad de eficacia. Lo cual es además fácilmente explicable, porque como quiera que en las cuatro primeras semanas en la mayoría de los casos todavía se puede provocar un aborto mediante medicamentos y por tanto no es preciso acudir a un "cooperador" extraño, y como además los medicamentos utilizables para provocar un "nacimiento fallido" ni siquiera tienen por qué ser abortivos específicos e incluso unos movimientos descuidados o esfuerzos corporales ocasionan a veces la pérdida del feto, sería prácticamente imposible probar después en un juicio que ha habido embarazo y que ha sido interrumpido dolosamente. La misma mujer que no ha tenido la regla y toma entonces un producto que le provoque hemorragia ni siquiera podrá saber posteriormente si había sido fecundada o si sólo hubo una perturbación de su ciclo menstrual. Pretender que el Ministerio fiscal y la policía (!) investiguen después esos procesos íntimos de modo tan martirizante como infructuoso sería un entrometimiento humillante, en favor del cual es imposible que esté ninguna persona que reflexione.

Pero aún existe otra causa que fuerza al legislador penal a abstenerse de intervenir en las cuatro primeras semanas después de la concepción. En efecto, hoy está generalmente reconocido que todavía no se puede hablar de "embarazo", cuya "interrupción" se podría discutir, en el momento de la concepción (unión del óvulo y el espermatozoide), sino sólo cuando el "cigoto" resultante de la fusión de las células sexuales ha anidado en la matriz de la mujer; y como tal "anidación", aun cuando todo siga su curso natural, sólo se produce en la mitad de los casos, la protección penal que comenzara antes de ese momento se asentaría en gran parte en lo imaginario. Así pues, la interrupción del embarazo ha de entenderse como "desanidación", como desprendimiento del embrión de la matriz. Ahora bien, como de todos modos la anidación puede tardar en producirse aproximadamente hasta trece días después de la concepción, en una liberalización como la prevista sólo quedan unas dos semanas excep-

tuadas de la prohibición de interrumpir el embarazo; pero de todos modos, dado que no consta con seguridad el día de la concepción, ese "plazo de seguridad" ha de anteponerse a la prohibición por razones propias de un Estado de Derecho.

IV

De este modo sólo quedan el segundo y tercer mes de embarazo como espacio de tiempo cuyo tratamiento puede discutirse seriamente. La *idea fundamental* del Proyecto Alternativo –y en ella aún siguen coincidiendo la propuesta de la mayoría y la de la minoría– consiste en intentar reducir el número de abortos en ese crítico período, no mediante preceptos penales bastante ineficaces, *sino con asistencia psíquica y ayuda social.* A este propósito deben contribuir los centros de asesoramiento previstos en ambos proyectos, que deberán estar compuestos por diversas personas de distintas profesiones (médicos, psicólogos, asistentes sociales, juristas y teólogos) sobre las que pese un deber de absoluto secreto, asesorar competentemente a las embarazadas en sus dificultades personales y estar provistos de medios suficientes para, si es necesario, prestar una eficaz ayuda financiera, social y familiar. Es decir, deberían estar en condiciones de subvencionar financieramente la adquisición de más espacio habitable o la colocación de una persona que ayude en una familia numerosa, de cuidar de la atención individual al hijo de la mujer que trabaje estando sola, de ponerse en contacto de modo mediador con el padre del niño en casos de problemas familiares, de colaborar asesorando en los arreglos en materia de mantenimiento, y de hacer otras cosas similares.

Con toda la resonancia que el Proyecto Alternativo ha encontrado desde el principio, sin embargo, el *centro de asesoramiento,* pieza central de toda la propuesta, ha topado hasta ahora la mayoría de las veces con el escepticismo o rechazo del público y de los políticos, lo que arroja una luz muy significativa sobre la disposición de ánimo de nuestra sociedad y de muchos de sus miembros que equivocadamente se consideran progresistas. El centro de asesoramiento sería un medio de solucionar las necesidades humanas y sociales. Pero

esto cuesta dinero y fatigas, y entonces naturalmente es más cómodo evitarse todos los esfuerzos destruyendo la vida en formación. Así pagan los mismos afectados, la sociedad no necesita hacer nada, los padres de hijos extramatrimoniales se ahorran considerables alimentos, ¡y todos los participantes piensan que esta solución no es sólo moderna sino, si cabe, incluso "socialista"!

Sin embargo, la mayoría de las razones alegadas contra el centro de asesoramiento en la discusión pública son de otro tipo. Se pronostica que nadie querrá exponer sus asuntos privados en dicho centro de asesoramiento; por eso –se afirma– siguen yendo las mujeres al curandero-abortero y nada ha cambiado la situación actual. Puede que efectivamente se pueda comprobar esa falta de disposición a utilizar la ayuda que ofrece el centro de asesoramiento en grupos de población muy pequeños, como p. ej. entre estrellas de cine acomodadas, que podrían tener varias niñeras y a pesar de ello alardean públicamente de sus abortos, o también entre otras gentes bien situadas que consideran a los hijos una perturbación en su carrera, pero de todos modos esas personas no acuden a curanderos, sino que pueden pagarse un médico dispuesto y familiarizado con la técnica del aborto. Por lo tanto, para ellas no existe ningún peligro para su vida o su integridad corporal, de modo que cuando exigen la liberalización del aborto, sólo está en juego la legalización de sus acciones, no la mitigación de la necesidad y la miseria.

Pero la realidad social no está representada por este grupo, aunque sea el que ha conseguido una mayor audiencia en la opinión pública. Los problemas reales se hallan entre los *pobres y explotados*, entre las madres de familias numerosas que tienen que salir adelante sin ayuda y con poco dinero en viviendas pequeñísimas, entre las mujeres solteras que dependen de su trabajo y que no tienen ninguna posibilidad de que su hijo sea debidamente atendido, entre las futuras madres cuyo marido elude su responsabilidad y en una numerosa constelación de casos similares. Y es más que improbable que unas mujeres que, bajo el peso de unos problemas insolubles, ven su último recurso en un aborto que en la mayoría de los casos está en contra de sus sentimientos, no quieran

aprovechar el asesoramiento y la ayuda real que se les ofrece. La soledad, el desamparo y también la discriminación social en algunos casos provocan por lo general la necesidad de buscar el consejo de personas expertas y dignas de confianza; más de una mujer que ha sufrido lesiones por tratar con el curandero se habría decidido a cargar con su hijo si hubiera encontrado aliento y apoyo de tipo psíquico. Tampoco me parece que sea cierto que la mujer sí confiaría sus problemas a su médico, pero no a personas desconocidas; por el contrario, puede ser mucho más penoso manifestar sus necesidades internas y externas a un médico a quien se conoce mucho y ante quien se ha representado durante años un papel socialmente deseado, que hacerlo en un centro de asesoramiento cuya misión consiste en ocuparse de esas cuestiones (el éxito de la asistencia espiritual telefónica, por ejemplo, así lo confirma con bastante claridad). Además, el centro de asesoramiento no debe conformarse en absoluto con dar buenos consejos, sino que debe prestar una eficaz ayuda social. ¿Por qué no van a desistir de su deseo de abortar las numerosas mujeres que se deciden a hacerlo por una amarga necesidad, si se suprimen las causas que las forzaban a ello? Debería ser indiscutible para cualquier persona inteligente que unas medidas político-sociales de ayuda como las que deben llevar a cabo los centros de asesoramiento podrían reducir las cifras de abortos más eficazmente que un precepto penal del tipo del actual § 218 StGB, que abandona en la necesidad a la embarazada y sólo sabe responder a la indeseada solución de insolubles dificultades criminalizándola. Y tampoco es preciso añadir nada más para comprender que desde el punto de vista de la conservación de la vida es preferible esa solución a la legalización ilimitada de los abortos.

V

La diferencia decisiva entre la propuesta mayoritaria y la minoritaria del Proyecto Alternativo consiste en la *distinta competencia* que ambas quieren otorgar al centro de asesoramiento o de expertos. Mientras que la propuesta de la mayoría sólo le otorga una función de asesoramiento pero deja

exclusivamente a merced de la embarazada la decisión de abortar en el segundo o tercer mes de embarazo, la propuesta de la minoría sólo admite una intervención médica si concurren unas determinadas indicaciones, sobre cuya existencia debe ser vinculante la decisión del centro de expertos.

En este punto tampoco se trata de una divergencia de opiniones acerca de los fines de una regulación legal del aborto, sino de un *enjuiciamiento discrepante* en torno a cuáles sean *los medios más adecuados* para conseguir aquellos fines. Los partidarios de la opinión mayoritaria temen que las mujeres no acudirían en absoluto al centro de asesoramiento si tuvieran que contar con la posibilidad de que se responda negativamente a su petición de abortar; y con ello fracasaría el intento de reducir las cifras de abortos y los abortos realizados sin las debidas garantías médicas. Éste es un argumento que hay que tomar muy en serio, pero no obstante me parece preferible la concepción minoritaria por razones tanto teóricas como prácticas. Dicha concepción se basa en las siguientes reflexiones: Si el orden jurídico reconoce a la vida en formación el valor de bien jurídico protegible de rango relativamente elevado –y éste es el punto de partida común a todos los autores del Proyecto Alternativo–, entonces no puede, sin ponerse en contradicción con sus premisas, hacer depender la destrucción de ese bien jurídico del libre antojo del particular, sino que tendrá que concurrir alguna contraindicación que anule la protección otorgada en principio. Permitir cualquier aborto durante el segundo y tercer mes sin tener en cuenta sus motivos, como hace la propuesta de la mayoría, significa prácticamente la total liberalización del aborto, pues una persona que puede abortar antes de que acabe el tercer mes normalmente ya no lo hará después en atención a su propia salud.

Pero la verdad es que de este modo se pondría muy seriamente en cuestión la función del centro de asesoramiento, pues si una persona sabe que la admisión del aborto sólo depende de su propia voluntad sin más, se sentirá poco inclinada a dejar que las amonestaciones de un centro de asesoramiento le dificulten innecesariamente una decisión que le corresponde exclusivamente a ella. Y con ello el mismo centro

de asesoramiento llega a encontrarse en una situación imposible, porque si una mujer declara que está firmemente decidida a abortar y que pueden ahorrarse todas las palabras, los asesores se verán en la siguiente alternativa: o se limitan a expedir permisos de aborto de modo formulario, o consiguen que los escuche en contra de su voluntad la mujer decidida a abortar, creándole a la fuerza escrúpulos de conciencia que no harán más que pesar sobre su vida posterior. Ambas posibilidades serían igual de insatisfactorias, y cabe sospechar que entonces sí que las mujeres tomarían directamente el camino del abortero eludiendo el centro de asesoramiento, pues es perfectamente posible que se digan a sí mismas que el aborto que quieren realizar está legalmente permitido y que es imposible que sea algo malo no oír a los miembros de un centro a los que no quieren oír y cuyos argumentos les es lícito ignorar. Los defensores de la propuesta de la mayoría, para evitarlo, quieren castigar penalmente (!) el no acudir al centro de asesoramiento, pero ésta sería una norma que difícilmente iba a ser considerada plausible por la población y que sería más ineficaz, si cabe, que el vigente § 218 StGB, ya que tampoco se podría controlar la cifra negra y el sentido del precepto sería considerablemente menos comprensible.

VI

Ahora bien, todo esto no son más que argumentos contra la propuesta de la mayoría: pero con ellos no se ha probado todavía la corrección y viabilidad del voto de la minoría en el Proyecto Alternativo. Dicho voto no se basa solamente en la consideración de principio, ya apuntada, de que un legislador no puede querer proteger un bien jurídico y simultáneamente otorgar sin ninguna restricción autorizaciones oficiales para destruirlo, ni tampoco exclusivamente en la reflexión de que, si se modificara la prohibición como principio de matar al feto, disminuiría el respeto a la vida y por esa razón seguiría aumentando el número de abortos, sino que, a mi parecer, es una concepción fundamental de política social y tendente a cambiar las actuales circunstancias lo que legitima a la propuesta de la minoría.

Si el Estado no considera asunto privado de la mujer lo que hace con el hijo que espera, sino que se inmiscuye en su destino sólo por interés en la conservación de la vida –y esto lo hace toda regulación que no consista en la supresión sin paliativos del § 218 StGB–, también tiene que asumir la coresponsabilidad por el niño. Precisamente lo intolerable del estado de cosas en el Derecho vigente consiste en que se obliga a la mujer a dar a luz al niño una vez que ha sido concebido, pero después es ella sola quien debe ver el modo de resolver la situación que la ley le ha impuesto. Esto es inhumano e indigno de un Estado social; por lo cual habrá que decir: si el Estado impone a una mujer el deber de traer al mundo al feto, aquél tendrá que cuidarse simultáneamente de que el niño pueda vivir en condiciones humanamente dignas y desarrollarse libremente, y de que no recaiga sobre los padres un peso que supere desproporcionadamente las cargas normales de la paternidad. Y si el Estado no está en situación de crear esas condiciones, tampoco le es lícito exigir a la mujer que dé a luz a su hijo, sino que tendrá que permitir la interrupción del embarazo y asumir incluso la responsabilidad de ello.

Partiendo de esta idea fundamental es como se debe comprender la regulación de las indicaciones por parte del Proyecto Alternativo. Dicha regulación permite la interrupción del embarazo en primer lugar cuando no se puedan solucionar los peligros y cargas que el parto del niño traería consigo: es decir, cuando el embarazo acarree un serio peligro para la vida o integridad corporal de la embarazada, cuando sea probable que el niño tuviera graves taras físicas o mentales y también cuando la embarazada no haya cumplido los diecisiete años al tiempo de la concepción o cuando el embarazo proviene de haber sido forzada antijurídicamente a yacer. En todos estos casos, que por haber sido discutidos minuciosamente ante la opinión pública en los últimos años ya no precisan aquí mayores explicaciones, el parto impone a la madre unos sacrificios tan desacostumbradamente grandes –casi sobrehumanos–, que sólo deben ser realizados voluntariamente, pero no forzados bajo amenaza de pena. *El Derecho tampoco exige el heroísmo en otros casos*; por lo tanto, en estos casos lo fundamental debería ser la decisión de conciencia de la embarazada.

Pero además la propuesta minoritaria del Proyecto Alternativo rebasa estos grupos de casos claramente delimitados en los puntos decisivos. En el § 106, ap. 2, 3°, declara que también es impune la interrupción del embarazo –con aprobación del centro de asesoramiento médico– en los tres primeros meses cuando "la embarazada, de dar a luz, hubiera de poner en peligro el cuidado de sus otros hijos", y en el § 106, ap. 1, completa las causas de impunidad enumeradas individualmente con una cláusula general, en virtud de la cual, si se da la necesaria aprobación, también es impune la interrupción del embarazo "cuando, considerando todas las circunstancias de su vida, *no* le sea *exigible* a la embarazada que dé a luz". Estas fórmulas describen lo que tradicionalmente se conoce como "indicación social", pero además en su conexión con la actividad de los centros de expertos ponen de manifiesto con toda claridad por qué la concepción de la minoría supone una total novedad: En efecto, no es el sino ininmutable de una mujer el que "hubiera de poner en peligro el cuidado de sus otros hijos" al serle necesario atender a uno nuevo, o que por otras razones sociales, "considerando todas las circunstancias de su vida, no le sea exigible" dar a luz, sino que, ¡por el contrario, esas "circunstancias de su vida" pueden modificarse con la ayuda *de la sociedad*! Conseguir que así sea es la meta peculiar del proyecto de la minoría. Si se le dan a la mujer los medios para pagar una niñera y si se le asegura el necesario espacio habitable y recursos con que hacer frente al coste de la vida, ¡entonces ya no estará en peligro el "cuidado de sus otros hijos", con lo que desaparece la razón del aborto! Pero si la sociedad es demasiado indiferente e indolente para remediar estas y otras necesidades sociales similares, entonces ciertamente ya no tiene derecho a castigar la interrupción del embarazo; tendrá que aprobarla, asumir la responsabilidad y con ello confesar que es ella (y no la embarazada) quien con su inactividad provoca el aborto.

Por todo ello, el proyecto de la minoría, si se convierte en ley, desempeñará una "función de palanca social": apoyado por la opinión pública, obligará a nuestros Parlamentos a disponer los medios necesarios para una avanzada asistencia social a las embarazadas; y con ello reducirá al mismo tiempo la cifra de abortos y las necesidades humanas.

VII

Que me perdonen mis amigos los defensores de la propuesta mayoritaria del Proyecto Alternativo si les reprocho que no hayan comprendido o apreciado suficientemente el carácter de reforma social del proyecto de la minoría. Efectivamente, la solución de la mayoría se convierte en defensora del *statu quo* al querer declinar toda responsabilidad en la embarazada: el Estado se preguntará que por qué ha de gastar dinero en los menos privilegiados si los problemas de éstos se pueden solucionar mucho más cómodamente mediante el aborto; como no es él quien aprueba el aborto, sino la embarazada misma quien lo desea y realiza por propia decisión, el Estado puede lavarse las manos y conformarse con buenas palabras. Pero también en el aspecto de la psicología social la liberalización del aborto hasta el tercer mes –y esto es válido con tanta más razón frente a la opinión, tan apasionadamente propagada entre el público, que quiere renunciar totalmente a los centros de asesoramiento– tendría consecuencias sumamente desfavorables. Quien, pese a ciertas cargas que ello comporta se decidiera a traer un niño al mundo, pasaría por estar medio chiflada, y el ambiente circundante caracterizado, como es notorio, por su estrechez de miras (¡tanto más en nuestra sociedad lamentablemente hostil a los niños hasta un grado extremo!) le negaría toda ayuda con el argumento de que ella misma es culpable de su situación y que, por tanto, debe soportar ella sola sus consecuencias. ¿Por qué no ha abortado, si esto está permitido?, se le preguntará; y se le dirá que, si no lo ha querido hacer, tenga la amabilidad de no cargar a los demás con los problemas que ella misma ha creado. Esto afecta sobre todo a los hijos naturales e ilegítimos, que apenas hubieran nacido si el aborto estuviera permitido sin más ni más. Y si se piensa cuántos hombres geniales e importantes en todas las esferas de la vida ha habido y hay de origen extramatrimonial, se apreciaría fácilmente los daños que esto significaría para la totalidad del pueblo. Pero es que además, si una mujer soltera tuviera el valor de traer a su hijo al mundo, tendría que contar de antemano con tanta incomprensión que ello supondría un serio impedimento de la realidad social a la equiparación de hijos legítimos e ilegítimos

impuesta por la Ley Fundamental. Finalmente, una total liberalización del aborto, como la que piden muchos hombres de modo aparentemente altruista y en el exclusivo interés de la mujer, colocaría en un aspecto esencial a las mujeres en una situación de dependencia mucho mayor respecto del hombre. En efecto, no siempre es el deseo de la mujer lo que la mueve a abortar, sino que con la misma frecuencia es el padre, legítimo o no, del niño quien por motivos poco nobles no quisiera tocar su cartera por más que disponga del suficiente dinero. Si el hombre la apremia para que aborte, la mujer que quiere traer al mundo a su hijo podrá sustraerse a los deseos del hombre aparándose en la prohibición legal; pero, en cambio, si el aborto está permitido, quedará desamparada ante las presiones del hombre que no está dispuesto a pagar. Si ella accede a las exhortaciones de éste, se verá atormentada por su conciencia y será desgraciada, y si se resiste a los deseos del hombre, quedará definitivamente destrozada su relación con el mismo; éste se desentenderá más que nunca de toda obligación; y ¿es que acaso se lo podría obligar a pagar cuando la pretensión de pago se origina por "culpa exclusiva" de la mujer?

¿Habrán pensado realmente en todo esto los defensores del aborto? Entonces, ¡que formulen su respuesta!

VIII

Ahora nos resta tomar posición frente a las objeciones que se han formulado contra la propuesta de la minoría. Respecto a que las mujeres no acudirían al centro de asesoramiento sino que continuarían yendo al abortero-curandero, ello es poco probable. Quien esté en apuros será ayudada por el centro de expertos, y a quien no se la pueda ayudar no sólo se le debe autorizar la intervención médica sino que además se la debe pagar el Estado. No tiene sentido suponer que, pese a ello, los más pobres iban a gastar su dinero y a poner en juego su vida con el abortero-curandero. Tampoco tiene que temer una "vigilancia" estatal de su conducta aquella persona a la que no se le pueda autorizar el aborto que desea, pues a ello se opone el inquebrantable deber de secreto del centro de asesoramiento. Quizá no se sientan muy inclinadas a con-

fiarse a un centro de asesoramiento aquellas personas que quieren abortar sin motivo justificado; pero, por las razones ya expuestas, igual de escasa será su inclinación a acudir y aún menos a escuchar las amonestaciones de un centro de asesoramiento que no tenga facultades decisorias. Sin embargo, la regulación aquí prevista al menos puede impulsar indirectamente incluso a esas personas a revisar su postura: En efecto, la escasa eficacia de la actual amenaza penal está esencialmente condicionada por el hecho de que entre la población no es en absoluto claro ni terminante el juicio de desvalor social sobre el aborto. Y, como hemos visto, con toda la razón, ya que muchas víctimas de la equivocada regulación del § 218 StGB antes merecen compasión que crítica; y más de un médico o cooperador que se haya prestado a realizar un aborto habrá justificado su conducta ante sí mismo y ante los demás con ese argumento. Pero si se limita la punibilidad a los casos verdaderamente dignos de castigo y concretamente los necesitados y los menos privilegiados socialmente quedan excluidos del grupo de afectados por la regulación legal, también se modificará el juicio de la sociedad: La persona que se dedica a realizar abortos reflexionará que quizá no deba proseguir con su actividad que ya no podrá paliar alegando su intención de mitigar la necesidad social; esa persona sabrá que las autoridades encargadas de la persecución del delito, que hasta ahora, impresionadas por la intolerable situación del Derecho vigente, más bien se han mantenido a la expectativa, en lo sucesivo intervendrán con más dureza y que las condenas probablemente ya no impongan las penas en su grado mínimo. Todo esto podría aumentar considerablemente el efecto de prevención general de una amenaza penal reducida a sus justos límites, sobre todo porque, por lo demás, el desarrollo de los medios anticonceptivos hará disminuir con toda seguridad el número de abortos y con ello la "industria" del aborto dejará de resultar un negocio rentable en un tiempo no muy lejano.

Asimismo, son poco convincentes los reparos jurídicos que se aducen contra la propuesta minoritaria del Proyecto Alternativo. Así, por ejemplo, se objeta que contra una eventual ne-

gativa a la interrupción del embarazo tiene que estar abierta la vía judicial, pero que tal sistema de recursos procesales no es practicable en el corto tiempo de que se dispone. Ahora bien, si es que es admisible prohibir un aborto, igualmente tiene que ser admisible, ya que no es precisa la construcción de una "pretensión jurídica al aborto", prever excepciones a esa prohibición sin necesidad de pretensión al examen judicial. No es aquí el lugar de discutir esto en detalles; pero, dado que las normas jurídicas son instrumentos creados por el hombre para dar forma a la sociedad, debiera ser evidente para cualquier persona que una solución razonable tanto humana como socialmente no puede ser "jurídicamente imposible".

Además se alega con gesto lleno de preocupación que probablemente los distintos centros de expertos llevarían a cabo una praxis distinta en cuanto a las autorizaciones y que la situación de inseguridad y desigualdad jurídica que ello produciría es intolerable. Pero prescindiendo de que también hay decisiones judiciales discrepantes sin que ello ponga en cuestión a la institución de la Administración de Justicia, es que además esa argumentación ya desde el principio es inadecuada al objeto que se está enjuiciando. Porque si un centro de expertos es más liberal con las autorizaciones de lo que sería necesario, de ello no podrán quejarse aquellos que quieren admitir el aborto sin restricciones. Y si, a la inversa, un centro de expertos deniega la autorización para interrumpir el embarazo en un caso en que otro centro quizá la hubiera otorgado, esto podrá ciertamente provocar la justificada exigencia de que se conceda a la madre toda la ayuda imaginable; pero considerar, en lugar de eso, que es una "desgracia" que ahora haya una "persona de más" en el mundo es una idea que tampoco debería oírse nunca en labios de juristas.

Por todo ello opino lo siguiente: La propuesta minoritaria del Proyecto Alternativo permite coordinar una protección eficaz de la vida en formación con una ayuda igual de eficaz para la embarazada y con una mejora general de nuestra situación social. Cierto que costará muchos esfuerzos conseguir esa meta, pero es perfectamente posible si de verdad lo queremos.

CONTRIBUCIÓN A LA CRÍTICA DE LA TEORÍA FINAL DE LA ACCIÓN*

PRIMERA PARTE

Sobre la capacidad de rendimiento del concepto jurídico-penal de acción

I. Bajo la bandera del concepto de acción la dogmática del Derecho penal ha penetrado en terrenos jurídicos ajenos. Lo que más sorprende al penalista cuando maneja hoy los comentarios y tratados de Derecho civil es el hecho de que todos ellos se ocupen, y a veces hasta en detalles, de la teoría de la acción del Derecho penal para aprobarla o para rechazarla.

Antes no era así. No se podía hablar de una influencia de la dogmática del Derecho penal en los otros campos del Derecho. Y concretamente, por lo que se refiere al concepto de acción, éste ni siquiera había desempeñado un papel importante en la misma dogmática del Derecho penal.

A la vista de esta situación, se imponen tres preguntas íntimamente relacionadas entre sí, que intentaré contestar a continuación, a saber:

1ª ¿Por qué antes no podía obtener una influencia decisiva el concepto jurídico-penal de acción?

* Aparecido por primera vez en *ZStW* 74 (1962), pp. 515 y ss. La primera parte de este trabajo reproduce una conferencia que pronuncié en la Facultad de Derecho de la Universidad de Hamburg. A ello se debe la estructura de la exposición y sus observaciones, que exceden del campo concreto del Derecho penal.

2ª ¿Cuáles son las causas de que haya conseguido su actual posición central y su fuerza de irradiación incluso sobre otros campos del Derecho?

3ª ¿Qué posición debemos tomar ante ese desarrollo? ¿Puede ser fructífero el concepto jurídico-penal de acción para solucionar problemas concretos del Derecho penal o incluso del Derecho civil? ¿Es, por el contrario, estéril? ¿O puede incluso conducir a resultados falsos? Éste es el círculo de problemas que se quiere circunscribir con el término "capacidad de rendimiento" del concepto de acción.

II. La más fácil de solucionar es la primera pregunta. Si queremos saber por qué durante decenios la dogmática del Derecho penal sólo se ha ocupado en escasa medida del concepto de acción, hemos de tener clara la función que éste debía cumplir. Desde la monografía de Radbruch, aparecida en 1903 y famosa aún hoy[1], esa función consistía en que tal concepto debía reunir las características validadas por igual para todas las formas de manifestarse la conducta delictiva. Se buscaba para toda la teoría del delito un concepto superior, "del cual, en cuanto *genus proximum*, tienen que deducirse todas las *differentiae specificae*"[2]. Y aún hoy se sigue considerando que la elaboración de dicho concepto superior a efectos sistemáticos es la misión esencial de la teoría de la accion[3].

En relación con nuestro tema se pueden decir dos cosas de un concepto de acción semejante: 1° que no sirve absolutamente para nada fuera del Derecho penal, y 2° que incluso dentro del campo del Derecho penal sólo tiene escasa importancia teórica y carece totalmente de importancia práctica.

1. Una definición de acción que debe servir de concepto superior del sistema ha de tener necesariamente una naturale-

[1] *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem.*

[2] MAIHOFER, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, 1953, p. 7.

[3] De aquí parten también los recientes trabajos sobre el concepto de acción de Jescheck y Maihofer en la *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, pp. 139 y ss., 156 y ss.

za específicamente jurídico-penal y vinculada a la ley. El que hayan aparecido conceptos de acción como el "naturalista", el "causal" o el "social" con múltiples variaciones no altera el hecho de que todos ellos se derivan del Derecho positivo[4]. Y no puede ser de otro modo, porque tal concepto se obtiene mediante abstracción de las diversas manifestaciones de la conducta punible, por lo cual permanece unido a ellas. Si, por ejemplo, el legislador sacara fuera del campo del Derecho penal a los delitos culposos, inmediatamente tendría que modificarse el concepto de acción.

De aquí se sigue forzosamente que tal concepto no se puede utilizar fuera del Derecho penal, pues el Derecho público y el Derecho civil pueden vincular consecuencias jurídicas a formas de conducta que de antemano son jurídico-penalmente irrelevantes y que no pasan a formar parte del concepto de acción vigente en esta materia. Antes bien, una tarea que cada una de las disciplinas jurídicas tendría que realizar independientemente sería la de elaborar un concepto superior que abarca todas las manifestaciones de conducta jurídicamente relevantes, analizando la materia jurídica correspondiente a cada disciplina por la vía de una progresiva abstracción. Vistas así las cosas, realmente es perfectamente lógico que durante generaciones ni el Derecho civil ni el público se hayan preocupado del concepto jurídico-penal de acción.

2. Al lado de la función meramente interna para el Derecho penal de todos esos conceptos de acción aparece una segunda característica que relega a la primera a un papel secundario: su falta de significación práctica incluso para el Derecho penal. Se puede tomar la definición que se quiera, pues ya se defina la acción como "movimiento corporal voluntario", ya se la defina como "causación de modificaciones en el mundo exterior", como "comportamiento socialmente relevante" o de cualquier otra manera, si se pregunta qué aportan en la práctica esos conceptos al Derecho penal, la respuesta ha

[4] De otra opinión a este respecto, NIESE, *JZ* 1956, p. 457, que considera prejurídicos esos conceptos de acción.

de ser siempre la misma: nada. De ellos no se puede deducir nada que no se supiera ya anteriormente; y no podía ser de otro modo, porque el producto de un proceso de abstracción nunca puede contener más que su sustrato.

Así pues, el concepto superior buscado a efectos sistemáticos en el fondo sólo tiene valor estético-arquitectónico. Aunque se lo suprima sin más de la teoría del delito –como ha hecho Radbruch[5] en sus trabajos posteriores–, ello no tiene influencia de ningún tipo en la solución de los problemas materiales del Derecho penal. Teniendo en cuenta esta esterilidad práctica se explica que durante mucho tiempo el concepto de acción tampoco haya constituido un problema central en el Derecho penal. Y esa valoración era absolutamente correcta, pues lo que no tiene importancia práctica tampoco debería ser una cuestión decisiva para la ciencia.

Lo dicho es igualmente válido con respecto a todos los esfuerzos actuales de ese tipo. Por ello, no necesitamos seguir ocupándonos de cuál de las numerosas definiciones de acción podría ser la adecuada como concepto superior del sistema[5 bis]. Ninguna de ellas es "capaz de rendimiento" en el sentido de nuestro tema. Con ello no se discute en absoluto que es mucho más correcto ver en su significación social los conjuntos de acciones punibles que verlos en su aspecto de procesos fisiológicos como "excitaciones sensoriales" e "inervaciones musculares"; pero esto son formas de interpretación que se podrían imponer exactamente igual sin necesidad del concepto de acción.

III. Con ello queda contestada la primera pregunta, y además tenemos el punto de partida para solucionar la segunda, pues está claro que desde las bases de la concepción descrita no era de esperar una valoración distinta del concepto de acción, como la que se impuso en la época siguiente. Por ello

[5] Cfr. *Frank-Festgabe*, I, pp. 161-162.

[5 bis] Con ello no se quiere infravalorar la importancia de esta cuestión para una concepción total del sistema del Derecho penal, pero este tema precisa un tratamiento aparte.

es importante comprender que la nueva teoría que surgió –la llamada teoría "final"–, que desde hace ya veinte años domina la discusión, supone un punto de partida radicalmente diferente que la coloca en una posición diametralmente opuesta a todas las demás teorías de la acción. En efecto, la teoría final de la acción pretende constituir una antítesis precisamente en los dos puntos decisivos para la falta de capacidad de rendimiento de los conceptos tradicionales de acción: su vinculación a la ley penal y esterilidad práctica.

1. El concepto final de acción, es decir, la definición de la acción como "ejercicio de la actividad final" y como una supradeterminación de los cursos causales planeada y dirigida a una meta, no es una abstracción de los tipos penales regulados legalmente. Esto es, no está vinculado a la ley positiva, sino que se presenta con la pretensión de abarcar la esencia, ontológicamente preexistente e inamoviblemente asentada en las estructuras del ser, que posee la acción. Y más aún: en lugar de vincular el concepto de acción a la ley, esta teoría quiere vincular al legislador en cuanto regule acciones humanas, a su concepto de acción prejurídico. Parafraseando una célebre expresión, con respecto a ese objetivo se podría hablar de un verdadero "giro copernicano" de la dogmática.

Oigamos ahora a Welzel en un pasaje fundamental[6]: "El legislador no sólo está vinculado a las leyes de la naturaleza física, sino que también tiene que respetar determinadas estructuras lógico-reales en el objeto de su regulación, pues, de lo contrario, su regulación resulta necesariamente falsa. Así, la estructura ontológica de la acción, sobre todo, tiene existencia previa a cualquier valoración y regulación... El legislador tampoco puede cambiar la estructura de la actividad final del hombre ni la función del dolo en ella, sino que, si las quiere someter a normas, tiene que vincular su regulación a aquéllas, pues, de lo contrario, malogra el objeto de la regulación".

De este curso de pensamientos forzosamente se desprende que dicho concepto de acción –exactamente al contrario de

[6] *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 2ª ed., p. 197.

lo que sucedía con los intentos tratados anteriormente– tiene que ser igualmente válido no sólo para el Derecho penal, sino para todos los campos del Derecho. Y, efectivamente, tanto los penalistas como los civilistas partidarios de la teoría finalista han extraído expresamente esta consecuencia[7].

Es comprensible que el éxito y la difusión de la teoría de la acción en los dos últimos decenios se expliquen ya en buena parte por ese punto de partida. Si a una ciencia que nunca se ha librado por completo de la célebre máxima de V. Kirchmann sobre las "tres palabras de rectificación del legislador", se le ofrecen repentinamente "verdades eternas" –esta formulación es de Welzel[8]–, sería verdaderamente asombroso que no hubiera representantes de todos los campos del Derecho que aceptaran agradecidos este regalo.

2. No obstante, el concepto de acción no habría alcanzado su actual importancia si su pretendida validez general prejurídica fuera sólo materia de conocimiento teórico y no tuviera consecuencias prácticas. Pero también en este segundo punto sucede exactamente lo contrario que en los conceptos de acción obtenidos mediante abstracción y vinculados a la ley. Mientras que de ellos no se puede obtener nada para la praxis, de la finalidad preexistente de la acción se ha deducido un sistema casi completo con numerosas soluciones a problemas, que también tienen importancia para el Derecho civil.

a) Por ejemplo, la teoría de la culpabilidad, según la cual la falta de conciencia de la antijuridicidad deja intacto el dolo, tiene su fundamento en el concepto de acción. La acción consiste en el control del curso causal hacia el resultado anticipado y anhelado por la voluntad; y precisamente en esa dirección consiste también la esencia –que no está a disposición del legislador– del dolo, que es, por consiguiente, idéntico a la finalidad. La antijuridicidad se refiere sólo a la cuestión de cómo valora el legislador la acción dolosa. Éste

[7] Cfr. solamente, WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens*, 1960, p. 60; NIESE, *JZ* 1956, p. 457.

[8] *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, p. 198.

podrá aprobarla o desaprobarla, pero no puede cambiar el hecho de su dolosidad. Con mayor razón entonces, es natural que las ideas del sujeto sobre la valoración jurídica de sus acciones no tengan ninguna influencia sobre el dolo –es decir, la forma del control causal–; a lo sumo podrán disminuir o excluir su culpabilidad, o sea, la reprochabilidad del hecho doloso. De acuerdo con esto, Welzel[8 bis] declara expresamente que "la solución del error de prohibición en el sentido de la llamada teoría del dolo se basa en un desconocimiento de la estructura categorial de la acción".

Así, pues, cuando el § 823, 2°, del BGB* se remite a normas del Derecho penal que por regla general sólo se refieren al hecho doloso, o cuando se excluye la compensación y la retención frente a pretensiones surgidas de una acción dolosa no permitida (§§ 393 y 273, 2°, BGB), según esta teoría, el juez civil, independientemente del fin de la norma concreta y en virtud de la conformidad con las leyes del ser que la acción y el dolo poseen, tiene forzosamente[9] que estimar que no sólo el *dolus malus*, sino incluso el conocimiento de las circunstancias del hecho, basta para apreciar un daño doloso.

b) Pero el concepto de acción implica también la llamada teoría estricta de la culpabilidad, según la cual ni siquiera

[8 bis] "Naturrecht und Rechtspositivismus"; ahora reimpreso dentro de la obra colectiva *Naturrecht und Rechtspositivismus*, ed. por Maihofer, 1962, pp. 322-338 (336); también en *Festschrift für Niedermeyer*, 1953, pp. 279-294.

* Mientras que el apartado 1° de este § 823 BGH impone el deber de indemnizar por daños y perjuicios si dolosa o imprudentemente se lesiona de modo antijurídico la vida, integridad corporal, salud, libertad, propiedad o cualquier otro derecho de un tercero, el apartado 2°, al que se refiere el texto, impone de modo más general "la misma obligación a quien infringe una ley tendente a la protección de un tercero", aclarando a continuación que aunque según el contenido de una ley sea posible infringirla aun sin dolo ni culpa, no obstante, sólo habrá deber de indemnizar en caso de dolo o culpa (N. del T.)

[9] Con referencia al Derecho civil destacan también expresamente ese carácter forzoso, WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens*, nota 211, p. 62; NIESE, *JZ* 1956, p. 461.

la suposición errónea de circunstancias justificativas –por ejemplo, la legítima defensa– excluye el dolo, pues tal error no cambia para nada el control del curso causal. Si alguien, forzado por la necesidad, dispara a un supuesto ladrón, su bala ha dado exactamente donde debía dar y su curso ha sido controlado por el tirador hasta en sus últimos detalles. Apreciar aquí en el mejor de los casos sólo un homicidio imprudente, como hace la doctrina dominante, no parece compatible con las circunstancias ontológicas. Y, efectivamente, Maurach [10] objeta contra la teoría dominante que se ve obligada a "contradecir la estructura fundamental del delito imprudente, cuyo elemento característico" consiste "en la desviación del curso causal real respecto de la voluntad finalmente dirigida del autor". En realidad, esto es válido igualmente para todos los casos de suposición de circunstancias de exclusión del injusto, pues en ellas no se ve por ninguna parte una "desviación del curso causal".

c) Además, si se sigue esta teoría, conforme a la esencia de la acción o –como dice Stratenwerth en su conocido trabajo [11]– a la "naturaleza de las cosas", queda excluida la participación en un hecho principal no doloso. ¿Por qué? Por lo siguiente: La participación presupone un hecho en el que participar. Ahora bien, si al ejecutor directo le falta el dolo, en sentido jurídico ni siquiera ha actuado; y si no existe ninguna acción en la que se pudiera participar, ha de excluirse toda participación.

Ello tiene gran importancia práctica y puede resultar también interesante para el Derecho civil. Tomemos un caso del que se ocupó hace unos años el OLG Stuttgart [12]: un tercero induce al conductor de un coche que ha causado un accidente a que siga su viaje, engañándolo al hacerle creer que todo estaba en orden y que no se había producido ningún daño.

[10] *AT*, 2ª ed., § 37 I E 2b, p. 372.

[11] *Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*, 1957.

[12] Cfr. *JZ* 1959, p. 579, aunque en este caso el tribunal apreció equivocadamente error de prohibición.

En este caso el conductor engañado no puede responder del delito de fuga en el tráfico por falta de dolo. Ahora bien, si el tercero, que lo ha inducido a marcharse del lugar del hecho, y que de ese modo posiblemente ha frustrado la pretensión de indemnización civil del perjudicado frente al conductor, pudiera ser castigado como partícipe en un hecho no doloso conforme al § 142 StGB*, a su vez respondería también frente al perjudicado con base en el § 823, 2° BGB, mientras que de lo contrario faltaría una infracción de la ley protectora y sólo quedaría a lo sumo como último recurso el § 826 BGB**, cuyos presupuestos ni siquiera concurrirían realmente.

d) En los delitos imprudentes el concepto de acción descrito lleva a la conclusión de que la mera causación del resultado no puede ser ni antijurídica ni típica, porque no cumple los requisitos de una acción, que, sin embargo, también tiene que darse en tales delitos. Por el contrario, el juicio de antijuridicidad sólo puede referirse al control final defectuoso, de tal forma que en un comportamiento intachable falta ya la tipicidad con independencia de todos los daños que puedan haberse producido.

e) Un último ejemplo: según la más reciente doctrina finalista, conforme a la esencia de la acción no hay hechos dolosos de omision[13]. ¿Por qué no? Porque la acción consiste en el control del curso causal; pero el omitente no es causal con respecto al resultado; por tanto, tampoco puede controlar ninguna cadena causal y no puede actuar ni final ni dolosamente. De aquí se desprende un buen número de tesis ulteriores: dado que según esa teoría, como ya vimos, toda participación

* Dicho parágrafo regula el delito de fuga del participante en un accidente de tráfico. (N. del T.)

** Ya he explicado anteriormente (en nota *, p. 88) el contenido del § 823, 2° BGB. En cuanto al § 826, impone a quien dolosamente y de modo contrario a las buenas costumbres causa un daño a otro la obligación de indemnizar. (N. del T.)

[13] Sobre ello, cfr. especialmente KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959.

presupone lógico-realmente un hecho principal doloso y, en cambio, el omitente no actúa dolosamente ni de ningún otro modo por falta de causalidad que pueda ser controlada, es inimaginable la participación en el delito de omisión.

De este modo todavía cabe deducir otras muchas consecuencias. Pero con lo expuesto basta, pues, aun sin necesidad de ocuparnos más de este concepto de acción ni de seguir ilustrando en detalles sus consecuencias en el Derecho civil –para ello se necesitaría una monografía sobre el tema, que no se ha hecho hasta la fecha–, queda suficientemente claro que son considerables sus consecuencias prácticas. No hay casi ningún tema de la dogmática del Derecho penal en el que no sea preciso de algún modo discutir dicho concepto[14], y del mismo modo es posible extenderlo a otros campos del Derecho.

Con esto queda también contestada nuestra segunda pregunta relativa a por qué hoy, a diferencia de lo que ocurría anteriormente, se presta tanta atención a la teoría de la acción. En efecto, si un concepto que en otros tiempos no servía para nada experimenta un cambio en virtud del cual parece servir para todo, también tiene que cambiar la estimación que se tuviera del mismo.

IV. Así enlazamos con la tercera pregunta: ¿Realmente tiene el concepto de acción la importancia que le conceden los finalistas? Las objeciones que cabe alegar contra esa concepción pueden orientarse en un doble sentido: Pueden dirigirse 1°) contra la idoneidad de dicho concepto de acción como elemento sistemático básico, pero también 2°) contra su validez general de base ontológica y contra las soluciones a problemas que de ahí se derivan.

1. Así, se alega una y otra vez que el concepto final de acción no puede abarcar esta o aquella modalidad delictiva, p. ej., los delitos por olvido, los hechos dominados por emociones o incluso el dolo eventual. Ello es correcto en buena parte; y aun en mayor medida es válido en el Derecho civil, pues es más que dudoso que con dicha concepción de la ac-

[14] Cfr. MAURACH, *AT*, 2ª ed., § 16 I A, p. 129.

ción se puedan comprender conceptos tales como "acciones" en el sentido que se ha expuesto de ese concepto; pero esas objeciones dejan intactas en todo caso las consecuencias de la teoría de la acción siempre que exista una conducta final en el sentido de esa teoría, como ocurre la mayoría de las veces en el Derecho penal, e incluso en el Derecho civil en los casos mencionados.

Es cierto que este punto de vista muestra muy claramente una cosa: que un concepto ontológico de acción queda excluido de antemano como elemento sistemático básico. Pero sólo se puede esperar de él que cumpla esa función si se lo sitúa en el mismo plano que los conceptos de acción, que antes discutimos, resultantes de una abstracción y vinculados a la ley. Por ello, la crítica que se hace desde esta posición se basa en el fondo en un malentendido, si bien los partidarios de la teoría final de la acción han contribuido mucho a fomentarlo [15].

2. Pero, ¿qué ocurre con las afirmaciones materiales, como la de que el dolo, en virtud de la esencia de la acción, no puede abarcar la conciencia de la antijuridicidad, o la de que la participación requiere por necesidad ontológica un hecho principal doloso? Aquí reside –y justamente también para las consecuencias del concepto de acción que caen fuera del Derecho penal– el núcleo de la problemática, que es totalmente independiente de la cuestión de si dicho concepto es siempre adecuado.

En este punto decisivo para la fecundidad práctica de la teoría de la acción me parece que ha encallado la discusión mantenida hasta ahora. La mayoría de las veces, a la afirmación de una lógica real preexistente e inmutable, en cuya esfera, como opina Welzel, han de encontrarse "los resultados permanentes del Derecho natural" [16], se le ha contestado con

[15] Así dice MAURACH, *AT*, 2ª ed., § 16 I A 1, p. 127, que el concepto final de acción es "la base común a todas las formas de aparición del delito". WELZEL, *Lehrbuch*, 7ª ed., § 7 II, pp. 26-27, considera "la conducta humana" como concepto superior comprensivo tanto del actuar como del omitir; y a este respecto la acción estaría "con mucho en un primer plano" para las normas del Derecho penal.

[16] *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, p. 197.

la antítesis de que el legislador es completamente libre en sus formaciones conceptuales y regulaciones. Así, por ejemplo, se dice que el concepto final de acción es correcto ontológica o filosóficamente –en este sentido se manifiesta, p. ej., Larenz[17]–, pero que el concepto jurídico de acción es distinto. O bien se deja a un lado la cuestión de la esencia prejurídica del dolo y se dice que nada impide al legislador entender el dolo en sentido jurídico sólo como *dolus malus* o admitir la participación en un hecho principal no doloso.

Puede que todo eso sea verdad. Sólo que se olvida con frecuencia que por de pronto ese punto de vista no supone más que una tesis sin fundamentación. En efecto, si realmente la acción, el dolo y la participación tienen una esencia previa al orden jurídico, será muy difícil rechazar la conclusión de que si el legislador no se atiene a la misma, estará tratando cosas distintas de las que cree regular. Si un arquitecto no tiene en cuenta las leyes de la estática, la casa se vendrá abajo. ¿Por qué, pues, no habría de ser falsa una regulación jurídica que desprecie las leyes reales preexistentes?

Yo creo que, si se examina a fondo la capacidad de rendimiento del concepto de acción, hay que comenzar antes. Es decir, no habría que limitarse a negar la vinculación del Derecho a realidades ontológicas preexistentes, sino que se debería considerar algo más detenidamente esas pretendidas legalidades del ser. Y esto es lo que se hará a continuación.

V. En primer lugar, es cierto que la capacidad del hombre de poner a su servicio la ley causal y de realizar los fines concebidos previamente mediante el control del curso material de los sucesos, constituye una categoría antropológica fundamental. Sin esa facultad de transformar el medio ambiente no se podría seguir hablando de forma de existencia humana.

La teoría finalista, al colocar al hombre que actúa de ese modo en el centro de la teoría del tipo y del injusto, se acomoda a las realidades jurídico-penales, dado que, en efecto, los meros procesos causales en los que se hace abstracción

[17] *Schuldrecht*, t. II, 5ª ed., 1962, p. 352.

de la persona del autor y de su específico modo de conducta son productos analíticos artificiales, que no se dan en la vida y que, por ello, sólo poseen un valor cognoscitivo muy limitado para la imputación jurídico-penal. Y ciertas partes de la teoría del delito, como la problemática de la tentativa o la delimitación de autoría y participación, no se pueden comprender correctamente partiendo del plano causal-objetivo. En ello consisten los méritos esenciales del finalismo.

Pero en esos aspectos se trata de la concepción del injusto, no de un concepto de acción anterior a los tipos. Y sobre todo: aunque se reconozca a los elementos personales la cualidad de sustrato típico de la teoría de la tentativa y de la autoría, no por ello hay que extraer consecuencias establecidas ontológicamente de ningún tipo. Es decir, ello es algo muy distinto a deducir de un concepto prejurídico de acción soluciones muy concretas, y a las que se otorga el rango de "verdades eternas", para los problemas planteados. Y precisamente aquí, es decir, en lo relativo al fundamento ontológico y sus consecuencias prácticas, vamos a comenzar nuestra crítica.

> "La estructura final reposa en la causalidad; la primera estructura óntica no es concebible sin la segunda", dice Armin Kaufmann[18], y en esa unión indisoluble se suele apoyar generalmente la preexistencia e inmutabilidad de la acción y del dolo. Esto es, se reclama para la finalidad un carácter unívoco semejante al de la causalidad. Con ello se piensa, p. ej., en los delitos contra la vida y en el curso de la bala que es guiada a su destino por el autor; en estos casos la finalidad parece estar establecida conforme a las estructuras del ser de modo tan claro e indiscutible como la causalidad. Y así, efectivamente, dice Welzel[18 bis] que la "finalidad es un concepto tan ontológico como la causalidad".

Y sin embargo, en esa creencia estriba, si mi opinión es correcta, el fallo decisivo de toda la concepción. Yo afirmo, en efecto, que sí existe una ley causal, a la que ningún legislador del mundo puede añadir o quitar nada, pero que no existe

[18] *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 67.

[18 bis] *Um die finale Handlungslehre*, p. 7.

una estructura final preexistente. Qué es final y qué no lo es depende exclusivamente de las finalidades del orden jurídico. Y si esto es correcto, como intentaré probar inmediatamente, naturalmente que tampoco puede haber ninguna esencia preexistente de la acción, del dolo o de la participación, y las consecuencias que de ello se derivan perderán su categoría de conformes a las leyes del ser.

Pues bien, ¿por qué no ha de estar establecida ontológicamente la esencia de la finalidad? Mi respuesta es la siguiente: porque los fenómenos jurídicos no son meros procesos causales y, por ello, su control no basta para convertir un suceso en acción en el sentido de esa teoría. Es cierto que ello sería posible desde un punto de vista y puramente científico-natural; pero hay un viejo ejemplo que la mayoría de las veces se aduce para reducir al absurdo el concepto naturalista de acción: la definición de la injuria como puesta en movimiento de ondas sonoras y como causación de excitaciones sensoriales en el oído del afectado[19]. Esto es ridículo, ciertamente: pero ¿acaso sería menos ridículo querer caracterizar la acción de la injuria como supradeterminación final de ondas sonoras tendente a producir sacudidas del tímpano? Si se considera absurda una cosa así –lo que hará incluso cualquier finalista–, habrá que admitir que en los fenómenos jurídicos hay contenidos de significación social que no se pueden entender como control de factores causales.

Piénsese en otro sencillo ejemplo: una persona sustrae una cosa que cree que es suya debido a consideraciones jurídicas erróneas. En este caso, el curso causal está totalmente controlado: el autor, seguro de su meta, ha tomado la cosa que quería tener, y el proceso externo coincide hasta en los más mínimos detalles con su planeamiento. Pues bien, ¿ha obrado finalmente esa persona? Podría entenderse así ese concepto, y entonces su estructura sería ónticamente preexistente; pero en tal caso ya no se podría hablar de identidad con el dolo y tampoco se podría deducir nada de él.

El concepto de acción, cuya capacidad de rendimiento es lo que aquí nos importa, en cualquier caso está constituido

[19] Cfr. al respecto solamente RADBRUCH, *Frank-Festgabe*, I, p. 161.

de forma completamente distinta. Quiere también –si se me permite decirlo así– incluir la dimensión de sentido. El sujeto que no aprehende el carácter injurioso de sus palabras, la ajenidad de la cosa o la deshonestidad de su conducta, no actúa dolosa ni finalmente; en sentido jurídico-penal ya no actúa en absoluto. Dejemos ahora a un lado si esto es correcto o no; pero en todo caso la finalidad, del modo en que la entienden sus partidarios en cuanto elemento constitutivo de la acción y, por otra parte, del único modo en que puede resultar jurídicamente fructífera, presupone, a más del control de los factores causales, la aprehensión del sentido.

Pero con ello el concepto de acción pierde su carácter previo. Si queremos saber si alguien ha actuado finalmente, no sólo necesitamos preguntar: ¿ha controlado los factores causales? –lo que se podría constatar prejurídicamente–, sino que además tendremos que examinar si ha entendido el sentido de las circunstancias de hecho, y a este respecto es exclusivamente el legislador quien selecciona los elementos de significado jurídicamente relevantes. En consecuencia, no habrá actuado alguien que haya determinado el acontecimiento externo en toda su extensión, si no tenía claro un factor de sentido empleado por el legislador en el tipo.

Desde esta perspectiva resulta algo decisivo para las consecuencias derivadas de dicho concepto de acción: una vez que se ha comenzado a admitir elementos de sentido en el concepto de finalidad, ya no queda ni rastro de argumentos con que fundamentar que el dolo, en virtud de su preexistencia ontológica, está limitado al conocimiento de las circunstancias del hecho. Y tampoco se puede comprender desde ese momento por qué han de ser las redacciones del tipo, que como productos del legislador frecuentemente expresan de modo muy incompleto el sentido social del suceso, las que por necesidad ontológica marquen el límite entre conducta final y no final, entre acción y lo que no es acción.

Tomemos un ejemplo utilizado por el mismo Welzel[20]: si alguien atraviesa un camino sin haber visto el cartel de "prohibi-

[20] *Lehrbuch*, 7ª ed., p. 158.

do el paso", ¿por qué ha de ser una verdad eterna, que ningún legislador del mundo puede cambiar, que esa persona ha realizado dolosamente el tipo de falta que pudiera existir? Cierto que ese hombre puede haber controlado cada uno de sus pasos, pero eso también lo hace cualquier otro pasante. Lo único que le presta su significación a esa conducta en el aspecto jurídico es la prohibición. ¿Qué impide entonces que en este caso sólo llamáramos final a la actuación con conocimiento de la prohibición, dado que el sentido de la conducta sólo queda constituido con la prohibición y que la finalidad no se limita al control del curso externo sino que incluye la dimensión del sentido?

De todo ello se desprenden forzosamente, a mi entender, las siguientes ideas: Cuando el legislador pena una conducta, puede requerir un mayor o menor conocimiento del sentido de la acción por parte del autor para que éste merezca la pena. Puede exigir la conciencia de la punibilidad o sólo de la prohibición formal; puede limitarse al conocimiento de la antijuridicidad material, es decir, de la nocividad social; y puede también considerar suficiente la representación de las circunstancias externas del hecho, incluido su contenido normativo, o incluso atender solamente al mero *error facti*. Es libre de determinar qué dosis del sentido del suceso tiene que haber llegado a la conciencia del autor. *Pero ninguna de esas graduaciones corresponde a una esencia preexistente de la finalidad.* A lo sumo se podrá hablar –atendiendo a los grados de la comprensión del sentido– de mayor o menor finalidad; idea que naturalmente ha de ser inaceptable para cualquier partidario de esta teoría de la acción.

Pero si esto es así, entonces tampoco es posible formar un concepto ontológico del dolo y que sea independiente de la voluntad del legislador. Por el contrario, lo único que tiene sentido es denominar dolo a aquel grado de conocimiento de la significación que el legislador presuponga como mínimo para incurrir en pena –o, en su caso, en la pena más alta*–. Ese grado puede ser completamente distinto. Por lo tanto, es erró-

* Este inciso de Roxin se refiere al caso de que, en vez de penarse sólo el delito doloso, sea también punible el correspondiente delito cul-

neo creer que el dolo se tiene que determinar según el mismo esquema en todos los tipos y en todos los campos del Derecho; antes bien, es muy posible, y ello no se opone en absoluto a la "esencia" del dolo o de la acción, que, por ejemplo, en la esfera del Derecho penal contravencional sólo se considere dolosa la actuación con conocimiento de la prohibición y, en cambio, en el Derecho penal criminal se estime suficiente el conocimiento de las circunstancias del hecho o del desvalor etico-social[21]. Todo ello es una cuestión de sentido y de valoración, que sólo puede resolverse mediante consideraciones teleológicas orientadas a las características de la materia de regulación de que se trate, pero no mediante consecuencias extraídas del concepto o esencia ontológica de algo.

VI. Resumiendo: si un concepto ontológico de acción se entiende de modo que sólo abarque el control del curso de un acontecimiento material y libre de valor, entonces dicho concepto no tiene ninguna utilidad: no es idéntico al dolo, no proporciona ningún dato para la teoría del error y tampoco se puede deducir nada de él en otros terrenos. Pero si se incluye la dimensión del sentido en el concepto de acción, éste pierde su carácter previo, se convierte en un producto jurídico-normativo *par excellence* y ya no tiene tampoco ninguna utilidad: luego entonces es posible desarrollar las teorías del dolo y de la participación exactamente igual –e incluso mejor– desligándolas totalmente del concepto de acción y partiendo de los contenidos de sentido propios de las mismas. De aquí se derivan las siguientes consecuencias:

1. No existe, ni tan siquiera en el plano lógico, un concepto de acción que imponga como consecuencia aceptar la teoría

---

poso. Téngase en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre en nuestro Derecho, donde la regla general es la punicion de la comisión imprudente debido a las cláusulas de los arts. 565, 586, 3° y 600 CP [en los CP españoles anteriores al actual CP 1995, que ha cambiado al sistema de numerus clausus de delitos imprudentes], en el StGB alemán sólo en determinados delitos es punible la comisión imprudente. (N. del T.)

[21] Cfr. al respecto especialmente los artículos de Lange en *JZ* 1956, pp. 73 y ss., 519 y ss.; *JZ* 1957, pp. 233 y ss.

de la culpabilidad. Por otra parte, tampoco existe una teoría del error que se deduzca de una fórmula, sea cual fuere el modo de conseguirla, y que tenga en abstracto validez general y sea independiente de las particularidades de la materia regulada. Esto también es válido precisamente en el Derecho civil: si bien en el § 826 BGB** a causa del marcado desvalor ético-social de la acción se renuncia a exigir para que haya dolo conciencia de la antijuridicidad, porque la falta de ésta pone de manifiesto una forma de enemistad hacia el Derecho que no debe ser recompensada, no por ello tiene que ocurrir igual en el § 393 BGB (que prohíbe la compensación de un crédito nacido de una acción dolosa no permitida). Antes bien, en éste como en todos los demás casos sólo se puede captar el contenido del dolo partiendo de las peculiaridades de los correspondientes fenómenos vitales y del sentido y fin de la norma jurídica que los regula.

2. Naturalmente, menos aún puede fundamentarse o apoyarse la teoría estricta de la culpabilidad en ningún concepto imaginable de acción. Pensemos en la legítima defensa putativa, en el consentimiento que erróneamente se supone que concurre, o en el castigo impuesto como corrección a un niño que el padre ha confundido en la oscuridad con su propio hijo. En esos tres casos, Maurach estima que, si el error era evitable, es necesario castigar por dolo en vez de hacerlo –como, a mi juicio, sería lo indicado– por imprudencia, porque, según él, la estructura de la acción imprudente consiste en la desviación del curso causal con respecto a la voluntad del autor que lo controla finalísticamente, mientras que aquí hay dolo por faltar dicha desviación; con ello se pone claramente de manifiesto que este autor entiende el dolo como pura supradeterminación de factores causales materiales –excluyendo los elementos de sentido[22]–. Pero tal definición de dolo ni siquiera

** Que impone la indemnización del daño a "quien dolosamente y de modo contrario a las buenas costumbres causa un daño a otro". (N. del T.)

[22] Cfr. también sobre este punto la acertada opinión de ENGISCH, *ZStW* 70, p. 609.

se corresponde con el concepto final de acción en su forma tradicional; correspondería, en cambio, a la ya mencionada caracterización de la injuria como control de ondas sonoras, y es seguro que no es correcta. Sería mucho más coherente negar la finalidad[23] en aquellos casos en que el contenido del sentido jurídico de su hacer permanece oculto para el autor incluso aunque sea a causa de un error de hecho.

3. Por lo que respecta, en fin, a la participación, ésta seguramente presupone una acción, en la cual se toma parte. Pero esto no se deriva de la esencia de la acción, sino del contenido del significado del concepto de participación. Y asimismo de la esencia de la acción tampoco se puede deducir de qué clase ha de ser la conducta del autor, porque el concepto de acción, aunque sea entendido de modo final, no tiene un contenido preexistente ontológicamente. Antes bien, sólo se puede averiguar qué requisitos son exigibles en cuanto a cualidades del hecho principal si se parte de los preceptos relativos a la participación y de las particularidades del correspondiente tipo de delito. No es posible, sin embargo, exponer aquí en detalles cómo ha de efectuarse dicha tarea.

Piénsese tan sólo lo siguiente: Si se considera como razón de la punición de la participación no la corrupción del autor, sino –de acuerdo con la opinión dominante– la lesión de bienes jurídicos, entonces es mayor la responsabilidad de quien no toma parte directa en la ejecución del hecho principal cuando éste no es doloso que cuando es doloso. Por lo tanto, el que se aprecie en tal caso participación o autoría mediata dependerá sólo del concepto de autor que sea válido para el correspondiente tipo.

4. En cuanto al enjuiciamiento de la acción imprudente, considero correcta la idea, que es la que más interés despierta actualmente, de enlazar el injusto con la conducta del autor y no con el resultado, pues en Derecho penal lo único

[23] Como muy correctamente ha hecho Schaffstein (*MDR* 1951, pp. 196-200), aunque ciertamente no haya encontrado aprecio recíproco por parte de los finalistas ortodoxos.

que importa es valorar la conducta humana, y a esos efectos poco se consigue con desaprobar la mera causalidad. Si los tipos deben decir al particular lo que puede y lo que no puede hacer, es contradictorio considerar contraria a la norma una conducta que (y pese a que) corresponde a las exigencias del cuidado debido.

Pero también aquí ocurre que no hay ninguna estructura ontológica preexistente que decida sobre el carácter de la acción imprudente. La imprudencia no depende de la finalidad sino de la transgresión de mandatos jurídicos de cuidado, y es, por tanto, un elemento enteramente normativo. La finalidad –sea cual fuere su contenido– es indiferente a estos efectos e incluso puede faltar totalmente. El célebre guardagujas que se duerme no actúa de modo final en ningún sentido, pero, sin embargo, se comporta imprudentemente y con respecto al mismo la antijuridicidad también se basa en la lesión de los deberes legales de vigilancia y custodia, y no en el resultado.

En mi opinión, sin embargo, en el Derecho civil, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho penal, el mero resultado puede cubrir la materia del injusto. Así, por ejemplo, en las vías de hecho prohibidas no se trata de la desaprobación de una acción, sino de la conformidad al orden de los estados posesorios. Fuera del Derecho penal, si mi visión es correcta, no sólo existe un orden de conductas sino también un orden de estados cuya perturbación puede desencadenar pretensiones jurídicas aun cuando no hubiera nada que objetar a la conducta que ha causado la modificación de un estado. En el Derecho penal dicho orden de estados podrá llegar a tener importancia a lo sumo para la legítima defensa; concretamente para la cuestión de la antijuridicidad de la agresión, cuestión que precisaría de ulterior investigación; en cambio, en el Derecho civil y en el Derecho público –p. ej., en Derecho policial– me parece que juega un papel sustancialmente mayor. Pero sea como fuere en concreto, lo cierto es que un concepto ontológico de acción no puede dar respuesta a ninguna de estas cuestiones.

5. Y, finalmente, por lo que respecta a las omisiones: sólo será concluyente la afirmación de que no hay omisiones do-

losas porque falta una causalidad que el omitente pudiera controlar, si es que la dirección de los factores materiales, en la que indudablemente no se agotan acción, finalidad ni dolo, es al menos un componente imprescindible del dolo junto a la aprehensión del sentido necesaria en su caso.

Pero ¿es eso cierto? Si yo mato a alguien con mi pistola, el apretar el gatillo, es decir, el proceso material como tal, sólo fundamenta la causalidad. El dolo no se encuentra en mi dedo sino en mi cabeza: consiste en el cálculo previo y en la aprehensión del sentido de ese suceso precisamente, y sólo en ello. Ahora bien, ambas cosas son posibles también por parte del omitente. Si yo dejo voluntariamente ahogarse a un niño que se ha caído a la bañera, aunque sé que estaría obligado jurídicamente a salvarlo de la muerte, en ese caso he calculado previamente el resultado y he comprendido su significado social y jurídico en todos los sentidos imaginables. El dolo está constituido en este caso exactamente igual que en los hechos comisivos, sólo que su objeto es distinto. Si Armin Kaufmann y Welzel incluyen la causalidad en el dolo, ello se debe sólo a su concepto de acción, que realmente no se acomoda a las omisiones y del que, como ya he dicho, no se puede deducir nada para el dolo.

VII. En consecuencia, esta segunda concepción finalista tampoco tiene ninguna utilidad como teoría de la acción. Pero esto no se debe, por ejemplo, a su defectuosa formulación, sino que tiene otra causa distinta, sobre la cual quisiera decir dos palabras más para concluir. Creo, en efecto, que ninguna teoría de la acción y, aún más, ningún otro concepto fundamentado ontológicamente de modo similar pueden ser la base de un sistema del que se puedan derivar resultados prácticos.

Tales intentos son por principio inútiles porque no se puede solucionar ningún problema jurídico con conceptos que son previos a los contenidos de sentido jurídicos, precisamente por el hecho de serlo. Esto es completamente natural, por más que pocas veces se tome en consideración que no se puede extraer de un concepto algo que no está contenido en el mismo. La historia del concepto causal en la ciencia del Derecho constituye un elocuente testimonio de ello. En rea-

lidad no se trata nunca de la causalidad, sino siempre de la imputación; pero la respuesta a la cuestión de la imputación no viene previamente dada, y aparece, no al principio, sino al final del proceso de trabajo jurídico.

Si realmente se puede obtener alguna vez resultados prácticos de un concepto supuestamente ontológico, ello se deberá a que inadvertidamente se han proyectado en él los contenidos jurídicos que posteriormente se vuelven a deducir del mismo. Así sucede con el discutido concepto de acción, que acoge dentro de sí los elementos normativos de las circunstancias de hecho y después toma por base, como si fuera conforme a las leyes del ser, lo que resulta del limitado contenido de sentido de aquellos elementos[24].

Tanto en uno como en otro caso considero infructuoso e incluso peligroso tal procedimiento, porque de ese modo se pierden de vista las concretas circunstancias de hecho y se llega a soluciones de problemas que sólo casualmente pueden ser correctas, dado su carácter de deducciones de conceptos estériles o inseguros. Ese equivocado punto de partida metodológico es lo que hace que, sin perjuicio de todas las discusiones sobre resultados en puntos concretos, un concepto de acción pretendidamente ontológico y casi de Derecho natural sea inservible tanto para el Derecho penal como para todos los demás campos del Derecho.

[24] Welzel mismo ha demostrado muy convincentemente con respecto a la "zona axiológica nuclear" del Derecho natural que la mayoría de sus defensores intentan extraer de nuevo del concepto de lo natural aquellas convicciones valorativas que anteriormente habían introducido en dicho concepto inadvertidamente (cfr. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, p. 182 y passim); pero esto mismo es lo que con su teoría hace Welzel en la "zona ontológica marginal", en la que da por supuestos "los elementos permanentes del Derecho natural" (p. 197). Los citados ejemplos muestran además que aquí nos encontramos dentro de la dogmática del Derecho penal con el resurgimiento de un Derecho natural deductivo-racionalista desplazado de la esfera axiológica a la ontológica. El tema entra de lleno con ello –aspecto que aquí sólo se puede mencionar– en los principios fundamentales del trabajo dogmático y sistemático en el Derecho penal.

SEGUNDA PARTE

Finalidad, tipo y culpabilidad

VIII. Ciertamente que con el resultado obtenido hasta ahora de nuestras discusiones sólo queda contestada la mitad de la ultima de aquellas tres preguntas de las que partimos al principio; pues aunque las deducciones del concepto de acción no puedan servir de base a las opiniones doctrinales mencionadas, no por eso han de ser falsas tales deducciones. Si queremos saber si esas soluciones son falsas, en qué puntos y por qué razones, y también en qué medida ello se puede deber al concepto de acción, tendremos que sacarlo del aislamiento en que se lo ha mantenido hasta ahora y considerarlo poniéndolo en relación con los principios de la teoría del tipo y de la culpabilidad, que son decisivos a este respecto.

Y es que naturalmente es imposible resolver tales problemas sólo con la ayuda del concepto de acción (realmente inadecuado para ello), y tampoco lo hace la teoría finalista. Al contrario, sus partidarios se han esforzado desde siempre en apoyar también sus principios doctrinales en consideraciones ético-jurídicas sobre la esencia del injusto y de la culpabilidad. Es necesario, por ello, examinar qué influencia ejerce la teoría de la acción, que entrelaza todas las partes del sistema, sobre la concepción finalista del tipo, el injusto y la culpabilidad, y examinar cómo habría de ser una configuración de las categorías fundamentales jurídico-penales que, a diferencia de la anterior, estuviera liberada de tales pretendidas vinculaciones. Si se comparan a continuación los resultados entre sí, se podrá saber si y dónde provoca errores el concepto de acción.

A continuación vamos a proceder siguiendo ese plan. A este respecto, enlazando con nuestra exposición anterior se discutirá en primer lugar algo más detalladamente la estructura del concepto de finalidad a efectos de formación del sistema (IX); y posteriormente se expondrán y examinarán críticamente las repercusiones de dicho concepto en la teoría del tipo (X-XIII) y en la de la culpabilidad (XIV-XVI). Como el ámbito de estos temas es demasiado extenso como para poder tratarlo en corto espacio siquiera de modo medianamente exhaustivo, tendremos que limitarnos a esbozar sumariamente

la problemática y conformarnos en las conclusiones finales prácticas con meras alusiones a la teoría del error[25].

IX. Si queremos investigar qué influencia tiene la teoría de la acción final sobre la concepción del tipo y de la culpabilidad de sus partidarios, tenemos que recordar ante todo que no hay una finalidad como concepto estructurado unitariamente y que conforme a su naturaleza tampoco puede haberla. Por el contrario, según qué elementos de sentido se admitan, se pueden formar distintos conceptos de finalidad, que merecen todos ese nombre con el mismo derecho, pero que conducen a consecuencias dogmáticas completamente distintas si se los maneja consecuentemente. Hasta ahora este punto de vista nunca se ha comprendido con toda claridad, dado que en el marco de la teoría final de la acción lo que siempre se acentúa es precisamente la inmutabilidad ontológico-estructural de su punto de partida. Sin embargo, tal punto de vista constituye la clave para comprender el hecho, que enseguida habrá que fundamentar más detenidamente, de que en la teoría final de la acción se ocultan bajo la misma denominación diversos puntos de partida incluso contradictorios entre sí, que precisamente en su cambiante juego con sus antagonismos parcialmente insalvables han creado la estructura llena de tensiones de la actual dogmática finalista. Así, por ejemplo, se puede comprobar que la lógica real axiomática y prejurídica, de la que ya nos hemos ocupado anteriormente, no ha determinado ella sola, ni tampoco desde el principio, la imagen del pensamiento "final". Esto precisa una breve explicación:

1. El punto de enlace con el Derecho penal para la teoría de Welzel fue la lucha contra el concepto causal de acción. Sin embargo, el esfuerzo por superarlo no se podía apoyar en la

[25] De algunos problemas de la teoría de la participación y de la dogmática de la omisión que aquí interesan me he ocupado más detalladamente en mi escrito de habilitación, aún no publicado, "Täterschaft und Tatherrschaft" [posteriormente publicado en 1963 y del que ha aparecido la 2ª edición en 1967 (así en la 1ª ed. española de este libro en 1976; actualmente la obra Täterschaft de ROXIN ha llegado a la 9.ª ed. en 2015, y hay versión al español trad. de la 7.ª ed. alemana: Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, madrid, 2000. N. del T.)].

idea, que sólo posteriormente pasa a primer plano, de que el sistema del Derecho penal ha de basarse en una "ley objetiva de la estructura del ser" independiente "de toda relación con el Derecho"[26], ya que esos presupuestos los cumplía en toda su extensión la categoría de la causalidad. Por el contrario, había que proceder precisamente a la inversa y oponer frente a la causalidad libre de sentido, abstracta y analítica conforme al método de las ciencias naturales, el concepto de una acción final valorada, concreta y que expresara los contenidos de significación jurídico-social. A estos efectos de finalidad, si se la identificaba con el dolo y se la entendía como factor constituyente de la acción típica, era algo perfectamente adecuado, pues está claro que una acción de matar dolosa se aproxima más como suceso típico al contenido de la significación del homicidio que la atención al mero proceso causal.

Y, en efecto, por estas vías se movió al principio la argumentación de Welzel. En sus "Studien zum System des Strafrechts" ("Estudios sobre el sistema del Derecho penal") expone[27]: "No hay conceptos típicos jurídico-penales, ni siquiera los llamados descriptivos, como, por ejemplo, 'matar', 'lesionar', 'dañar', que sean conceptos causales de lesiones causales de algún bien jurídico, sino conceptos sociales de relación y de significación, es decir, conceptos cuyo contenido de sentido se desprende de su función en el todo social...". Añade que la doctrina tradicional mantiene un "punto de partida fundamental equivocado", dado "que ha reducido la acción típica a supuestos causales de causación y, por ello, no ha permitido que comience el mundo de la significación jurídico-social hasta llegar a la cuestión de la antijuridicidad".

Si se proseguía ese curso de pensamientos, había que llegar a reconocer que incluso con la finalidad, en la medida en que sólo se la entendía como supradeterminación de factores causales, sólo se podía comprender de forma incom-

[26] Formulaciones tomadas de: *Aktuelle Strafrechtsprobleme*, p. 5; *Um die finale Handlungslehre*, p. 7.

[27] *ZStW* 58 (1939), p. 528.

pleta el contenido de sentido social del hecho típico, porque una acción final de matar (para seguir con el mismo ejemplo) concebida de ese modo puede carecer por completo del acento de desvalor. Y así, en efecto, dice consecuentemente Welzel[28]: "La acción (incluso como acción final) sigue siendo una abstracción igual que la 'causación' si no se la concibe como fenómeno con significación social, como acción en el ámbito social de la vida". De este modo se vio abocado más o menos forzosamente al principio de la "adecuación social", que él fue el primero en desarrollar y que había de alcanzar gran importancia como causa de exclusión del tipo[29]. En su virtud, "indudablemente"[30] no eran acciones típicas en el sentido del § 212 StGB las muertes causadas en la guerra; la idea de "que el ejército que lucha a vida o muerte realiza... claramente conductas previstas en tipos penales" le parecía entonces "demasiado absurda, demasiado construida en el papel para que pudiera ser correcta"[31]. Y asimismo, las ejecuciones, como actos de cumplimiento de la pena, no podían ser homicidios típicos[32].

Si de este modo la adecuación social impedía la existencia de acción típica, igualmente tenía que llevar a negar el dolo y la finalidad. Todo esto era completamente concluyente, desde el momento en que se interpretaba la finalidad como elemento del contenido de la significación social. Sin embargo, de ello no se podían deducir aún soluciones fundamentadas axiomáticamente, porque si finalidad y dolo suponen comprender y formar en su sentido el "mundo de la existencia social que es el mundo del Derecho"[33], entonces no es totalmente posible –como posteriormente expuso Welzel– desarro-

[28] Ídem, p. 516.

[29] Para más detalles sobre los comienzos de esta teoría en Welzel, cfr. SCHAFFSTEIN, *ZStW* 72, pp. 369 y ss.

[30] *ZStW* 58 (1939), p. 529.

[31] Ídem, p. 527.

[32] Ídem, nota 55, p. 529.

[33] Ídem, p. 530.

llar ya "toda la teoría final de la acción" en el momento en que "el primer hombre utilizó una piedra como instrumento" partiendo de este suceso prehistórico alejado en cuanto al tiempo y en cuanto al medio ambiente [34]. El "mundo del orden historico-social" [35] se transforma sin cesar y, si se basa en él al Derecho penal, los conceptos de éstos sólo pueden cobrar el sentido y función que les otorgue aquél. Por esta razón en aquellos comienzos no se hablaba aún de estructuras inmutables del ser, de "verdades eternas", ni de decisiones sistemáticas fundamentales que se derivaran de aquéllas.

2. Para ello era preciso otro punto de partida, que Welzel no desarrolló con completa claridad hasta algún tiempo después, principalmente en relación con los esfuerzos que en el campo de la Filosofía del Derecho dedicó al problema del Derecho natural. En este terreno llegó a la conclusión de que "todos los intentos... de descubrir contenidos con validez general para todos los tiempos en la ética social y en el Derecho" [36] están condenados al fracaso, y que la configuración de esos contenidos depende de "condiciones empíricas y temporales". Ahora bien, para no caer en un ilimitado positivismo jurídico en vista de la "contingencia de los contenidos históricos" [37], recurrió a las "estructuras lógico-reales" [38], discutidas vivamente desde entonces, que le "marcan una regulación de determinado tipo" al legislador [39], constituyen "el objeto permanente de la ciencia del Derecho" [40] y deben abrir el camino "a un legítimo Derecho natural" [41].

[34] *Aktuelle Strafrechtsprobleme*, p. 5.

[35] *ZStW* 58 (1939), p. 529.

[36] *Naturrecht oder Rechtspositivismus* (obra colectiva), pp. 330 y s.

[37] *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 2ª ed., p. 195.

[38] Cfr. especialmente, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, pp. 197 y s.; *Naturrecht oder Rechtspositismus*, pp. 336 y s.

[39] *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, p. 334.

[40] *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, p. 198.

[41] *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, p. 337.

Desde este momento el concepto de finalidad asumió también en el sistema de Welzel una segunda tarea, consistente en representar como "ley estructural objetiva del ser"[42] las "verdades eternas de la esfera lógico-real"[43]. Sólo entonces se extraen las consecuencias descritas anteriormente: La "finalidad es un concepto tan ontológico como la causalidad", se dice ahora[44]. La "estructura ontológica de la acción" tiene "existencia previa a toda valoración o regulación"[45]. Si se la desprecia, el resultado será "necesariamente falso"[45]; en cambio, si se la respeta, se obtendrán determinadas soluciones con rango de verdad conforme a las leyes del ser, entre cuyas soluciones se cuentan sobre todo la posición del dolo en el marco de la acción[45], y con ella las consecuencias que marca la teoría de la culpabilidad para la doctrina del error[46]. Ya se han expuesto antes los detalles de esos "resultados permanentes del Derecho natural" que se sitúan "no en la zona axiológica nuclear, sino en la zona ontológica marginal"[47].

Con arreglo a lo dicho, el concepto jurídico-penal de acción cumple también una función antipositivista además de la función anticausal; o, expresándolo de modo afirmativo: introduce el suceso típico en el orden conforme a sentido de la vida social y simultáneamente materializa una ley estructural lógico-real, inalterable y de Derecho natural, que impone determinadas regulaciones y a la que va unida la formación del concepto. Pero esas dos tareas se encuentran en una innegable relación de tensión recíproca: en efecto, el mundo del orden social se desarrolla con el transcurso de la historia y precisa ante todo de la configuración creadora del legislador, mientras que las leyes del ser son eternas, están sustraídas a la intervención del orden jurídico y por ello se las puede de-

[42] *Um die finale Handlungslehre*, p. 7.

[43] *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, p. 198.

[44] *Um die finale Handlungslehre*, p. 7.

[45] *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, p. 197.

[46] *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, p. 336.

[47] *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, p. 197.

mostrar con todas sus consecuencias exactamente igual en el comportamiento del hombre de la edad de piedra que en el mundo social de hoy.

Los mismos partidarios de la teoría final de la acción nunca han sido totalmente conscientes de este antagonismo que se oculta en el punto de partida de dicha teoría; antagonismo que hasta el momento tampoco ha sido puesto claramente de relieve en la discusión dogmática. Se puede afirmar, no obstante, que dicho antagonismo necesariamente había de influir en profundidad en la configuración sistemática de esta doctrina, y que las dificultades con las que la teoría finalista ha tenido que luchar en los últimos quince años tienen su origen en último término en esas tendencias opuestas del concepto de acción supuestamente unitario. Ello habrá de ponerse de manifiesto ante todo en el significado que tiene para la concepción finalista del tipo.

X. Desde el momento mismo en que se separó el dolo de la conciencia de la antijuridicidad, el contenido del tipo tenía que cobrar importancia decisiva para el dolo, que ahora se incluía en el injusto; porque si para el dolo desde ese momento sólo es necesario el conocimiento de las circunstancias fundamentadoras del tipo, todo dependerá de los criterios con los que se juzgue si un elemento pertenece al tipo. En este punto las tendencias opuestas de la teoría final de la acción indicadas anteriormente tenían que determinar consecuencias prácticas inmediatas.

1. Si se parte de la base –como correspondía a la originaria intención de la teoría final de la acción y a sus esfuerzos por superar la causalidad libre de valor– de que el tipo tiene que describir los acontecimientos del ámbito social de la vida con todos sus aspectos de sentido, una consecuencia incontestable de ello era que el dolo no se podía agotar en la consecución final "de lesiones causales de algún bien jurídico", sino que tenía que abarcar precisamente esa "función" de una conducta "en el todo social".

Con esa exigencia sólo habría concordado desde el punto de vista de la teoría finalista un tipo que incluyera por igual todas las circunstancias objetivas –positivas o negativas, es-

critas o no– determinantes del injusto[48]. Concretamente, las circunstancias de justificación deberían excluir la tipicidad, porque naturalmente para el mundo de la vida social, al que Welzel llama "mundo con sentido y significado"[49] y en el que debía encuadrarse toda acción típica, supone una diferencia fundamental el que un menoscabo de la integridad corporal se deba a unos petulantes malos tratos o, por el contrario, a la defensa necesaria frente a una agresión antijurídica o a una medida de corrección impuesta por los padres. Según este punto de vista, sólo se habría podido aceptar que actúa dolosamente un sujeto "que abarcara y comprendiera como proceso vital toda la situación en la que y por la que actuaba, que 'estuviera al corriente' y que 'viera lo que pasaba'"[50]. En una palabra: se debería haber reconocido la teoría restringida de la culpabilidad como consecuencia necesaria de la teoría final de la acción.

Algunos de sus partidarios, como v. Weber[51] y Schaffstein[52], han elegido muy consecuentemente este camino. Welzel no ha ido nunca tan lejos, pero no se puede desconocer que tanto la afirmación de que algunas de las causas de justificación tradicionales (como las acciones de guerra o las ejecuciones) lo son de exclusión del tipo, y, en general, la introducción de la adecuación social "como principio inmanente de formación del tipo"[53], como el postulado de una consideración del suceso típico referida al "orden de sentido del todo"[49] apuntaban en esa dirección.

2. Es sabido que Welzel, en vez de proseguir la línea que adoptó al principio, cambió muy pronto a una orientación casi opuesta, y que en ello lo siguieron los finalistas ortodoxos. ¿A

[48] Sobre este "tipo total", cfr. mi obra *Offene Tatbestände*, pp. 173 y ss.

[49] *ZStW* 58, p. 529.

[50] LANGE, *JZ* 1953, p. 15.

[51] *JZ* 1951, pp. 26 y ss.; *Festschrift für Mezger*, pp. 183 y ss.

[52] *MDR* 1951, pp. 196 y ss.

[53] *ZStW* 58, p. 529.

qué se debe esto? La respuesta nos la indica el hecho de que la elaboración cada vez más rígida de la teoría estricta de la culpabilidad[54] y la creciente formalización del tipo ocurren en la época en que el concepto final de acción se va deslizando más y más de su papel "social" hacia la esfera lógico-real y transhistórica. Y de hecho existe aquí una conexión que hace que se destaque en la práctica la escisión teórica contenida en el concepto de finalidad.

En efecto, si la acción final, cuya realización caracteriza al tipo, es un "concepto tan ontológico como la causalidad" y está establecida de modo inmutable como eterna "ley estructural del ser" desde la misma creación del primer hombre –y, por cierto, con todas las consecuencias que de ello se derivan–, entonces el tipo tenía que desligarse lo más posible del mundo del orden histórico-social y quedar reducido a una "supradeterminación de cursos causales" conceptualmente abstracta y, para ello, desvinculada del tiempo y exacta en el aspecto categorial. La teoría final de la acción, como ya se expuso anteriormente, no ha conseguido esa meta sino en la misma escasa medida en que ha llevado a cabo con pureza el otro aspecto valorativo-social del concepto de finalidad con sus consecuencias. Ello no era posible porque ambos puntos de partida –a ninguno de los cuales se renunció nunca expresamente– tenían que obstaculizarse recíprocamente. No obstante, ese cambio de acento que ya se expuso en la teoría de la acción también repercutió eficazmente en la concepción del tipo (y consecuentemente en las cuestiones del error).

a) En primer lugar, la teoría estricta de la culpabilidad, que al principio estaba muy en segundo plano, se desarrolló hasta convertirse en una pieza central de la doctrina finalista. Welzel y sus seguidores se han volcado en favor de su reconocimiento con una frecuencia y un calor que no han

[54] En el año 1947 todavía mantenía Welzel en el caso de legítima defensa putativa evitable que *de lege lata* ha de "castigarse al autor por imprudencia aplicando analógicamente el § 59" (*Lehrbuch*, 1ª ed., p. 48); en cambio, ya entonces era distinta su propuesta *de lege ferenda*: p. 81.

dispensado a ninguna de sus otras opiniones doctrinales. Si prescindimos ahora de los innumerables y variados argumentos en pro y en contra[55] y consideramos esta teoría atendiendo solamente al planteamiento de nuestras preguntas, salta a la vista que dicha teoría (así como es escasamente conciliable con un punto de partida integrador-valorativo y que atienda a los contenidos de significado social de la acción típica) corresponde exactamente al principio de la estructura ontológico-ahistórica de la finalidad. En efecto, desde ahora realiza una acción típica en el sentido del precepto relativo al homicidio todo el que dirige los factores causales, totalmente comprensibles sin referencias de valor, de tal modo que provocan la muerte de un hombre. La concreta situación de la vida con todos sus rasgos de sentido, para la cual –siguiendo con nuestro ejemplo– hay que separar como formas de conducta cualitativamente diversas la muerte causada en la guerra, la ejecución de un asesino, la defensa necesaria frente a un atraco y, por último, un brutal homicidio, esa concreta situación de la vida, repito, queda fuera del tipo y, por lo tanto, tampoco entra ya en el dolo.

Ello es válido para todas las circunstancias de justificación –que naturalmente cambian decisivamente el contenido del sentido social del suceso–, y concuerda exactamente en todos los casos con un concepto de finalidad libre de valor y perteneciente a las categorías del ser. Pues, por lo que se refiere al control de los factores causales, en el que al fin y al cabo se agota la cualidad de conforme a las estructuras del ser que posee lo final, no existe diferencia de ninguna clase entre conducta antijurídica y conducta justificada; ambas son necesariamente lo mismo para un concepto de acción determinante del suceso típico y desarrollado "con independencia de toda relación con el Derecho". En este sentido está completamente justificado el argumento de Maurach, men-

[55] Cfr. al respecto, el reciente y completo trabajo de Hirsch, realizado desde la perspectiva de la teoría final de la acción: *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960.

cionado ya anteriormente[56], que atendía precisamente a ese punto de vista.

b) De ese giro hacia el concepto ontológico de finalidad resulta además que la adecuación social, que anteriormente como "principio de formación del tipo" había incluido la acción en el "ámbito social de la vida", tenía que volver a desaparecer rápidamente como elemento de exclusión del tipo, para transformarse en una causa de justificación. Ahora ya no había que tomar el "contenido del sentido" de la acción típica "de su función en el todo social", sino que, por el contrario, la acción precisamente debía ser desvinculada de esas conexiones. Schaffstein tiene toda la razón cuando ve en el camino de posición sistemática de la adecuación social "una renuncia parcial al punto de partida metodológico, es decir, a la concepción del 'mundo de Derecho' como un 'mundo con sentido y significado'"[57]. Aquí resulta particularmente clara la incompatibilidad de las dos tendencias que extrajimos anteriormente del concepto de finalidad, pues es innegable que el descuido de un aspecto no es sino la inevitable consecuencia del otro. En todo caso, con respecto al dolo, ello tenía como consecuencia que ni siquiera podía alterar el hecho de su existencia el que el contenido de la representación fuera totalmente adecuado socialmente.

c) En la misma línea de desnormativización del tipo se situaba también la "teoría de los tipos abiertos" desarrollada por Welzel a partir de 1952 en varios artículos[58]. Dicha teoría se basaba en la idea de que ciertas circunstancias de tipo jurídico-normativo, que hasta entonces se había considerado predominantemente como elementos del tipo, debían incluirse sistemáticamente en la antijuridicidad, de tal modo que como

[56] Pp. 89 y 96.

[57] *ZStW* 72, p. 371.

[58] Cfr. al respecto para disponer de citas exactas sobre detalles concretos, mi trabajo: *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 1959 (2ª ed.: 1970).

tipo quedaba un producto al que ni siquiera le correspondía ya la función indiciaria del injusto que anteriormente se había mantenido como principio. No interesa aquí entrar en los detalles de esta teoría que ha cambiado con tanta frecuencia su configuración material; pero es sintomático que la acción típica, si describe una conducta totalmente neutral en cuanto al valor y ya ni siquiera típicamente injusta, se restrinja cada vez más claramente a una determinación causal libre de sentido y que, en consecuencia, el dolo se desligue visiblemente más y más de la relación con el mundo jurídico y social.

d) Por último, se puede mencionar que la antigua teoría del conde Dohna[59], que había basado su sistema del delito en la estricta separación entre "objeto de la valoración" y "valoración del objeto", se compaginaba admirablemente con un concepto ontológico de finalidad cada vez más separado del mundo del significado social. En efecto: si el dolo y el tipo sólo suponen el objeto de la valoración de la antijuridicidad y de la culpabilidad, habrá que depurar ese "objeto" lo más posible de elementos de desvaloración social, pues de lo contrario volvería a confundirse lo que debe separarse "en el plano lógico clara e irreprochablemente"[60]. Y como quiera que la acción típica, si se la "pone en relación con el todo social (determinado históricamente)"[61], ya lleva marcado el sello del juicio de desvalor social, también era consecuente desde este punto de vista limitar dolo y tipo en la medida de lo posible a la dirección causal fijada lógico-realmente e inmutable estructuralmente.

A esto se ha objetado frecuentemente que los presupuestos materiales de las causas de justificación sólo son igualmente el objeto de la valoración juridica[62] y que, en consecuencia,

[59] Cfr. *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., 1950.

[60] *Um die finale Handlungslehre*, p. 25.

[61] *ZStW* 58, p. 530.

[62] Basta cfr., p. ej., KAUFMANN, Arthur, *JZ* 1954, P. 656; o mi obra: *Offene Tatbestände*, pp. 95 y s.

esa diferenciación antes habla en contra que a favor de la teoría estricta de la culpabilidad, a la que debería servir de apoyo[63]. Esto es correcto, si se considera aisladamente las causas de justificación; pero si se recuerda que un tipo total que abarque todos los elementos determinantes del injusto, tanto positivos como negativos, es necesariamente un tipo de injusto –y, por tanto, ya no es un producto "libre de valor con referencia a la antijuridicidad"[64]–, entonces coincide totalmente con la lógica del desarrollo descrito anteriormente el hecho de que el "objeto de la valoración" fuera estrictamente separado de las circunstancias de justificación (y también de los elementos de inadecuación social).

Lange ha sido el primero[65] en señalar que la consecuencia sistemática ineludible de una separación entre "objeto de la valoración" y "valoración del objeto" tenía que ser un tipo libre de valor. Ello coincide con lo anteriormente expuesto. Sólo que yo opino que esa diferenciación no es la última razón del cambio que experimentaron el tipo y el dolo en el sistema finalista; antes bien, la terminología de Dohna, de la que no se hablaba en los comienzos de la teoría final de la acción[66], sólo fue adoptada posteriormente por parte del finalismo, y ello porque armonizaba tan excelentemente con el desplazamiento de acento en la forma de entender el concepto de finalidad.

La "renuncia parcial al punto de partida metodológico" que vio Schaffstein en el cambio de posición sistemática de la adecuación social, pero que también se deja ver en otros muchos fenómenos concretos como un desarrollo coherente de la teoría final de la acción a partir de las leyes estructura-

[63] También HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, pp. 242 y ss., acepta ahora este argumento en contra.

[64] Cfr. WELZEL, *JZ* 1953, nota 4 a, p. 120.

[65] Cfr. *ZStW* 63 (1951), pp. 471 y s., 474; *JZ* 1953, p. 13.

[66] En la 1ª ed. del *Lehrbuch* (1947) de Welzel todavía no la puedo encontrar; y de ningún modo habría sido compatible con los "Studien zum System des Strafrechts".

les lógico-reales, se destaca aquí en una relación más amplia incluso. Pues para Dohna, uno de los más caracterizados defensores del neokantismo en la filosofía del Derecho[67], la distinción entre un reino del ser libre de valor (el objeto de la valoración en la sistemática jurídico-penal) y la esfera de la valoración humana aplicable a aquél era una consecuencia de su orientación filosófica básica. En cambio, Welzel precisamente se había opuesto con energía en sus primeras obras[68] a esa teoría y había intentado presentar el mundo social del valor y del sentido como componente indisoluble del ser –punto de vista que al principio también se había reflejado con bastante claridad en su concepción del tipo–. Pero el posterior alejamiento de la "contingencia de los contenidos históricos" y el intento de dar una base ontológica y opuesta expresamente a la axiología[69] –es decir, concebida como libre de valor, que es como se la llama ahora– al sistema del Derecho penal tenían que reconducir a la separación de ser y valor y posibilitar una síntesis entre apriorismo lógico-real y neokantismo que permite también comprender el desarrollo dogmático de la teoría final de la acción como cambio de orientación filosófico-jurídica[70].

[67] Cfr. solamente la nueva edición de su obra: *Kernprobleme der Rechtsphilosophie*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1959.

[68] *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935.

[69] Cfr. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, p. 197.

[70] Visto desde ese ángulo, resulta comprensible que Bindokat (*JZ* 1953, p. 72) diga de la teoría finalista del error que en ella "el neokantismo y la filosofía de los valores de la escuela sudoccidental alemana" influyeron "hasta más allá de su tumba en nuestro Derecho penal". Ciertamente se puede rebatir esta opinión por cuanto que es seguro que Welzel no ha llegado a su teoría del error partiendo del neokantismo. La reaproximación (seguramente no querida ni deseada) a esa dirección filosófica se produjo sólo por el paralelismo de la sistemática de Dohna con los resultados de su lógica real axiomático-finalista. Pero cuando Welzel opina sobre las manifestaciones de Bindokat: "Me ha asombrado que se me haga precisamente ese reproche, dado que ha escrito todo un libro contra la filosofía sudoccidental alemana de los valores" (*Aktuelle Strafrechtsprobleme*, p. 12), la verdad es que, por otra

XI. Ciertamente, sería demasiado unilateral considerar la "segunda fase" de la teoría final de la acción, que hemos expuesto con algunos fragmentos doctrinales característicos, como decisiva para el estado actual de la misma, ya que nunca ha renunciado expresamente a su anterior punto de partida, que acentuaba el mundo de significado social. Y de hecho, el cuadro actual de la teoría final de la acción está determinado precisamente por la interacción de ambas tendencias opuestas por principio. Los constantes cambios que dicha teoría ha experimentado en los últimos años se han debido esencialmente a los renovados intentos de ajustar entre sí el mundo conceptual lógico-real y el mundo valorativo social en la esfera de la teoría del tipo. De nuestra anterior discusión se desprende ya que esa tarea no se pudo resolver sin un compromiso que difuminaba en parte uno de los dos aspectos y que, sin embargo, no suprimía su relación antinómica. Si se examina cómo se expresan actualmente los contenidos de significado ético-sociales en la dogmática finalista, se puede constatar la existencia de una triple graduación:

1. La originaria intención tendente a superar la consideración causal libre de valor se ha mantenido totalmente al enjuiciar los elementos normativos del tipo. Así, aún hoy se dice[71] sobre las circunstancias del hecho que su ser es "no la realidad libre de sentido de las ciencias naturales, sino el mundo de la vida social cruzado por rasgos de sentido y con contenidos de significado".

---

parte, uno puede asombrarse a su vez de que Welzel, a pesar de ese libro, haya abandonado tanto su punto de partida que se lo haya podido considerar (no sin cierta justificación) partidario del neokantismo.

Cfr. también sobre todo ello, KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 180, que habla de "amplias concesiones al neokantismo" y opina que merece aplauso "la anterior concepción de Welzel, no la que mantiene hoy". No contradice lo dicho en el texto el que Kaufmann entiende aquí por "ontología" es la teoría originaria de Welzel, según la cual "los valores se enraízan profundamente en lo óntico", pero no la teoría de las estructuras lógico-reales, que en su opinión (p. 37) no tienen "nada que ver con la verdadera ontología".

[71] *Lehrbuch*, 7ª ed., p. 68; cfr. también *Aktuelle Strafrechtsprobleme*, pp. 11-12; *JZ* 1953, p. 119; y mi libro: *Offene Tatbestände*, pp. 47-50.

2. En lo que concierne al tipo como un todo, debido a la teoría estricta de la culpabilidad, naturalmente ya no es posible una declaración como la emitida sobre las concretas circunstancias del hecho. Pero como de todos modos, según esa teoría, por regla general la lesión de un bien jurídico (la muerte de un hombre, el daño de una cosa, etc.) se realiza conscientemente aunque la persona que actúa crea en la concurrencia de circunstancias justificantes, había que intentar encontrar en este fragmento del sentido social total de la acción el nuevo punto de contacto para una consideración valorativa. Y así decía Welzel al principio que la función de los tipos consiste en "describir aquellas acciones que caen fuera de los órdenes de la vida social de modo insoportable y que... sólo pueden ser justificadas en situaciones extremas"[72].

Pero pronto se puso de relieve que frecuentemente esa caracterización tampoco se acomodaba al tipo de la teoría estricta de la culpabilidad. Por eso, para Hirsch[73] la conducta típica ya no cae fuera del orden social "de modo insoportable", sino sólo "con cierta trascendencia" o "de modo no inesencial". Entretanto, el mismo Welzel se ha vuelto más precavido todavía. Ahora, según él, la tipicidad separa "de entre el círculo de las ejecuciones de acciones humanas aquellas que son jurídico-penalmente relevantes, y concretamente relevantes en el especial sentido de que necesariamente son o antijurídicas o conformes a Derecho, pero nunca meramente 'neutrales valorativamente'"[74]. Pero como no se ve claramente con qué criterios se llena de contenido el elemento un tanto vago, de la "relevancia", en este punto ya se ha aflojado bastante la ligazón con la esfera valorativa.

3. El enlace con la desvaloración ético-social se pierde por completo en las conductas socialmente adecuadas y en los tipos abiertos. Como en ambos casos la acción típica ya se mueve por definición totalmente dentro de los órdenes de la vida

[72] *Das neue Bild*, 1ª ed., p. 52.

[73] *Die Lehre von dem negativen Tatbestandsmerkmalen*, pp. 280, 308.

[74] *Lehrbuch*, 7ª ed., p. 50.

comunitaria y no supone en absoluto un indicio del injusto, los finalistas tampoco han logrado justificar con ningún punto de vista valorativo esas categorías, que, por tanto, sólo deben su existencia a la consecuencia sistemático-conceptual.

XII. Está claro que es contradictoria esta graduación que conduce desde el significado social total, pasando por la relevancia social, hasta la "neutralidad valorativa" social, pues si los elementos concretos del tipo abarcan todo el contenido de sentido social (grado 1), no se comprende muy bien por qué en el tipo, que al fin y al cabo es la suma de sus elementos, ese contenido se evapora transformándose en la relevancia social (grado 2) o incluso desaparece por completo (grado 3). Pero, prescindiendo de esto, en la práctica también se puede rebatir en cada caso un "grado valorativo" por medio de los otros dos. Ello es especialmente válido respecto de la teoría estricta de la culpabilidad, que está situada en el punto central de la discusión y que ha de determinar el contenido del tipo objetivo y del injusto personal.

1. Se puede afirmar que los elementos normativos, en cuanto que expresan el sentido social total de un suceso, hacen fracasar esta teoría del error. Un médico que es motivado a efectuar un reconocimiento objetivamente impúdico con base en la errónea creencia de que concurren circunstancias que justificarían médicamente su conducta, ya no actúa "deshonestamente". Quien mata a otro en legítima defensa putativa carece *eo ipso* de "móviles bajos" en el sentido del asesinato. Generalizando, se puede sentar lo siguiente: quien es movido a realizar el hecho por la creencia en circunstancias de justificación carece de la "reprobabilidad", "falta de escrúpulos", "brutalidad", "malicia", etc., de las que la ley hace frecuentemente que dependa la pena. En otro lugar[75] he expuesto todo esto con más detalles. Aquí basta con saber por qué es inevitable esa contradicción: si un elemento del tipo penal pone claramente de relieve la desvaloración social de la conducta, forzosamente tiene que chocar con la

[75] *MSchrKrim* 1961 (*Tesar-Festschrift*), pp. 211 y ss.

ley y con sus propios presupuestos una teoría del error para la cual es posible que la conducta típica precisamente resulte "positivamente valiosa"[76].

2. Igualmente se puede reducir *ad absurdum* a la teoría estricta de la culpabilidad desde el otro lado, es decir, con las teorías de la adecuación social y de los tipos abiertos, porque en estos casos le falta al tipo la "relevancia jurídica", que es la que debe constituir la esencia de ese especial "grado de valoración" y cuyo conocimiento es lo que debe legitimar la aplicación de la pena por dolo. Este argumento ha sido ya aducido repetidamente[77].

Y efectivamente Welzel ha reducido cada vez más la esfera de aplicación práctica de la adecuación social[78] y ha modificado recientemente[79] la teoría de los tipos abiertos de forma que ya tiene muy poco en común con su significado originario. Aún más radicalmente ha procedido su discípulo Hirsch, que ha borrado del sistema finalista los "tipos abiertos"[80] y últimamente incluso el concepto de la adecuación social[81], y ha intentado la tesis de que toda realización de un tipo supone una conducta que cae fuera de los órdenes de la vida social "con cierta trascendencia".

Pero con la eliminación (digna de aprobación en amplia medida) de esos conceptos aún no se ha solucionado el problema real. Si el padre propina al hijo ineducado una tunda de azotes[82], si un funcionario de policía detiene a un delincuente[83]

[76] WELZEL, *ZStW* 67 (1955), nota 30, p. 211.

[77] Por primera vez lo hizo LANGE, *JZ* 1953, p. 13; más detalladamente mi obra: *Offene Tatbestände*, pp. 97 y ss., 127, 167 y ss.; HIRSCH, *Negative Tatbestandsmerkmale*, pp. 281 y ss.

[78] Cfr. al respecto SCHAFFSTEIN, *ZStW* 72, pp. 372 y ss.

[79] *Lehrbuch*, 7ª ed., p. 76.

[80] *Negative Tatbestandsmerkmale*, pp. 281 y s.

[81] Cfr. *ZStW* 74, pp. 78 y ss.

[82] *ZStW* 74, p. 114.

[83] Ídem, p. 115.

u obliga a parar a un automovilista que conduce antirreglamentariamente[84], si el agente judicial penetra conforme a su deber en un piso[83], si una persona no puede abandonar a su antojo, cuando marcha campo a través, un tren rápido que ha tomado equivocadamente[85], o si "en una riña el golpeado se defiende del agresor devolviendo el golpe"[86], para Hirsch todas estas conductas son acciones de las que estima, renunciando al principio de la adecuación social, que caen fuera de los órdenes sociales de modo trascendente.

Sin embargo, difícilmente se podrá asentir a esto si se reconoce que el orden social es un estado que constantemente necesita seguridad y defensa ante los múltiples conflictos. Pues cuando los agentes judiciales y los policías actúan conforme a su deber, ¡precisamente están preservando el orden social en vez de quebrantarlo! Sólo si no intervienen es cuando se vería persistentemente perturbado el orden de la convivencia humana y a la larga quedaría a merced de la anarquía. Si el deudor es obligado a pagar y el conductor ebrio, a parar, es la actividad de éstos la que contraviene los órdenes sociales (aunque no sea típica), mientras que la conducta del "guardián del orden" estatal, según el sistema finalista, ciertamente es típica pero se ajusta en todos sus aspectos a las normas reguladoras de la convivencia humana. Y ¿de verdad contraviene de modo no intrascendente los órdenes sociales el derecho de corrección que desde antiguo compete a los padres? ¿Es realmente cierto que la circunstancia de que los trenes rápidos sólo paran en las estaciones no encuadra dentro de las reglas normales de la vida comunitaria?

Queda claro, pues, que la contradicción entre la tipicidad de la conducta socialmente adecuada y la concepción del tipo de la teoría estricta de la culpabilidad, que atiende a la inadecuación social, se podrá superar terminológicamente, pero desde luego no en la realidad.

[84] Ídem, nota 139, p. 121.

[85] Ídem, pp. 115 y ss.

[86] SCHAFFSTEIN, *ZStW* 72, p. 394.

XIII. Las aporías que aquí han aparecido en la teoría del injusto no se pueden suprimir en absoluto con "correcciones" aisladas. Por el contrario, el sentido de la anterior exposición ha sido precisamente mostrar que esas contradicciones internas radican necesariamente en el mencionado "doble" punto de partida del pensamiento final. En cuanto se hace más hincapié en la desvaloración ético-social, se ven en peligro la estructura ontológico-prejurídica del concepto de dolo, la separación entre "objeto de la valoración" y "valoración del objeto" y, con ello, la diferenciación cualitativa de finalidad y conciencia de la antijuridicidad. Pero si para salvar estas dificultades se configura la acción típica lo más libre de valor posible, se pierde la conexión con el mundo del significado social; y entonces hay que admitir que existe un hecho doloso aunque el contenido de la representación sea totalmente neutro en el plano valorativo, lo cual está en clara contradicción con un enjuiciamiento ético-jurídico de la acción.

La teoría finalista del tipo, si permanece fiel a sus puntos de partida, tiene necesariamente que oscilar entre esos dos polos. Y, efectivamente, ha sido transformada casi en cada edición del manual de Welzel, sin que por ello se haya podido liberar de la fuerza de atracción de los principios básicos en pugna. El que con todo ello siempre se haya mantenido en principio la teoría estricta de la culpabilidad, se debe al hecho de que ésta hace posible una forma de compromiso, a saber: permite concebir la acción típica como supradeterminación de factores causales establecida categorialmente y, por otro lado, posibilita justificar la pena del dolo alegando que en cualquier caso la persona que actúa ha conocido el carácter social excepcional –aunque no el resultado negativo– de su conducta.

Pero, por otra parte, esa teoría presenta también todos los inconvenientes de un compromiso, pues la verdad es que no se ajusta a ningún concepto imaginable de finalidad. Dicha teoría intenta reunir forzadamente –por decirlo así– el concepto "ontológico" y el concepto "social" de finalidad, y en definitiva los malogra a ambos. Pues, en efecto, el concepto de finalidad, como se demostró más arriba, no es en absoluto "ontológico" en el sentido de una estructura del ser inmuta-

ble y vinculante para el legislador. Y dicho concepto tampoco abarca el sentido social de la acción, lo que no podía ser de otro modo en una teoría que elimina premeditadamente del concepto de finalidad la adecuación social y las situaciones de justificación decisivas para la valoración social.

Ahora bien, ¿hay una salida para esas dificultades? Los límites marcados para este trabajo impiden acometer la problemática del injusto personal y del tipo en toda su extensión, por lo cual no habrá aquí lugar para discutir la teoría del injusto ampliamente orientada de modo objetivo que ahora vuelve a estar en pleno avance[87]. Tampoco parece tener mucho sentido "combatir" de modo general la teoría finalista, cuyos influyentes principios ya no se pueden suprimir de nuestra dogmática. Al contrario: lo único fructífero es sustituir el unilateral pro y contra, que tan frecuentemente impide el entendimiento, por una revisión crítica de los conceptos fundamentales de aquélla; tarea a la que no se puede sustraer ninguna teoría (al menos la clásica) y que en el futuro permitirá salir de nuestro actual fraccionamiento dogmático para volver a encontrar un terreno común[88]. Aquí sólo es posible aludir brevemente a las consecuencias para el tipo y para el injusto que hasta cierto punto se pueden extraer de nuestro anterior análisis. A este respecto hay que decir lo siguiente:

1. Se debe renunciar al concepto de una acción final llena de contenido, constituida "con independencia de toda relación con el Derecho" y, sin embargo, base del sistema del Derecho penal, porque tal concepto ni existe ni puede existir. No cabe retirarse con la finalidad detrás del tipo[89], pues si se prescinde de las circunstancias del hecho, lo máximo que se puede decir es que las acciones en el sentido de los delitos de comi-

[87] Éste es un tema que precisaría ser tratado por separado.

[88] A este respecto sirven de ejemplo los trabajos de GALLAS, "Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen" (*ZStW* 67, pp. 1 y ss.); *Moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme* (cfr. *Materialien zur Strafrechtsreform*, t. I, y *ZStW* 69, Sonderheft).

[89] Cfr. también al respecto, GALLAS, *ZStW* 67, p. 7.

sión tienen que estar dirigidas a alguna meta cualquiera. Y como esto tampoco lo discuten las teorías causal y social de la acción, podría hallarse aquí la posibilidad de unión de las partes en pugna[90].

Una cosa es segura en todo caso: que fuera del mundo de los valores sociales y de las normas jurídicas no se puede decir de ninguna forma de conducta si es o no es final, porque no se puede determinar apriorísticamente respecto del Derecho qué elementos de sentido han de incluirse en ese concepto.

2. Por consiguiente, si de un concepto de acción pretendidamente prejurídico se sacan consecuencias para la estructura del tipo objetivo y subjetivo, ello tiene que conducir a resultados falsos. Ya se ha mostrado anteriormente que al introducir un orden de ideas ontológico y de Derecho natural en el concepto de finalidad, que originariamente se entendía de modo social, la teoría del tipo cayó en contradicciones insolubles.

3. Frente al procedimiento empleado por los finalistas ortodoxos, lo correcto es invertir la relación entre acción, finalidad y tipo: no es cierto que una estructura de la acción de carácter prejurídico y vinculante para el legislador sea la que determine el contenido de la finalidad y del tipo, sino que, por el contrario, el tipo nacido de consideraciones valorativas jurídicas y orientado a los contenidos sociales de significado determina qué conducta es final en sentido jurídico y qué circunstancias hay que incluir en el tipo subjetivo.

4. Así pues, hay que sustituir la teoría final *de la acción*, si se quiere persistir en el punto de partida final, por una teoría final *del tipo*. Esto no se debe malinterpretar tomándolo en el sentido de que se trata sólo de una modificación terminológica y sistemática. Por el contrario, el mismo concepto de finalidad es distinto: es de carácter normativo y, según su contenido de sentido, sólo se puede descubrir mediante una interpretación de los tipos concretos. Y concretamente des-

[90] Cfr. al respecto acertadamente, SCHMIDT, Eb., *JZ* 1956, p. 190, que opina que se podría "concertar una paz muy aceptable entre las teorías final y social de la acción".

aparecen todas las derivaciones del concepto de acción que deben marcar determinadas regulaciones al legislador.

5. El tipo, que en lugar de las estructuras del ser llena ahora de contenido el concepto de finalidad, sólo puede estar constituido de forma que abarque por completo todos los rasgos sociales de sentido de la acción, en la medida en que son decisivos para el injusto. Aunque por razones didácticas se diferencie entre tipos rectores positivos y contratipos negativos, dogmáticamente, sin embargo, ambos han de quedar absorbidos en la unidad superior de un tipo total constitutivo del injusto[91]. Ello es así porque el mundo del Derecho es el mundo de la vida social[92] y no el escenario de meras lesiones causales (o incluso finales, entendido esto en un sentido libre de valor) de bienes jurídicos; pero el sentido social de un suceso típico queda irremisiblemente destrozado si no se concede ninguna influencia sobre él a las circunstancias justificantes. Así, por ejemplo, para el contenido del sentido de una "lesión corporal" es decisivo el que se trate de una corrección paterna o, por el contrario, de una injuria por vías de hecho. Si se prescinde de ello debido a la igualdad del cuadro del hecho que perciben los sentidos, la verdad es que se sigue estando en el punto de partida descriptivo-causal que se quería superar[93].

6. Prescindiendo de esa consideración fundamental no se entrará ahora en los numerosos argumentos dogmáticos que se pueden aducir en favor de esta concepción[94]. Pero por lo que se refiere a la finalidad, cuyo sentido y función es lo que

[91] Cfr. al respecto ya RADBRUCH, *Frank-Festgabe* I, pp. 164-166; ENGISCH, "Der Unrechtstatbestand im Strafrecht", *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*, t. I, p. 409.

[92] Cfr. sobre ello, fundamentalmente, ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, 1950.

[93] En este punto discrepa GALLAS, *ZStW* 67 (1955), pp. 27 y s.; sobre ello acertadamente SCHAFFSTEIN, *ZStW* 72, p. 389.

[94] Cfr. al respecto para más detalles mi obra: *Offene Tatbestände*, pp. 173 y ss.

nos importa aquí, hay que reconocer que asimismo sólo se puede utilizar sin contradicciones este concepto si la finalidad típica se extiende a todas las circunstancias constitutivas del injusto. Porque si no existe una finalidad ontológica en el sentido de los finalistas ortodoxos, únicamente se podrá seguir manteniendo ese concepto si se lo entiende de tal modo que su significado se desprenda de la función de la acción típica "en el todo social"[95]. Así pues, hay que retroceder hasta donde originariamente había comenzado Welzel antes de que el "giro hacia la ontología" lo desviara de esa vía. Esta concepción social-final del tipo proseguida después sobre todo por Schaffstein y Hellmuth von Weber es la única legítima, porque, digámoslo una vez más, el tipo rector abstractivo de la teoría estricta de la culpabilidad no se corresponde ni con un pretendido componente ontológico ni con el componente de significado social del punto de partida finalista, y sus insalvables antinomias lo hacen también inservible en la práctica.

Resumiendo de modo aforístico: Así como la teoría final *de la acción* debe transformarse en una teoría final *del tipo*, el concepto *ontológico* de finalidad ha de ser sustituido por un concepto *jurídico-social* de finalidad.

XIV. Hasta aquí la teoría del tipo, que se presenta simultáneamente como teoría del injusto. ¿Qué ocurre ahora con las consecuencias del concepto final de acción en la teoría de la culpabilidad? Si se identifica finalidad y dolo y se considera a ambos como problemas de la teoría de la acción y del tipo, es lógico suponer que esos elementos ya no tendrán un lugar propio en la estructura de la culpabilidad. Entonces la culpabilidad es unitariamente la "reprochabilidad" y no se produce ninguna diferencia de principio entre dolo e imprudencia con respecto a la culpabilidad. Y, en efecto, Welzel no reconoció originariamente al dolo y la imprudencia como formas especiales de la culpabilidad[96], y muchos representantes de la teoría final de la acción lo han seguido en este punto.

[95] WELZEL, *ZStW* 58 (1939), p. 528.

[96] Cfr. *Lehrbuch*, 1ª ed., 1947, p. 81, V.

Contra esta "teoría unitaria de la culpabilidad", como la llamó Mezger[97], se ha alzado desde siempre el reproche de "empobrecimiento y nivelación contraria a la realidad"[97] del concepto de culpabilidad. No obstante, ya Lange notó lo siguiente[98]: "No es evidente que el concepto de acción entendido de modo final obligue a ello (sc. a alejar el dolo de la esfera de la culpabilidad), ya que aquí no se trata de elementos estructurales reales, que se utilizaran en un determinado lugar del sistema, sino de distintos aspectos de un mismo estado psíquico". Welzel lo sigue ahora y dice[99]: "Por el hecho de que el finalismo anticipe en el tipo la diferencia entre dolo y falta de dolo y la considere entonces relevante ya para el injusto, no es cierto que la 'nivele' para el momento de la culpabilidad, ¡sino que profundiza esa diferencia también para ese momento! Porque la diferencia delictiva establecida en un grado más profundo del concepto de delito ¡vuelve a aparecer en el grado superior, sólo que con carácter más fundamental aún!".

De este estado de la discusión tenemos que partir. Y en el mismo hay en primer lugar algo totalmente correcto: que aunque se incluyan, lo que también se propugna aquí, elementos subjetivos en el tipo y se atribuya a su presencia o falta una importancia decisiva para el injusto, ello no impide examinar si esas diferencias, además de para el injusto, también resultan relevantes simultáneamente para la reprochabilidad de la conducta no conforme a Derecho. En tanto en cuanto es completamente legítimo, por ello, que Welzel diga[99] ahora acerca de la teoría final de la acción que "dentro de la culpabilidad diferencia igualmente la reprochabilidad según que ésta se refiera a una realización dolosa del tipo o a una realización no dolosa". Pero la dificultad radica en otro punto, a saber, en que si se toma un concepto prejurídico de acción como fundamento del dolo y posteriormente se lo admite a éste en la culpabilidad, en ella el dolo aparecerá con la forma

[97] *LK*, 7ª ed., § 59 a, c, pp. 456-457.

[98] KOHLRAUSCH-LANGE, 42ª/43ª ed., § 59 II, p. 217.

[99] *Lehrbuch*, 7ª ed., p. 149.

que ha recibido en la teoría de la acción y en la del tipo. Es decir, ¡que los puntos de vista de la culpabilidad no influyen lo más mínimo en la configuración y contenido del concepto de dolo! Si se saca esa consecuencia, como hace la teoría final de la acción, entonces ya no tiene prácticamente importancia la cuestión de si sistemáticamente se incluye el dolo sólo en la acción y en el tipo o también en la culpabilidad, porque ya se ha decidido con bastante anticipación fuera de la culpabilidad si hay que aplicar o no una pena y, en caso afirmativo, si la pena ha de ser mayor o menor, de tal modo que en cada caso sólo resta por examinar si era o no era evitable la acción calificada de dolosa o imprudente sin tener en cuenta para nada la magnitud de la culpabilidad.

Así pues, en el fondo, a la teoría final de la acción no se le puede plantear en absoluto el problema de si el contenido de la culpabilidad de un hecho justifica la imposición de una pena por dolo. Ello se pone de manifiesto a cada paso en la puesta en práctica de dicha teoría. Así, por ejemplo, en el caso de los tipos "abiertos", que ni siquiera sirven de indicio del injusto y describen formas de conducta completamente indiferentes[100], la persona que actúa ha de ser castigada, en caso de que su acción lesiva de bienes jurídicos fuera evitable, por culpabilidad dolosa, por más que el contenido de sus representaciones, según las propias premisas de Welzel, estaba dirigido a algo irrelevante para el Derecho penal. Lo mismo ocurre en la adecuación social, que igualmente deja intacta la realización del tipo. Tanto en éste como en el otro caso la "evitabilidad" es lo único que sirve para fundamentar la forma más grave de la culpabilidad, y no se ve ninguna circunstancia que pudiera diferenciar el reproche que se formula contra el autor del de la imprudencia –que también requiere evitabilidad–.

[100] En la 7ª ed. de su *Lehrbuch*, pp. 75, 151, Welzel –bajo la influencia de la crítica efectuada sobre ese punto– ciertamente no ha abandonado esta teoría, pero sí la ha recortado algo y la expone con poca claridad. Sin embargo, cita ulteriormente sin restricciones sus anteriores trabajos sobre el tema.

En tanto en cuanto es absolutamente acertado, por ello, el reproche de Mezger a una culpabilidad unitaria y niveladora, y lo es con independencia de si ese "dolo" incoloro se incluye sólo en el tipo o también en la culpabilidad. Por lo demás, tampoco se ha intentado nunca apoyar la imposición de la pena por dolo en esos casos con puntos de vista específicos de la culpabilidad. En este punto, como dice Welzel mismo en una ocasión [101], sólo estamos ante una "aplicación consecuente" de su dogmática –lo cual, como ya se expuso anteriormente, significa: de su teoría ontológica de la acción, que tiene unas repercusiones amplias en la esfera de la culpabilidad–.

Se podrá decir ahora que en estos casos estamos ante fenómenos marginales, cuyo enjuiciamiento es discutido incluso entre los finalistas ortodoxos. Bien, pero ¿qué ocurre con la teoría estricta de la culpabilidad, que es la pieza central de la teoría finalista del error? Como es sabido, sus partidarios, si dejamos aparte puntos de vista constructivos, la fundamentan alegando que a quien se dispone a realizar el tipo "libre de valor en referencia a la antijuridicidad", la conciencia de la relevancia jurídica de su acción le tiene que servir de estímulo para prestar una especial atención, cuya no prestación justificará la pena por dolo. Según esto, parece como si fueran consideraciones sobre la culpabilidad las que hubieran apadrinado esta teoría.

Pero las apariencias engañan, pues el concepto de dolo se ve determinado por la teoría ontológica de la acción en cuanto a su contenido, tal y como está concebido. Por consiguiente, no puede en absoluto admitir dentro de sí puntos de vista de la culpabilidad; más aún, como mero objeto de la valoración ni siquiera debe admitirlos. Esto ya lo ha expresado hace tiempo Lang-Hinrichsen [102] en los siguientes términos: "Es cierto que los partidarios de la teoría final de la acción intentan justificar sus resultados basándose también en consideraciones valorativas. Pero lo importante es que éstas ya no tienen significado

[101] *ZStW* 67 (1955), p. 225.

[102] *JR* 1952, p. 189.

constitutivo. Los resultados están ya fijados por la acción y sus leyes estructurales ontológicas; y, según las premisas sentadas, deberían ser válidos sin tener en cuenta el resultado de una valoración, ya que son lógicamente preexistentes al Derecho. Con ello la decisión de ese problema de la culpabilidad está determinada de modo heterónomo". En consecuencia, cuando Welzel califica de "ley fundamental del mundo moral"[103] a los principios de su teoría del error e intenta introducirlos en un "gran contexto filosófico-jurídico" que debe "abarcar los principios valorativos del actuar humano válidos por igual para la Ética y el Derecho"[104] y que debe presentar sus soluciones como resultado de principios de una ética de la responsabilidad, no se podrá negar que en todos estos casos sólo puede tratarse de fundamentaciones "añadidas posteriormente" que, por decirlo así, "están en el aire" junto al punto de partida ontológico de la teoría final de la acción.

Ahora bien, todo esto no importaría demasiado si la delimitación entre imprudencia y dolo, ya prejuzgada por la teoría de la acción, expresara realmente la diferencia decisiva de culpabilidad –por mucho que la congruencia presupuesta aquí tácitamente entre estructura prejurídica del ser y mundo valorativo jurídico, si ha de ser algo más que una casualidad, precisara un esclarecimiento teórico–. Pero la verdad es que las cosas no son como opinan los defensores de la teoría estricta de la culpabilidad. No es éste el lugar de repetir y completar los numerosos argumentos que se han aducido contra esta teoría desde el punto de vista de una punición justa[105]; pero sin duda que no se debe a ninguna equivocación del sentido valorativo el hecho de la teoría estricta de la culpabilidad, exceptuando a la escuela finalista ortodoxa, haya sido siempre considerada injusta por la opinión ampliamente dominante. Si una persona que cree

[103] *JZ* 1952, p. 341.

[104] *Aktuelle Strafrechtsprobleme*, p. 15.

[105] Por lo que parece a mi propio punto de vista, debo remitir a mi libro *Offene Tatbestände*, pp. 111 y ss., y a mi artículo en la *Tesar-Festschrift*, *MSchrKrim* 1961, pp. 211 y ss.

erróneamente en la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, según sus intenciones actúa incluso para una valoración objetiva –como el mismo Welzel dice[106]–, no ya de modo valorativamente neutro sino incluso "positivamente valioso", difícilmente le resultará plausible a un observador imparcial que una persona que persigue unos fines tan valiosos haya de ser un delincuente doloso sólo porque se haya confundido en cuanto a las circunstancias del caso (lo que le puede pasar a cada uno de nosotros). Por el contrario, es casi evidente que lo que aquí hay es, a lo sumo, una falta de cuidado que no se puede atribuir al grado más alto de la culpabilidad, sino que cualitativamente corresponde al típico reproche de la imprudencia. El que, pese a todo, los finalistas opinen lo contrario precisamente muestra con claridad que lo que influye en la teoría del error no son puntos de vista de la culpabilidad, sino las consecuencias dogmáticas pretendidamente forzosas de su concepto de acción.

Y de hecho, en el fondo los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad, salvo algunas manifestaciones en contra, admiten que aquí no se ha supervalorado la importancia teórica y práctica de la estructura "ontológica" de la acción para la teoría finalista de la culpabilidad y que para ella, en definitiva, las consideraciones valorativas no juegan ningún papel en la medición de la pena por dolo. Así Hirsch, que ha publicado la última y más completa exposición de esa teoría desde el punto de vista finalista, al ocuparse de los argumentos alegados contra ella desde el punto de vista de la pena justa, dice[107] lo siguiente: "Uno se resiste a afirmar que en caso de error sobre los presupuestos de una causa de justificación... hay 'culpabilidad dolosa'. Pero con ello no se tiene en cuenta que, reconociendo la teoría de la culpabilidad, hay que ver el dolo exclusivamente como un estado psíquico. Este concepto natural de dolo es el fundamento de la actual teoría del error; en el dolo no hay sitio para puntos de vista puramente de re-

[106] *ZStW* 67 (1955), nota 30, p. 211.

[107] *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, p. 345.

prochabilidad". Así pues, ¡la presencia del dolo, que la mayoría de las veces es lo decisivo para la punibilidad o, al menos, para la delimitación respecto del marco penal de la imprudencia, no depende de puntos de vista de reprochabilidad!

XV. Y ahora ya no debemos ocultar la crítica por más tiempo. Pues no es sólo que del concepto de acción pretendidamente ontológico no se puede deducir ninguna solución para los problemas del error –como ya se demostró en la primera parte del trabajo–; es que además (al igual que sucedía en la teoría del injusto) esas deducciones conducen a resultados falsos según los criterios del principio de culpabilidad. Al contrario totalmente de lo que piensa la concepción que hemos tratado anteriormente, hay que afirmar, en efecto, que el concepto y el contenido del dolo se deben enjuiciar con base en puntos de vista de la reprochabilidad.

Ello resulta sorprendente a primera vista si se parte de la base de que el dolo ya es un elemento del tipo subjetivo, pues si según eso las necesidades de la teoría del tipo deciden sobre su configuración, no se comprende sin más por qué de repente han de ser importantes para el contenido del dolo los puntos de vista de la reprochabilidad. Si, pese a todo, ello es así, la razón sólo puede ser que los criterios determinantes del injusto suponen simultáneamente un sólido fundamento de la teoría de la culpabilidad. Esta afirmación precisa una fundamentación más detallada, pero ahora se la puede posponer, pues de momento bastará con mostrar brevemente qué es lo que, con independencia de la configuración de la teoría del injusto y de sus consecuencias sistemáticas, se deduce de puras consideraciones de culpabilidad con respecto a la relación de dolo e imprudencia.

A este respecto ya se desprende de la ley un punto de vista decisivo, pues uno de los principios indiscutibles de nuestro Derecho, tanto del vigente como del futuro, es el de que pena y culpabilidad deben corresponderse recíprocamente. Ahora bien, como quiera que los delitos imprudentes tienen marcada siempre una pena bastante menor que los dolosos y en la mayoría de los casos quedan incluso impunes, en vista de la relación de correspondencia entre culpabilidad y pena ello tiene que deberse *necesariamente* a una diferencia de culpa-

bilidad entre ambas formas de conducta. No es posible otra explicación de la graduación de la pena que no sea la de que con los conceptos de dolo e imprudencia se alude a dos formas distintas de culpabilidad, de las cuales el dolo constituye la superior y la imprudencia, la inferior.

De aquí se sigue forzosamente que una teoría, según la cual la condena por el tipo doloso o imprudente no depende de puntos de vista de reprochabilidad, contraviene el principio de culpabilidad. Ya se expuso anteriormente que ése es el caso de la teoría estricta de la culpabilidad: en realidad no es una teoría "de la culpabilidad", ni mucho menos "estricta", sino la consecuencia de una concepción de la acción indiferente a la culpabilidad. Este hecho no se puede suprimir por mucho que Welzel insista en que su teoría diferencia "la reprochabilidad según que ésta se refiera a una realización dolosa del tipo o a una realización no dolosa", ya que tal diferenciación de la reprochabilidad sólo tiene sentido si queda justificada por el contenido de culpabilidad que se expresa en la actuación dolosa y en la imprudente. Si, por el contrario, los puntos de vista de reprochabilidad no tienen "un lugar" en el dolo, entonces no puede corresponder al principio de culpabilidad el que los límites entre dolo e imprudencia independientes de consideraciones de culpabilidad se empleen, no obstante, para diferenciar la reprochabilidad.

A los mismos partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad tampoco se les ha ocultado por completo que su teoría del error no se ajusta al carácter de la culpabilidad de la conducta delictiva pese a todos sus esfuerzos por conseguir una fundamentación filosófico-jurídica y ético-jurídica. Esto se ve claramente, por ejemplo, en el hecho de que, para dar cuenta de los "reparos del sentimiento"[108] contra una punición por dolo, pretendan que se mencione el error en el tenor de la sentencia[109]. Con ello se reconoce posteriormente la diferen-

[108] WELZEL, *Lehrbuch*, 7ª ed., p. 153.

[109] Cfr. WELZEL, *JZ* 1955, nota 21, p. 144; *ZStW* 67 (1955), pp. 220 y s.; *Lehrbuch*, 7ª ed., p. 153; HIRSCH, *Negative Tatbestandsmerkmale*, pp. 342 y s.

cia de valor que no ha sido abarcada dogmáticamente. Como también concede Hirsch [110], así se puede "reconocer que no se trataba de un hecho doloso ordinario. El fallo de la sentencia reproduce entonces oportunamente el contenido de desvalor de la conducta". Es decir que, según esto, ¡ello no se logra ni con la caracterización de un hecho como "doloso" y "culpable" ni con la condena penal! Pero la mención de esa circunstancia en el tenor de la sentencia ya no consolará al ciudadano si ha sido condenado con base en el marco penal, que generalmente fundamenta una pena, del hecho doloso; en ese caso se verá en la cárcel pese a que su culpabilidad no alcanza la medida que el legislador ha previsto para la forma superior de la culpabilidad, y con ello, para la punibilidad.

Todo ello resulta aún más claro cuando Hirsch dice[110] dentro de ese contexto: "El desvalor moral del hecho se enjuicia no sólo por la magnitud de la pena, sino también por la clase de la conducta penada". Porque esto sólo puede querer decir que las penas que la teoría estricta de la culpabilidad obliga a imponer son más altas de lo que corresponde al desvalor moral del hecho (o sea, a la culpabilidad). Con esta consecuencia aquí admitida, y que en realidad es incontestable, queda refutada impecablemente esta teoría desde el punto de vista del principio de culpabilidad [111]; y al mismo tiempo esa consecuencia es la prueba más clara de los censurables resultados a los que puede conducir la errónea aceptación de

[110] HIRSCH, *Negative Tatbestandsmerkmale*, p. 343.

[111] Ya en otro lugar he intentado demostrar que, aun prescindiendo de esto, en virtud del propio Derecho positivo la teoría estricta de la culpabilidad resulta absolutamente imposible de llevar a la práctica en muchos casos; cfr. *MSchrKrim* 1961 (*Tesar-Festschrift*), pp. 211 y ss. Ciertamente que esto tampoco es casual si se parte del principio de culpabilidad; pues, si la teoría estricta de la culpabilidad fracasa de antemano en los tipos con elementos relativos a la intención y a la actitud interna (cfr. también al respecto *supra*, pp. 151 y s., XII, sub. I), ello prueba precisamente que tal teoría no se acomoda a la exigencias de culpabilidad que el legislador ha incluido en estos casos en la descripción del hecho.

vinculaciones a las estructuras del ser en nuestro Derecho penal propio de un Estado de Derecho [112].

XVI. Si, para concluir, resumimos esquemáticamente todo lo que de positivo se pueda deducir de esta consideración critica con respecto a la relación entre finalidad, dolo y culpabilidad, ello nos da como resultado los siguientes puntos de vista:

1. Es preciso abandonar la teoría estricta de la culpabilidad y, junto con ella, la vinculación del dolo a una estructura de la acción apriorística respecto del Derecho. Como ya se hizo en la teoría del tipo, hay que proceder aquí exactamente al revés de como lo hace la concepción finalista ortodoxa: No es el concepto "ontológico" de acción el que determina lo que es doloso y perteneciente al grado superior de la culpabilidad, sino que son los criterios de la teoría de la culpabilidad los que deciden sobre la configuración del dolo y su delimitación frente a la imprudencia. Como quiera que el contenido del dolo no se puede determinar de ninguna forma imaginable de modo final-ontológico, teóricamente incluso no queda ninguna otra posibilidad más que configurarlo como forzosamente prescribe el principio de culpabilidad.

2. Desde el punto de vista de la culpabilidad el reproche superior al de la imprudencia sólo puede afectar a quien ha aprehendido en toda su extensión los presupuestos reales y jurídicos decisivos para la prohibición, en la medida en que constituyen el sentido social de la conducta. Sólo quien desprecia conscientemente o no se preocupa de las reglas elementales de la convivencia humana, que son las únicas con las que puede tener que ver el Derecho penal, sólo éste efectúa ese "rechazo de los valores fundamentales del actuar jurídico" que el mismo Welzel [113] pone en primer plano y que justifica un reproche decisivamente superior al de la mera

[112] El legislador también debería reflexionar sobre esto cuando en el estado de necesidad supralegal (§ 39, ap. 2, P 1960) hace una concesión a la teoría de la culpabilidad.

[113] *Lehrbuch*, 7ª ed., p. 2.

falta de cuidado. Asimismo, sólo ante tales formas de conducta se puede hablar de "asocialidad" en ese sentido destacado que exige perentoriamente una resocialización a la medida de las sanciones disponibles para los hechos criminal-dolosos.

3. La expresión teórica de esta visión es la llamada "teoría restringida de la culpabilidad". La denominación es desafortunada porque hace que parezca que en ella sólo se expresa "restringidamente" la idea de culpabilidad, cuando la verdad es que mediante dicha teoría tal idea se realiza de la forma más pura –con la reserva que enseguida (sub 6) se mencionará.

Esto es válido no sólo frente a la teoría estricta de la culpabilidad, para la que, como ya se expuso, incluso persiguiendo fines "positivamente valiosos" se puede dar el grado máximo de la culpabilidad, sino también frente a los defensores de la teoría del dolo, para los que sólo la conciencia de la antijuridicidad formal fundamenta el dolo. Pues sólo se puede dar cumplida cuenta de la correlación entre culpabilidad y pena si en lugar de la mera conciencia de la prohibición se convierte a la desvaloración social en fundamento de la culpabilidad dolosa. La prohibición formal, en efecto, es siempre la misma –un hurto es tan antijurídico como un asesinato o una injuria; por ello, el conocimiento de la antijuridicidad no podría explicar las diferentes condenas penales–. Éstas sólo se justifican por las diversas graduaciones del contenido de desvalor social, de tal modo que lo único que puede importar para la culpabilidad dolosa es la aprehensión de los factores descriptivos y normativos que lo determinan.

4. En este punto resalta también la íntima conexión de tal concepción de la culpabilidad con una teoría del injusto que reserve un lugar en el tipo subjetivo para el concepto "social" de finalidad, ya que una finalidad no restringida por vinculaciones a las estructuras del ser, como la que caracterizó también la primera fase de la teoría de Welzel, precisamente debe expresar todo el sentido social de la realización de la acción y por ello puede al mismo tiempo servir de fundamento del máximo reproche de culpabilidad. En esta visión de las cosas se halla la solución del hecho aparentemente sorprendente de que se pueda elaborar el concepto de dolo con total autono-

mía tanto desde el punto de vista de la teoría del injusto como desde el de la teoría de la culpabilidad y que, sin embargo, se pueda llegar al mismo resultado partiendo de ambos aspectos. Esta coincidencia no es casual, sino la expresión necesaria del hecho de que la culpabilidad superior que distingue al dolo de la imprudencia consiste en aquella aprehensión y realización consciente de todos los factores constitutivos del injusto que caracteriza a su vez a la acción típica.

Ciertamente, si se acepta esto no se puede eludir otra consecuencia, que ahora ya no debería tener nada de sorprendente: la de que también se debe concebir el tipo como tipo de culpabilidad[114]. Porque si el contenido de culpabilidad que hay en la realización dolosa del delito ya se expresa en el tipo, lo único que por regla general podrá seguir siendo objeto de un examen aparte es la cuestión de si la culpabilidad, cuyo "indicio" lo constituye el injusto, queda excluida por razones especiales. Así como antes se entendió el tipo como "tipo de injusto" y en la esfera de la antijuridicidad sólo quedaron por discutir las causas de exclusión del injusto, así ahora el injusto mismo se presenta como tipo de culpabilidad.

Vistas las cosas bajo este prisma, también cobra un sentido profundo y legítimo desde el punto de vista de la teoría de la culpabilidad la transformación que ha aplicado Welzel a la antítesis de Max Weber entre ética de la actitud interna y ética de la responsabilidad. Pues quien con insolente indiferencia no se preocupa de las exigencias básicas de la vida en comunidad merece en realidad la pena por dolo aunque le faltara la conciencia de la antijuridicidad formal. Estamos aquí ante el mismo problema real que aparece en la teoría del dolo con el concepto de la "enemistad hacia el Derecho". Pero todo ello es evidentemente una cuestión de culpabilidad y su significado, como ya se expuso anteriormente, ha de seguir

[114] Cfr. al respecto GALLAS, *ZStW* 67, pp. 29 y ss. No es éste el lugar de entrar en detalles sobre coincidencias y discrepancias. Y concretamente quedará aquí sin discutir la problemática de los elementos objetivos de la culpabilidad.

siendo incomprensible si se parte del concepto ontológico de finalidad[115], mientras que el concepto social de finalidad en virtud de su conformidad interna a la ley se adapta sin problemas a tal concepción de la culpabilidad.

No hay nada objetable en este ensamblaje de injusto y culpabilidad, ya que el principio de culpabilidad no sufre ninguna merma por ello. Tampoco pasa por alto esta consecuencia ninguna teoría que incluya el dolo en el tipo. Tal solución sólo resultará problemática si *no* se tiene conciencia de estas circunstancias y se trabaja con un concepto de dolo indiferente para la culpabilidad, como hace la teoría final de la acción; porque entonces se llega a aquella colisión con el principio de culpabilidad que se expuso anteriormente y que ni siquiera se puede reparar aunque posteriormente se haga aparecer de nuevo el concepto "ontológico" de dolo en la esfera de la culpabilidad.

En definitiva, la cuestión del dolo no es en absoluto un problema sistemático. Por las razones expuestas habrá que asentir cuando se diga –como sucede hoy a menudo– que el dolo "pertenece" tanto al injusto como también a la culpabilidad. Pero no hay por qué extraer de ahí consecuencias sistemáticas demasiado amplias: aunque se conciba el injusto como tipo de culpabilidad y, en consecuencia, ya se dé cumplida cuenta de los puntos de vista decisivos para la reprochabilidad en el tipo subjetivo al determinar el contenido del dolo, no es necesario volver a incluir el dolo dentro de la culpabilidad como categoría sistemática, pues con ello no se produciría ya ningún cambio. La situación es distinta, naturalmente, si se parte de un concepto objetivo de injusto o si no se configura el tipo subjetivo como tipo de culpabilidad: entonces el dolo es también a efectos sistemáticos un puro elemento de la culpabilidad. Todas estas soluciones son "equivalentes" tanto a efectos de la teoría del error como del principio de culpabilidad. Por consiguiente –cosa que frecuentemente no

[115] Por ello también es completamente equivocado querer justificar con el principio de responsabilidad los resultados de la teoría estricta de la culpabilidad, que precisamente se basa en un dolo *indiferente* para la culpabilidad.

se ha percibido con la suficiente claridad–, lo que importa no es tanto dónde se agrupa sistemáticamente el dolo, cuanto más bien cómo se lo configura en cuanto a contenido. O, formulándolo de otra forma: cierto que el dolo es materialmente un problema de culpabilidad, pero no necesariamente ha de serlo también a efectos sistemáticos.

5. Si se acepta esta concepción, la teoría restringida de la culpabilidad permite tender un puente entre los representantes de un "finalismo social" y los partidarios de la estructura clásica del delito, ya que dicha teoría es independiente de la concepción que se tenga de las teorías de la acción y del tipo y puede ser defendida igualmente por aquellos que atribuyen todos los elementos subjetivos a la culpabilidad. De acuerdo con la opinión aquí mantenida, la estructura de la teoría del delito no tiene absolutamente ninguna influencia en la solución de las cuestiones del error. Si, por ejemplo, se quisiera limitar el tipo por razones sistemáticas a una parte de los elementos determinantes del injusto, no podría valer para el dolo otra cosa que no sea lo que se expuso anteriormente[116]. El planteamiento del problema no sólo *puede*, sino que *tiene que* ser liberado de las cadenas de las coerciones sistemáticas, porque el contenido material del mismo prueba que es una materia que se debe tratar partiendo de puntos de vista de culpabilidad, siendo para el caso indiferentes las concepciones que se pueda tener de la acción, el tipo y el injusto[117].

Desde esta perspectiva resulta posible al mismo tiempo un entendimiento con los partidarios de la teoría del dolo que re-

[116] Cfr. la corrección de su punto de vista, acertada en ese aspecto, que toma en consideración Gallas (*ZStW* 67, p. 46, nota 89 *in fine*). En cambio, no puedo aceptar su separación de concepto de dolo y culpabilidad del dolo.

[117] Cfr. en sentido contrario, partiendo del punto de vista ontológico-final, p. ej., MAURACH, *AT*, p. 129, según el cual "la pugna en torno a la teoría de la culpabilidad o la teoría del dolo con sus amplias consecuencias para el dolo y la imprudencia" depende "de la elección de un determinado concepto de acción".

duzca a sus justos términos la contraposición aparentemente insuperable de ambas concepciones[118]. En efecto, como ya se desprende de las discusiones de la primera parte, no es cierto que la teoría del dolo "se base en un desconocimiento de la estructura categorial de la acción". Entre dolo y conciencia de la antijuridicidad tampoco existe ninguna diferencia cualitativa en el sentido de que en un caso se tratara del "objeto de la valoración" y en el otro, de la "valoración del objeto". Al contrario, el dolo de la teoría restringida de la culpabilidad ya está marcado por puntos de vista valorativos, de tal modo que no existe una contraposición metodológica en relación con la teoría del dolo. La única diferencia radica en la cuestión de qué circunstancia hay que conocer para que se justifique el reproche superior de la culpabilidad; y en este punto no debería ser demasiado difícil una reconciliación, dado que raras veces se defiende aún una teoría del dolo sin restricciones y que apenas se encontrará hoy partidarios de circunscribir la culpabilidad dolosa a la pura desobediencia a la ley.

6. Finalmente, de aquí también se desprende un fundamento (que no es posible conseguir con el punto de partida ontológico-final) para la teoría desarrollada sobre todo por Arthur Kaufmann y Lange, según la cual en el Derecho penal contravencional ha de ser válida la teoría del dolo. Ya se ha expuesto que no hay ninguna estructura inmutablemente preexistente del dolo que lo prohíba[119]. Y tampoco es cierto que, para evitar contradicciones en la formación conceptual, sólo fuera lícito decidirse o por una o por la otra teoría, sino que, por el contrario, el diferente tratamiento de los errores en ambos campos del Derecho lo único que hace es expresar de forma dogmáticamente irreprochable las diferencias esenciales de la materia.

Si se reconoce que el máximo grado de culpabilidad presupone la aprehensión de los factores decisivos para el injusto

[118] Cfr. también al respecto, NOWAKOWSKI, *ZStW* 65 (1953), p. 385; KAUFMANN, Arthur, *JZ* 1954, nota 15, p. 654.

[119] V. *supra*, pp. 124 y s.

material, y si además se tiene presente que en esas disposiciones no es que falte la desvaloración ético-social de la acción típica, pero sí es cierto que sólo se constituye por medio de la prohibición, entonces la culpabilidad del dolo lógicamente *tiene que* requerir el conocimiento de la prohibición fundamentadora del injusto material. Los aspectos que verdaderamente tienen existencia previa al Derecho, y a los cuales está vinculada una formación conceptual ajustada a la realidad, son los rasgos sociales de sentido. Y, medido por ellos, el dolo del Derecho penal accesorio, si quiere equipararse al del Derecho penal criminal –es decir, equipararse en importancia relativa de la culpabilidad–, tiene que abarcar la conciencia de la antijuridicidad. Por consiguiente, vistas así las cosas, estamos ante un tratamiento de ambas esferas jurídicas que sólo en apariencia es discrepante. La verdad es que se restablece la unidad del concepto de dolo, mientras que, según la opinión contraria, en el Derecho penal accesorio el dolo pierde totalmente su conexión con el principio de culpabilidad, con lo que ya no tiene una función con sentido.

Todo esto, a mi modo de ver, debería parecerles correcto tanto a una concepción finalista bien entendida como a los partidarios de una estructura "clásica" del delito. Y en caso de que se discuta este punto de vista, ello sólo podría hacerse legítimamente en nombre de consideraciones jurídicas de sentido y de valor. Pero ¿es que acaso no se iba a poder lograr unidad al respecto? ¿Y no se podría quizá conjurar así, con la aprobación de todas las partes, el peligro a que alude Engisch [120], de que en estas cuestiones "consigan... la preeminencia el dogmatismo y la jurisprudencia de los conceptos"?

NOTA POSTERIOR A LA PRIMERA PUBLICACIÓN

Si bien la teoría final de la acción ha influido en gran medida en la dogmática jurídico-penal de los últimos decenios en Alemania y en todo el mundo, en esa misma medida se ha visto acompañado su desarrollo hasta hoy de una constante

[120] *ZStW* 70 (1958), p. 567.

discusión con sus críticos. Una de las primeras y más importantes tomas de posición críticas aparecidas hasta el presente es la de ENGISCH, "Der finale Handlungsbegriff", en *Probleme der Strafrechtserneuerung, Festschrift für Kohlrausch*, 1944, pp. 141-179 (réplica de Welzel en *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 1947, pp. 23 y ss.). Mientras que Engisch defiende un concepto social de acción, Mezger tercia en la discusión desde el punto de vista de la teoría causal de la acción con su escrito "Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik", 1950. Por lo demás, de la extensa bibliografía aparecida recientemente sobre el concepto de acción deben consultarse para una penetración más profunda en la problemática sobre todo las siguientes obras:

KLUG, "Der Handlungsbegriff des Finalismus als methodologisches Problem", en *Festschr. f. Emge*, 1960, pp. 33 y ss.

MAIHOFER, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, 1953.

– "Der soziale Handlungsbegriff", en *Eb. Schmidt-Festschrift*, 1961, pp. 156 y ss.

JESCHECK, "Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung", en *Eb. Schmidt-Festschrift*, 1961, pp. 139 y ss.

SCHMIDT, Eb., "Soziale Handlungslehre", en *Festschrift für Engisch*, 1969, pp. 339 y ss.

WOLFF, E. A., *Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen*, 1964.

– "Das Problem der Handlung im Strafrecht", en *Gedächtnisschrift für Radbruch*, 1968, pp. 291 y ss.

Los escritos básicos de Welzel sobre la teoría de la acción han sido indicados en el presente artículo. Por lo demás, de las obras procedentes del círculo de la escuela finalista ha cobrado especial importancia la de NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951.

Por lo que se refiere concretamente a mi "Contribución a la crítica de la teoría final de la acción", le debe mucho en sus fundamentos metodológicos sobre todo al trabajo de GALLAS, "Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen" (*ZStW* 67, 1955, pp. 1-47; publicado también como separata y en la colección de escritos de GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, pp. 19 y ss.). Welzel ha contestado a mi crítica con un

escrito polémico igualmente fundamental: "Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft", 1964 (aparecido también en la *Erinnerungsgabe für Max Grünhut*, 1965, pp. 173 y ss.); cfr. al respecto a su vez en sentido crítico frente a dicho trabajo, GIMBERNAT ORDEIG, "Finalität und Vorsatz", *NJW* 1966, p. 533. Yo mismo he vuelvo a tomar posición sobre las correspondientes polémicas en mi artículo –que a continuación se reproduce en este libro– "Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal" ("Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht"), así como en mi recensión de la 10ª edición del manual de Welzel, publicada en *ZStW* 80 (1968), pp. 712 y ss. Se puede encontrar una discusión a fondo de las cuestiones que han sido objeto de controversia entre Welzel y yo en el artículo de KAUFMANN, Arthur, "Die ontologische Struktur der Handlung, Skizze einer personalen Handlungslehre", en *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer*, 1966, pp. 79 y ss. El trabajo de VON BUBNOFF, "Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule", 1966, prosigue la línea tomada por Gallas y por sí mismo. Recientemente, coincidiendo totalmente con las tesis que yo defiendo, NOLL, "Der strafrechtliche Handlungsbegriff", en *Kriminologische Schriftenreihe*, t. 64, 1971, pp. 21 y ss.

El mismo Welzel, a raíz de una discusión con Arthur Kaufmann ("Die finale Handlungslehre und die Fahrlässigkeit", en *JuS* 1967, pp. 145 y ss.; sobre ello WELZEL, "Ein unausrottbares Missverständnis? Zur Interpretation der finalen Handlungslehre", en *NJW* 1968, pp. 425 y ss.), intenta en los últimos tiempos interpretar su concepción de la acción como una "teoría cibernética de la acción", distanciándose del concepto de finalidad ("Zur Dogmatik im Strafrecht", en, *Festschrift für Maurach*, 1972, pp. 3 y ss.). Sobre el ulterior desarrollo de la problemática puede confrontarse también el artículo siguiente.

Recientemente, MARINUCCI, *Il reato com "azione"*, Milano 1971, ofrece una amplia exposición de la problemática de la acción que abarca por completo la literatura internacional y sobre todo la alemana.

REFLEXIONES SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA IMPUTACIÓN EN EL DERECHO PENAL*

Hace ahora cuarenta años que Richard Honig en su ensayo "Kausalität und objektive Zurechnung"[1] expuso una serie de ideas que marcaban la dirección a seguir para fundamentar el sistema del Derecho penal y que hasta el momento no se han agotado por completo. Seguir un poco tras sus huellas y examinar desde una perspectiva actual su ininterrumpida fecundidad me parece que es tarea que merece la pena.

1. El punto de partida de Honig es la vieja pugna entre teoría de la equivalencia y teoría de la adecuación, pero inmediatamente lleva la discusión a otro terreno al constatar "que en la ciencia del Derecho no es posible que lo único que importe sea la comprobación del nexo causal en sí, sino que hay que discutir la explicación de una determinada propiedad, que corresponde a las exigencias del orden jurídico, del nexo existente entre acción y resultado"[2]. Es decir: la cuestión jurídica fundamental propiamente dicha no consiste en averiguar si se dan determinadas circunstancias, sino en establecer los criterios conforme a los cuales queremos imputar determinados resultados a una persona. De este modo el cambio de perspectiva que aquí se lleva a cabo desde la causalidad a la

* Publicado por primera vez en la *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, 1970, pp. 133 y ss.

[1] *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft*, t. I, 1930, pp. 174-201.

[2] Ídem, p. 175.

imputación hace que el centro de gravedad se desplace ya en la teoría de la acción de la esfera ontológica a la normativa: según esto, la cuestión de si se le puede imputar a un hombre un resultado como obra suya depende desde un principio de los criterios de enjuiciamiento a los que sometamos los datos empíricos. Por consiguiente, si, como hace Honig, se coloca en el centro de toda discusión jurídico-penal "al juicio de imputación con su carácter específico y básicamente distinto del juicio causal"[3], ello implica la tesis, aún hoy muy discutida, de la normatividad del concepto jurídico-penal de acción.

2. Dado este punto de partida, naturalmente el problema fundamental de la teoría del delito no consiste en descubrir una estructura ontológica de la acción o un elemento descriptivo común a todas las formas de conducta relevantes jurídico-penalmente y que pudiera constituir la "piedra fundamental" del edificio del delito, sino que consiste en establecer un criterio de imputación que sea general y susceptible de concreción en cuanto a su contenido. Las investigaciones que Honig dedica a ese fin lo hacen enlazar con Larenz[4], llevándolo "a la conclusión de que la conducta humana causante del resultado sólo es relevante jurídicamente si se la puede concebir como dispuesta finalmente con respecto a la producción o evitación del resultado. En consecuencia, sólo con la finalidad objetiva que se debe añadir a la causalidad hay base suficiente para considerar significativa jurídicamente a la conducta humana"[5]. O, dicho en su formulación más breve[6]: "Imputable es... aquel resultado que se puede concebir como dispuesto finalmente".

Con ayuda del elemento de la finalidad objetiva Honig consigue mostrar que los procesos causales irregulares y no dominables de antemano no son imputables, incluso aunque

[3] Ídem, p. 181.

[4] *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1926.

[5] *Frank-Festgabe*, I, p. 188.

[6] Ídem, p. 184.

se produzcan conforme se deseaba, del mismo modo en que después no se puede enjuiciar como omisión una inactividad humana si falta la posibilidad del actuar: Aunque la teoría de la equivalencia pruebe que existe un nexo lógico con una condición, faltará la acción o la omisión porque en la concreta situación no se podría considerar el resultado como objeto de una posible finalidad por faltar la posibilidad de control del curso causal.

3. Como es sabido, esta solución tiene sus raíces históricas en la teoría de la imputación de Hegel, pero, como acertadamente señaló Honig[7], se puede desarrollar igual de consecuentemente desde el punto de vista de la metodología neokantiana a la que él estaba próximo. Este autor, sin embargo, renuncia conscientemente a fundamentar así su teoría para "deducir el concepto de la imputación objetiva de los principios generalmente reconocidos de la teoría general del Derecho y con independencia de toda posición filosofica"[8]. Para él, esos principios se desprenden de la comprensión de que el Derecho cumple su misión reguladora de conductas mediante prohibiciones y mandatos que se dirigen a la voluntad humana, "porque sólo ésta puede ser influida por aquéllos". Pero los mandatos y prohibiciones sólo pueden exigir con sentido aquella conducta "que le es posible observar. Por consiguiente, los mandatos sólo pueden exigir la producción de un resultado deseado por el legislador y las prohibiciones, la evitación de un resultado no deseado por el legislador, en tanto le sea posible su producción o evitación a la persona que está en la situación que el legislador presupone, es decir, de un resultado que esa persona pudiera prever y, por ello, también producir o evitar"[9].

4. En consecuencia, la provocación de un resultado de muerte imprevisible y que, por lo tanto, no se puede concebir como dispuesto finalmente no es una acción de homicidio. Esta tesis

[7] Ídem, p. 181.

[8] Ídem, pp. 181-182.

[9] Ídem, pp. 187-188.

es muy notable; no sólo incluye una teoría del injusto personal-objetiva, como la que sólo decenios más tarde se ha impuesto en los delitos imprudentes, sino que sobre todo supone una negativa al intento de convertir un concepto de acción lleno de contenido y, no obstante, pre-típico en el fundamento del sistema del Derecho penal. "A mi juicio", dice Honig, "no es que la cuestión de la tipicidad suponga una limitación de la responsabilidad, sino que sólo ella crea el objeto de enjuiciamiento y, con ello, la base de la responsabilidad. Es el fundamento, no el correctivo del concepto de acción. Si la actuación de la voluntad no es típica, no existe absolutamente ninguna acción en el sentido que interesa al derecho penal". Y en una nota al respecto advierte: "En mi opinión, ya en este punto tiene la palabra el punto de vista normativo y no el naturalista" [10].

Para quien haya seguido la discusión sobre la acción en los últimos años y decenios, estas palabras siguen siendo atrevidas. Pero si se estima que la misión del trabajo dogmático en el Derecho penal es la imputación de resultados y se hace depender dicha imputación de una contravención a las exigencias de la norma, la ineludible consecuencia de ello es que una conducta que concuerda con las exigencias del tipo relativas al deber no puede pretender objetivamente la provocación del resultado típico. Si a pesar de ello se produce el resultado típico, no se trata de una obra del autor, sino de un accidente.

5. Pero el mismo criterio de imputación precisa un análisis más exacto. Si se examina más de cerca, se verá que el criterio de la "posibilidad de dominio a través de la voluntad humana", en el que se basa la finalidad objetiva, sólo aparentemente está orientado a la facticidad del poder. En efecto, si en el conocido y clásico ejemplo, que también maneja Honig, se pregunta si "la muerte del sobrino al que le cae un rayo se puede achacar a que A ha mandado durante una tormenta a su sobrino, al que quiere heredar, a un monte poblado de altos arboles" [11], en cualquier caso la respuesta negativa no

[10] Ídem, p. 195 y nota 3 de esta página.

[11] Ídem, p. 186.

se debe a que a A le fuera imposible renunciar a un compartimento tan extraño. Seguramente el orden jurídico podría prohibir también tal experimento con las fuerzas de la naturaleza. Si no lo hace, ello se debe únicamente a que dicha conducta no crea un riesgo mensurable de lesión de un bien jurídico (en este caso, provocar la muerte mediante un rayo); la conducta no es peligrosa y, por lo mismo, es indiferente para el legislador. Por eso pretende Honig que se dé otra respuesta si se hubiera podido observar "que en esa época del año las tormentas pasaban por encima del monte, descargando allí sus rayos" –porque en este caso se podía "contar con ulteriores repeticiones"–. Así pues, la posibilidad objetiva de pretender (*objektive Bezweckbarkeit*) un curso causal dañoso depende de si la conducta de la persona en cuestión crea o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico; en el primer caso el personaje A de nuestro ejemplo habrá cometido una acción de homicidio, en el segundo no.

6. La reducción de la posibilidad objetiva de pretender al principio del riesgo facilita una división de nuestro criterio que podría permitir elaborar para los delitos de resultado una teoría general de la imputación completamente desligada del dogma causal. Permítasenos hacer aquí algunas indicaciones al respecto:

a) La disminución del riesgo

Si nos presentamos con un caso en que A, que ve cómo una piedra le va a dar a B en la cabeza con el consiguiente peligro, no puede evitar que la piedra alcance a B, pero sí desviarla a otra parte del cuerpo en que el golpe sea menos peligroso[12], difícilmente se podrá considerar una acción de lesiones –aunque esté justificada por estado de necesidad supralegal– la conducta de A que ha disminuido el daño. Es muy dudoso que ese resultado que nadie discute (rechazar que haya delito de lesiones) se pueda fundamentar con ayuda

[12] Ejemplos similares en WOLFF, E. A., *Kausalität von Tun und Unterlassen*, 1965, pp. 17 y 23.

de la teoría de la equivalencia, de la adecuación o de cualquier otra teoría causal[13]. En todo caso, la actividad de A significa una disminución del riesgo para el bien jurídico protegido y, por ello, no se la puede imputar como acción típica. Lo que reduce la probabilidad de una lesión no se puede concebir como dispuesto finalmente respecto a un menoscabo de la integridad corporal. Esto vale para todos los casos de mitigación de sucesos dañosos. Ni siquiera habrá cometido una acción de homicidio quien intenta inútilmente impedir un asesinato y en definitiva sólo logra retrasarlo, por más que su conducta ha influido en la forma concreta del resultado y, por ello, habría que considerarla causal en el sentido de la teoría de la equivalencia.

b) Creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante

A este grupo pertenece el caso de la tormenta ya mencionada y, junto con él, toda la esfera de penetración de la llamada teoría de la adecuación, respecto de la cual se reconoce hoy ampliamente que no se trata de una teoría causal, sino de una teoría de imputación. En el fondo dicha teoría no afirma sino que un resultado no es imputable si la acción del autor no ha creado un riesgo jurídicamente relevante de lesión de un bien jurídico. Esa conexión se ve muy claramente cuando, por ejemplo, Engisch[14], como consecuencia de sus penetrantes investigaciones, denomina causa adecuada de un resultado a una forma de conducta que "hace esperar el resultado como consecuencia no improbable", o cuando sigue diciendo que las formas de conducta adecuadas son "las acciones y omisiones peligrosas en relación con el resultado", y que en cambio las inadecuadas, que "sólo casualmente traen consigo el resultado", son "las acciones y omisiones (relativamente) no peligro-

[13] Cfr. al respecto Ídem, pp. 17 y 23, y JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 1969, p. 189.

[14] *Die Kausalität als Mekmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pp. 41 y ss. (46-47).

sas en relación con el resultado". Aquí no es preciso que nos interesemos por los detalles de la base del juicio y del "grado de tendencia" necesario; pero de todos modos debe retenerse en la memoria que en realidad hace tiempo que el criterio en el que se basa el juicio de adecuación ha descartado como regla de imputación a la teoría de la equivalencia aparentemente "vigente" en el Derecho penal. En la esfera de los delitos imprudentes el criterio de la previsibilidad objetiva sirve para impedir la imputación de lesiones de bienes jurídicos que se han producido accidentalmente en los casos de conductas que no comportan un riesgo jurídicamente relevante de producción de un resultado; y no otra cosa sucede con los delitos dolosos pese a toda la variedad de fundamentaciones que se han buscado: nadie apreciará una acción de homicidio porque la recomendación de un viaje en avión dé lugar a que por estrellarse el aparato muera, conforme se deseaba, el tío a quien se quiere heredar. Ahora bien, quien niegue que aquí exista dolo tendría que reconocer que no se ha creado en absoluto un riesgo jurídicamente relevante y que, por ello, objetivamente ya no era posible la imputación del resultado. La falta de dolo es entonces un fenómeno secundario.

Con base en los mismos puntos de vista se resuelve también la problemática de las llamadas "desviaciones del curso causal". Si la persona atropellada por un coche muere víctima de un accidente de tráfico al ser llevada al hospital, esa muerte no le es imputable al primer causante ni como homicidio doloso ni como homicidio imprudente, porque el dar lugar a un recorrido en coche no implica ningún riesgo jurídicamente relevante; así no se puede pretender objetivamente causar una muerte. En cambio, si una persona a quien se arroja desde un puente al agua con intención homicida, en contra de lo que esperaba muere ya al chocar con un pilar del puente, este hecho no cambia para nada la afirmación de que hay una acción de homicidio doloso consumado, porque la forma de ejecución escogida implicaba ya de antemano riesgo de que las cosas ocurrieran así.

Pero no es solamente en los cursos causales sorprendentes donde nuestro criterio prueba su eficacia. Así por ejemplo, la cuestión, discutida ya desde V. Buri y Traeger, de si causa

una "inundación" en el sentido del § 313 StGB quien vierte el agua contenida en una artesa a las aguas que están reventando un dique, puede que, partiendo de las premisas de la teoría de la equivalencia, justifique la docta agudeza empleada para su contestación. Pero en todo caso, desde el punto de vista aquí suscrito está claro, sin más, que esa conducta no se puede imputar como acción de inundación porque la cantidad de agua añadida ni cualitativa ni cuantitativamente ha modificado la situación existente de modo jurídicamente relevante. En este caso no se ha creado una valoración autónoma de un riesgo perceptible; de esa forma no se puede pretender objetivamente provocar una inundación.

El trabajo de mi estimado amigo y colega Schaffstein, publicado en la *Festschrift für Honig* (pp. 169 y ss.), muestra también con qué relativa facilidad se pueden resolver gracias a la idea de riesgo "problemas causales" insolubles y discutidos desde hace decenios. Según este trabajo, la controversia en torno a la causalidad de la complicidad resulta ser un problema aparente y se puede prescindir ampliamente de la construcción auxiliar de la complicidad psíquica tan pronto como se acuda al principio general de imputación del aumento de probabilidades creador de riesgo, principio que naturalmente reclama aplicación inmediata en la complicidad, ya que ésta, a diferencia de la autoría, no está cualificada por criterios específicos de imputación. Junto a otros campos de aplicación que por otra parte menciona Schaffstein se podría además aludir a la delimitación entre actos preparatorios y tentativa en los delitos impropios de omisión, que según los últimos conocimientos radica en que se alcanza el estadio de la tentativa en el momento en que, si se sigue aguardando por más tiempo, aumenta el riesgo de que se produzca el resultado. Todo ello está necesitando aún una elaboración en detalles más amplia, que ponga claramente de relieve las conexiones existentes y concrete el criterio a emplear, elaboración que aquí no es posible efectuar. Pero al menos puede que haya quedado claro que la teoría de la equivalencia, a la que tantos aplausos se han tributado en Derecho penal, es una invención metodológica poco afortunada. Ya el mismo carácter unívoco de los resultados, que se aduce en su honor,

está expuesto a algunas dudas. Pero sobre todo, dicha teoría, como lo demuestran ya los pocos ejemplos que hemos manejado, no puede dar respuesta a las cuestiones materiales que se le plantean a la imputación en el Derecho penal; precisa de innumerables "correctivos", cuya dificultosa fundamentación suprime más que de sobra la ventaja de la simplificación lograda mediante la teoría de la condición; y además crea nuevos problemas, que quedan excluidos de antemano si se aplican criterios de imputación orientados a la realidad. El punto de partida normativo de Honig está, por ello, mucho más cargado de futuro que el dogma causal naturalista, que aparentemente ha dominado el panorama hasta hoy.

c) Aumento o falta de aumento del riesgo permitido

Cuando el legislador permite que, al igual que en otras muchas manifestaciones del tráfico moderno, en la actividad de establecimientos peligrosos y en otros casos de utilidad social preponderante se corra un riesgo hasta un cierto límite, sólo podrá haber imputación si la conducta del autor significa un aumento del riesgo permitido. Pero si sucede esto, tiene que imputarse el resultado al agente, y ello incluso en el caso de que fuera posible que, aun con una conducta intachable, se hubiera producido el resultado. Ésta es la versión más breve del "principio del incremento del riesgo", que desarrollé hace ya unos años[15] enfrentándome con numerosas opiniones discrepantes y que, considerado a la luz de las reflexiones que hemos hecho aquí, reproduce el criterio general de imputación utilizado hasta ahora, sólo que en mayor grado. La idea ha hallado todo tipo de acogida: aprobación, rechazo e incluso intentos de modificacion[16]. La discusión al respecto no se puede dar aún por concluida[17] y tampoco he-

[15] En *ZStW* 74 (1962), pp. 411 y ss. (= *infra* pp. 203 y ss.).

[16] Cfr. también al respecto SCHAFFSTEIN, *Festschrift für Honig*, 1970, pp. 169 y ss.

[17] Las aportaciones más recientes en el campo del Derecho penal, según el trabajo de Kahr citado por Schaffstein –trabajo que se adhiere

mos de proseguirla en este lugar[18]. Aquí sólo interesa señalar que la concepción defendida por mí encaja perfectamente en el marco de la amplia teoría de la imputación que hemos esbozado. Si, por ejemplo –en el conocido caso del pelo de

---

a mi postura en puntos importantes–, son las de ULSENHEIMER, *JZ* 1969, pp. 364 y ss., y SEEBALD, *GA* 1969, pp. 193 y ss. Recientemente, también se discute de modo muy detallado la cuestión en la literatura civilista (p. ej., en los escritos de habilitación de Münzberg, Hanau y Lorenz).

[18] Permítaseme sólo una observación sobre el último trabajo de mi adversario. Ulsenheimer, con el que desde hace años mantengo una polémica sobre estas cuestiones. Ahora Ulsenheimer sólo me hace objeciones partiendo "de la base del concepto de peligro, tal como es entendido generalmente en la literatura"; considera incorrecto que yo quiera basar mi juicio de peligro, que ha de emitirse *ex ante*, en circunstancias de hecho que frecuentemente sólo se pueden comprobar ex *post* (pp. 366-367). Pero con ello no se prueba que mi concepción sea incorrecta, sino que lo que se muestra a lo sumo es que la extendida fórmula de la adecuación debe ser modificada aquí, en cuanto que los hechos, tal como se presentan *ex post*, pueden contradecir la sospecha de incremento del peligro basada en que se había sobrepasado el riesgo permitido. Precisamente recientes investigaciones han demostrado de modo convincente que no se puede emitir un juicio concreto de peligro sin excluir las circunstancias de hecho que sólo se pueden comprobar *ex post*. Así Spendel, en su impresionante trabajo "Neubegründung der objektiven Versuchstheorie" (*Studien zur Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Stock*, 1966, pp. 89 y ss.), que acude asimismo a la creación del riesgo (puesta en peligro) como criterio de imputación (cfr. también al respecto SCHAFFSTEIN, *ob. cit.*, pp. 170-171), expone que "una consideración *ex ante*... –tanto para el sujeto que actúa como juez como para el juez que lo enjuicia– sólo se puede referir a la *acción* orientada al futuro y que muestra una determinada tendencia objetiva a la lesión de bienes jurídicos, pero no a las otras circunstancias actuales del hecho que existen con independencia del autor, especialmente el objeto del hecho" (pp. 105-106). A un resultado muy similar llega SCHWANDER, *Die Gefährdung als Tatbestandsmerkmal im Schweiz. StGB*, en *SchwZStr* 1951, pp. 440 y ss. (450, 453). Así pues, Ulsenheimer debería medir mi concepto del aumento del riesgo en la corrección o equivocación de la solución del problema que con dicho concepto se consigue, en lugar de hacerlo con base en una concepción de la puesta en peligro que se ha desarrollado en otros contextos y que en absoluto tiene validez general.

cabra–, un fabricante, infringiendo los reglamentos, entrega material no desinfectado para su elaboración y a consecuencia de ello cuatro trabajadoras contraen una infección por bacilos de carbunco y mueren [19], esas muertes le son imputables al patrono incluso aunque la desinfección prescrita no hubiera constituido una garantía absoluta de destrucción de los bacilos. Porque el legislador, ciertamente, ha de ser el único en asumir el riesgo subsistente aunque se observen todas las prescripciones reglamentarias; si ese riesgo es demasiado elevado, sería asunto suyo prohibir totalmente que se empleen pelos de cabra procedentes del extranjero en la fabricación de pinceles; pero si alguien, despreciando todas las precauciones de seguridad, crea un riesgo que rebasa esencialmente ese límite de tolerancia, no se ve ninguna razón para que se viera libre de las consecuencias de su actuación sólo porque, aun guardando el comportamiento adecuado, hubiera subsistido un cierto riesgo muy reducido. La opinión que defiende esta postura, dominante todavía en la doctrina y en la jurisprudencia, se ve abocada a la absurda consecuencia de que se podría prescindir impunemente de todo cuidado en todas aquellas acciones que impliquen un riesgo –por más que sea permitido– aun procediendo conforme esté ordenado. La persona que actuara podría estar segura de que ni siquiera se le podrían imputar esas consecuencias tan graves de su ligereza, porque no se puede excluir la posibilidad de que el daño también se hubiera producido en la otra alternativa, es decir, con una conducta conforme a Derecho. Frente a esto hay que afirmar que la imputación del resultado sólo podrá quedar excluida si la conducta del autor no ha traído consigo un aumento del riesgo permitido, es decir, si v. gr. en el caso que hemos puesto de ejemplo resulta que los desinfectantes prescritos no tienen ninguna influencia sobre bacilos del tipo de los que aquí han producido el contagio; pues en un caso así el patrono no ha podido empeorar con su conducta antirreglamentaria la situación con relación al

[19] RGSt. 63, 211.

estado tolerado legalmente, de tal modo que la imputación del resultado volvería a llevar forzosamente al principio del *versari in re illicita*.

Por otra parte, el criterio de imputación del aumento del riesgo no es sino una especialización –si bien singularmente agudizada y discutida– de la idea de la posibilidad objetiva de pretender. Volviendo a nuestro último ejemplo, si la desinfección prescrita resulta ser completamente inútil, por mucho que se omita no se puede pretender objetivamente provocar un resultado, por lo que incluso quien con ello se propone subjetivamente matar sólo puede responder a lo sumo de tentativa imposible de asesinato –en tanto se la considere punible–. Pero es completamente distinto si, por ejemplo, un médico que realiza una operación renuncia a todas las medidas de esterilización y, como consecuencia, el paciente muere por infectársele una herida: de ese modo se puede concebir perfectamente un homicidio como dispuso finalmente, y un médico que así obrara sería castigado por homicidio doloso o, en su caso, imprudente, y ello con independencia de que a veces se infectan las heridas pese a haber observado todas las medidas de seguridad. Por lo tanto es absolutamente lícito el procedimiento de Oehler [19 bis] de acudir a la idea de la posibilidad objetiva de pretender para solucionar casos de este tipo. El principio del incremento del riesgo sólo proporciona el criterio de contenido del que depende la posibilidad objetiva de pretender en estas constelaciones.

d) La esfera de protección de la norma como criterio de imputación

La teoría de la esfera de protección de la norma como criterio limitador de la responsabilidad ha sido desarrollada en el Derecho civil y sólo ahora comienza a entrar con vacilaciones en la dogmática del Derecho penal [20]; naturalmente, a una

[19 bis] "Die erlaubte Gefahrsetzung und die Fahrlässigkeit", en *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, pp. 232 y ss.

[20] Cfr. sin embargo, GIMBERNAT ORDEIG, *Die innere und äussere Problematik der inadäquaten Handlugen in der deutschen Strafrechtsdog-*

tradición que sólo con muchos esfuerzos se va desligando de la fascinación del dogma causal le tiene que resultar difícil integrar sistemáticamente o incluso percibir un punto de vista puramente normativo y totalmente inabarcable en el plano óntico. Por ello, no es de extrañar que, si bien la teoría de la esfera de protección ha hallado cierta acogida en el Derecho penal, no se haya podido conseguir hasta ahora unidad en las opiniones sobre su significado y contenido. No me parece adecuado tratar este topos como sinónimo de la posibilidad objetiva de pretender. Naturalmente se podría decir que en las acciones que disminuyen el riesgo, o en las inadecuadas, o en las que no aumentan el riesgo permitido, el resultado aparece situado fuera de la esfera de protección de la norma y, por ello, no es imputable; pero de ese modo sólo se habría encontrado un nombre distinto para una cosa ya conocida. La idea de la esfera de protección sólo puede obtener una función específica si se la reserva para casos que no son abarcados por los puntos de vista mencionados hasta ahora, es decir, para situaciones en las que el resultado se produce como consecuencia de una creación de riesgo no permitida en parte alguna y, sin embargo, no es imputado porque el legislador no quiere hacer responsable de ello a la persona que actúa. Dos ejemplos que cita Jescheck[21] en este contexto aclararán a qué nos referimos. Menciona este autor en primer lugar el caso de que "un conductor, cuyo permiso de conducir haya caducado o que transporte alcohol de modo prohibido, atropelle a un peatón" como ejemplo de "manifiesta" falta de "conexión entre el resultado y el fin protector de la norma infringida". Pero en este caso no era precisa tal aclaración, ya que, si el conductor observa las reglas del tráfico, resulta de antemano que tales infracciones de una prohibición no crean riesgo alguno de lesión. Desde hace tiempo también se reco-

---

matik, tesis doctoral, Hamburg, 1962; ULSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, 1965; RUDOLPHI, "Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre", en *JuS* 1969, pp. 549 y ss.

[21] *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 1969, p. 387.

noce usualmente en el Derecho penal que el solo *versari in re illicita* no es fundamento suficiente de la responsabilidad. En cambio, es distinta la situación en el siguiente ejemplo de Jescheck: "Si dos ciclistas marchan sin luz en la oscuridad uno detrás de otro y un tercer ciclista que viene de frente choca con el primero, el segundo ciclista no es responsable del accidente, porque el deber que tiene de llevar puesto al alumbrado no tiene el sentido de que con ello sean iluminados *otros* vehículos (RG 63, 392, 294)". En realidad aquí resulta que la antirreglamentaria marcha sin luz de la segunda bicicleta también incrementó esencialmente y de modo previsible el peligro de accidente para la bicicleta que le precedía; pero precisamente la esfera de protección de la norma que impone el deber de alumbrado sólo se extiende a los riesgos de accidentes que procedan de la propia bicicleta[22].

Aún más espinosa resulta la problemática frente a las consecuencias secundarias de infracciones *de una prohibición.* Supóngase que A atropella imprudentemente a un peatón y le causa la muerte, y que la madre de éste, al recibir la noticia de su muerte, rompe a llorar y sufre un shock nervioso. ¿Debe castigarse a A en este caso por lesión imprudente causada a la madre de la víctima del accidente? Ciertamente se puede contestar a la pregunta de esta o de la otra manera. Pero no se podrá discutir que los homicidios imprudentes crean el peligro de tales consecuencias secundarias; por lo tanto, no falta la previsibilidad del daño. Ahora bien, lo único que importa para la solución es decidir si se quiere limitar el fin protector de los correspondientes preceptos a impedir las consecuencias directamente lesivas de bienes jurídicos o si se lo quiere extender también a evitar daños secundarios desencadenados por aquéllas. La jurisprudencia parece partir tácitamente de la opinión más estricta, ya que los tribunales penales hasta el presente nunca han condenado en tales

[22] Cfr. también sobre este discutidísimo caso, EXNER, *Frank-Festschrift*, t. I, 1930, pp. 585 y ss.; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., 1967, pp. 532 y s.

casos. Pero es que todavía falta por completo la conciencia del problema. Por otra parte, la doctrina civilista, que a menudo también ha apreciado precisamente en casos de este tipo la responsabilidad por daños indirectos causados adecuadamente, no le puede ser de mucha ayuda al penalista; pues decidir si el sujeto A de nuestro ejemplo debe responder financieramente de la estancia en la clínica de la madre del muerto es algo muy distinto a decidir si además debe ser castigado por ello. Para el Derecho penal me parece que lo correcto político-criminalmente es la limitación de la esfera de protección de la norma a los daños directos; pero sobre este punto aún habrá que seguir discutiendo.

Por lo demás, sólo la determinación de la esfera de protección de las normas en las que se basan los tipos de lesión podrá aportar la solución en aquellos casos en que las lesiones de la integridad corporal o de la vida se producen, no debido a daños directos e imputables, sino por intentar impedirlos. Todos los años se vuelve a dar el caso de que un vigilante descuidado deja que unos niños que se están bañando lleguen a correr peligro de muerte, sucediendo que otras personas ajenas encuentran la muerte al intentar salvarlos. Que yo sepa, nunca se ha castigado a un vigilante así por homicidio imprudente de quien intentó salvar a los niños. Y, sin embargo, desde el punto de vista de nuestra tradicional teoría de la imprudencia debería suceder sencillamente lo contrario, ya que tales cursos de los acontecimientos son absolutamente previsibles. En este aspecto no hay nada que añadir a lo que dicen Schönke-Schröder[23]: "La previsibilidad no se excluye porque el lesionado se haya expuesto libremente al peligro creado por el autor. Quien crea peligros con su conducta tiene que contar con que otros actúen para impedirlos y de ese modo resulten dañados ellos mismos". Pero con ello no se ha solucionado, como cree la opinión dominante, el problema jurídico que radica en saber si se debe castigar también al autor por las consecuencias de acciones de salvamento fracasadas,

[23] *Kommentar*, 14ª ed., § 59, nota 187.

sino que lo único que se ha hecho es plantearlo en la forma correcta. Recientemente ha intentado dar una respuesta Rudolphi[24], quien, coincidiendo con una concepción mantenida en el Derecho civil por Deutsch[25], llega a la conclusión de que "se puede incluir dentro de la esfera de protección de las normas jurídico-penales a quien se pone a sí mismo en peligro con la acción de salvamento, si una ponderación de los bienes jurídicos enfrentados entre sí da como resultado que hay que valorar más el fin de salvación que se perseguía que la puesta en peligro de sí mismo". No hay duda de que ésta es una solución discutible, pero que resulta plausible sobre todo en Derecho civil porque le asegura al auxiliador "razonable", que pondera correctamente el riesgo y las probabilidades de salvación, una pretensión de indemnización por delito que es justo que recaiga sobre el causante del accidente, dado que, enjuiciando la situación *ex ante*, el intento de salvación coincidía objetivamente con sus intereses. Pero vista desde el aspecto de la imputación jurídico-penal, dicha idea no tiene el mismo poder de convicción. Pues por una parte puede ocurrir que la prestación de socorro sea exigida legalmente, bien por el § 330 c StGB, bien por el deber que incumbe a determinados grupos de personas cuya misión es cumplir funciones de salvamento; y en tal caso me parece dudoso que el orden jurídico pueda lícitamente cargar el riesgo que él mismo impuso a la persona obligada a socorrer sobre el causante del accidente. De lo contrario, como quiera que la intervención de las personas que intentan socorrer ha sido provocada no sólo por el accidente sino también por imposición del legislador, lo consecuente sería que también éste tuviera que responder penalmente por los daños que se hayan podido producir. Naturalmente esto no puede ser así; pero la construcción que entonces nos queda, es decir, la construcción de una creación jurídico-penal del riesgo en perjuicio de terceros es tan asombrosa que creo preferible aceptar que hay que excluir de

[24] *JuS* 1969, p. 557.

[25] *JZ* 1967, pp. 641 y ss. (643).

antemano tales daños de la esfera de protección de la norma. Por otra parte, existe la posibilidad aún más próxima de que un valeroso auxiliador corra riesgos, cuya asunción sea digna de admiración y lo haga merecedor de una medalla de salvamento si hay un feliz desenlace, pero que no le son exigidos por el orden jurídico. En ese caso lo consecuente es que el osado salvador asuma él solo la responsabilidad por su actuación y sus posibles consecuencias. Quien por propia decisión y sin estar obligado jurídicamente quiere poner en juego su vida por otros, se verá abocado a un conflicto sin solución en caso de tener que preguntarse si podrá conciliar con su conciencia el hecho de que con su audacia, que nadie le ha exigido, puede dar lugar a que se imponga una pena criminal a terceros (concretamente al causante o causantes del accidente). Y asimismo aquel que ha creado la situación de peligro se verá forzado a hacer un cálculo indigno si tiene que reflexionar si le conviene pedir un auxilio cuyo fracaso le puede acarrear más penas. Por ello, me parece que lo correcto es no extender tampoco la esfera de protección de la norma a las personas adultas y responsables dispuestas a socorrer. Si, de modo análogo a los criterios de imputación anteriormente discutidos, se quieren reducir estas consideraciones a una fórmula orientada a la idea de riesgo, se puede decir que en ambos grupos de situaciones se trata de casos de exoneración del riesgo, ya sea por la imposición del socorro de la que es responsable la ley, ya sea por la decisión tomada bajo la propia responsabilidad de quien se pone en peligro al ir más allá de lo que exige la ley[26].

[26] Prosiguiendo con esta serie de ideas, en el "caso de la viruela" enjuiciado por el BGH (BGHSt. 17, 359), al médico que por negligencia había dado lugar a que los enfermos de su clínica contrajeran la viruela no se lo habría podido castigar además por delito de lesiones imprudentes al capellán de la clínica que, conociendo el peligro de contagio, había visitado a los enfermos que estaban en cuarentena; a este respecto sería indiferente que el sacerdote estuviera o no obligado a actuar así, dado que en cualquier caso el evitar que se contagiara habría quedado fuera de la esfera de protección de la norma. En mi obra

Se puede ir más lejos y describir con la idea de la exoneración del riesgo *todas* las constelaciones en las que, pese a un aumento del peligro no cubierto por el riesgo permitido, no se imputan consecuencias indeseadas; pues la delimitación de la esfera de protección de la norma siempre significa para el autor verse exonerado de riesgos creados por él. Las razones del legislador para tales limitaciones de la responsabilidad jurídico-penal, como lo demuestran ya los pocos ejemplos que hemos manejado, pueden ser muy diversas. Hasta ahora ni siquiera se ha intentado abarcar totalmente los grupos de casos que aquí interesan ni encontrar una solución diferenciada reduciéndolos a las finalidades del legislador, entre otras razones porque el mismo planteamiento de la cuestión apenas es conocido todavía[27]. En este lugar tampoco se puede emprender la elaboración de una materia tan extensa[28]. Pero en lugar de ello, y para concluir, como punto de vista independiente de los casos de aplicación concretos y de fundamental importancia para la teoría de la imputación, es digno de mención el hecho de que con el concepto "esfera de

Täterschaft und Tatherrschaft, pp. 546 y s., mantuve todavía la opinión contraria; discrepante también RUDOLPHI, *JuS* 1969, pp. 556-557.

[27] Ahora ya hay un comienzo con el trabajo de RUDOLPHI, *JuS* 1969, pp. 556-557, pero, por una parte, no aspira en absoluto a ser completo y, por otra, bajo el punto de vista de la esfera de protección trata conjuntamente criterios –como, p. ej., el principio del incremento del riesgo– que yo preferiría separar de aquél.

[28] Permítaseme indicar tan sólo que la teoría de la prohibición de regreso, que aún hoy mantienen algunos (H. Mayer, Naucke, Lampe), se presenta bajo aspectos teleológicos como una limitación de la esfera de la protección de la norma: ante la interposición de un tercero que comete dolosamente un delito, al primer causante imprudente se lo exonera del riesgo por las consecuencias del hecho del otro. Ciertamente que, si se procede correctamente, no se podrá tratar unitariamente esos casos, sino que habrá que diferenciar (diversos intentos en ese sentido hay ya en mi libro *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 541-550); pero una imputación unitaria de tales resultados según los criterios de la teoría de la equivalencia no es menos problemática que una prohibición general de regreso.

protección de la norma" se designa un criterio que va más allá que el criterio de Honig de la posibilidad objetiva de pretender. En efecto, en los tres principios de exclusión de la imputación primeramente citados (disminución del riesgo, falta de creación de riesgo jurídicamente relevante y falta de aumento del riesgo permitido) es igualmente imposible tanto la imputación a la imprudencia como la imputación al dolo. Las acciones que no crean ningún peligro o que sólo crean un peligro permitido para el bien jurídico no pueden ser concebidas como acciones que pretenden objetivamente causar el resultado, de tal modo que desde el punto de vista del orden jurídico incluso una voluntad que subjetivamente puede perseguir ese fin es irrelevante y no da lugar a la imputación del resultado. El cirujano cuyo paciente muere pese a que la operación se realizó irreprochablemente y conforme a la *lex artis*, ni siquiera habrá cometido un homicidio aunque ese resultado coincidiera con su voluntad de quitar de en medio a su rival. En cambio, la "esfera de protección de la norma" podría perfectamente determinarse de modo diferente según que el hecho fuera doloso o imprudente. Volviendo a los anteriores ejemplos, si alguien quiere mandar a la tumba intencionalmente a un padre anciano y enfermo del corazón y para ello asesina a su único hijo, o si una persona, por ejemplo, pone pérfidamente en grave peligro a un niño para que su padre perezca al intentar salvarlo, en ambos casos se podría perfectamente afirmar, si el plan tiene éxito, que existe un homicidio doloso consumado. Yo no digo que *haya que* decidir así; pero *puede* hacerse porque, si se pretende el resultado, no concurren las consideraciones teleológicas antes mencionadas, que pueden mover al legislador a la exoneración del riesgo en los delitos culposos. Por tanto, no es la falta de la posibilidad de pretender lo que conduce a la delimitación de la esfera de protección de una norma.

Esa misma particularidad del principio de la esfera de protección en cuanto a la lógica de la imputación es la que, como muestran ya los pocos ejemplos que hemos manejado, permite tomar diversos caminos al aplicar ese criterio al Derecho penal y al Derecho civil. Lo que, o no es peligroso en absoluto o se mantiene en el marco del riesgo permitido,

lógicamente no fundamentará la imputación del resultado ni desde puntos de vista jurídico-civiles ni jurídico-penales[29]; por eso tanto aquí como allí se tiene especial preferencia por los legendarios casos del tío al que se espera heredar como ejemplos de cátedra, y también por eso fue posible que en el Derecho civil se aceptara como causa de exclusión de la imputación el criterio de la "conducta correcta en el tráfico" desarrollado en el Derecho penal. En cambio, la "esfera de protección de la norma" ciertamente se puede utilizar como "aspecto rector" en ambos campos del Derecho civil al Derecho penal; pero conforme a la naturaleza de las cosas sus respectivos contenidos tienen que ser distintos siempre que las divergentes metas de la justa reparación del daño, por un lado, y de la reacción adecuada político-criminalmente, por otro, requieran soluciones discrepantes. Así pues, desde este punto de vista es totalmente lógico que llegado el caso en Derecho civil se pueda considerar acción de homicidio algo que en Derecho penal no merezca esa calificación. Naturalmente, ello presupone un concepto normativo de acción; el presente

[29] Con ello no se debe desconocer que metodológicamente también es posible enjuiciar de modo diferente el principio antes discutido del incremento del riesgo en su alcance para el Derecho civil y para el Derecho penal (cfr. p. ej., DEUTSCH, *JZ* 1966, pp. 557 y s.; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, pp. 135 y ss.). El Derecho civil, mediante puntos de visa tales como el de la concurrencia de culpas y a través de las reglas sobre la carga de la prueba, tiene diversas posibilidades de corrección diferenciadora de los criterios de responsabilidad de las que no dispone el Derecho penal. Respecto del Derecho civil me parece de lo más convincente una idea que mi apreciado colega Deutsch me ha propuesto como solución conversando conmigo: la de que, al igual que en Derecho penal, tendría que generarse ya responsabilidad por cualquier incremento del riesgo, pero habría que graduar la medida de la debida indemnización del daño dentro de una escala que fuera de 1 a 100 según el grado de probabilidad con el que se hubiera producido el resultado incluso con un comportamiento adecuado. Sin embargo, a esto se opone *de lege lata* el "principio del todo o nada", tan problemático desde el punto de vista de política jurídica.

estudio debe aclarar, al menos a modo de esbozo, lo que este concepto –en contraposición a un concepto de acción puramente óntico– puede dar de sí [30].

7. Sobre la base de lo discutido hasta ahora se pueden hacer algunas afirmaciones a modo de resumen sobre el tan discutido problema jurídico-penal de la acción. No hace mucho [31] que –sin mencionar a Honig, pero partiendo como él del principio de imputación– he descrito la acción como "comportamiento personalmente imputable", si bien dejaba sentado simultáneamente que esa formulación no es una definición de acción, sino que sólo designa un principio rector metodológico que precisa ser concretado a través de criterios diferenciados de imputación. Si se quiere decir algo más concreto al respecto, se hará bien en distinguir dentro de la imputación entre imputación del comportamiento e imputación del resultado. Es decir, para que algo pueda ser calificado como acción u omisión de una determinada persona, lo primero que es preciso es que ésta se haya "comportado" (sea del modo que fuere). Y esto falta en los movimientos provocados por meros reflejos o por vis absoluta, así como en un no hacer nada que se debe a una completa imposibilidad de acción. Se trata de casos de falta de "voluntariedad", a los que se les reconoce en lo esencial la cualidad de excluir la imputación a la persona. Pueden ser aprehendidos sin esfuerzo mediante el criterio de Honig de la "posibilidad objetiva de pretender" porque no se puede concebir como dispuesto finalmente lo que es inaccesible a cualquier finalidad. El mismo Honig, si bien es cierto que propiamente no menciona esto en los delitos de comisión, en los que sólo se ocupa de la imputación del resultado, en los delitos de omisión, en cambio, califica expresamente a la posibilidad

[30] En este aspecto, el presente trabajo supone un complemento de mis investigaciones "sobre la capacidad de rendimiento del concepto jurídico-penal de acción" ("Über die Leistungsfähigkeit des strafrechtlichen Handlungsbegriffs"); en *ZStW* 74 (1962), pp. 515 y ss. (= *supra* pp. 109 y ss.).

[31] En la *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, 1968, pp. 266 y ss.

de acción de "fundamento de la responsabilidad": "Pues sólo la posibilidad le confiere al no hacer su significado de omisión. Ahora bien, el fundamento apropiado de la responsabilidad penal es la omisión, no el mero no hacer"[32]. Junto a esta imputación del comportamiento surge la imputación del resultado, que es decisiva para determinar el contenido de la acción. Así, mientras que, por ejemplo, la constatación de que ha habido un movimiento corporal "voluntario" solamente permite llegar a la conclusión de que existe "en sí una acción" cualquiera, indeterminable en cuanto a su contenido y, por tanto, abstracta, la afirmación de que existe una concreta "acción de homicidio" presupone la imputación de un resultado de muerte. Ya hemos visto que para ello, a más de la comprobación de la lógica conexión con una condición, hay que acudir a cuatro criterios que son la falta de disminución del riesgo, la creación de un riesgo jurídicamente relevante, el aumento del riesgo permitido y la esfera de protección de la norma (es decir, la falta de exoneración del riesgo), de los que los tres primeros son plasmaciones de la idea de Honig de la posibilidad objetiva de pretender, mientras que el cuarto criterio representa un punto de vista de imputación independiente de dicha idea. Respecto de la imputación del autor aún se añaden después principios de imputación especiales –tales como el dominio del hecho o la lesión de un deber especial extrapenal–.

Si se admite esto, la finalidad entonces no es un elemento necesario de una acción u omisión determinadas en cuanto a su contenido. Es decir que, si por ir desatento se atropella a otro causándole la muerte, se puede hablar perfectamente de "acción imprudente de homicidio", sin que esto sea una *contradictio in adiecto*. Sólo se dará una mera causación de muerte si, por ejemplo, un peatón cae bajo las ruedas de un vehículo pese a que su conductor había observado todos los preceptos circulatorios: en tal caso hay un accidente y no una acción de homicidio. Del mismo modo, si en los casos de la esfera de protección muere la persona que intentaba salvar, se podría

[32] Ídem, p. 193.

hablar de una causación de homicidio por parte del autor del accidente, pero no de una acción de homicidio. Por otra parte, tampoco se puede decir que la "finalidad" sea absolutamente irrelevante para la imputación de la acción. Si, por ejemplo, en los "casos de la persona que intenta salvar" discutidos anteriormente se aceptara mi idea de que, si el causante del accidente perseguía la muerte de quien presta socorro, dicha muerte puede incluirse en la esfera de protección de la norma, en tal constelación la finalidad cobraría significado constitutivo de la acción, dado que, de faltar aquélla, ya no habría una acción de homicidio aunque la situación de hecho fuera la misma. Ello no tiene nada de sorprendente si se piensa que los "elementos" concretos del suceso externo o interno (ya se trate de la finalidad, ya del dolo, de un estado de necesidad o de lo que sea) no son piedras de construcción que "pertenezcan" inmutablemente a un determinado lugar del sistema, sino que sólo cabe plantear la cuestión en el sentido de si es relevante –y en qué medida– un elemento subjetivo u objetivo desde el punto de vista de la imputación de la acción, del injusto o de la culpabilidad. Y puede suceder perfectamente que, por ejemplo, un elemento como la finalidad sea importante aquí e irrelevante allá, y, por otra parte, que el dolo o una situación que deba enjuiciarse conforme al § 54 StGB*, por ejemplo, puedan tener relevancia, aunque de distinto modo, tanto para el injusto como para la culpabilidad y sean así "doblemente relevantes". En esto precisamente estriba la diferencia entre un sistema "que desmembra la materia" y compone el hecho punible con partículas del suceso, que es el que sigue siendo dominante en Derecho penal, y un sistema teleológico orientado por criterios de imputación. En este último tipo de formación del sistema la unidad no consiste en la identidad del material que haya que clasificar entre acción, injusto o culpabilidad, sino en la homogeneidad teleológica de principios de imputación que, al desplegarse sobre la materia jurídica, pueden aportar a nues-

* El § 54 de la Parte General del StGB vigente hasta el 1/1/75 regulaba el llamado "estado de necesidad jurídico-penal". (N. del T.)

tro campo visual circunstancias reales totalmente diferentes. Ya he expuesto todo esto con más detalles en otro lugar[33] y aquí puedo remitirme al mismo[34].

8. También la cuestión de la "pretipicidad" del concepto de acción se presenta bajo otra luz gracias al cambio de perspectiva descrito. Es cierto que la imputación a la acción no es idéntica sin más ni más a la imputación al tipo. Así por ejemplo, aunque se consideren posibles, como ya se expuso más arriba, las acciones de homicidio no dolosas ni finales, existen sin embargo buenas y convincentes razones para hacer depender del dolo del autor la imputación al *tipo* del homicidio[35]. Pero ello no cambia el hecho de que para la imputación de la acción también tienen importancia circunstancias cuya relevancia sólo se determina por la norma en la que se basa el tipo (creación del riesgo, esfera de protección, etc.). Esta co-constitución de la acción por el tipo, ya elaborada acertadamente por Honig, como vimos al principio, no puede ser re-

[33] *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, 1968, pp. 260 y ss.

[34] Sólo quiero añadir que, vistas las cosas desde este ángulo, también se presenta bajo otra luz diferente el "argumento de la tentativa", tan discutido en la polémica en torno a la teoría final de la acción. La idea de que si el dolo o la finalidad son imprescindibles para constatar la existencia de tentativa, también tendrán que pertenecer necesariamente al hecho consumado, dado que no pueden desaparecer de la acción porque ésta entre en el estadio de la consumación, sólo es una idea vinculante para una división del sistema conectada con circunstancias materiales. Pero si en lugar de ello se parte de que la imputación a la tentativa requiere el dolo, ello no implica tener que afirmar que la imputación al hecho consumado tiene necesariamente como presupuesto el mismo elemento. Al contrario: como no hay tentativa imprudente, el legislador también puede haber vinculado en los delitos culposos de resultado la imputación de la acción, no al dolo o la finalidad, sino sólo a otros presupuestos que se han discutido anteriormente en el texto. Una argumentación similar se encuentra en ENGISCH, *Rittler-Festschrift*, 1957, pp. 173 y ss.

[35] Siempre he destacado que me parece que en este punto el finalismo ha mostrado una penetración decisiva; últimamente en: *ZStW* 80 (1968), pp. 716 y s.

ducida *ab absurdum* con la simple indicación de que también hay "acciones" completamente fuera de la esfera del Derecho penal y de sus tipos. Esto no lo discute nadie; pero esas acciones reciben su cualidad a través de otros sistemas socioculturales de valores, o también a través de las finalidades del agente. A nosotros, sin embargo, sólo nos importan las cualidades jurídico-penalmente relevantes de determinados procesos que, bajo el aspecto de otras categorías de referencia (a veces incluso en el mismo Derecho civil, como vimos), pueden cobrar un significado absolutamente diferente.

9. Estas consideraciones nos permiten, para concluir, decir unas palabras sobre el concepto de finalidad, que ha marcado como ningún otro la discusión básica jurídico-penal de los últimos decenios. Welzel creyó haber hallado en él un criterio de imputación ontológicamente fijado e inmutablemente preexistente al Derecho penal: conforme a dicho criterio, un curso causal –si se nos permite seguir con el ejemplo que ya hemos utilizado antes– sólo es una acción de homicidio si el autor lo ha guiado conscientemente ("supradeterminado finalmente") a esa meta. Tal concepto de finalidad, aunque se crea poder prescindir del mismo para la imputación de la acción, es provechoso en múltiples aspectos; pero –frente a la opinión dominante entre los finalistas– sólo se lo puede entender como concepto normativo y sólo así es aprovechable para el Derecho penal. La finalidad, en efecto, no se basa únicamente en la conexión causal libre de valor, sino que presupone igualmente los criterios objetivos de imputación que se han desarrollado anteriormente en el texto. En el "caso de la tormenta" tampoco hay una acción final de homicidio aunque efectivamente el tío al que se quiere heredar resulte muerto por el rayo. Para Welzel[36], ello obedece a "que el autor" no se atribuye a sí mismo "la posibilidad de influir en el suceso real". Pero no se trata de eso: Aunque el autor estime que enviar a su tío a la tormenta es un medio eficaz de matar, seguirá sin haber acción final de homicidio porque el *orden jurídico*

[36] *Lehrbuch*, 10ª ed., p. 63.

no considera suficiente para la imputación del resultado una creación de riesgo de tan escasa entidad. Es cierto, por otra parte, que el disparo del asesino efectuado a gran distancia representa una acción de matar consumada aun cuando la probabilidad de acertar a la victima fuera escasa. Pero lo decisivo aquí no es tampoco que el asesino considere que la "escasa probabilidad"[37] basta para un control causal fundamentador de la finalidad, sino que lo haga el *legislador*. Asimismo, las desviaciones del curso causal, que en los delitos dolosos son simultáneamente desviaciones finales, dejan intacta la finalidad si son "inesenciales": En el caso consistente en que A quiere matar de un tiro a B, pero a quien alcanza es a C, que estaba al lado, Welzel afirma que existe un homicidio (final) consumado de C si tal posibilidad encajaba "en el marco de la experiencia general de la vida"[38]. Esto puede ser correcto en el resultado, pero lo que es seguro es que no se basa en un concepto de finalidad determinado por la disposición final del autor y ontológicamente inmutable, sino en consideraciones normativas orientadas en la equivalencia jurídica de los objetos de la acción. Saber cuándo es "esencial" una desviación y cuándo, por tanto, no es "final" la acción sólo puede ser una cuestión de enjuiciamiento jurídico, del mismo modo que el criterio de la adecuación, en el que basa Welzel –y ello es materialmente acertado– por doquier[39] la finalidad, en vez de basarla en la mera equivalencia de condiciones, designa no una causalidad científico-natural sino un principio de imputación jurídico, que de este modo penetra en el concepto pretendidamente prejurídico de la finalidad. Aún más claramente se manifiesta la normatividad de este criterio en los restantes principios de imputación: Quien se mantiene dentro del marco del riesgo permitido no comete una acción final de homicidio aunque hubiera perseguido la realización del riesgo que luego se produce efectivamente. Y ciertamente,

[37] WELZEL, *Lehrbuch*, p. 64.

[38] Ídem, p. 70.

[39] Cfr. Ídem, pp. 42, 43, 70 y 71.

el variable límite del riesgo permitido, que al mismo tiempo marca para el Derecho el límite del control final del suceso, no es un elemento óntico sino un elemento que es preciso establecer normativamente. La disminución del riesgo tampoco es una acción final de lesiones aunque se dirija conscientemente el curso causal; y la provocación de consecuencias que caen fuera de la esfera de protección de la norma y que según la terminología de Welzel se pueden abarcar perfectamente con su concepto de la adecuación social[40], incluso conforme al estado más reciente de la teoría de Welzel no es que sea una acción final, pero socialmente adecuada, de lesiones, sino que no es en absoluto una acción de lesiones aunque dichas consecuencias se hayan producido como se pretendía[41]. Pero como la cuestión de qué quiere incluir el legislador en la esfera de protección o qué quiere estimar socialmente adecuado, sólo puede contestarse mediante un juicio de valor jurídico, la normatividad del criterio de la finalidad también se pone muy claramente de relieve en este caso.

En otros variados aspectos, la finalidad, tal como la emplean los finalistas en la estructura del delito, también se determina normativamente; lo dicho reza, por ejemplo, con la separación entre dolo eventual e imprudencia consciente, separación que no es en absoluto ónticamente preexistente, sino que se debe efectuar según puntos de vista de la culpabilidad[42], y con las cualidades normativas de las circunstancias del hecho, cuya realización controlada caracteriza al nexo final[43]. Pero no nos

[40] Cfr. los ejemplos de *Lehrbuch*, p. 53.

[41] Ídem, p. 54.

[42] Cfr. al respecto mi artículo: "Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit – BGHSt 7, 363", en *JuS* 1964, pp. 53 y ss.; sobre todo las notas 46 y 58 y el texto relativo a ellas.

[43] Así, p. ej. –si se nos permite volver a utilizar aquí el ejemplo de los delitos dirigidos contra la vida–, precisamente la discusión más reciente ha mostrado que, desde el punto de vista biológico, el comienzo y el fin de la vida humana no se presentan como puntos fijos, sino como procesos que se extienden en el tiempo, pero también que el orden jurídico ha de determinar según criterios normativos cuándo empieza a

hemos de ocupar por más tiempo de ello. Dentro del marco de este pequeño estudio sólo me interesaba mostrar que los criterios de imputación, tal como he intentado desarrollarlos aquí enlazando con Honig, no sólo son válidos desde el punto de vista de una teoría jurídico-social de la acción, que es la primera con la que han concordado plenamente, sino que ni siquiera el sistema finalista, contra lo que implican sus premisas teóricas, puede prescindir de ellos. Esto no es sólo un argumento a favor del acierto material de estas soluciones, sino que justifica también la esperanza de que el resurgimiento y la amplia elaboración de una teoría general de la imputación podrán lograr que algún día nuestra dogmática, actualmente escindida en posiciones divergentes, vuelva a encontrar un "modelo de sistema del Derecho penal" que goce de reconocimiento general. Haber impulsado de modo duradero y fructífero hace ya decenios dicha reactualización de la idea de imputación constituye uno de los méritos permanentes de Richard Honig, a quien se dedica este artículo como prueba de agradecimiento y admiración.

NOTA POSTERIOR A LA PRIMERA PUBLICACIÓN

Las calificadísimas discusiones en torno al concepto de acción han conducido en los últimos años a una cierta resigna-

---

existir para él la vida en formación (¿con la unión del óvulo y espermatozoide, con la anidación o después?) y cuándo se convierte en cadáver el hombre vivo (¿con la muerte cardíaca o con la muerte cerebral?). Si, p. ej., se pregunta si comete una acción final de homicidio el médico que, tras haberse producido la muerte cerebral del donante, le extrae el corazón aún palpitante, la respuesta no viene previamente dada en ninguna parte, sino que debe determinarse jurídicamente. No se trata de que el legislador quiera o no castigar una acción de homicidio, sino que ya su misma presencia depende de las finalidades del orden jurídico. La anticrítica de Welzel a mi tesis de la necesaria normatividad de todos los conceptos de acción que tengan un contenido (en "Vom Bleibenden und von Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft", *Erinnerungsgabe für Max Grünhut*, 1965; también como separata, 1964) no discute en detalles ni éste ni los restantes puntos de vista citados en el texto, que serían los decisivos.

ción. La "capacidad de rendimiento" (cfr. el título del trabajo reproducido *supra*, pp. 109 y ss.) del concepto de acción, es decir, su utilidad práctica como concepto sistemático fundamental y como principio rector de la responsabilidad penal, tropieza con un escepticismo creciente (es característico el tratado de SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1970, p. 145: "Así pues, están justificadas las objeciones que se han aducido en los últimos tiempos contra el concepto de acción o contra su supervaloración"). Cada vez gana más terreno la concepción de que para el Derecho penal es menos importante averiguar si y con qué requisitos se puede calificar como "acción" una conducta humana, que establecer cuándo y hasta qué punto se le puede imputar como fundamentador de la responsabilidad un resultado a una persona. A esos esfuerzos por una nueva fundamentación de una teoría jurídico-penal de la imputación está dedicado el artículo aquí reproducido, que en este sentido debe completar por el lado positivo mis observaciones críticas sobre el concepto de acción. A estas aspiraciones hay que sumar otros intentos como los que recientemente –con diversa intensidad e independientemente unos de otros– se han emprendido en algunos manuales (cfr. JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, 1969, pp. 187 y ss., 386 y ss.; SCHMIDHÄUSER, *Allgemeiner Teil*, 1970, pp. 182 y ss.; WESSELS, *Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1972, pp. 38 y ss.). Queda por ver si una teoría general de la imputación como la que intenta esbozar mi artículo podrá asumir alguna vez las funciones que hoy se atribuyen a la teoría de la acción; en este punto la dogmática del Derecho penal (a diferencia de la doctrina del Derecho civil) está todavía en sus comienzos. Dreher (*StGB*, 33ª ed., 1972, p. 12) considera "problemático" el intento de este trabajo, mientras que, en cambio, Noll ("Der strafrechtliche Handlungsbegriff, en *Kriminologische Schriftenreihe*, t. 64, 1971, pp. 21 y ss.) y Otto ("Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht", en *Festschrift für Maurach*, 1972, pp. 91 y ss.) prosiguen el trabajo en esta dirección. Para el estudiante es recomendable que dirija su atención a la problemática paralela de la imputación en el Derecho civil para compararla con ésta. A este respecto ofrecen una buena visión de conjunto: DEUTSCH, "Zurechnung und Haftung im zivilen Deliktsrecht", y LARENZ, "Zum heutigen

Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung im Schadenersatzrecht", ambos en *Festschrift für Richard M. Honig*, 1970, pp. 33 y ss., 79 y ss.

Una teoría de la imputación como la que se ha discutido en el presente artículo debería encuadrarse en el marco de un sistema del Derecho penal estructurado teleológicamente. Sobre ello hace unas consideraciones previas mi artículo "Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts", en *Gedächtnisschrift für Radbruch*, 1968, pp. 260 y ss. Mi trabajo "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem", 1970 [traducción española de Muñoz Conde: "Política criminal y sistema del Derecho penal", 1972] supone un primer intento de materializar las consecuencias de dicha sistemática para el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad.

INFRACCIÓN DEL DEBER Y RESULTADO EN LOS DELITOS IMPRUDENTES*

I. Planteamiento del problema

Existe una constelación de problemas que ha surgido una y otra vez desde los comienzos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Reich, que afecta directamente a un gran número de cuestiones dogmáticas polémicas y en la que hasta ahora no se ha logrado unidad acerca de su tratamiento.

1. Un clásico ejemplo paradigmático de este tipo es el "caso del ciclista" juzgado por el Tribunal Supremo Federal en el año 1957[1]: El conductor de un camión quiso adelantar a un ciclista y al hacerlo no guardó la distancia de separación impuesta por el Código de la Circulación. Durante el adelantamiento, el ciclista, que estaba muy bebido, por haber girado la bicicleta hacia la izquierda debido a una reacción de cortocircuito producida por el alcohol, cayó bajo las ruedas traseras del camión que en ese momento pasaba por su lado y murió a consecuencia del accidente. Se comprobó que con suma probabilidad también se habría producido el accidente y con el mismo fatal desenlace aunque el conductor del camión hubiera mantenido una separación suficiente al efectuar el adelantamiento.

2. Al año 1887 se remonta ya el "caso del farmacéutico"[2]: Un farmacéutico al que una receta médica lo autorizaba a

* Publicado por primera vez en *ZStW* 74 (1962), pp. 411 y ss.

[1] BGHSt. 11, 1-7.

[2] RGSt. 15, 151-155.

despachar una sola vez una medicina compuesta de fósforo, la había suministrado después unas cuantas veces más sin consultar al médico, porque se lo había pedido la madre del niño enfermo. El niño murió de envenenamiento por fósforo. Y se pudo averiguar que el médico, si se le hubiera preguntado, sí hubiera dado la autorización para que se siguiera suministrando la medicina.

3. Algo similar sucede también con el "caso del pelo de cabra"[3], del que se ocupó el Tribunal Supremo del Reich en el año 1929: El acusado había "comprado a una firma comercial china pelo de cabra para su fábrica de pinceles y, pese a que la firma comercial le había comunicado que tenía que desinfectarlo, había hecho que sus trabajadores lo transformaran en pinceles sin previa desinfección". Cuatro trabajadoras resultaron contagiadas por bacilos de carbunco y murieron. Según las declaraciones del perito posiblemente también habrían muerto aunque se hubiera realizado la desinfección, porque los desinfectantes permitidos no habrían ofrecido suficiente garantía de que tales pelos estuvieran realmente libres de gérmenes.

4. Finalmente podemos mencionar también el "caso de la novocaína"[4], que es al que más atención ha prestado la doctrina: El médico había empleado para anestesiar una inyección de cocaína en vez de novocaína, que era lo indicado médicamente. Ello era un fallo profesional, y el paciente murió a consecuencia de la inyección. Posteriormente se puso de manifiesto que, dada la constitución física del paciente, posiblemente el empleo de novocaína, por el que no se le hubiera podido reprochar nada al médico, también habría provocado la muerte.

[3] RGSt. 63, 211-215 (211).

[4] Sentencia no publicada del RG de 15 de octubre de 1926; transcrita por EXNER, *Frank-Festgabe* I, pp 587-588; SCHMIDT, Eb., *Arzt im Strafrecht*, p. 200; del modo más detallado y con ulteriores citas, SPENDEL, *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte*, pp. 65 y ss.

Todas estas situaciones se parecen en que: a) el acusado ha actuado de modo incorrecto; b) hay una lesión de un bien jurídico, y, sin embargo, c) ésta probablemente o incluso con seguridad también se habría producido aunque el comportamiento hubiera sido irreprochable. La cuestión consiste en saber si hay que admitir homicidio imprudente en cada uno de estos casos, si por el contrario hay que absolver en todos ellos, o si se pueden formular diferentes soluciones según la probabilidad de que no se hubiera producido el resultado con un comportamiento conforme a lo ordenado.

La jurisprudencia no ha conseguido hasta ahora elaborar criterios de enjuiciamiento claros y unitarios. En el caso del ciclista mencionado al principio el Tribunal Supremo Federal absolvió por considerar que el conductor del camión no fue causa del resultado en sentido juridico-penal[5]. Spendel[6] y Arthur Kaufmann[7], que se han ocupado detenidamente de esta sentencia y de toda la problemática en la *Eb. Schmidt-Festschrift*, coinciden en rechazar la solución del BGH, pero llegan a resultados opuestos con fundamentaciones incluso totalmente discrepantes entre sí: Spendel cree que existe un homicidio imprudente y Arthur Kaufmann propugna la absolución.

Nosotros queremos dejar sentado a continuación que en estos casos no estamos ante un genuino problema causal. No se puede, en efecto, dudar seriamente que en todos ellos hay una causación en el sentido de la teoría de la equivalencia[8]. Si una persona es atropellada por un coche o muere a causa de una inyección, por supuesto que el coche y la inyección han sido condiciones de la muerte. Al preguntar si ello es causalidad "en sentido jurídico-penal" o si hay un nexo causal relevante jurídicamente, se hacen entrar en juego otros elementos de imputación que ya no tienen nada que ver con la causalidad.

[5] Sentencia citada, p. 7.

[6] *Eb. Schmidt-Festschrift*, pp. 183-199.

[7] Ídem, pp. 200-231.

[8] Así también, convincentemente, SPENDEL, *Eb. Schmidt-Festschrift*, pp. 185 y ss.; KAUFMANN, Arthur, *ob. cit.*, pp. 207 y ss.

Si consideramos, pues, solucionada esta cuestión e intentamos reducir el cúmulo de opiniones mantenidas hasta ahora a unos cuantos puntos de vista unitarios, nos quedarán fundamentalmente tres grandes círculos de problemas, dentro de los cuales se ha buscado la solución de estos casos: la delimitación entre delito de comisión y delito de omisión (II), la exigencia de un determinado nexo entre infracción del deber y resultado (III) y la consideración de hipotéticas causas del daño, que tan a fondo ha sido tratada en Derecho civil en los últimos años (IV). De estos tres importantes temas, aunque son independientes de los ejemplos de los que hemos partido, nos vamos a ocupar a continuación.

II. LA SOLUCIÓN DE LA OMISIÓN

1. Si se admite que en nuestros casos se trata de delitos de omisión, entonces la solución es muy sencilla: tenemos que absolver al autor en todos ellos. Entonces la base de nuestro examen jurídico la constituye siempre el hecho de que el acusado no ha realizado una conducta impuesta jurídicamente, a saber: el adelantamiento dejando la distancia lateral reglamentaria, la consulta al médico antes de despachar más veces la medicina, la desinfección prescrita de los pelos de cabra y el empleo de novocaína, que era el indicado científicamente.

Como quiera que según opinión casi unanime[9] sólo se puede imputar una omisión si la realización de la acción requerida hubiera impedido el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad, en estas cuatro situaciones habría que negar ya la tipicidad, dado que en los casos que aquí se discuten de un modo u otro el daño se hubiera producido con mayor o menor probabilidad. Desaparecería la punibilidad sin necesidad de más consideraciones jurídicas.

[9] Mantienen concepciones discrepantes SCHMIDT, Eb., *Arzt im Strafrecht*, pp. 79 y ss., y HARDWIG, *Die Zurechnung*, pp. 162-163. En este contexto no es preciso entrar a discutirlas en detalles, ya que, en mi opinión, en estos casos estamos sencillamente ante hechos comisivos.

Sin embargo, es sumamente dudosa la premisa en la que se basa esta solución tan elegante; es decir, a valoración jurídica de esas conductas como delitos de omisión. Mezger[10], portavoz de la opinión –al menos hasta hace poco– dominante, formuló la teoría de que la cuestión de la delimitación entre hacer y omitir "no se puede contestar según la configuración externa del caso concreto, sino sólo según el aspecto contra el que se dirija el reproche jurídico en cada caso". La distinción, por tanto, no es "una cuestión fáctica sino valorativa". A ello se adhiere el Tribunal Supremo Federal cuando dice[11]: "Sólo puede depender de cuál sea el centro de gravedad de la reprochabilidad en cada caso".

El empleo de tal método lleva a Mezger a la conclusión de que en los casos del farmacéutico[12] y del pelo de cabra[13] se daba un delito de omisión, mientras que en el de la novocaína[14] había un delito de comisión. Al enjuiciar la sentencia del Tribunal Supremo Federal en el caso del ciclista, titubea y finalmente opina[15] lo siguiente: "No sería... muy conforme con la situación real afirmar que existe un hecho de omisión. Si bien aquí también se reprocha la inobservancia de una determinada distancia de separación, lo que está, sin embargo, en primer plano es el hecho de que el acusado ha originado positivamente la muerte del ciclista al atropellarlo. Consideramos, por ello, más correcto examinar la causalidad desde el punto de vista del hecho comisivo". Así pues, según esto, debe haber omisión en dos casos y actividad en otros dos.

Recientemente se han opuesto a ese diferente tratamiento Schröder, Spendel y Arthur Kaufmann. Schröder opina que la cuestión puede ser dudosa y que como directriz sólo se

[10] *Studienbuch, Allg. Teil*, 9ª ed., p. 76.

[11] BGHSt. 6, 59.

[12] Cfr. *Lehrbuch*, 3ª ed., pp. XIX, 116 nota 21, 138.

[13] *Studienbuch, Allg. Teil*, 9.ª ed., p. 76; *Lehrbuch*, 3ª ed., pp. XIX, 116 nota 21, 138.

[14] *Lehrbuch*, 3ª ed., p. XIX.

[15] *JZ* 1958, p. 282.

podrá decir "que en tales casos el peso fundamental estará situado en la acción la mayoría de las veces"[16]. Spendel establece como regla que se debe "preguntar primero por el lado activo de un comportamiento bilateral y de doble significado y entenderlo como hacer activo en caso de duda"[17]. Coincidiendo con él casi literalmente, Arthur Kaufmann habla de la "regla... de que un comportamiento unitario, que contiene elementos tanto de actividad como de omisión, en caso de duda debe considerarse como hacer positivo"[18].

Spendel y Kaufmann estiman también que en los casos que hemos tomado como ejemplos se trata siempre de delitos de comisión. Me parece correcta esta solución. Pero para clarificar la problemática fundamental, hay que formular dos preguntas adicionales: 1ª ¿Por qué en caso de duda ha de haber un delito de comisión en tales supuestos? Y 2ª ¿Por qué ha de valer esto sólo "en caso de duda" y en qué consisten aquí las dudas?

Spendel, para fundamentar su concepción, alega que el Derecho penal se refiere "en primer término al actuar socialmente dañoso, y no al omitir"; y que el hombre interviene en el acontecer natural sobre todo con su hacer activo: con actividad se lleva a cabo algo por regla general, con pasividad casi nada. Arthur Kaufmann concede que ante dichos hechos imprudentes frecuentemente uno se siente inclinado a pensar en un delito de omisión, y que se trata de una "cuestión que a menudo no se puede contestar terminantemente"[19], pero a continuación, en el caso del farmacéutico, que es el que considera más difícil, opina que lo que está en primer plano para determinar el sentido social de la acción no es la omisión de la consulta al médico que trataba el caso, sino la entrega del medicamento.

No vamos a discutir todo esto, pero no se puede desconocer que falta una fundamentación propiamente dicha para

[16] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10ª ed., nota previa V, 3 al § I, p. 28.

[17] *Eb. Schmidt-Festschrift*, p. 194.

[18] Ídem, p. 212.

[19] Ídem, p. 213.

esa nueva concepción. La cuestión es precisamente saber si el Derecho penal en tales situaciones se refiere en primer término al actuar y no al omitir, como opina Spendel, o si el "peso fundamental" y el "sentido social de la acción", como dicen Schröder y Kaufmann, recaen sobre el hacer positivo, y para responder suficientemente a esta cuestión no basta con afirmar que así es en caso de duda.

2. Hay que formular, por ello, la siguiente tesis: La delimitación entre hacer y omitir no se rige ni por el "centro de gravedad" del reproche jurídico ni por el "sentido social de la acción". En principio tampoco es dudosa. Antes bien, lo único que hay que constatar es si un hacer positivo es causal respecto del resultado; y si se puede afirmar esto –dado que en los delitos dolosos la cuestión no resulta problemática en absoluto– sólo queda por averiguar si ese hacer es imprudente según las reglas generales. Si es éste el caso, no se puede eludir la responsabilidad penal afirmando que el hecho, según el sentido social de la acción, es un delito de omisión. En cambio, si el hacer no es causal o no es imprudente, habrá que examinar aún si el agente ha omitido otra conducta jurídicamente exigida que habría impedido el resultado.

Si se procede así, en los cuatro casos que hemos utilizado como ejemplos, dado que en ellos ha habido causalidad del hacer positivo, la problemática reside únicamente en el examen de la imprudencia. Ciertamente, nada nos impide investigar si al acusado se le puede reprochar además la omisión de una acción requerida. Pero si se niega, y con razón, que haya de hacerlo, ya que no es muy factible responsabilizar a alguien de un homicidio con base en que ha omitido realizar una acción que posiblemente también causaría la muerte, ello no implica en absoluto que sea superfluo valorar jurídico-penalmente la causa de la muerte creada efectivamente por el acusado.

Ello es válido aun con independencia de nuestros casos: piénsese solamente en la conocida sentencia BGHSt. 4, 20 y ss., en la que una hostelera sirvió tanto alcohol a un viajante de comercio que había permanecido bastante rato en su establecimiento, que éste quedó completamente incapacitado

para conducir, por lo que, al proseguir su viaje, se subió con su vehículo a la acera, y atropelló a una peatón causándole la muerte. Tampoco se trata aquí de si la conducta de la hostelera, que el BGH examina desde el punto de vista del homicidio imprudente, debe concebirse como hacer o como omitir según el sentido social de la acción, sino que lo que hay que examinar es sencillamente si según los principios generales de la responsabilidad el hecho de seguir sirviendo copas, que fue causal respecto de la muerte de la peatón, debe considerarse imprudente en relación con ese resultado. Si es negativo –por falta de previsibilidad, p. ej.– el resultado de esa investigación porque la hostelera quizá podía lícitamente suponer que el cliente se iría a pie a su casa, se plantea la ulterior cuestión, de si al menos después no podía y debía ella impedirle que se marchara. Cada elemento del suceso debe examinarse por separado, por lo que no puede surgir ningún problema de delimitación.

Del mismo modo ha de tratarse el caso del insecticida, que menciona Eb. Schmidt[20]. En este caso, un ama de casa, al hacer la limpieza, había dejado en el suelo un recipiente con insecticida. Su hijo de dos años bebió del mismo y sufrió lesiones graves. Schmidt considera "completamente sin sentido" tratar el caso desde el punto de vista de unas lesiones causadas por un hacer positivo. Yo creo, por el contrario, que ello es absolutamente correcto[21]. Naturalmente puede faltar aquí la imprudencia porque en el momento de dejar el recipiente el niño no estuviera cerca o, si no, porque estuviera

[20] *Arzt im Strafrecht*, p. 79.

[21] Así también acertadamente, SPENDEL, *Eb. Schmidt-Festschrift*, p. 193. Sin embargo, frente a su indicación de que con toda seguridad habría un hacer positivo si la madre hubiera dejado el recipiente en el suelo con intención homicida y que, por tanto, no puede ocurrir de modo distinto en la imprudencia, la opinión que él combate le objetaría que el centro de gravedad del reproche y el sentido social de la acción se desplazarían con el *dolus malus*, lo que sería perfectamente concebible desde el punto de vista de esta teoría sin incurrir en contradicción alguna.

suficientemente vigilado; y en tal caso aun se podría ver un delito de omisión en el hecho de no haber vuelto a recoger después la madre el recipiente. Pero no es cierto que el sentido social de la acción excluya de antemano el examen de uno u otro punto de vista[22].

Así pues, según el procedimiento que aquí se sigue, no hay que referirse ni al respectivo "centro de gravedad" ni al hacer positivo en caso de duda, sino que, sirviéndose de todos los criterios de imputación imaginables[23], se deben examinar todos los rasgos particulares de la totalidad del suceso[24].

3. En favor de ello se pueden aducir varias razones frente al método utilizado predominantemente hasta hoy:

a) No hay ningún precepto que diga que una causación imprudente de muerte –por tomar sólo el ejemplo principal– pueda resultar impune porque se vea el sentido de la acción y el centro de gravedad del reproche en una omisión. Antes bien, el § 222 StGB sólo habla del requisito de que alguien tiene que haber "causado la muerte de un hombre por impru-

[22] Por eso tampoco se puede dar la razón a BAUMANN, *Lehrbuch*, 2ª ed., p. 165, que para delimitar el hecho comisivo del omisivo pretende retroceder a partir del resultado y buscar "la causa independiente más próxima de ese resultado". "Sólo si esa causa es una omisión habrá un delito impropio de omisión", dice. Pero de este modo quedaría excluido de antemano en los casos últimamente discutidos el examen de la causalidad de la comisión, y ello puede conducir a resultados muy insatisfactorios si falta la posición de garante. Y además: si una persona hiere gravemente a otra de una cuchillada dada con dolo homicida y a continuación la deja desangrarse, debe ser condenado por un delito de comisión, por más que la "causa más próxima" en el sentido de Baumann fuera una omisión.

[23] También MAURACH, *AT*, 2ª ed., p. 458. opina que ello depende de "una compleja consideración de la totalidad del proceso". Pero esta afirmación no se puede entender en el sentido de nuestro texto, ya que este autor se adhiere expresamente a la sentencia BGHSt. 6, 59, según la cual es el "centro de gravedad" de la reprochabilidad lo que debe decidir.

[24] Si se le puede reprochar al autor tanto su hacer como su omitir, es subsidiario el omitir.

dencias". Querer dar por sobreentendida la cláusula "a no ser que se deba ver el sentido de la acción en una omisión", es modificar arbitrariamente la ley.

b) Sobre todo, no se puede saber contra qué elemento se dirige el reproche jurídico, cuando ni siquiera se ha comenzado a examinar el caso. Algo parecido ocurre con el "sentido de la acción": Sólo después de haber aplicado todos los criterios de imputación de los distintos grados de delito a la situación de hecho se podrá saber qué sentido jurídico tiene una conducta, es decir, saber si alguien es autor de un delito de comisión, de un delito de omisión o si queda impune. Si se decide ya con antelación la cuestión del hecho comisivo u omisivo, de la que depende a menudo la punibilidad, se está anteponiendo en secreto un segundo examen del caso a la investigación jurídica y se está enjuiciando el "centro de gravedad de la reprochabilidad" sirviéndose de criterios incontrolables tomados de ámbitos no regulados jurídicamente.

c) Y con ella estamos ante la tercera objeción que se le puede hacer a dicho procedimiento: Hasta ahora nadie ha logrado indicar con qué puntos de vista se debe establecer el "sentido social de la acción" y el "centro de gravedad de la reprochabilidad". En los casos que utilizamos como punto de partida, por ejemplo, la posibilidad de admitir un delito de omisión se basa únicamente en la circunstancia de que toda imprudencia presupone una inobservancia del cuidado necesario[25]. Con ayuda de este "elemento omisivo" de la imprudencia teóricamente se podrían excluir por completo los delitos imprudentes de comisión, al desplazar siempre el sentido de la acción a la falta de cuidado. De este modo la responsabilidad por hechos imprudentes se vería limitada a los garantes. Ciertamente, nadie ha defendido ese extraño resultado, sino que en lugar de eso se decide caso por caso si la infracción del deber de cuidado es suficiente para desplazar el centro de gravedad del hacer al omitir. Pero hasta

[25] Cfr. también al respecto, SPENDEL, *Eb. Schmidt-Festschrift*, p. 193; KAUFMANN, Arthur, *Eb. Schmidt-Festschrift*, p. 212.

hoy nadie ha podido aclarar por qué las cosas tan pronto son de un modo como de pronto son de otro. En buena lógica no hay ninguna razón plausible que explique por qué la entrega de pelos de cabra infectados de bacilos ha de valorarse sólo como delito de omisión y, en cambio, el hecho de poner una inyección de cocaína en vez de novocaína, como era lo indicado, ha de valorarse sólo como delito de comisión[26]. Asimismo, la forma vacilante de expresarse Mezger al enjuiciar la sentencia del caso del ciclista ("no sería muy conforme", "si bien se reprocha también la inobservancia de una distancia de separación, lo que está, sin embargo, en primer plano es", "consideramos, por ello, más correcto") muestra que en todos estos casos no se trata sino de una cosa: de un juicio basado en un sentimiento irracional. La infracción de los mandatos jurídicos de cuidado que implica todo hecho imprudente no es susceptible de diferenciaciones cualitativas como las que lleva a cabo la posición contraria. Por ello, de diferencias objetivamente inexistentes no se pueden extraer consecuencias que a menudo son decisivas para la punibilidad.

III. La "teoría del nexo"

1. Si consideramos demostrado, en consecuencia, que todos los casos que hemos tomado como ejemplo requieren una investigación conforme a las reglas del delito de comisión, a partir de este momento comienzan ciertamente las dificultades que se habían eludido con la solución de la omisión, ya que a la mayoría de los autores les parece un factor relevante, aun cuando se admita que hay delito de comisión, el hecho de que sea posible o muy probable que el resultado se hubiera producido igualmente con una conducta conforme al deber. Sin embargo, hasta ahora nunca se ha aclarado terminantemente cómo y en qué medida debe tomarse en consideración dicho factor.

[26] Como opinan Mezger y Eb. Schmidt; respecto de Mezger, cfr. *supra* notas 14 y 13; respecto de Eb. Schmidt, cfr. Spendel, *Eb. Schmidt-Festschrift*, p. 189.

Sin embargo, los numerosos intentos, discrepantes entre sí en la formulación y agrupación sistemática, se pueden reducir a una idea fundamental en común, que se podría calificar de "teoría dominante". Según ella, la imputación presupone que entre infracción del deber y resultado existe un determinado nexo, es decir, que la realización del tipo "se basa" en la infracción del cuidado. Si el resultado se hubiera producido aun con una conducta conforme al deber, faltará el necesario nexo fundamentador de la responsabilidad y habrá que absolver.

Sin pretensión de exhaustividad se pueden enumerar fácilmente media docena de variantes de esa concepción:

a) Cuando el Tribunal Supremo Federal en su sentencia del ciclista exige, además de la causalidad que llama "mecánica y propia de las ciencias naturales", que precisamente la infracción de las reglas del tráfico –el adelantamiento demasiado ceñido– haya sido "causal en sentido juridico-penal"[27] respecto de la realización del tipo, evidentemente se está refiriendo al nexo anteriormente descrito, sólo que aquí se ve mezclado con la cuestión causal en general. De modo similar el Tribunal Supremo del *Land* de Baviera habla de la necesidad de un "segundo examen del nexo causal entre la conducta del acusado y el resultado"[28]. Schröder exige una "causalidad entre la lesión del deber y el resultado"[29] y Lange dice que una conducta que infringe las reglas del tráfico sólo es causal "si es seguro que con una conducta conforme a las reglas del tráfico no se hubiera producido el resultado"[30].

b) Recientemente, Lampe[31] da una versión de esa idea, corregida terminológicamente. Ya Exner había calificado de

[27] BGHSt. 11, p. 7; de la misma opinión OEHLER, *Eb. Schmidt-Festschrift*, pp. 237-239.

[28] *NJW* 1953, p. 1641; asimismo OberstLGR BAUMANN, en *Deutsches Autorecht* 1955, pp. 210-212 (211).

[29] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10ª ed., § 59, X 6 a B, p. 371.

[30] KOHLRAUSCH-LANGE, 42ª/43ª ed., p. 4.

[31] *ZStW* 71 (1959), pp. 697 y ss.

"sumamente desafortunado" hablar de que un resultado no ha sido causado por la infracción del deber: "pues la infracción del deber es algo irreal y no puede causar; sólo la acción puede causar; pero aquí ésta ha causado en realidad el resultado"[32]. Por ello Lampe, en vez de hablar de causalidad, habla sólo de un "nexo condicional lógico" que ha de existir entre imprudencia y resultado. Pero en el aspecto material no se está aludiendo con ello a algo distinto.

c) Algo parecido ocurre con Mezger, quien en su última toma de posición sobre nuestro círculo de cuestiones[33] hace entrar en juego la teoría de la relevancia fundada por él. Lo que importa, opina al enjuiciar el caso del ciclista, es saber "si una determinada... causa" es "también importante (relevante) como tal jurídico-penalmente". Éste no es el caso, añade, si el resultado también se hubiera producido con una conducta conforme a las reglas del tráfico; en tal caso no sólo falta la imprudencia, sino que falta ya la relevancia típica. Esto puede parecer, concluye, una interpretación muy arbitraria del § 222 StGB; pero realmente no lo es, sino que corresponde al sentido de ese parágrafo y a su correcta valoración.

d) Welzel[34] soluciona estos casos mediante el elemento de la lesión del cuidado: El resultado ha de ser la "realización de la lesión del cuidado. Si el resultado también se hubiera producido con una realización cuidadosa de la acción, faltará algo que presupone el tipo: "la relación de la producción del resultado precisamente con la lesión del cuidado".

e) También se ha tomado como referencia el criterio de la "evitabilidad" necesario en los delitos de imprudencia. Ya Exner[35] decía que "el resultado sólo es evitable en el sentido del concepto de imprudencia si hubiera sido evitado con una conducta conforme al deber". También Welzel se adhirió a

[32] *Frank-Festgabe* I, pp. 583-584.

[33] *JZ* 1958, p. 282.

[34] *Lehrbuch*, 7ª ed., p. 118.

[35] *Frank-Festgabe* I, p. 584.

esta opinión hasta la penúltima edición de su manual[36]. Hoy se puede considerar a Baumann[37] el principal representante de esta concepción.

f) Otros autores hablan aquí –cada uno según su concepción sistemática básica– de la necesidad de un "nexo de antijuridicidad" (Engisch[38]) o, como Exner[39], de una "interrupción del nexo de culpabilidad" en el caso de que el resultado también se hubiera producido con una conducta conforme al deber. A este respecto, Engisch ha intentado explicar la esencia de ese nexo de antijuridicidad mediante el elemento de la "realización del peligro". En su opinión, si el tipo se hubiera realizado aunque la conducta fuera cuidadosa, entonces no se ha realizado el peligro latente en la ecuación incorrecta. Estamos –añade– ante un elemento del tipo, que tiene existencia independiente junto a la causalidad[40].

2. No se puede negar que todos estos intentos tienen algo convincente a primera vista, y también se verá que en ellos se encierra un núcleo de verdad. Pero tampoco se puede desconocer: a) que esas teorías no dan una fundamentación consistente, y b) que también sus resultados, vistos más de cerca, plantean algunas dudas.

a) En primer lugar nos ocuparemos de lo relativo a la fundamentación: Las muchas y discrepantes formulaciones de la causalidad, la relevancia, la relación con el resultado, o del nexo de antijuridicidad o culpabilidad de la infracción del cuidado no constituyen más que una denominación de algo que nadie discute que sea correcto: la impunidad de esos casos. Sólo preguntando por qué hay que exigir dicho nexo y por qué falta en tales casos, se habría obligado a dar una fundamentación, cuya falta se encubre afirmando que

[36] Cfr. *Lehrbuch*, 6ª ed., p. 116.

[37] Cfr. sólo *Lehrbuch*, 2ª ed., pp. 356-357; *MDR* 1957; p. 647.

[38] *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, p. 67.

[39] *Frank-Festgabe* I, p. 583.

[40] *Kausalität*, pp. 67-69; *MoKrimBiologie* 1939, p. 428.

es necesario tal requisito. Y, sin embargo, ocurre que todas las víctimas han muerto a causa precisamente de la acción contraria al cuidado debido (el adelantamiento, la entrega del medicamento mortal, los pelos de cabra envenenados y la acción de poner una inyección equivocada).

Cuando Mezger niega la "relevancia" de la provocación descuidada del resultado invocando para ello el sentido de los tipos, en el fondo no hace sino apelar al sentimiento jurídico. Y la misma alusión, aparentemente tan contundente, a que tiene que haber existido la "evitabilidad del resultado mediante la observancia del cuidado conforme a las reglas del tráfico", no contiene más que una tautología. A la pregunta: "¿por qué desaparece la responsabilidad si el resultado también se hubiera producido con una conducta conforme a lo ordenado?", se contesta: "Porque es preciso que el resultado se hubiera evitado con una conducta correcta". O sea, que la respuesta así formulada dice lo mismo que la pregunta.

Sólo el elemento de la "realización del peligro", introducido por Engisch pero que nadie más ha aceptado, supone un paso adelante. Aún hemos de volver sobre ello y ahora sólo queremos dejar en claro lo que del mismo resulta problemático. Engisch desarrolla su teoría al ocuparse del caso de la novocaína y opina que si la aplicación del anestésico correcto hubiera provocado igualmente la muerte, la "realización del peligro latente en la cocaína no" puede "suponer para el médico una responsabilidad mayor que la que hubiera supuesto la realización del peligro que implica la novocaina"[41]. Es decir, no niega en absoluto que se haya realizado el peligro que encierra la cocaína sino que se limita a alegar que sería injusto castigar al médico cuando también la novocaína habría provocado la muerte. En consecuencia, ni siquiera es decisiva la idea de la realización del peligro.

Por el contrario, lo que resulta claro es que en principio su teoría, al igual que las otras muchas teorías, no se basa más que en un sentimiento de evidencia bastante irreflexivo:

[41] *Die Kausalität*, pp. 66-67.

se siente que es injusto que alguien sea castigado por una infracción del cuidado aunque el resultado también se hubiera producido con una conducta adecuada. Pues bien, el sentimiento de justicia raras veces se equivoca completamente; pero sólo puede basar una teoría sin más fundamentación si la fórmula en la que se plasma garantiza resultados correctos siempre que es aplicada. Y aquí no ocurre eso.

b) aa) La primera dificultad práctica estriba en el hecho de que la mayoría de las veces no es seguro en absoluto que el resultado no se hubiera producido con una conducta conforme a lo ordenado. Por regla general sólo se puede indicar la mayor o menor posibilidad de ello. Y cuanto menos probable sea que se hubiera producido el resultado aun con una conducta irreprochable, tanto menos convencerá la absolución al sentimiento jurídico. Si se puede comprobar que presumiblemente –aunque no sea con una probabilidad rayana en la seguridad– todo hubiera ido bien guardando la debida distancia de separación, haciendo la debida consulta, desinfectando los pelos de cabra o empleando novocaína, no se ve por qué no se le iba a reprochar la conducta prohibida a su autor. O, por ejemplo, piénsese en el caso, tan importante en la práctica, de que durante una operación un médico provoque la muerte del paciente a causa de un craso error profesional. ¿Es que acaso se lo podrá exonerar de toda responsabilidad alegando que es posible que de todos modos, dada la dificultad del caso, también hubiera causado la muerte una operación realizada conforme a la *lex artis*? No creo que se pueda sostener tal hipótesis, porque según eso, como la mayoría de las operaciones no carecen de riesgo, se podría prescindir tranquilamente de todas las medidas de precaución; casi nunca se podría rebatir la objeción de que del otro modo también podrían haber ido mal las cosas.

Hasta el momento los partidarios de la "teoría del nexo" –que así se puede denominar la concepción descrita anteriormente– no han solucionado la problemática aquí planteada. En efecto, si la "relación" requerida entre imprudencia y resultado es un elemento fundamentador de la responsabilidad, es evidente que tiene que ser probada, es decir, tiene que haber completa seguridad de que concurre, para poder condenar.

Aun cuando sea improbable que el ciclista hubiera caído bajo el camión si éste lo hubiera adelantado reglamentariamente, sin embargo, si esta posibilidad no queda totalmente excluida, en la duda habrá que admitirla en favor del reo y habrá que absolver a éste. Y así, en ningún caso se le ha pasado por alto esta consecuencia al Tribunal Supremo Federal, que incluso quiere convertir el discutido "nexo" en presupuesto de la causalidad en sentido jurídico-penal.

Es cierto que a veces se ha notado que la aplicación de esta teoría cuando siga siendo dudoso el curso causal que habría con una conducta conforme a lo ordenado, conduciría a resultados muy injustos. Por eso el Tribunal Supremo del Reich, en el caso de la novocaína y en algunas otras sentencias[42], invirtió sin consideraciones la carga de la prueba, diciendo: "Únicamente no habría acción punible si se comprobara con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza que... la muerte también se habría producido empleando novocaína". Exner[43] ha comentado al respecto lo siguiente: "El sentido de esta sentencia se podría resumir en las siguientes palabras: hay que declarar culpable al autor, si no está suficientemente clara su inculpabilidad. Esto es insostenible". Desde el punto de vista de la teoría del nexo esta crítica sigue siendo irrebatible.

Por eso, en la doctrina se ha impuesto como dominante[44] entre los defensores de la teoría del nexo la opinión de que ha de probársele al autor que el resultado no se habría producido con una actuación conforme a lo ordenado. Así, por ejemplo, dice Welzel[45]: "Ha de comprobarse con una probabilidad rayana en la seguridad que el resultado se ha producido a causa de la lesión del cuidado; ¡en otro caso hay que

[42] Cfr. EXNER, *Frank-Festgabe* I, nota 2, p. 587.

[43] Ídem, p. 588.

[44] Aún hoy de otra opinión, p. ej., OberstLGR BAUMANN, *Deutsches Autorecht* 1955, pp. 211-212; muchos autores se expresan de modo contradictorio o evitan tomar posición frente al problema.

[45] *Lehrbuch*, 7ª ed., p. 118.

absolver!". Igualmente opina Mezger[46] que "hay que absolver aunque sólo exista la posibilidad de que se hubiera originado el mismo resultado con una conducta conforme al deber por parte del autor".

Por consiguiente, lo que ocurre con la teoría del nexo es que sólo le cabe la elección entre un resultado insostenible teóricamente o un resultado insostenible en la práctica. Sólo puede optar por una de estas dos posibilidades. O bien absuelve a quien actúa infringiendo el cuidado debido, pese a que el resultado presumiblemente se hubiera evitado con una conducta conforme a lo ordenado; solución que desde su punto de partida es la única teóricamente posible[47], pero que materialmente es sumamente injusta. O bien lo condena, cosa que la mayoría considera justa, pero que teóricamente y desde el punto de vista de esa teoría no se puede fundamentar sino como una inadmisible presunción de culpabilidad. Este dilema muestra que la teoría del nexo en la forma en que se ha planteado hasta ahora no puede haber abarcado la problemática de un modo adecuado.

bb) A esto se añade una segunda circunstancia: aunque se dejen a un lado los cursos causales dudosos y se parta sólo de casos en los que con una probabilidad rayana en la seguridad se hubiera producido igualmente el resultado aunque la actuación fuera cuidadosa, la impunidad general del agente no parece siempre el resultado correcto. Si se probara, por ejemplo, que guardando la distancia de separación prescrita no se habría producido la reacción de cortocircuito,

[46] *LK*, 7ª ed., § 59 II, p. 490.

[47] De todos modos también es extraño en ese aspecto que de esta manera la llamada "fórmula de la causalidad" de los delitos de omisión se introduzca en la interpretación de los hechos de comisión: cualquier persona quedará impune si no consta con una probabilidad rayana en la seguridad que una actuación cuidadosa habría impedido el resultado. Así pues, la teoría del nexo vuelve, dando un rodeo, a la solución de la omisión, aunque precisamente parte de que no estamos ante un delito de omisión.

pero que entonces el ciclista se habría lanzado por propia decisión contra el camión porque quería suicidarse, no se vé por qué esa circunstancia había de librar al conductor de la pena de homicidio imprudente. O imaginemos lo ocurrido de modo que el conductor del camión, por ir totalmente desatento, sencillamente hubiera atropellado por detrás al ciclista. ¿Acaso debe prescindirse aquí del castigo por homicidio imprudente sólo porque se constate que en un adelantamiento conforme a lo ordenado, el ciclista, por su parte, se hubiera lanzado contra el camión a consecuencia de una reacción de cortocircuito y hubiera resultado muerto? ¿O acaso debe quedar impune el conductor del camión que en estado de embriaguez invade la acera y atropella a un peatón en el caso de que resulte que de todos modos el muerto quería arrojarse a las ruedas del vehículo con la intención de suicidarse?

Tales conclusiones no resultan convincentes, pues no parece que tenga mucho sentido afirmar que un homicidio imprudente debe dejar de ser imprudente porque la víctima tenía intenciones suicidas que no pudo realizar o porque mostraba propensión a tener reacciones de cortocircuito que no se produjeron en el caso concreto[48]. En este segundo punto, por tanto, también se ve en dificultades la teoría del nexo, por lo que, si queremos solucionar la problemática, tendremos que buscar otras soluciones.

IV. La consideración de hipotéticas causas del daño

Recientemente, Arthur Kaufmann[49] ha emprendido un camino que nadie había tomado hasta ahora. Según la teoría, en nuestros casos el problema de que se trata es el de determinar en qué medida deben considerarse hipotéticas causas del daño en la valoración jurídico-penal. Para solucionar esta cuestión pretende trasladar al Derecho penal los principios

[48] Para una fundamentación más detallada, cfr. el texto que sigue a continuación.

[49] *Festschrift für Eb. Schmidt*, pp. 200-231.

desarrollados en el Derecho civil. De ese modo llega a una conclusión que resume con las siguientes palabras[50]: "Si la acción del autor, que fue la causante del resultado delictivo, recae sobre un objeto del hecho, respecto del cual otro desarrollo conducente al mismo resultado ya ha alcanzado en ese momento una medida tal que a juicio humano era de esperar que se produjera el resultado con independencia de la conducta antijurídica del autor, falta el desvalor del resultado en el hecho y, con ello, una parte del tipo de injusto. En cambio, subsiste el desvalor del acto". Pero según la concepción de Kaufmann en los delitos imprudentes no basta con el solo desvalor de la acción para fundamentar la punibilidad, pues, en su opinión, un hecho que, si bien tiene un desvalor del acto, no tiene desvalor del resultado, se asemeja en su estructura a la tentativa, que en el caso de la imprudencia es impune[51]. En concordancia con ello, en los delitos dolosos las hipotéticas causas del daño sólo darán lugar a una atenuación facultativa de la pena equiparándola al grado de pena de la tentativa.

Esta concepción, con base en la cual Kaufmann –a reserva de un ulterior esclarecimiento de cada situación– absuelve en los casos del ciclista y del farmacéutico y condena en los casos del pelo de cabra y de la novocaína[52], resulta sorprendente al principio. Y no tanto porque para decidir se acuda a un curso causal hipotético –en este aspecto la teoría del nexo, al preguntar qué hubiera sucedido si..., procede de la misma manera–, como porque hasta ahora en Derecho penal se reconocía unánimemente que los procesos hipotéticos como tales no tienen ninguna importancia frente a la acción efectivamente realizada por el autor. La teoría del nexo, en efecto, sólo considera lo que habría sucedido con una conducta conforme a lo ordenado para constatar algo realmente existente, a saber, la relación –que ciertamente sigue siendo

[50] Ídem, p. 229.

[51] Este párrafo y el siguiente en: Ídem, p. 230.

[52] Ídem, p. 229.

algo vago– entre infracción del deber y resultado, mientras que para Kaufmann la punibilidad se hace depender sin rodeos de acontecimientos que no se han producido.

Seguro que el Tribunal Supremo Federal no querría interpretar su sentencia del caso del ciclista como lo hace Kaufmann ahora, pues dicho Tribunal siempre ha rechazado la consideración de acontecimientos hipotéticos y, por el contrario, ha declarado clara y terminantemente lo siguiente[53]: "El curso real de la formación de voluntad no pierde su existencia ni su significado jurídico porque en el lugar pudiera haberse producido otro, que, sin embargo, no se produjo"[54]. Naturalmente, empero, de aquí no se deduce sin más –como tampoco de la opinión hasta ahora dominante– que sean incorrectas las tesis de Kaufmann. Si se piensa que tanto a la solución de la omisión como la teoría del nexo basan de forma encubierta el enjuiciamiento jurídico en procesos hipotéticos, entonces es totalmente consecuente con la lógica interna de ese desarrollo desplazar el núcleo de la discusión a ese problema, en lugar de encubrirlo con una delimitación entre hacer y omitir basada en el sentimiento o con el postulado de un nexo "misterioso" –como dice Kaufmann[55]– entre infracción del deber y resultado.

Tampoco se puede negar que frente a las soluciones discutidas hasta ahora el procedimiento de Kaufmann da lugar a mejores resultados en algunos puntos. Las dificultades con las que hemos tropezado en los casos en que es solamente posible que el resultado no se hubiera producido, las elude porque sólo toma en consideración el hipotético curso causal en el caso de que la disminución de valor del objeto estuviera

[53] BGHSt. 13, 13-15.

[54] En el mismo sentido la sentencia de la Sala 5ª de 8/10/57 transcrita por DALLINGER, en *MDR* 58, pp. 139-140. Ambas sentencias intentan basar además su solución en una poco clara distinción entre nexos causales en la naturaleza exterior y enlaces espirituales en el interior del hombre, distinción que, como expone convincentemente HEINITZ, *JR* 1959, pp. 386-388, ni es acertada ni necesaria para hallar la solución.

[55] KAUFMANN, Arthur, *Eb. Schmidt-Festschrift*, p. 223.

ya tan avanzada que "a juicio humano" hubiera que esperar el resultado con independencia de la conducta antijurídica del autor. Y asimismo Kaufmann puede excluir de esa toma en consideración cursos causales que con seguridad habrían provocado el resultado pese a una actuación conforme a lo ordenado, si no radicaban en la disposición de la propia víctima; así, por ejemplo, en el caso que él mismo propone de que "debido a un adelantamiento antirreglamentario resultara muerto un ciclista que marchaba correctamente, pero que de todos modos esa noche... hubiera muerto igualmente a causa de una explosión de gas"[56].

No obstante, se pueden aducir importantes objeciones contra la concepción de Kaufmann. Vamos a prescindir primero de su fundamentación para limitarnos a los resultados prácticos. Y por lo pronto resulta que los casos del suicida que anteriormente hemos propuesto tampoco se pueden solucionar satisfactoriamente con esta teoría. En efecto, si hay una firme decisión de suicidarse, en la disposición de la persona que luego muere radica ya una causa de daño que con seguridad hubiera provocado igualmente su muerte. Por lo tanto, si una persona atropella imprudentemente a otra causándole la muerte y posteriormente se comprueba que la victima precisamente estaba a punto de arrojarse al Elba con intención de suicidarse, según la teoría de Kaufmann hay que absolver por esa razón al conductor.

Algo similar ocurre con enfermos graves y moribundos; Kaufmann niega expresamente que haya desvalor del resultado "en la eutanasia propiamente dicha... debido a la caducidad de la vida del paciente"[57]. ¿Se podrá, en consecuencia, matar imprudentemente con toda tranquilidad a personas que de todos modos iban a morir pronto? –cuya pregunta tiene gran importancia, p. ej., en relación con los deberes de custodia y vigilancia del personal de un hospital–. Aparentemente Kaufmann así lo admite, ya que aparte de los casos

[56] Ídem, p. 230.

[57] Ídem, p. 231.

de eutanasia habla también de "consagrados a la muerte", en cuyo homicidio faltaría el desvalor del resultado, e incluso traslada estas ideas a los prisioneros en campos de concentración y a los condenados a muerte, a los que los amenaza un peligro que no procede siquiera de su disposición personal de ánimo, sino de poderes exteriores. Pero todas estas soluciones no son convincentes, pues en cierto modo sitúan fuera del orden jurídico, en lo que se refiere a los deberes generales de custodia y vigilancia conforme a las reglas del trafico, a ciertos grupos de personas, a quienes se les niega una protección que corresponde a todos los hombres mientras vivan y de cuya falta para nada habla el Derecho positivo.

A ello se añade algo más: el hecho de que no se pueda determinar en absoluto de modo inequívoco la circunstancia, calificada por Kaufmann de "criterio decisivo"[58], de que "el acontecimiento dañoso afecta a un objeto que ya contiene en sí mismo el germen del daño... y que, en consecuencia, ha visto rebajado su valor o incluso carece de valor". Así, por ejemplo, en el caso del ciclista es cierto que una causa esencial del daño radica en la embriaguez de la víctima; pero ese estado sólo puede originar la muerte a consecuencia de otros acontecimientos procedentes del exterior. En el caso de los prisioneros en campos de concentración y de los condenados a muerte el daño que amenaza procede incluso exclusivamente del mundo exterior. Si pese a ello se admite aquí –como hace Kaufmann– la existencia de una disposición al daño en la persona de la víctima, entonces ya no se ve muy bien por qué ha de ser "totalmente distinta" la situación en el caso de la "explosión de gases" propuesto por Kaufmann[59]. Si se puede comprobar que la persona muerta al ser atropellada habría ido con seguridad a su casa y que, al encender, como tenía planeado, la cocina de gas, a causa de un defecto que ya tenía el aparato en el momento del accidente se habría producido una explosión que con toda seguridad habría provocado su muerte, difícilmente se podrá negar que existe

[58] Ídem, p. 228.

[59] Ídem, p. 230.

una "disposición al daño" si es que en ese concepto se incluyen circunstancias externas (como una ejecución planeada o un asesinato en un campo de concentración). Algo similar ocurre con el caso citado por Kaufmann[60] en que "A mata a B camino del aeropuerto y posteriormente explota en el aire el aparato que B quería utilizar". Si, p. ej., en este caso un terrorista había colocado ya la carga explosiva en el avión, no hay ninguna diferencia en principio con el caso del campo de concentración, en el que también es un asesinato planeado lo que fundamenta la disposición al daño. Entre ambos casos no existen diferencias cualitativas, por lo que parece absolutamente arbitrario que Kaufmann quiera castigar en un caso por homicidio imprudente y en el otro propugna la absolución. Por consiguiente, su solución no nos ofrece una delimitación segura, siquiera sea en cierta medida.

Pero prescindiendo de las objeciones que se pueden alegar contra los resultados de Kaufmann, es que tampoco resulta convincente su fundamentación. Es muy discutible su idea rectora de que falta el desvalor del resultado en la destrucción de un objeto "que ya encierra en sí mismo el germen del daño". En los casos de destrucción de cosas puede que tenga una cierta justificación ese punto de vista, aunque también hay que pensar que el § 303 StGB protege en primer término no el valor patrimonial de la cosa sino la cosa misma. Por tanto, si una persona, por estar totalmente desatenta, prende fuego a una casa que ya ardía por el otro extremo[61], me parece que se puede afirmar perfectamente que existe un desvalor jurídico-penal del resultado (la destrucción provocada por el fuego). El hecho de que los objetos destruidos ya no tuvieran un valor económico porque de todos modos se habrían quemado pronto, puede considerarse factor atenuante en la medición de la pena[62], pero no puede excluir el resultado que es lo único que el tipo toma en consideración.

[60] Ibídem.

[61] Sobre la situación de ese caso, cfr. KAUFMANN, Arthur, *Eb. Schmidt-Festschrift*, pp. 224, 225.

[62] Cfr. al respecto ENGISCH, *Kausalität*, nota I, p. 18.

Pero lo que es completamente desacertado es invocar la falta de desvalor del resultado en los casos más importantes en la práctica, los de las lesiones y el homicidio imprudentes. No resulta nada convincente la afirmación de que un hombre "que ya encierra en sí mismo el germen del daño" ha de ver por ello "rebajado su valor o carecer incluso de valor". ¡Una vida humana no carece de valor porque a esa persona la amenace el peligro de ser torturada "bestialmente por las SS hasta la muerte"[63]! Kaufmann tiene toda la razón cuando quiere que se atenúe la pena a quien mata dolosamente a su amigo para evitarle esa triste suerte; ¡pero la razón de ello no estriba en la falta de valor de la vida destruida, sino en la falta de bajeza del móvil del homicidio! En el caso del ciclista Kaufmann quiere que se absuelva al conductor del camión de la acusación de homicidio imprudente "si, de haber conducido correctamente el acusado, el ciclista que iba bebido no hubiera sido atropellado... por aquél..., pero sí... por otro de los vehículos que lo seguían a muy poca distancia"[64]. Pero también aquí hay que decir que no falta el desvalor del resultado porque la vida del ciclista "estuviera perdida de un modo u otro". Antes bien, su muerte significa en ambos casos un desvalor del resultado en el sentido de la ley, y lo único que se puede preguntar es si –y en qué condiciones– se lo puede imputar al agente.

Así pues, hay que establecer la tesis de que para el Derecho penal todo momento de la vida de cualquier hombre –incluso del consagrado a la muerte– tiene un valor infinito y está sustraído a la medición cuantitativa. Por lo demás, tampoco Kaufmann puede mantener su concepción libre de contradicciones, como se pone de relieve cuando trata los delitos dolosos. En ellos, si bien es cierto que excluye igualmente el desvalor del resultado cuando el daño se hubiera producido de todos modos, admite, sin embargo, con base en el desvalor de la acción subsistente una punición por delito consumado

[63] KAUFMANN, Arthur, *Eb. Schmidt-Festschrift*, p. 226.

[64] Ídem, pp. 229-230.

que sólo deja abierta la posibilidad de apreciar una atenuacion[65]. Pero, en mi opinión, si realmente falta el desvalor del resultado, lo único por lo que podría responder el autor que no lo sabe es por tentativa, de modo que en caso de impunidad de la misma* –así como en los delitos imprudentes– habría que absolver. Y si el autor conoce incluso la disposición al daño, tendría que quedar impune en cualquier caso. No me parece que Kaufmann sea consecuente al hacer notar respecto de los casos de eutanasia que hay que negar el desvalor del resultado, pero que "indudablemente concurre" un desvalor de la acción[66]. Pues el desvalor de la acción en los delitos dolosos no consiste sino en la voluntaria provocación de un desvalor del resultado, no se entiende dónde va a estar el desvalor de tal acción. Todas estas discordancias muestran que en este contexto no es útil la distinción entre desvalor de la acción y desvalor del resultado, en la que intenta basarse la teoría de Kaufmann.

Pero la causa última de todas estas dificultades a las que conduce la opinión de Arthur Kaufmann radica en un fallo que se oculta ya en el mismo punto de partida de esta teoría: la errónea suposición de que en este campo se podían trasladar al Derecho penal las soluciones del Derecho civil a estos problemas. En efecto, en Derecho civil es totalmente correcto atender a la disminución material de valor basada en la disposición al daño; pues como en él sólo se trata de pretensiones de indemnización de daños y perjuicios, todos los objetos han de apreciarse forzosamente por su valor patrimonial. La destrucción de una vida humana sólo interesa a ese respecto en cuanto que cause perjuicios económicos a los parientes; por tanto, la conversión del valor de una vida a dinero es aquí adecuada al objeto que se pretende. Pero si de ello se deduce que la falta de daño económico excluye el desvalor del resul-

[65] Ídem, p. 230.

* Téngase en cuenta que en el Derecho penal alemán no siempre es punible la tentativa, sino sólo en aquellos delitos en que así lo menciona expresamente la ley. (N. del T.)

[66] KAUFMANN, Arthur, *Eb. Schmidt-Festschrift*, p. 231.

tado en Derecho penal, se está olvidando que desde el punto de vista jurídico-penal la vida tiene su valor en sí misma y es inaccesible a todo tipo de cuantificación. En esta diferencia de esencia del Derecho penal con el civil estriba la verdadera razón de que no quepa aplicar las soluciones del Derecho civil al Derecho penal. En consecuencia, está plenamente justificada la opinión de la doctrina hasta ahora dominante de que en Derecho penal no hay "causalidad hipotética relevante".

V. La solución propia: el principio del incremento del riesgo

Si, como se ha expuesto, ni la solución de la omisión ni la teoría del nexo ni la consideración de hipotéticas causas del daño son capaces de resolver adecuadamente la problemática, podría parecer que hay que prescindir por completo de consideraciones sobre lo que hubiera ocurrido de ser correcta la conducta y que hay que castigar en todos estos casos. Se podría decir: el autor ha provocado el resultado; la acción que ha causado la muerte infringía en todos los casos los deberes legales de cuidado; por tanto, como no falta tampoco ni la previsibilidad objetiva ni la previsibilidad subjetiva del curso causal, estamos ante un homicidio imprudente. Ésta es, en el resultado, la solución de Spendel y Eb. Schmidt[67], si es que se puede extraer una afirmación tan general de sus declaraciones limitadas a concretos aspectos parciales de la problemática.

Pero tampoco es satisfactorio ese resultado, pues falta probar que la conjunción de una infracción de los deberes legales de cuidado y un resultado típico produce necesariamente un delito imprudente. Aceptar esta conclusión sería volver a la vieja y superada teoría del *versari in re illicita*, según la cual, si se hace algo prohibido, *eo ipso* se imputan como imprudentes todas las consecuencias que de ello se deriven[68].

[67] Spendel, *Eb. Schmidt-Festschrift*, pp. 194 y ss.; *Arzt im Strafrecht*, p. 201, en donde ciertamente sólo se trata por separado el caso de la novocaína. Sobre discrepancias concretas con Spendel, cfr. *infra*.

[68] Cfr. al respecto solamente Maurach, *AT*, 2ª ed., § 44 II B 2, p. 443; BGHSt. 4, 185.

Al afán por superar esa dificultad se debe también la búsqueda, anteriormente discutida, de aquel especial "nexo" con cuya ayuda se quiere excluir las lesiones del deber irrelevantes para el tipo respectivo.

Como ya vimos, ese camino no era el más correcto. Pero el fin en cuya dirección se marchaba conforme dictaba el sentimiento más que nada, es decir, la delimitación entre las lesiones del deber fundamentadoras del tipo y las irrelevantes para el tipo, sigue planteándosenos hoy como una tarea que hay que resolver si queremos solucionar jurídicamente estas constelaciones tan complicadas. Si en algunos casos de los que estamos discutiendo nos parece injusto castigar por homicidio imprudente, la razón, dado que el autor indudablemente se ha comportado de modo incorrecto y ha provocado la muerte, sólo puede consistir en que su lesión del deber no basta para que se realice el tipo del § 222 StGB.

Así pues, la pregunta decisiva es la siguiente: ¿Cómo se puede reconocer si una infracción del cuidado que va acompañada de una causación de muerte fundamenta o no un homicidio imprudente? Como método para contestarla quisiera proponer el siguiente procedimiento: Examínese qué conducta no se le hubiera podido imputar al autor según los principios del riesgo permitido como infracción del deber; compárese con ella la forma de actuar del procesado, y compruébese entonces si en la configuración de los hechos a enjuiciar la conducta incorrecta del autor ha incrementado la probabilidad de producción del resultado en comparación con el riesgo permitido. Si es así, habrá una lesión del deber que encajará en el tipo y habrá que castigar por delito imprudente. Si no hay aumento del riesgo no se le puede cargar el resultado al agente, que, en consecuencia, debe ser absuelto.

Sirviéndonos de los ejemplos que utilizamos como punto de partida vamos a intentar ilustrar y fundamentar en detalles estas afirmaciones.

1. Tomemos en primer lugar la sentencia del Tribunal Supremo Federal en el caso del ciclista. En caso de que se pueda afirmar de modo general que algunos ciclistas cuando van bebidos reaccionan al adelantarlos los camiones de tal modo

que se lanzan ciegamente contra éstos, y si además se puede constatar que para esa reacción y sus consecuencias es totalmente irrelevante que el conductor del camión mantenga una distancia de 75 cm, que está prohibida, o una separación de 1 m, que está permitida, el hecho de que el conductor adelante dejando una distancia de 75 cm no se puede considerar una lesión del deber de cuidado en el que se basa el § 222 StGB ni, por tanto, imprudente con respecto a ese concreto resultado de muerte.

¿Por qué es esto así? Porque de lo contrario el legislador trataría desigualmente cosas iguales. Una acción que no rebasa el riesgo permitido, que no incrementa el peligro de producción del resultado, en justicia, si causa un resultado, ha de ser juzgada en ese aspecto del mismo modo que la conducta no prohibida. Un adelantamiento realizado guardando una distancia de separación demasiado reducida puede sancionarse en tal caso como infracción de lo dispuesto en el Código de la Circulación. En otros muchos cursos causales imaginables también podría haber dado lugar a responsabilidad por homicidio imprudente; pero en vista de la situación que realmente se produjo no significó una puesta en peligro de una vida mayor que la puesta en peligro generalmente permitida, por lo que afirmar que ha habido homicidio imprudente supondría volver de hecho a la punición por el mero *versari in re illicita*.

Este resultado me parece obligado si se reconoce el principio de igualdad como principio jurídico vigente, y además muestra por qué el sentimiento jurídico reacciona tan espontáneamente con la sensación de que se comete una injusticia si se adopta otra postura en este caso. Ello se debe únicamente a la arbitrariedad de un tratamiento desigual, porque lo que de ningún modo es cierto es que se pueda decir con independencia del orden jurídico de normas cuándo es imprudente un homicidio. Si, por ejemplo, ante una mejor situación viaria el legislador impusiera de modo general una distancia de 2,50 m para efectuar el adelantamiento, tanto la distancia de 75 cm como la de 1 m bastarían en nuestro caso para fundamentar un homicidio imprudente, ya que ambas aumentarían seguramente el peligro de choque con ciclistas borrachos.

Nuestro procedimiento permite también una solución sencilla y satisfactoria a los casos dudosos en que es posible, pero nada más, que se hubiera producido el resultado desaprobado con una conducta conforme a lo ordenado. El tratamiento jurídico de tales situaciones no depende de lo que hubiera ocurrido en realidad –cosa que en la mayoría de los casos no se puede saber–, sino exclusivamente de si una conducta conforme al deber habría disminuido de modo mensurable el peligro de producción del resultado. No estamos aquí ante una cuestión de prueba de hipotéticos cursos causales, sino ante un problema de enjuiciamiento pericial que se puede solucionar de modo general conforme a criterios científicos.

Si consideramos probado, conforme a lo expuesto, que en caso de falta de incremento del riesgo sería inadecuado castigar por homicidio imprudente, en cambio aún es preciso explicar por qué el aumento del peligro ha de acarrear necesariamente una pena aunque el desenlace hubiera sido posiblemente el mismo con una conducta conforme a lo ordenado.

En este punto ocurre lo siguiente: si un hombre muere en un adelantamiento, ello se debe tanto en uno como en otro caso al peligro inherente a esa maniobra. Por ello, teóricamente, el legislador podría prohibir totalmente el adelantamiento; pero para que el tráfico discurra sin dificultades, no lo hace; antes bien le permite al conductor correr ese riesgo cuando el peligro visto de un modo general y *ex ante* es muy reducido. Si a pesar de ello se produce el resultado, el legislador tiene que renunciar a imponer una pena porque había aceptado ese riesgo. Pero sería totalmente desacertado suponer que la producción del resultado mediante una acción que implica un riesgo superior, que ya no está autorizado, habría de quedar impune sólo porque quizá también se hubiera producido el resultado en caso contrario. Lo que en un caso el legislador deja impune en atención a las necesidades generales del tráfico, ya no tiene por qué admitirlo si se rebasan, con el consiguiente aumento de peligro, los límites por él marcados. El riesgo permitido es siempre el producto de una ponderación entre las exigencias del tráfico y los intereses de protección de los individuos. El incremento del peligro que

aún se toleraba hace que la balanza se incline a favor de la protección de bienes jurídicos y que resulte imprudente una producción del resultado a la que en otro caso no hubiera habido nada que objetar.

De aquí se deduce que, a diferencia de lo que ocurre con los principios de la teoría del nexo, no se puede hablar de presunción de culpabilidad ni de violación del principio *in dubio pro reo* si se sigue tal procedimiento. Lo que realmente hubiera sucedido de facto es irrelevante y, como no es objeto de prueba, no puede dar lugar a ningún tipo de dificultades probatorias ni se pueden infringir las reglas generales de la prueba por no tenerlo en cuenta.

A lo sumo se podría pensar en aplicar el principio *in dubio pro reo* en caso de que no se pueda determinar en general si en situaciones de este tipo se modifica el peligro de desenlace mortal con una diferencia de 25 cm de distancia. Tales casos se darán raras veces, porque no se trata de comprobaciones empíricas de hechos, sino de afirmaciones generales que se pueden establecer científicamente. Parece que algo habla aquí en favor de que en los casos dudosos se parta de la suposición beneficiosa para el autor de que su conducta no ha supuesto ningún aumento del riesgo. Pero ni siquiera esto sería correcto. Pues si según el estado actual de la ciencia en ese momento no se puede determinar con seguridad si una actuación aumenta o no el peligro admitido por el legislador, lo cierto es que esos casos no son iguales a los del riesgo permitido y será acertado castigar al agente si dicha conducta provoca la lesión de un bien jurídico. Concretamente, esto puede tener importancia práctica para el tratamiento médico. Si una persona emplea un procedimiento inseguro y, por ello, no permitido por las reglas del arte médico, puede ser castigada por homicidio imprudente si el paciente muere, aunque no exista absoluta certeza de que sea realmente seguro el método de tratamiento médicamente indicado y que se mantiene dentro del riesgo permitido.

En el caso del ciclista enjuiciado por el Tribunal Supremo Federal, dada la relación de los hechos no se puede decir con total seguridad cuál habría sido la decisión correcta. Sólo

sabemos que, a juicio del Tribunal, "con gran probabilidad"[69] también habría ocurrido el accidente aunque la conducta hubiera sido conforme a lo ordenado. En tal caso todo dependería de que el riesgo de todos modos hubiera sido algo menor –en cuyo caso habría que condenar– o de que hubiera sido exactamente el mismo –en cuyo caso habría que absolver–[70].

Pero nuestra concepción no sólo soluciona la problemática de los cursos causales inseguros, sino que resuelve también la segunda dificultad con la que tropiezan las teorías anteriormente discutidas. Me refiero a las constelaciones en las que en caso de conducta conforme a lo ordenado el resultado también se habría producido con seguridad, pero debido a una circunstancia que quedaba totalmente fuera de la acción del autor y de su riesgo: en este sentido hay que mencionar factores que actuarían de modo sustitutivo tales como un suicidio planeado, una muerte natural por enfermedad, un asesinato que fuera de esperar como en los ejemplos de los campos de concentración, la explosión de una cocina de gas o de un avión, etc. Todos estos acontecimientos son completamente irrelevantes para la valoración jurídico-penal de un homicidio imprudente. Lo único que se puede incluir en el campo de las reflexiones es la maniobra de adelantamiento; y sobre el riesgo que ésta implica no tienen influencia de ningún tipo las otras posibles causas de daño que se han mencionado. Por ello hay que castigar por homicidio imprudente aun cuando, de ser la conducta conforme a lo ordenado, no el mismo autor, pero sí un vehículo que lo seguía hubiera matado al ciclista; o cuando alguien oprime por descuido el botón del circuito de

[69] BGHSt. 11, p. 2.

[70] Hay que dar la razón a SPENDEL, *Eb. Schmidt-Festschrift*, p. 198, cuando dice que el conductor del camión no ha aprovechado la "posibilidad, aunque fuera pequeña, de no destruir una vida humana" y que ello debe reprochársele, siempre que estas afirmaciones se entiendan en el sentido del texto. Ciertamente, Spendel, si mi interpretación de su concepción es correcta, atiende a la posibilidad de otro curso causal, lo que teóricamente nunca se puede excluir, y pretende por ello condenar en cualquier caso; y esto hay que rechazarlo.

la silla eléctrica que poco después hubiera hecho funcionar el verdugo. En estos casos sólo se puede defender fundadamente otra concepción si se toma en consideración hipotéticas causas del daño, como hace Arthur Kaufmann, quien consecuentemente propugna la absolución en ambos casos. Pero ya se ha expuesto por qué rechazar tal solución.

2. El caso del farmacéutico también permite dar una solución clara y practicable conforme a la teoría que aquí se ha desarrollado. Lo que importa no es si el médico, de ser consultado, hubiera o no recetado más veces la medicina, sino que lo único decisivo es si el empleo reiterado de la medicina sin ulteriores investigaciones era conforme a las reglas del arte médico; con otras palabras: si se mantenía dentro del riesgo permitido. Si era así y un médico consciente de su responsabilidad tampoco hubiera obrado de modo distinto a como lo hizo el farmacéutico, el hecho de prescindir de la consulta generalmente obligada no es una circunstancia que aumente el riesgo ni supone, por tanto, una lesión del deber que encaje en el tipo del § 222 StGB.

La sentencia del Tribunal Supremo del Reich, que se ocupa al principio de cuestiones relativas a la causalidad de modo bastante desorientador, pasa al final a examinar los puntos de vista decisivos, si bien es cierto que no lo ordena correctamente. El Tribunal, en efecto, pasa de la cuestión de lo que hubiera hecho el médico a la acertada reflexión sobre el tratamiento que era el adecuado. Hace constar "que la composición del medicamento fue absolutamente conforme a lo prescrito y la cuantía de las dosis... indicadas la adecuada, y que, en sí mismo, el hecho de administrar tal medicamento a un niño no puede suscitar reparos científicos"[71]. Menciona además el informe pericial que afirma "que en el raquitismo, por la naturaleza de esa enfermedad, el fósforo ha de administrarse necesariamente durante un largo período de tiempo si se quiere que sirva para algo" y que hasta la última toma del preparado no se había podido comprobar médicamente el

[71] RGSt. 15. p. 154.

peculiar estado físico del muchacho, que fue lo que dio lugar al envenenamiento[72]. Y cuando por fin se dice en la sentencia que de todo ello se desprende "que el tratamiento emprendido, tanto en sí mismo como en su continuación durante el citado espacio de tiempo, fue adecuado y no contravenía los principios de la ciencia", queda claro que las medidas tomadas por el farmacéutico no implicaban un aumento del riesgo permitido. Puede que el hecho de haber actuado por su propia cuenta haya sido impropio de su profesión y que en otras situaciones hubiera llevado a admitir la existencia de un homicidio imprudente; pero, tal como se presentó el caso, había que absolver.

Distinto sería si el médico, de haberse proseguido el tratamiento con controles permanentes, hubiera podido comprobar los síntomas de envenenamiento en un momento en que todavía hubiera sido posible la salvación. Aunque sólo existiera una probabilidad científicamente demostrable de ello, la conducta del farmacéutico, por haber excluido esa probabilidad, habría tenido el efecto de incrementar el peligro y habría traspasado los límites del riesgo permitido, por lo que estaríamos ante un homicidio imprudente. Este resultado no se modificaría aunque presumiblemente el médico en el caso concreto no hubiera efectuado los obligados reconocimientos por negligencia o por otras razones. En ese caso el médico sería culpable precisamente de un homicidio imprudente. Sería, pues, falso eximir de responsabilidad al farmacéutico sólo porque otra persona también se hubiera comportado defectuosamente. De aquí se desprende que la averiguación del hipotético curso causal también conduce a un resultado erróneo en este caso.

Spendel[73] coincide con la concepción aquí defendida en cuanto que considera irrelevante "lo que realmente hubiera hecho el médico". Pero en vez de eso, a diferencia de nuestro procedimiento, hace depender el enjuiciamiento de "lo que pensara

[72] Sentencia cit., p. 155.

[73] *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie*, p. 73.

el farmacéutico respecto de la conducta del médico en caso de consultarlo". Si el farmacéutico considera *posible* que el médico esté de acuerdo con su modo de actuar, habrá un homicidio imprudente; en cambio, habrá que absolver si el farmacéutico estaba "completamente *seguro* en su creencia" de que el médico daría su autorización para que entregara la medicina.

Considero que no es correcta esta posición. Si a juicio médico no se podía proseguir el tratamiento, tampoco puede eximir al farmacéutico su firme creencia de que se le otorgaría el permiso. El farmacéutico se ha arrogado un juicio en un punto en que no podía fiarse de sus conocimientos y dotes, y en ello estriba su imprudencia. Pero en el fondo, el mismo Spendel también está pensando en algo totalmente distinto, como se pone de manifiesto al final, cuando añade a su exposición la frase siguiente: "Naturalmente, esta decisión sólo viene al caso cuando esa creencia del farmacéutico fuera la requerida a la vista de toda la situación del hecho"[74]. De ello se desprende que Spendel, en contra de lo que resultaría de su punto de partida, no se fija en lo que el farmacéutico pensó realmente, sino en lo que podía fundadamente pensar, es decir, en qué tratamiento se mantenía dentro del marco del riesgo médicamente permitido y requerido. De este modo –a semejanza de lo que ocurría con el Tribunal Supremo del Reich– surge repentinamente de detrás de otro tipo de diferenciaciones la perspectiva material correcta. Sólo que habría que aplicarla al tratamiento general de la problemática.

3. Del mismo modo debe solucionarse el caso del pelo de cabra. Si frente a bacilos de carbunco de ese tipo el empleo de un desinfectante legalmente admitido suponía la perspectiva de evitar el contagio, el hecho de entregar pelos de cabra sin desinfectar constituiría una circunstancia de incremento del riesgo, lo que justifica la afirmación de que existe un homicidio imprudente. Si, por el contrario, era inútil la desinfección porque los bacilos de carbunco chino no se podían destruir con los medios entonces conocidos y admitidos, quedaría excluida la condena por el § 222 StGB.

[74] Ídem, p. 74.

También me parece obligado este resultado. En efecto, si se admite que hay bacterias no desinfectables, el legislador podría prevenir el peligro que suponen prohibiendo de modo general la elaboración de pelos de animal. Pero si no lo hace, porque las bacterias de ese tipo sólo se presentan en muy raras ocasiones y el legislador concede, por ello, preferencia a los intereses económicos globales, entonces está aceptando el riesgo debido a la imposibilidad de desinfección. Pues bien, si se produce uno de dichos casos excepcionales ya calculados e incluidos en el riesgo permitido, no se puede castigar, ya que la elaboración del pelo estaba autorizada y la desinfección no podía disminuir lo más mínimo el peligro. No tendría sentido exigir la desinfección de objetos no desinfectables y basar en la infracción de deberes incumplibles de ese tipo el castigo por homicidio imprudente.

Pero en realidad la situación era distinta en el caso del pelo de cabra. Según se hacía constar en la sentencia del tribunal de instancia, el perito había dicho solamente "que ninguna de las tres clases de desinfección permitidas... supondrían garantía suficiente de ausencia de gérmenes en los pelos; no se excluye, por tanto, que" se hubiera podido producir "el contagio, aun empleando" uno de esos procedimientos de desinfeccion[75]. Por consiguiente, en este caso la entrega incontrolada del pelo significaba un considerable incremento del peligro, por lo que había que castigar. Permítaseme insistir una vez más en que frente a esto no se puede objetar que en este caso sólo se puede decir que posiblemente hubiera tenido éxito la desinfección y que la mera posibilidad no basta para condenar. Ello sólo seria cierto si se tratara de un delito de omisión, como muchos creen erróneamente. ¡Pero no es la omisión sino la actividad contraria al cuidado debido lo que se imputa al propietario de la fábrica! La puesta en peligro que hay en la elaboración de pelos de cabra china, y que aquí ha dado lugar a varios resultados de muerte, sólo quedará impune si se toman todas las medidas que hubieran supuesto su disminución. Pero si no ocurre así, dicha activi-

[75] RGSt. 63, p. 213.

dad peligrosa rebasa los límites de tolerancia marcados por el legislador y las consecuencias recaen sobre el autor. Ello es completamente justo y no tiene que ver lo más mínimo con cuestiones de prueba ni con hipotéticos cursos causales.

4. La solución relativamente más difícil es la del caso de la novocaína. Tal como realmente se presentaba la situación, la decisión es, ciertamente, inequívoca. Pues en ningún caso podía ponerse la inyección de cocaína, que llevó a la muerte del paciente; y además dicha inyección significaba un esencial incremento del riesgo, dado que del empleo del narcótico médicamente indicado, la novocaína, sólo se puede decir que *quizas*[76] hubiera tenido efectos mortales. No es preciso fundamentar una vez más por qué basta con ello en cualquier caso para castigar por homicidio imprudente.

Pero ¿qué ocurre si se hubiera podido comprobar que el paciente también habría muerto *con seguridad* aunque se empleara novocaína? ¿Debe quedar impune la muerte por cocaína por considerar que se mantenía dentro del riesgo permitido, o se introduciría subrepticiamente con ello un hipotético curso causal totalmente distinto que en su tipo ya no tendría nada que ver con el resultado producido y causado infringiendo el deber?

La respuesta a esta pregunta se ve dificultada por el hecho de que apenas se puede penetrar en los fundamentos médicos del caso y porque sólo se conoce parcialmente el resultado de hechos de la sentencia, que no ha sido publicada. Parte de la doctrina –poniendo en práctica consecuentemente la teoría del nexo– cree que la mera posibilidad de muerte por novocaína tiene ya que conducir a la impunidad[77]; otra parte afirma que existe un homicidio imprudente aun en el caso de una muerte segura por novocaina[78]. El Tribunal Supre-

[76] Sobre la situación de hecho cfr. SPENDEL, *Die Kausalitätsformel*, pp. 65 y ss.

[77] Cfr., p. ej., WELZEL, *Lehrbuch*, 7ª ed., p. 118; EXNER, *Frank-Festgabe* I, p. 588.

[78] Así SCHMIDT, Eb., *Arzt im Strafrecht*, pp. 200 y s.; SPENDEL, *Die Kausalitätsformel*, p. 67.

mo del Reich, que también se ha ocupado de esas variantes del caso, dice[79]: "Únicamente no habría acción punible si se comprobara con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza que... la muerte también se habría producido empleando novocaína"[80]. Es decir que concede la impunidad en el caso de muerte segura por novocaína.

A mí me parece que aquí –si los datos médicos permiten las siguientes conclusiones– hay que hacer otra distinción más. En efecto, la suposición de que quizá también hubiera muerto el paciente de inyectarle novocaína, como era lo correcto, se basaba, como ha averiguado Spendel[81], en la circunstancia de que el caso de aquél era anormal por subsistir en él la glándula timolinfática (que por regla general sufre una involución en los diez primeros años de vida del hombre). Esta glándula, cuya presencia no puede comprobar el médico de ningún modo, da lugar a una hipersensibilidad contra todos los narcóticos, con la consecuencia de que durante la narcosis puede sobrevenir la muerte repentina del paciente –uno de los llamados incidentes de narcosis–.

Teniendo esto en cuenta, habría que examinar en nuestro caso –suponiendo una muerte segura por novocaína– de qué ha muerto el paciente. Si la inyección de cocaína ha provocado un incidente de narcosis mortal, habría que absolver al médico, ya que para el estado timolinfático del paciente cualquier narcótico era igual de peligroso, y la cocaína, prohibida, no creaba un riesgo mayor que la novocaína, permitida. Pero el caso es completamente distinto si la muerte del paciente en concreto no se hubiera producido por un incidente de narcosis sino como consecuencia de otro tipo de efectos nocivos de la cocaína –como consecuencia de un envenenamiento, por ejemplo–. En esta situación, por muy elevada que fuera la probabilidad de un incidente de narcosis mortal con el empleo de novocaína, ello no podría cambiar el hecho de

[79] Cfr. SPENDEL, *Die Kausalitätsformel*, p. 67.

[80] Así también ENGISCH, *Kausalität*, pp. 66 y s.

[81] SPENDEL, *Die Kausalitätsformel*, nota 4, p. 70.

la punibilidad de la conducta del médico, ya que tal suceso caía fuera de la clase de muerte producida por la inyección de cocaína puesta infringiendo el deber. El riesgo de envenenamiento por cocaína, como el que aquí se ha producido, no se convertía en peligro permitido por el hecho de que además existiera la posibilidad de un incidente de narcosis. Si pese a ello se quisiera rechazar la existencia de homicidio imprudente en base a que la muerte de todos modos se hubiera producido por otra causa, se estaría acudiendo a una consideración general de hipotéticos cursos causales, lo que ya se ha rechazado anteriormente por incorrecto. Por consiguiente, en contra de lo que opinan las teorías mantenidas hasta ahora, se debe diferenciar incluso en el caso de que fuera de esperar una muerte por novocaína con toda seguridad.

VI. COMPARACIÓN CON LAS TEORÍAS TRADICIONALES

Después de haber puesto en práctica la idea del incremento del riesgo en los ejemplos más importantes, se puede ver claramente dónde radica el núcleo correcto de las teorías tratadas anteriormente. Las consideraciones sobre la "causalidad" de la infracción del deber o el postulado de una especial "relación" entre aquélla y el resultado son acertados en principio, ya que si la infracción del deber no ha dado lugar a un peligro superior al riesgo permitido, sino que el resultado se ha producido sin traspasar los límites de tolerancia legalmente marcados, en tal caso lo que sucede es precisamente que el resultado no "se basa" en el carácter prohibido de la actuación. Así pues, lo que Arthur Kaufmann[82] llama "nexo misterioso entre infracción del deber y resultado, sobre cuya naturaleza no hay modo de averiguar algo más exacto", es producido por el exceso de riesgo en el sentido ya expuesto. Por no haberse dado cuenta de ello los partidarios de la teoría del nexo, quienes en lugar de eso han admitido más o menos claramente los cursos causales hipotéticos en diversas formulaciones, dicha teoría ha tomado un rumbo equivocado.

[82] *Eb. Schmidt-Festschrift*, p. 223.

Su incorrecta versión en el plano teórico ha dado lugar a las dificultades de prueba descritas y a la imposibilidad de excluir adecuadamente factores sustitutivos ajenos al riesgo; ambos problemas se solucionarían si se quisiera seguir la teoría del incremento del riesgo que aquí se ha propuesto.

Asimismo, la teoría de Engisch de la realización del peligro se puede compaginar muy bien con la concepción aquí defendida. Es cierto que en todos nuestros ejemplos se ha realizado un peligro aun en el caso de impunidad; pero si se concibiera la idea de tal modo que hubiera de tratarse de la realización de un peligro que rebasara el riesgo permitido, se podría aprobar tal idea.

Por último, el examen de hipotéticos cursos causales, con el que se ha intentado una y otra vez abordar la problemática, si bien no conduce al núcleo del problema, posee, sin embargo, un cierto valor heurístico. Porque si alguien se comporta incorrectamente y el resultado no se hubiera producido con una actuación adecuada, existe alguna probabilidad de que se haya rebasado el riesgo permitido; exactamente igual que, a la inversa, frecuentemente no se podrá constatar que haya habido ningún incremento del peligro si el resultado también se hubiera producido con una conducta conforme a lo ordenado. Pero ese modo de ver las cosas no ofrece más que un indicio refutable, y ello en el mejor de los casos. Y si se lo aplica sin excepciones y sin atender al principio del riesgo, se pueden obtener resultados totalmente falsos, cosa que ya se ha expuesto más arriba y que, para concluir, se podrá volver a demostrar con dos ejemplos particularmente actuales.

La idea del incremento del riesgo, con la que creemos poder solucionar satisfactoriamente esta difícil problemática, ya fue tratada en el año 1943 por Mittasch en un artículo[83] hoy casi olvidado. Pero como este autor trata nuestros casos desde el

[83] Que se encuentra en el único –por lo que se ha visto hasta ahora– fascículo aparecido del t. 8 de la revista *Deutsche Rechtswissenschaft* 1943, pp. 46-54. KAUFMANN, Arthur, *Eb. Schmidt-Festschrift*, p. 222, ha sido el primero en volver a aludir a dicho artículo.

punto de vista de la "causalidad del riesgo defectuoso"[84], vuelve a caer enseguida en la órbita de atracción de la teoría del nexo y considera que el núcleo de la cuestión estriba en superar las insuperables dificultades de prueba que de ello resultan. Con tal modo de ver las cosas ello es totalmente consecuente. Pero su solución, que "afirma... una inversión de la carga de la prueba"[85], que aboga por quebrantar el principio *in dubio pro reo* y que incluso reconoce que permite un "acceso limitado" al pensamiento del *versari in re illicita*... en el Derecho penal"[86], no hace sino descubrir clarísimamente el dilema de la teoría del nexo y materialmente no va más lejos que ésta. También Oehler, que hace poco se ha vuelto a ocupar brevemente de nuestros casos bajo el título "Die erlaubte Gefahrsetzung und die Fahrlässigkeit"[87]; considera que la solución radica en el examen del "curso causal jurídico-penal"[88], que precisamente quiere separar de la idea del riesgo[89].

Para terminar aún hemos de discutir otros dos casos que esclarecen de modo especial este círculo de cuestiones. El primero hace referencia al conocido y clásico ejemplo, que también ha sido tratado repetidamente por la jurisprudencia[90], en el que a un coche que marchaba a gran velocidad se le echa encima un peatón, de tal forma que, aunque llevara la velocidad reglamentaria, ya no hubiera sido posible frenar y

[84] *Deutsche Rechtswissenschaft* 1943, p. 51.

[85] Ibídem.

[86] Ídem, p. 53.

[87] *Eb. Schmidt-Festschrift*, pp. 232-248.

[88] Ídem, pp. 238-239.

[89] Dado su breve tratamiento de las cuestiones que aquí interesan, no se puede ver con toda claridad en qué medida sus resultados coinciden con los de la concepción aquí defendida. Oehler aprueba (nota 9, p. 238) la sentencia BGHSt. 11, 1 y ss., pero aparentemente considera que basta para castigar con la mera posibilidad de otro curso causal de ser la conducta conforme a lo ordenado (nota 11, p. 238).

[90] Cfr. KAUFMANN, Arthur, *Eb. Schmidt-Festschrift*, p. 201; OberstLGR BAUMANN, *Deutsches Autorecht* 1955, pp. 210-212.

el resultado se hubiera producido exactamente igual. Si aquí se quisiera tomar realmente en serio el médico generalmente aplicado de examinar lo que hubiera sucedido si..., habría que llegar a la conclusión de que se debe castigar al conductor al que precisamente no se le quiere reprochar un homicidio imprudente. Porque si hubiera mantenido una velocidad más reducida, habría estado todavía muy lejos del punto de la calle por el que cruzó el peatón y no habría pasado nada[91].

Pero en realidad no hay que examinar ningún hipotético curso causal, sino que sólo se puede plantear la cuestión en el sentido de si, dada la forma en que el peatón se echó encima del coche, hubiera disminuido el riesgo de producción del resultado con una velocidad menor. Ello se puede averiguar de modo científico-experimental. Y si la respuesta es negativa, sólo se podrá sancionar al conductor por exceso de velocidad; de lo contrario habrá un homicidio imprudente. Para ello basta, pues, con un incremento del peligro que se pueda apreciar; pero no hace falta probar que el resultado no se habría producido.

El segundo caso se remonta a una sentencia del Tribunal Supremo Federal[92]. Los dos procesados caminaban "por la Carretera Federal nº 7 fuera del casco urbano de una población por el lado derecho de la calzada", aunque el § 37, ap. 1, párr. 3 sub. 1, del Código de la Circulación prevé la utilización del lado izquierdo de la calzada en tales casos. Un monitorista que venía por detrás los atropelló, resultando él mis-

[91] Schröder (SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10ª ed., § 59 X 6 a, p. 372), que ve el problema que aquí se le plantea a la doctrina dominante, quiere excluir la responsabilidad aunque el resultado no se hubiera producido de marchar más despacio, alegando "que la disposición inobservada de modo contrario al deber no sirve para proteger de tales consecuencias". Pero entonces ¿qué fin podrá tener la limitación de velocidad si no es el de evitar accidentes? A pesar de todo, la frase (que fácilmente puede dar lugar a malentendidos) es correcta si se parte de la base de que sólo encajan en el tipo del homicidio imprudente las conductas que *in concreto* aumentan el peligro en comparación con el riesgo permitido.

[92] BGHSt. 10, 369-371.

mo muerto. Se discutía la cuestión de si se debía castigar por homicidio imprudente a ambos procesados. Éstos alegaron en su descargo que el accidente se habría podido producir igualmente aunque hubieran caminado "reglamentariamente" en sentido opuesto o aunque hubieran estado parados en el lugar del accidente.

Este razonamiento no es aceptado por el Tribunal Supremo Federal, que opina que sólo se puede examinar lo que realmente habría sucedido, y dice[93]: "De haber observado la nueva norma obligatoria para peatones, el procesado se habría encontrado en el otro lado de la carretera. Y es evidente que entonces no se hubiera producido... la colisión con el motorista". Por tanto, no puede "existir ninguna duda fundada" ni de que hay "infracción culpable de las reglas del tráfico por parte de los acusados ni de su causalidad para el resultado mortal"[94]. Arthur Kaufmann se adhiere expresamente a esta opinión[95], lo que es perfectamente consecuente desde su punto de vista.

Pero afirmar que hay homicidio imprudente no sería –al menos según la fundamentación– un resultado acertado. En efecto, la decisión sólo puede depender de si, dado el modo de conducir del motorista, comportándose de un modo permitido, hubieran estado parados en el lugar del accidente o hubieran venido caminando en sentido contrario. Tal disminución del peligro es imaginable, porque entonces los dos procesados presumiblemente habrían vuelto la cara hacia la moto que se acercaba, con lo que quizá todavía hubiera quedado tiempo para esquivarla. Pero si el riesgo no fue incre-

[93] Sent. cit., p. 370.

[94] Sent. cit., p. 371; sin embargo, el BGH deja abierta la posibilidad de absolver, porque "puede faltar la previsibilidad del resultado, que aún queda por examinar". No se dice con qué puntos de vista ha de hacerse tal cosa. Si para ello se atendiera a las circunstancias anteriormente expuestas, el BGH aún podría obtener un resultado correcto. Pero entonces el examen del hipotético curso causal, que es de lo único de lo que se ocupa la sentencia, es completamente superfluo.

[95] *Eb. Schmidt-Festschrift*, p. 230.

mentado en concreto por la conducta de los peatones porque la motocicleta se lanzó tan repentinamente contra ellos que de todos modos ya no habrían podido realizar movimiento alguno para esquivarla, en tal caso no son culpables de homicidio imprudente, por mucho que, si su conducta hubiera sido reglamentaria; habrían marchado por el otro lado de la calzada y el accidente no se habría producido[96].

Se resolverían muchas dificultades si la jurisprudencia se adhiriera a estos principios fundamentales.

NOTA POSTERIOR A LA PRIMERA PUBLICACIÓN

El presente artículo se ocupa de un limitado fragmento de la problemática general de la imputación, que constituía el objeto del anterior trabajo (cfr. supra pp. 173 y ss.). Pero se trata de la cuestión prácticamente más importante de ese campo, y ha sido tan discutida en los últimos diez años que Schaffstein (*Festschrift für Honig*, 1970, p. 171) la ha podido llamar precisamente "tema de moda de la reciente dogmática del Derecho penal y del Derecho civil". El "principio del incremento del riesgo" por mí desarrollado para solucionar esta problemática ha sido muy discutido hasta el presente, pero consigue cada vez más partidarios en la doctrina científica. Entre los manuales han seguido mi concepción: JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, 1969, p. 388; LACKNER-MAASSEN, *StGB*, 6ª ed., 1970, § 59 IV 2 bb; STRATENWERTH, *Allgemeiner Teil*, 1971, nn.mm. 1095, 1182; MAURACH, *Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 1971, p. 541. Aparte de éstos también se encuentran muchas manifestaciones en sentido aprobatorio, de las que indicaré solamente: WALDER, "Probleme bei Fahrlässigkeitsdelikten", en *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, t. 104, 1968, pp. 161 y ss. (178 y ss.); RUDOLPHI, "Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre", en *JuS* 1969, pp. 549 y ss.; SCHAFFSTEIN, "Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihil-

[96] Así también en el resultado Schröder (SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10ª ed., § 59 X 6 a, p. 372).

fe", en *Festschrift für Honig*, 1970, pp. 169 y ss.; OTTO, "Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht", en *Festschrift für Maurach*, 1972, pp. 91 y ss.

La teoría aún dominante, que coincide en el resultado con la solución del Tribunal Supremo Federal, es decir, la que (*supra* en el texto) ha llamado "teoría del nexo", ha encontrado su más amplia exposición en la monografía de ULSENHEIMER, "Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten", 1965. En la recensión de este libro (en *ZStW* 78, 1966, pp. 214 y ss.) me he opuesto a sus tesis criticándolas, mientras que Ulsenheimer ha defendido nuevamente su punto de vista en su artículo "Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzung im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte", en *JZ* 1969, pp. 364 y ss. En cambio, llega al mismo resultado que la teoría del incremento del riesgo –aunque desde puntos de vista algo distintos– WOLFF, E. A., *Kausalität von Tun und Unterlassen*, 1965. Asimismo, la importante monografía de KAHRS, "Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel", 1968, coincide "en puntos esenciales" (*ob. cit.*, p. 236) con las soluciones de la teoría del incremento del riesgo, pero las traslada también a los delitos de omisión. De distinto tipo son otros intentos de solución emprendidos por SPENDEL, "Condicio-sine-qua-non-Gedanke und Fahrlässigkeitsdelikt", en *JuS*, pp. 14 y ss.; SEEBALD, "Nachweis der modifizierten Kausalität des pflichtwidrigen Verhaltens", en *GA* 1969, pp. 193 y ss.; SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, 1972.

La problemática ha encontrado también gran atención en el Derecho civil de los últimos años. De los trabajos que discuten el principio del incremento del riesgo de modo muy distinto, indicaré solamente algunas monografías:

MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlage der Rechtswidrigkeit und Haftung*, 1966.

KAHRS, *Kausalität und überholende Kausalität im Zivilrecht*, 169.

HANAU, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit*, 1971.

Sobre el problema de la delimitación entre delitos de comisión y de omisión que se trata asimismo en el presente trabajo, puedo remitir a modo de complemento a mi artículo "En

el límite entre comisión y omisión" ("An der Grenze von Begehung und Unterlassung"), en *Festschrift für Engisch*, 1969, pp. 380 y ss. (= *infra*, pp. 315 y ss.).

SOBRE EL FIN DE PROTECCIÓN DE LA NORMA EN LOS DELITOS IMPRUDENTES *

I

Todo el mundo está de acuerdo en que es político-criminalmente deseable la delimitación de la responsabilidad en los delitos imprudentes. No se debería intentar alcanzar este fin sólo con medios procesales [1] o con nuevas instituciones del sistema de consecuencias jurídicas, tales como el "prescindir de pena" o la "amonestación con reserva de pena", ya que tales instrumentos de restricción de la punibilidad presuponen un proceso o, al menos, un sumario en estado avanzado, cosas ambas que en muchos casos sería mejor evitar de antemano. Además, la necesidad de conseguir precisamente en los tipos imprudentes una restricción de la responsabilidad efectuada ya en la esfera del injusto con la ayuda de categorías dogmático-jurídicas, está especialmente indicada por la estructura de estos delitos. En un trabajo de Gallas [2] podemos leer algo que responde a una concepción muy generalizada: "En la es-

* Publicado en *Festschrift für Wilhem Gallas*, Berlin-New York, 1973, pp. 241-259.

[1] Como el § 153 StPO **, que, sin embargo, NAUCKE, *Maurach-Festschrift*, 1972, pp. 197 y ss., incluye entre las causas personales de exclusión de la punibilidad, que son de Derecho material.

** Que prevé el sobreseimiento del procedimiento en los casos de faltas y delitos leves cuando la culpabilidad sea escasa y no haya un interés público en la persecusión del hecho. (N. del T.)

[2] *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, p. 91.

fera de los delitos imprudentes de resultado, la autoría... sólo se puede determinar causalmente. Lo que al mismo tiempo significa que en ellos –no sólo atendiendo al Derecho vigente, sino conforme a la esencia de los mismos– no se puede distinguir entre autoría y participación". Si esto es correcto[3], es decir, si el tipo admite dentro de sí indistintamente todas las formas de participación y aportación causales de la clase que sean, de este "carácter abierto" se desprende ya la necesidad de delimitar normativamente el marco de la responsabilidad. Doctrina y jurisprudencia trabajan desde hace años en este terreno con criterios tales como la lesión del deber de cuidado, la previsibilidad (o también la adecuación), la evitabilidad, el riesgo permitido, etc. Otros esfuerzos más recientes tienden a elaborar esos puntos de vista algo difusos partiendo de la idea rectora del aumento del riesgo o la realización del peligro para conseguir una teoría general de la imputación estructurada sistemáticamente, que también podría ser válida para los delitos dolosos y superar las aporías del concepto de acción[4]. De esta esfera de problemas, que deja planteadas

[3] Lo que, como es sabido, discute la teoría de la prohibición de regreso, para la cual un favorecimiento no doloso de un hecho doloso, en cuanto que participación imprudente a lo sumo, es siempre impune. Aún volveremos más tarde a ocuparnos de dicha teoría. Yo mismo he intentado (en *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª/2ª eds., 1963/67, pp. 527 y ss.) presentar el carácter de los tipos imprudentes como "delitos de infracción de un deber" y limitar, por tanto, la autoría a específicas lesiones del deber de cuidado. Sin embargo, he de reconocer a mis críticos (STRATENWERTH, *Strafrecht AT* I, 1971, nº marginal 1228; JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 67 y s.) que *de lege lata* ello sólo es cierto en delitos especiales imprudentes con especiales requisitos respecto del autor, pero no en general. Las cuestiones que trato en *Täterschaft und Tatherrschaft*, lug. cit., son siempre problemas generales de imputación.

[4] Cfr. al respecto mi estudio "Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal" ("Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht"), *Honig-Festschrift*, 1970, pp. 133 y ss. (= *supra*, pp. 173 y ss.); NOLL, "Der strafrechtliche Handlungsbegriff", *Kriminologische Schriftenreihe*, t. 64, 1971, pp. 21 y ss. (28 y ss.); NOWAKOWSKI, "Probleme der Strafrechtsdogmatik", *Juristische Blätter*, 1972, pp. 19 y

numerosas cuestiones y pertenece a los temas más discutidos actualmente de la dogmática del Derecho penal, no me voy a ocupar a continuación, ni siquiera en la doctrina desde el punto de vista del "fin de protección de la norma". Si un conductor que marcha reglamentariamente –pero que conduce sin el correspondiente permiso o que transporta alcohol de modo prohibido– se ve mezclado en un accidente[5], o si durante un adelantamiento antirreglamentario se produce un accidente sólo porque a causa de un defecto irreconocible del material se rompe y sale disparada una rueda del turismo que efectuaba el adelantamiento[6], ciertamente se podrá decir que la punición por homicidio o lesión imprudentes no correspondería al fin de protección de las normas infringidas en cada caso y que, por tanto, ha de quedar excluida; pues naturalmente el fin de las disposiciones de que se trata no es oponerse a las consecuencias inevitables de una conducción correcta ni a las repercusiones de defectos irreconocibles del material. Pero la razón específica de la exclusión de la responsabilidad radica en que el riesgo de un curso causal como el que después se produjo no aumentó por la infracción de la prohibición de la que es responsable el autor, en que no se ha realizado ninguno de los peligros inmanentes a la infracción de la norma. Tratando estos y otros problemas similares –como p. ej. el discutidísimo caso de la conducta alternativa conforme a Derecho o el de los hipotéticos cursos causales– bajo el aspecto del "fin de protección de la norma", no se hace sino sustituir una versión precisa de la idea por una formu-

---

ss. (25 y ss.); OTTO, "Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht", *Maurach-Festschrift*, 1972, pp. 91 y ss. También los manuales se interesan cada vez más por estas cuestiones; así sobre todo SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, 1970, pp. 182 y ss. y passim; WESSELS, *Strafrecht AT*, 2ª ed., 1972, pp. 38 y ss.; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 2ª ed., 1972, pp. 441 y ss.

[5] Cfr. al respecto el ejemplo en JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 1ª ed., 1969, p. 387; en la 2ª ed. Jescheck ha abandonado acertadamente estos ejemplos.

[6] Cfr. el ejemplo de RUDOLPHI, *JuS* 1969, p. 549, refiriéndose a la sentencia BGHSt. 12, 79.

lación más general, del mismo modo que en definitiva absolutamente todos los problemas de imputación en la esfera del tipo, incluso la interpretación teleológica de los preceptos de la parte especial, se pueden reducir al fin de protección de la norma. Pero tal uso del lenguaje no favorecería la claridad terminológica. Por eso, prefiero distinguir entre la problemática –que dejaremos a un lado– de la creación del riesgo y otros casos en los que un peligro provocado por el autor se transforma en lesión de un bien jurídico, pero pese a ello no se castiga por delito imprudente. A mi juicio, sólo en el segundo grupo de casos se debe hablar de que el fin de protección de la norma limita la responsabilidad.

II

Hasta ahora apenas se ha planteado esta cuestión[7] –limitación de la responsabilidad por imprudencia pese a haber habido lesión de un bien jurídico debida a la creación de un peligro– y, sin embargo, los problemas materiales concretos comprendidos en dicha cuestión han supuesto considerables dificultades para la jurisprudencia. Las constelaciones que se presentan se pueden reunir en grupos de casos, cuyo examen permite obtener algunos principios generales.

1. La provocación imprudente de suicidios, de autolesiones y de casos de autopuesta en peligro

a) Un caso clásico de este típico es el que tuvo que juzgar el Tribunal Supremo Federal hace solamente unos pocos meses[8]: el favorecimiento imprudente de un suicidio. El procesado había emprendido un viaje en automóvil con una mujer con la que tenía "estrechas relaciones", habiendo dejado sobre el salpicadero su pistola reglamentaria que llevaba cargada.

[7] Las primeras aproximaciones al tema se encuentran en las obras de Rudolphi, Otto y Roxin (lugs. cits. anteriormente), quienes, sin embargo, difieren bastante en la concepción del problema y en los detalles concretos.

[8] BGHSt. 24, 342 y ss.

La mujer cogió "la pistola del salpicadero durante una interrupción del viaje en un momento en que el procesado no lo notó y se mató de un disparo". En este caso se le podía reprochar al procesado el haber entrado antes con la mujer en un bar sin descargar su pistola, "aunque sabía que la señora S. frecuentemente –sobre todo después de tomar alcohol– caía de repente en un estado de depresión y melancolía y aunque él conocía su propia costumbre de colocar la pistola sobre el salpicadero cada vez que se ponía al volante". No cabe duda de que el procesado incrementó esencialmente el peligro de suicidio y de que para él este resultado era previsible y evitable; así pues, hubo una realización del peligro, lo que podía haber dado lugar a castigar por homicidio imprudente. Y en efecto, así lo apreció el Tribunal de jurados adhiriéndose a la anterior jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal[9]. Sin embargo, el Tribunal Supremo Federal, a propuesta del OLG Celle, se decidió por la absolución, basándose en la impunidad del auxilio al suicidio: "No se puede castigar a quien con dolo de cómplice contribuye a causar la muerte de un suicida, porque el suicidio no es un delito"*. Pero entonces, "por razones de justicia" no se puede "castigar a quien sólo pone imprudentemente una causa de la muerte del suicida".

Esta argumentación es casi irrefutable y naturalmente la doctrina también la ha expuesto desde hace mucho tiempo[10]. Pero, ¿cómo se la puede compaginar e incluir dentro de la dog-

[9] Sobre todo la sentencia reproducida en *JR* 1955, p. 104.

* A diferencia de lo que ocurre en nuestro Derecho, donde el art. 409 CP castiga no sólo el llamado homicidio-suicidio sino también el auxilio e inducción al suicidio, estas dos últimas figuras son impunes como tales en el StGB alemán, que sólo prevé en su § 216 el castigo para el homicidio a petición de la propia víctima. (N. del T.)

[10] Basta cfr., p. ej., GALLAS: Beiträge zur Verbrechenslehre, pp. 193 y ss.; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 545 y s. Discrepa, en cambio, totalmente HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip.*, 1972, pp. 265 y ss. (269 y s.), si bien es cierto que de modo consecuente también considera punible la participación dolosa en el suicidio de personas allegadas como autoría comisiva, el curso de sus ideas no se dirige, pues contra la deducción, sino sólo contra sus premisas.

mática del delito imprudente, desde el momento en que es evidente que ha habido causalidad, previsibilidad y evitabilidad [11]? La teoría de la prohibición de regreso, que considera que, como participación imprudente, es impune todo favorecimiento imprudente de una acción dolosa, obtiene aquí el resultado correcto sin ningún problema y siempre ha invocado precisamente el poder probatorio de la presente constelacion [12]. Pero esta teoría, pese a que hoy vuelve a contar con un número creciente de partidarios [13], no es correcta como principio general, y no lo es ni dogmática ni político-criminalmente [14]. No lo es dogmáticamente porque la afirmación de que hay participación imprudente se basa en una aceptación sin reservas de las reglas de delimitación válidas para los delitos dolosos, cuyos criterios –bien se parta del dominio del hecho, bien del *animus auctoris*– no se pueden aplicar sin más ni más a la conducta imprudente [15]. Y no lo es político-criminalmente, porque la decisión valorativa del legislador será muy distinta si en el caso que hemos tomado como ejemplo se parte de la base de que la mujer quería matar a tiros a un tercero y de que el hombre lo sabía. Pues cuando lo que está en juego es no poner en peligro la vida de terceros por no prestar atención, no puede ser decisivo el que la infracción del cuidado debido consista en poner al alcance de una persona visiblemente dispuesta a cometer un asesinato la pistola necesaria para matar o que, por ejemplo, consista en no haberla asegurado para que no se

[11] Es indiferente para el problema que nos ocupa la cuestión de si se trata de un delito de comisión o de omisión, por lo que aquí no vamos a ocuparnos de ella; cfr. para más detalles al respecto y sobre el conjunto de la problemática, WELP, *JR* 1972, pp. 427 y ss.

[12] Cfr., p. ej., LAMPE, *ZStW* 71 (1969), pp. 613-614; WELP, *JR* 1972, pp. 472 y ss.

[13] Cfr. p. ej., WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968, pp. 274 y ss.; OTTO, "Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht", *Maurach-Festschrift*, 1972, pp. 91 y ss.

[14] Sobre la polémica, cfr. ya mi obra *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 541 y s., 575 y s.

[15] Cfr. al respecto acertadamente GALLAS, *Beiträge*, pp. 91 y s.

dispare. No se ve por qué la punibilidad independiente del asesino habría de exonerar a otros de su deber de cuidado frente a la vida de terceros[16]. Por consiguiente, la impunidad del hecho de facilitar imprudentemente el suicidio no se deriva de consideraciones generales de la teoría de la participación, sino del específico tratamiento legislativo del suicidio: el fin de protección del § 222 StGB* no abarca este caso[17].

También se puede ver que la teoría de la prohibición de regreso no soluciona adecuadamente la problemática concreta examinando el ejemplo del suicidio provocado por una información falsa. Si una persona impulsa intencionalmente a otra a suicidarse mediante el ardid de hacerle creer que tiene una enfermedad incurable o que va a ser detenido de modo inminente por la policía secreta, concurren las mejores razones para castigar al instigador por asesinato u homicidio[18]. Pero si la persona que con su información ha provocado sin dolo el suicidio, ha creído que era cierta su terrible noticia por no haberla examinado suficientemente, no será aplicable el castigo por homicidio imprudente aunque falle el paralelismo con el hecho doloso (que en este caso *no* es impune). Porque es cierto que se puede sentar el principio de que la responsabilidad por imprudencia nunca puede ir más lejos que la

[16] Cfr. para más detalles al respecto mi libro: *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 542-544. Con toda la razón dice STRATENWERTH, *ob. cit.*, nº marginal 1240, que es "indudablemente contrario al cuidado debido entregar un cuchillo precisamente a quien está a punto de lanzarse contra su adversario (incluso aunque pretenda que sólo necesita un arma defensiva)".

* Que tipifica el homicidio imprudente. (N. del T.)

[17] Puede que el ejemplo muestre por qué creo que la idea del fin de protección se debe reservar sólo para los casos de realización del peligro en sí existente; si una persona se ve mezclada en un accidente pese a haber conducido reglamentariamente (pero habiéndolo hecho sin permiso de conducir o habiendo transportado alcohol de modo prohibido), de lo que se trata en tal caso es del fin de protección de los preceptos relativos al permiso de conducir o a la prohibición de ciertos transportes, que de antemano está claro que no pueden ser decisivos a efectos del § 222 StGB.

[18] Cfr. al respecto más en extenso mi obra *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 225-230.

responsabilidad por dolo, ya que no tendría sentido que la realización de una forma inferior de culpabilidad desencadenará sanciones en casos en los que ni siquiera la concurrencia de la forma más grave de culpabilidad (el dolo) da lugar a un castigo. Pero esto no se puede entender a la inversa, como si de la responsabilidad por la actuación dolosa se hubiera de seguir necesariamente la punición de la imprudencia en caso de causación no dolosa y evitable del resultado. Por el contrario, el marco de la responsabilidad por la conducta no dolosa que infringe el cuidado debido puede ser perfectamente mucho más restringido que en el caso de provocación dolosa del resultado, del mismo modo que el legislador renuncia frecuentemente por completo al tipo imprudente pese a estar castigado el hecho doloso. Pues bien, aunque es cierto que los casos del suicidio manipulado por un engaño consciente se diferencian de las restantes situaciones de cooperación dolosa en el suicidio de un modo característico que justifica su diferente valoración jurídico-penal, como quiera que, en cambio, no se puede apreciar ninguna diferencia en el desvalor de las diversas constelaciones de suicidios favorecidos por faltas de cuidado, habrá que deducir que el fin de protección del § 222 StGB no cubre en absoluto el favorecimiento evitable de un suicidio. De modo que lo único que puede garantizar resultados adecuados es el análisis de la respectiva situación de cada problema, y no el rígido esquema de la prohibición de regreso.

b) Lo expuesto hasta ahora tiene consecuencias cuyo alcance es mayor de lo que parece a primera vista. En efecto, si dentro de los límites anteriormente fijados es impune la provocación de suicidios dolosos, del nexo valorativo acertadamente puesto de relieve en la última sentencia del BGH en un caso de suicidio se deduce con la misma lógica irrefutable que también ha de ser impune la cooperación en un caso de autopuesta en peligro dolosa; porque si ni siquiera la provocación dolosa de la lesión del bien jurídico está cubierta por el fin de protección de la norma del homicidio, menos lo podrá estar la participación en una autopuesta en peligro, que por regla general sólo se basa en imprudencia en relación con el resultado. Como es sabido, la jurisprudencia está muy lejos de reconocer esto. La conocida sentencia BGHSt. 7, 112 y ss., que seleccionamos aquí sólo a modo de ejemplo, mantiene

la siguiente tesis: "También puede ser culpable de homicidio imprudente quien organiza una carrera de motos con una persona algo bebida, en el curso de la cual esta última tiene un accidente por su culpa y muere a consecuencia del mismo". Es palmaria la contradicción con la sentencia de la que partimos: si en aquélla el suicidio de la mujer algo bebida excluía la responsabilidad del imprudente dueño de la pistola por la muerte de aquélla, no se comprende bien que lo mismo no sea válido para un accidente originado como consecuencia de una autopuesta en peligro dolosa y culpable. La sentencia del Tribunal Supremo Federal referida al principio podría, pues, inducir a un cambio de orientación en sectores fundamentales de la jurisprudencia sobre la culpa.

c) El fin de protección de la norma limita además la responsabilidad cuando alguien se pone en peligro a sí mismo para salvar a otros. Esto está claro cuando el salvador sobrepasa en su voluntaria intervención los límites de lo exigido jurídicamente: Quien, para salvar a un montañista que ha sufrido un accidente, emprende una escalada increíblemente arriesgada, se despeña y se rompe una pierna, no puede exigir que se castigue al primer accidentado por lesiones imprudente. Pues aunque dicho accidentado ha sido causa de la fractura de la pierna y no era absolutamente imprevisible que el socorrista sufriera a su vez un accidente, el § 230 StGB* no tiene el fin de preservar a las personas de los riesgos de una autopuesta en peligro voluntaria. La *ratio*, que se deduce de la impunidad de la cooperación en un suicidio voluntario, no deja la menor duda de que ello es así. No obstante esta solución dista mucho de ser admitida. Así, por ejemplo, Schönke-Schroeder[19], aludiendo a que sigue habiendo previsibilidad, hacen expresamente hincapié en que la responsabilidad por imprudencia no se excluye por el hecho de "que el lesionado se haya expuesto voluntariamente al peligro creado por el autor". El hecho de que en Derecho penal todavía no se haya

* Que castiga las lesiones imprudentes. (N. del T.)

[19] StGB, 16ª ed., 1972, § 59, nota 187.

producido la recepción de la idea del fin de la norma tiene como consecuencia el conformarse con la realización del peligro como fundamento de la responsabilidad.

d) Pero incluso habrá que excluir la responsabilidad de terceros por imprudencia en los casos de acciones de salvamento malogradas cuando la persona dispuesta a socorrer ha sufrido el daño en el cumplimiento del deber impuesto legalmente por el § 330 c StGB*, o en el ejercicio de una profesión que lleve aparejado el riesgo. Por consiguiente, si, por ejemplo, un bombero se produce quemaduras en los trabajos de extinción de un incendio, no se podrá castigar por lesiones culposas a quien provocó imprudentemente el incendio, aunque de antemano fuera muy probable la posibilidad de lesión y aunque tampoco se pueda hablar de autopuesta en peligro voluntaria, dado que la víctima estaba obligada por su profesión a realizar los trabajos de extinción. Ahora bien, en este caso el rechazo de la punición por imprudencia se deduce de consideraciones distintas a las del caso de la autopuesta en peligro voluntaria, a saber: del hecho de que si el legislador impone un deber de actuar, no puede endosar a terceras personas la responsabilidad penal por las eventuales consecuencias dañosas que de ello se deriven. En Derecho penal, si ha de tener sentido, no puede haber imperativos legales que hagan incurrir a terceros en sanción penal. Cuando al primer causante no le es lícito, aunque le fuera posible de hecho, impedir la acción de salvamento de la persona legalmente obligada a actuar, ni puede, por tanto, prevenir el posible daño, tampoco se le deben imputar las consecuencias. Antes bien, el legislador debería asumir la responsabilidad por los riesgos de sus imperativos. En otro lugar he intentado ya fundamentar más detenidamente esta opinión [20], por lo que no considero necesario seguir profundizando aquí sobre lo mismo. Lo único que aquí me interesa mostrar es que la idea del fin de la norma ofrece posibilidades de limitar la responsabilidad con

* Regulador de la omisión de socorro. (N. del T.)

[20] *Honig-Festschrift*, pp. 142-143 = *supra*, pp. 186-189.

base en motivos político-criminales[21], posibilidades que de otro modo no se pueden integrar dogmáticamente y que, por ello, a la doctrina no le parecen sino problemáticas. Así, por ejemplo, por volver a citar sólo *un* pasaje representativo de unos Comentarios, Schönke-Schroeder[22] afirman en el tono de algo que se da incuestionablemente por supuesto, que el § 309 StGB (incendio imprudente con resultado de muerte) "tampoco queda excluido porque la persona que luego resulte muerta hubiera aceptado el riesgo, participando, por ejemplo, en los trabajos de extinción. En tales casos existe concurso de leyes en relación con el § 222; y tiene preferencia el § 309". Pero ¿realmente se debe abrumar a quienes tomen parte en los trabajos de extinción con el problema de conciencia de que cualquier lesión que puedan sufrir por haber intervenido supondrá una pena para el primer causante imprudente? En cambio, me parece que el juicio ha de ser totalmente distinto cuando se trata de la tranquilizadora certeza de poder reclamarle a aquél los eventuales gastos médicos –lo que constituye una prueba de que el Derecho civil y el penal no tienen que ir necesariamente por los mismos caminos en el ámbito de la responsabilidad por imprudencia–. Ciertamente, la jurisprudencia dista mucho aún de haber acogido tales ideas[23].

e) Por último, tampoco se puede imponer una pena por imprudencia si la víctima se niega a recibir un auxilio que todavía es posible. Si A, por actuar distraídamente, lesiona a B y éste rechaza por motivos religiosos la transfusión sanguí-

[21] Así pues, ha de determinarse conforme a puntos de vista específicos del Derecho penal lo que es una lesión imprudente o un homicidio imprudente en el sentido de los §§ 230 y 222 StGB. En consecuencia, mientras que metodológicamente hay que conectar la idea del fin de protección precisamente con el desarrollo del Derecho civil, en los resultados concretos ha de tener lugar una "liberación del pensamiento civilista".

[22] Ídem, § 309, nota 4.

[23] Así lo demuestra la sentencia del conocido "caso de la viruela" (BGHSt. 17, 359 y s.), en el que, conforme a lo expuesto más arriba, no se puede aprobar la condena por delito imprudente (cfr. al respecto mi exposición en la *Honig-Festschrift*, nota 26, p. 143 = *supra*, nota 26, p. 189).

nea que lo hubiera salvado[24], no se puede hacer responsable a A de la muerte de B; pues como A ni podía materialmente ni tampoco le estaba permitido obligar a B a que consintiera en el tratamiento curativo, tampoco debe soportar las consecuencias de la negativa de B a prestar su consentimiento. La idea fundamental es, pues, la misma que en el grupo de casos anteriormente tratado de acciones de salvamento impuestas juridicamente[25]; y a este respecto es absolutamente irrelevante la cuestión de hasta qué punto era previsible para A el comportamiento de B –incluso aunque A hubiera conocido la actitud religiosa de B–.

f) Antes de concluir merece una última alusión el grupo de casos en los que se producen daños durante la persecución de delincuentes. Así, por ejemplo, si se persigue en coche a un ladrón o a un delincuente de tráfico y, al hacerlo, el perseguidor sufre un accidente sin que en el mismo haya tenido una ulterior influencia el sujeto que se daba a la fuga, hay que afirmar de nuevo que no se puede hacer responsable por ello de lesión u homicidio imprudente al perseguido[26]. Por-

[24] Cfr. un caso muy similar que plantea OTTO, *Maurach-Festschrift*, p. 99.

[25] El principio de la "posibilidad de control", con el que OTTO, *Maurach-Festschrift*, soluciona casos semejantes en el mismo sentido, expresa certeramente esta idea. Sin embargo, Otto entiende ese principio en el sentido de una prohibición general de regreso. Y esto me parece que va demasiado lejos, no sólo por las razones ya expuestas anteriormente, sino también porque la "posibilidad de control" –tal como yo la entiendo– no termina en la actuación dolosa de un tercero, porque a éste, si su acción amenaza con provocar consecuencias dañosas, es perfectamente lícito detenerlo, lo que precisamente no ocurre en las constelaciones que hemos discutido; en ellas se acaba por imperativo jurídico la posibilidad de control –y con ella el fin de protección de la norma de la imprudencia–.

[26] La solución podría ser distinta si la persecución sirve para recuperar el botín de un ladrón, constituyendo un caso de legítima defensa; pues seguramente la víctima de una agresión antijurídica y actual cae dentro de la esfera de protección de la norma, cuya extensión habría que determinar, ciertamente, con mayor exactitud. Sobre los (problemáticos) intentos de la jurisprudencia civil por solucionar casos de este

que, o bien el perseguidor ha actuado por su libre decisión –y en tal caso el perseguido sólo es el provocador impune de una autopuesta en peligro impune–, o bien los esfuerzos para lograr la detención se basaban en un deber legal (como en el caso de actuación de un funcionario de policía) –y entonces el legislador volverá a asumir el riesgo profesional.

g) Con esto damos por concluida la enumeración de diversas constelaciones típicas. Tal enumeración no es exhaustiva ni se ha realizado conforme a puntos de vista sistemáticos. Pero de todos modos puede que haya quedado claro que en los grupos de casos, sorprendentemente numerosos y reales, de autolesión y autopuesta en peligro la limitación de la responsabilidad mediante la idea del fin de la norma se puede reducir a dos principios fundamentales, a saber: la serie de argumentos que se desprenden de la impunidad de la participación en el suicidio, por un lado, y, por otro, la idea de que a nadie se le pueden imputar unas consecuencias si no le está permitido oponerse a la acción del causante del daño (como, por ejemplo, en los casos de medidas de salvamento o de persecución impuestas legalmente)*. De este modo resulta un

tipo con ayuda del criterio del "incremento del riesgo", cfr. BGH *NJW* 1971, 1980-1983, y últimamente COMES, *NJW* 1972, pp. 2022 y ss.

* Como quiera que en nuestro CP sí es punible la participación en el suicidio, no es válida en nuestro Derecho la argumentación de Roxin para el primer grupo de casos, es decir, aquellos en que la decisión de suicidarse, autolesionarse o correr un peligro es espontánea y no entra en juego la imposibilidad jurídica de oponerse a ella. En consecuencia, habrá que investigar si hay otras razones que permitan excluir la punición del favorecimiento imprudente de tales resultados. En el caso de que la víctima sólo sufra una lesión –querida o no– se podría argumentar de modo paralelo al de Roxin y excluir la punición con base en que si en nuestro Derecho, salvo en el caso de los artículos 425 y 426 CP, es impune la participación (dolosa) en la automutilación o la autolesión por ser éstas también impunes (lo que me parece fuera de duda, pues no se trata del caso de las lesiones consentidas, que es más discutido), también ha de ser impune la "participación" imprudente en una autolesión. Pero este procedimiento no cubriría los casos de suicidio o aquellos en que la autopuesta en peligro desembocara

orden lleno de sentido y que excluye toda inseguridad en la aplicación de la idea del fin de la norma a esas situaciones.

2. La puesta en peligro de un tercero aceptada por éste

Un grupo de casos directamente lindante con el anterior se refiere a situaciones en que una persona no emprende acciones con las que se ponga en peligro a sí mismo ni afronta un riesgo ya existente, sino que se expone con plena conciencia del riesgo a una puesta en peligro que es obra exclusiva de un tercero. Ambos tipos de situaciones no han sido diferenciados hasta ahora en la doctrina[27] ni tampoco, lo que es más importante, en la jurisprudencia; pero deberían ser estrictamente separados[28]. No es lo mismo concertar con otra persona una alocada carrera de motos y aceptar al hacerlo la posibilidad de sufrir un accidente por la propia imprudencia que ir sentado en el asiento trasero de una moto manejada por un conductor increíblemente temerario. En el primer caso (BGHSt. 7, 112 y ss.), como ya se dijo, la conducta del cooperador es participación impune en una autopuesta en peligro, mientras que el conductor del segundo caso, si se accidenta, causa simultáneamente un daño a otro y no se puede decir en absoluto que sea impune sin más. El Derecho

---

en muerte. En ellos –y quizás en general, si no se aceptara el anterior razonamiento– habrá que seguir examinando si las características de los mismos consistentes en que tal conducta imprudente no representa sino una mera contribución causal, que favorece pero no realiza la lesión del bien jurídico, y en que además quien lesiona el bien jurídico no es un tercero sino su propio titular suponen razones que aboguen por la impunidad. (N. del T.)

[27] Tampoco lo ha sido en el trabajo, por lo demás muy profundo y valioso, de GEPPERT, "Rechtfertigende 'Einwilligung' des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Strassenverkehr?", *ZStW* 83 (1971), pp. 947-1001.

[28] El que ello sea difícil en casos límites no altera la necesidad de la separación, como tampoco lo hace en cuanto a la distinción entre participación impune en el suicidio y homicidio punible a petición de la propia víctima.

positivo muestra ya en los §§ 216 y 226 a StGB* que para el legislador existe una diferencia entre el autodaño (o autopuesta en peligro) impune y el daño causado a otra persona con su consentimiento. Con tanta más razón ello ha de ser válido en casos de este tipo, en los que ni siquiera se puede hablar de un genuino consentimiento. El sentido profundo de tal diferenciación radica en que en todo momento uno domina con su propia decisión la medida en que se quiere exponer al peligro procedente de sus propias acciones, mientras que el mero hecho de tolerar la puesta en peligro que es obra de otra persona deja a la victima a merced de un desarrollo imprevisible, que a veces tampoco puede ser ya controlado ni interrumpido en un estadio en el que, en cambio, aún podría hacerlo quien se pone en peligro a sí mismo; y además, quien se expone a una puesta en peligro por parte de otro no puede apreciar en el mismo grado la capacidad del otro para dominar situaciones arriesgadas a como podría apreciar la medida y los límites de su propia habilidad.

Hay, por tanto, buenas razones para no equiparar sin más la "puesta en peligro de un tercero aceptada por éste" a la autopuesta en peligro. Pero la cuestión de cómo se la debe tratar es una de las menos claras de la dogmática de la imprudencia. Hoy existe unanimidad en admitir que el consentimiento (ya se lo considere causa de exclusión del tipo o de justificación) sólo entra en juego en muy raros casos[29]. En efecto, se podrá considerar que es posible el consentimiento incluso frente a la actuación imprudente, pero casi nunca se podrá demostrar que la víctima estaba realmente de acuerdo con las eventuales consecuencias dañosas[30]. Y así, efectivamente, la jurisprudencia civil se ha apartado de la construcción del consentimiento[31]. Hans Stoll ha dedicado una funda-

* El § 216 castiga el homicidio a petición de la propia víctima, y el § 226 a) admite la eficacia justificante del consentimiento en las lesiones salvo cuando infrinja las buenas costumbres. (N. del T.)

[29] Ahora GEPPERT, *ob. cit.*, pp. 969-988, resume y prosigue la discusión.

[30] Cfr. Ibídem.

[31] Fundamental la sentencia BGHZ 34, 355 y ss.

mental monografía al "actuar a riesgo propio" ("Das Handeln auf eigene Gefahr", como él lo llama) y a sus consecuencias jurídico-civiles, que hasta ahora no ha tenido recepción en el Derecho penal[32], si bien es cierto que tampoco se pueden trasplantar directamente sus conclusiones. Ello se debe no sólo a las *rationes* parcialmente divergentes de ambos campos del Derecho, sino también a que el Derecho civil, gracias a la figura de la concurrencia de culpas, dispone de posibilidades de regulación que no tienen un equivalente (aunque sólo fuera de modo sumamente insuficiente en la medición de la pena*) en el Derecho penal.

Ahora bien, ¿cómo puede resolver el Derecho penal los casos de "puesta en peligro de un tercero aceptada por éste"? Si en tales casos atendemos a la medida en que el fin de protección de la norma abarca dichas constelaciones, tendremos ciertamente un principio rector metodológico, pero no tendremos aún puntos de apoyo para concretar su contenido. La jurisprudencia no ha logrado pasar hasta ahora de la "archiconocida" apreciación de que los límites de la responsabilidad "dependen de las concretas circunstancias del caso concreto"[33]. La sentencia del caso de las motocicletas, tantas veces mencionada, ha indicado algunos puntos de vista que podrían tomarse en consideración, no en el caso en cuestión, sino en los de puesta en peligro de un tercero aceptada por éste: "la eventual conformidad de personas plenamente responsables con el peligro qué han reconocido claramente; el motivo y el fin de la empresa; las eventuales medidas de precaución, así como el grado de falta de cuidado y la magnitud del peligro"[34]. Según la sentencia, la ponderación de esas

[32] Cfr. sin embargo el informe de GEPPERT, *ob. cit.*, pp. 990 y ss.

* Como es sabido, nuestra reciente jurisprudencia admite, en cambio, que la culpa concurrente de la víctima puede, como mínimo, degradar la del autor, con la consiguiente disminución de pena; cfr. p. ej., las sentencias TS 29/4/74, 2/5/74, 23/10/74, 13/3/74 y 14/4/75, recogidas por mí en *RDCir* 1974, pp. 357-358, 575; 1975, pp. 258-259. (N. del T.)

[33] Así la fórmula cit. por GEPPERT, *ob. cit.*, p. 993.

[34] BGHSt. 7, 115.

circunstancias se deja al "arbitrio judicial"; concepción ésta que apenas se puede conciliar con el principio de precisión legal. Geppert[35] ha señalado que la jurisprudencia suele afirmar sin excepción que hay responsabilidad por imprudencia cuando el que crea el peligro tiene un especial deber de custodia frente al otro, cuando no guarda el cuidado que estaría en consonancia con el crecido riesgo y cuando la empresa arriesgada infringe una expresa prohibición jurídica.

Está claro que ese cúmulo de puntos de vista, que han sido desarrollados precisamente a lo largo de una jurisprudencia del caso concreto, aguarda todavía su examen y ordenación por parte de la dogmática jurídico-penal, lo que naturalmente tampoco es posible llevar a cabo dentro de los límites de esta visión de conjunto que sólo pretende esbozar el panorama. Se requeriría la extensión de una monografía para poder examinar la inabarcable casuística, elaborar casos de limitación de la responsabilidad específicos del Derecho penal y desbrozar así científicamente cada vez más esa terra incógnita dominada por el arbitrio judicial. Aquí sólo se puede señalar que la acentuación de la idea del fin de la norma al menos pone de manifiesto la tarea a realizar; y, por otra parte, que algunos "puntos rectores" por los que se orienta la jurisprudencia no convencen demasiado. Así ocurre, sobre todo, con la creencia de que en los casos de puesta en peligro de un tercero aceptada por éste la conducta antijurídica da lugar *eo ipso* a responsabilidad por imprudencia. También Geppert[36] pone de relieve la "insatisfacción" que produce "tener que castigar a un conductor imprudente, dado el caso, con independencia de que por su infracción del deber haya lesionado a un tercero que nada tenía que ver, o que, por el contrario, haya lesionado a un acompañante que se había expuesto a ese riesgo con claro conocimiento de las posibles consecuencias". Intentar saber si el fin de las reglas del tráfico y de las normas de la imprudencia referidas a aquéllas consiste en proteger también a las perso-

[35] Ídem, p. 994.

[36] Ídem, p. 988.

nas que participaron en su infracción y que querían soportar las posibles consecuencias es una cuestión que queda excluida de antemano por el punto de vista de la jurisprudencia.

Pero para proceder correctamente, si queremos atenernos a los criterios legales de valoración, habremos de decir: se debe negar la responsabilidad por imprudencia cuando la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste equivalga bajo todos los aspectos relevantes a una autopuesta en peligro. No se puede resumir en una fórmula cuándo se dará tal caso. Para saberlo, se deberá ir trabajando paso a paso de la mano de una fenomenología de los tipos de situaciones que interesan, atendiendo siempre a la situación de partida parcialmente discrepante que se esbozó anteriormente. No es posible abordar aquí esta tarea, pero sí se pueden indicar algunos puntos de vista que permitan una orientación. Con arreglo a los mismos se podrá equiparar la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste a la autopuesta en peligro si la persona puesta en peligro se da cuenta del riesgo en la misma medida que quien crea el peligro, si el daño es consecuencia del riesgo aceptado y no de otros fallos adicionales y si la persona puesta en peligro carga con la misma responsabilidad por la actuación común que la persona que crea el peligro. Convirtiendo estas afirmaciones abstractas en ejemplos usuales, resultará lo siguiente: Si el acompañante, que tiene mucha prisa, apremia a la persona que va al volante para que marche a velocidad superior a la permitida, no se vé por qué el conductor habría de responder penalmente frente a la persona que viaja con él de las consecuencias resultantes de la excesiva velocidad. Distinto sería si el acompañante sólo tolera el exceso de velocidad del conductor, o si no conoce los factores que aumentan el riesgo (miopía u otras características del conductor que entorpezcan sus reacciones), o si el accidente sobreviene por otros fallos en la conducción [37].

[37] Me parece dudoso que fuera de estos casos haya que rechazar la exclusión de la responsabilidad por los riesgos que de antemano pongan en peligro alguna vida; pues el § 216 StGB * se refiere a hechos

Del mismo modo habría que resolver en el caso de que el dueño de un coche, que a consecuencia del alcohol ingerido no estuviera en perfectas condiciones para conducir, llevara en su coche a otro asistente a la fiesta a petición expresa de este último. En este sentido deberían examinarse todos los grupos de casos estableciendo las diferencias correspondientes.

3. Los daños sobrevenidos posteriormente

Un tercer grupo de casos, en el que es precisa con urgencia la limitación de la responsabilidad mediante el fin de la norma, es el de los daños sobrevenidos posteriormente[38]. Si una persona muere al poco tiempo de resultas de un accidente causado imprudentemente por un tercero, dicha muerte se le imputará seguro al causante dentro de los límites de lo previsible; pues no puede haber ninguna diferencia entre que la víctima muera enseguida o que tarde en morir algunos días. Pero esto no puede aplicarse sin más al caso de daños permanentes con consecuencias tardías. Supongamos que la víctima de un accidente se restablece dentro de lo posible, pero que le quedan daños estacionarios que disminuyen de modo muy general sus expectativas de vida y que dan lugar a su muerte (que en sí es prematura) ¡veinte años después! Pues bien, ¿debe responder el causante del accidente por homicidio imprudente? Es indudable que en este caso se da la realización del peligro y que el curso de los acontecimientos era absolutamente previsible. Pero a pesar de esto, si bien existe una extensa jurisprudencia civil sobre casos de este tipo y similares, no hay, en cambio –por lo que alcanzo a ver–, una sola sentencia penal. Bien es verdad que puede que haya buenas razones para que así sea; porque si se dicta una con-

---

dolosos y no tiene por qué ser trasladado sin más a la responsabilidad por imprudencia.

* Recuérdese que se trata del precepto sancionador del homicidio a petición de la víctima. (N. del T.)

[38] Cfr. al respecto, sobre todo RUDOLPHI, *JuS* 1969, pp. 554 y ss., que resume y prosigue la discusión.

dena por lesiones imprudentes –como ocurrirá por regla general en caso de perturbaciones crónicas–, la fuerza de cosa juzgada de esa sentencia impide según la opinión dominante que se vuelva a abrir el caso tras producirse un resultado más grave[39]. También se puede pensar en la posibilidad de prescripción conforme al § 67, apartado 4, StGB. Pero ambos métodos de solucionar el problema parecen inadecuados, pues difícilmente se puede comprender que se pueda haber dictado sentencia con valor de cosa juzgada sobre un homicidio imprudente o que éste pueda haber prescrito antes de que se haya producido[40]. Por ello estimo que la *sedes materiae* radica en el Derecho material y en la cuestión de si no se deben excluir de antemano tales casos de la esfera de protección del § 222 StGB. La respuesta ha de ser afirmativa, ya que la disminución de las expectativas de vida puede ser tenida en cuenta en la graduación de la pena del § 230 StGB, por lo que el delito ya no precisa una "expiación tardía" conforme al § 222 StGB*; y asimismo hace mucho tiempo que el uso corriente del lenguaje no permite hablar de "homicidio imprudente" en tal caso, del mismo modo en que tampoco se diría que ha "caído" refiriéndose a un soldado que muere mucho tiempo después de firmarse la paz de resultas de una herida de guerra. Y también cualitativamente es muy distinto que se destruya o que sólo se acorte la vida de alguien[41]. Un

[39] Cfr. por todos KERN-ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 11ª ed., 1972, p. 250.

[40] Contra la admisión de la eficacia de cosa juzgada KERN-ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, loc. cit., adhiriéndose a Henkel y Burns; contra la prescripción, p. ej., SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 67, nota 5, con ulteriores indicaciones bibliográficas.

* Recuérdese que el § 222 castiga el homicidio imprudente, y el § 230, las lesiones imprudentes. (N. del T.)

[41] Está claro que los casos de acortamiento que aquí se discuten no tienen nada que ver con la eutanasia, justamente considerada como homicidio: la eutanasia es la destrucción de una vida a la que sólo le queda breve duración, mientras que de lo que aquí se trata en el momento del hecho es del acortamiento de una vida a la que aún le queda una larga duración.

caso así está situado evidentemente entre las lesiones y el homicidio y ha de ser incluido en uno de los dos tipos conforme a puntos de vista teleológicos, lo que plantea dificultades de delimitación que hasta ahora ni tan siquiera se ha intentado solucionar. Probablemente no se podrá fijar un rígido límite en el tiempo, sino que habrá que tomar el curso de la enfermedad como criterio divisor. Cuando el daño causado en un accidente se desarrolle con continuidad (ya sea en un plazo más breve o más largo) hasta la muerte, habrá homicidio imprudente siempre que concurran los restantes requisitos; pero cuando se detenga la enfermedad sin que sea posible un total restablecimiento, ya no se podrá considerar que el fin de protección del § 222 StGB abarca consecuencias tardías que se produzcan por la reducción general de la capacidad de resistencia y rendimiento. Para poder dar soluciones ajustadas al curso de cada caso sería precisa una exposición de todo el material que desbordaría la extensión de este estudio; pero también en este punto es necesario llevar a cabo una investigación en detalle.

De acuerdo con el principio rector que acabamos de desarrollar, con mayor motivo habrá que rechazar la punición por delito imprudente cuando un acontecimiento externo sobrevenido posteriormente y causado por el primer accidente origina un ulterior daño. Así ocurre en los numerosos casos en que a consecuencia de un accidente provocado imprudentemente por un tercero una persona queda impedida de la visión o la locomoción, lo que posteriormente da lugar a un nuevo accidente. Los sucesos de este tipo no caen en absoluto fuera de la experiencia de lo que ocurre habitualmente y, por tanto, según los criterios generales de imputación tendrían que acarrear un castigo (bien guerra por unas segundas lesiones, bien por homicidio imprudente). Rudolphi, a quien corresponde el mérito de haber planteado por primera vez la discusión sobre el tratamiento de tales situaciones[42], cree que se debe diferenciar al hacer el enjuiciamiento jurídico-penal de las

[42] *JuS* 1969, p. 555.

mismas. Considera que se debe castigar al primer causante por delito imprudente "si el daño permanente da lugar a una ulterior lesión o incluso a la muerte de la victima sin que en ello haya tenido que ver ningún tipo de culpa de la propia víctima. Un ejemplo de este tipo lo constituye el caso de que la víctima[43], pese a observar todo el cuidado que le es exigible, se vea inmersa en una situación de peligro, a la que como ciego o como persona con una pierna amputada ya no está en condiciones de hacer frente y que origina por ello una nueva lesión". En cambio, estima que se debe excluir la punición "si la propia víctima, por no observar el cuidado que le era exigible, se expone a unos peligros que ya no está en condiciones de hacer frente debido a la perturbación crónica, y sufre por ello una ulterior lesión; así, por ejemplo, si una persona con una pierna amputada emprende a la ligera la escalada de una montaña, durante la cual se despeña precisamente por tener su pierna amputada, y muere". En este segundo caso, en el que "la víctima no se ha comportado en consonancia con su minusvalidez debida al daño crónico", sino que se ha expuesto culpablemente al peligro de sufrir un ulterior daño, el ámbito de la responsabilidad del primer causante encuentra "su límite en el de la víctima". Es, pues, la idea del favorecimiento impune de una autopuesta en peligro la que le sirve a Rudolphi para limitar aquí el fin de protección de la norma. Ella es absolutamente correcta; sólo que, conforme a lo ya expuesto, hay que ir aún más lejos y rechazar –a diferencia de lo que sostiene Rudolphi– la responsabilidad por imprudencia del primer causante aunque no haya habido culpa de la víctima. En tanto en cuanto, dicha conclusión no se deduce del argumento de la autopuesta en peligro, sino de las razones expuestas al tratar del problema del acortamiento de la vida. A ello se añade un punto de vista adicional: otra razón por la que el primer causante no ha de responder de posteriores riesgos de lesión de su víctima es la de que no tiene ningu-

[43] En el original se dice "el autor", lo que evidentemente es una errata de imprenta.

na posibilidad de influir en la configuración de la vida de la misma. No puede obligar a la víctima a pasar el resto de su vida en la silla de ruedas, para evitar que recaiga sobre él (el primer causante) un nuevo castigo. Pero ¿acaso debe considerarse como culpa propia el hecho de subir y bajar escaleras y andar por las calles simplemente porque ello supone siempre un riesgo mucho mayor que en el caso de personas no impedidas físicamente? En tal caso prácticamente toda actividad implicaría culpa del impedido y excluiría la responsabilidad del causante del primer accidente, por lo que la posibilidad de punición sólo tendría existencia teórica. Pero si, como es más lógico, no se aprecia en ello culpa alguna, por no considerar suficiente a esos efectos un aumento del riesgo por muy considerable que sea, entonces es casi imposible encontrar una delimitación practicable. Por eso es aconsejable acudir de nuevo al argumento, desarrollado ya en otro contexto, de que no hay por qué responder de consecuencias que no es lícito prevenir y evitar, de donde se deduce que al primer causante no se le deben imputar jurídico-penalmente los accidentes resultantes de daños permanentes[44].

4. Casos en que se produce un segundo daño

Un último grupo, al que hay que aludir aquí brevemente, lo constituyen los "casos en que se produce un segundo daño", esto es, casos en los que un primer daño facilita la lesión de un bien jurídico de una segunda persona. Aquí podemos distinguir nuevamente diversos tipos de situaciones.

[44] En este caso, como en tantos otros, es distinta la situación de intereses para el Derecho civil. Porque la obligación del causante del accidente de indemnizar al herido se reduce en la misma medida en que la víctima pueda aún tomar parte en el tráfico general y participar de la alegría de vivir de las personas sanas. Pero entonces parece justo que también recaigan sobre la víctima las cargas financieras que puedan resultar del riesgo generalmente mayor en caso de nuevos accidentes. Indemnización de daños y perjuicios y sanción jurídico-penal son dos cosas distintas, y ello es algo en lo que nunca se insistirá lo bastante. A veces la responsabilidad penal puede ir incluso más lejos que la civil (cfr. SCHÜNEMANN, *JA* 1972, pp. 780 y s.).

a) Una constelación conocida en la jurisprudencia civil es la de los "daños causados por un shock" que sufre un tercero al enterarse de la muerte o de las lesiones de una persona allegada. Tales daños no son imprevisibles, pero me parece –y vuelvo a repetir que con total independencia del problema de la compensación civil por las consecuencias del daño– que querer imputar jurídico-penalmente dichas consecuencias al primer causante es ir demasiado lejos[45]. El fin de protección de la prohibición penal del homicidio o las lesiones no pretende preservar a personas distintas del afectado de las repercusiones físicas de conmociones psíquicas. Cabe deducir esta afirmación del hecho de que en general no se puede considerar que esté penalmente prohibido causar preocupaciones y cuidados, lo que, como es sabido, es muy nocivo para la salud. No se pretenderá, en efecto, castigar al joven, cuyo rival se consume enfermo de celos porque aquél le ha quitado la novia. Y el enjuiciamiento jurídico de los casos en que se produce un segundo daño por causa psíquica no puede ser distinto porque, a diferencia de lo que ocurre con la causación imprudente de un accidente, no esté prohibido el hecho de "quitar la novia"; de lo contrario habría que castigar por lesiones imprudentes al adúltero (cuya conducta está prohibida) si el marido engañado sufre una crisis nerviosa, cosa que nadie se atreverá a sostener.

b) Dentro de los casos en que se produce un segundo daño se encuadran también las lesiones que a raíz de un primer accidente causado imprudentemente sufren otras personas distintas por su propia culpa o por culpa de terceros. Un ejemplo que se presenta frecuentemente, y al que voy a limitarme aquí, es el de los casos de choques debidos a que los vehículos que vienen detrás guardan una distancia demasiado reducida y causan por ello un segundo accidente al precipitarse contra el coche accidentado, resultando lesionados ellos mismos u otras personas.

[45] Cfr. al respecto lo que ya he expuesto en la *Honig-Festschrift*, pp. 141 y s. = *supra* p. 186.

En tales casos se plantea la cuestión de si también se le puede considerar penalmente responsable del segundo daño al imprudente causante del primer accidente. Como es sabido, la jurisprudencia así lo afirma, ya que el principio de confianza, raro caso de limitación del fin de protección elaborado por la jurisprudencia y reconocido hoy por todos, lo único que dice es "que el conductor que actúa reglamentariamente no tiene por qué contar con el comportamiento antirreglamentario de otros participantes en el tráfico rodado"[46] mientras no concurran especiales circunstancias; en cambio, quien ha actuado infringiendo el cuidado debido ha de responder también por el comportamiento culpable de otros[47]. En consecuencia, quien "se quede parado por su culpa en medio de la autopista" (y también, por consiguiente, quien haya provocado culpablemente el que otro se quede parado) tendrá que "contar con la posibilidad de ser embestido por otros vehículos"[48].

Pero esto no es muy convincente, pues si el conductor que marcha detrás tiene que guardar una distancia que permita frenar a tiempo y evitar el choque en caso de que el vehículo que lo precede se pare repentinamente (por las causas que sean), es *él* quien debe cargar con la responsabilidad por las consecuencias de una distancia demasiado reducida. El que se haya topado con un accidente culpablemente provocado o, por el contrario, fortuito es irrelevante a efectos de la medida del cuidado que debía observar y de sus posibilidades de evitar el choque, del mismo modo que, por otro lado, el que el conductor del primer coche se haya quedado parado en medio de la calzada por su culpa o sin ella no puede influir en la medida de aquello con lo que tiene que contar. Todo lo demás implica en definitiva un *versari in re illicita*, al tener que responder el culpable causante del primer accidente de una

[46] JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 2ª ed., nota 13, p. 439.

[47] Cfr. también SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 59, nota 199; STRATENWERTH, *ob. cit.*, nº marginal 1236.

[48] SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 59, nota 189.

interminable serie de daños en cadena aunque la misma víctima haya infringido petulantemente el precepto del Derecho de la circulación que regula las distancias y que precisamente sirve para evitar tales daños. En estos casos, el Derecho civil gracias al § 254 BGB* puede optar nuevamente por una solución que se adapte con flexibilidad a cada situación de intereses. Pero el Derecho penal, que sólo tiene la alternativa de apreciar o excluir toda la responsabilidad, debería optar por la vía de la limitación del fin de protección, dada la subsidiaridad de las sanciones jurídico-penales.

Al igual que en el anterior, en este grupo de casos de causación impune de un segundo daño las dos situaciones típicas que acabamos de discutir no son sino ejemplos que hemos seleccionado y que sólo pretenden servir de estímulo para una investigación de la totalidad del material.

III

La exposición precedente sobre la cooperación en autolesiones y autopuestas en peligro, la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, los daños sobrevenidos posteriormente y los casos en que se produce un segundo daño no está sistematizada en sentido estricto y tampoco es materialmente completa, ni siquiera por aproximación. El fin que me he propuesto con este esbozo limitado a unos cuantos ejemplos es solamente el de mostrar que la problemática de la imputación en la esfera del injusto no se puede reducir a la cuestión de si la lesión de un bien jurídico es consecuencia de un peligro creado por el autor sin un permiso especial. Detrás de todo ello sigue quedando un ulterior grado de valoración, que aquí hemos designado con el nombre del "fin de

* Dicho precepto contempla el caso de que la propia víctima haya tenido culpa también en la producción del daño, en cuyo caso se hace depender de las circunstancias (sobre todo de la cuestión de qué parte ha sido la preponderante en la causación del daño) no sólo la cuantía de la indemnización sino incluso la propia existencia del deber de indemnizar. (N. del T.)

protección de la norma" y que debería utilizarse para restringir la responsabilidad penal por imprudencia. Por supuesto que la idea del fin de protección no es un concepto del que se pudiera deducir nada, sino sólo un "punto de vista rector" desde el que hay que examinar y elaborar paso a paso toda la materia jurídica. Pero para ello no se pueden abandonar los criterios de valoración al libre antojo orientado por el sentimiento jurídico, es decir, al arbitrio judicial o del tipo que sea, sino que dichos criterios se deben desarrollar paso a paso y con gran cautela por medio de la analogía restrictiva del Derecho penal partiendo de inequívocas decisiones legales (como, por ejemplo, la de la impunidad de la participación en el suicidio) o de criterios reconocidos como seguros en la ciencia y la jurisprudencia (como, v. gr., el principio de confianza antes mencionado). A más de la importancia político-criminal mencionada al principio, en el aspecto metodológico tal esfuerzo tendría la función de volver a acrecentar el valor del pensamiento teleológico en el ámbito de la dogmática de la imprudencia y, sobre todo, de mostrar también que en concordancia con sus diferentes fines la reparación civil del daño y la sanción penal pueden discrepar en esta zona parcial de la problemática de la imputación. El esclarecimiento de la estructura óntica de la actuación imprudente, tal como lo ha promovido particularmente el finalismo, ha producido –al acentuar el desvalor de la acción– resultados esenciales. Pero también me parece que, como ha dicho Wilhelm Gallas, a quien se dedica este homenaje con motivo de su jubilación, "lo que verdaderamente demanda la actual situación dogmática es hallar una síntesis entre los nuevos impulsos que tenemos que agradecer al finalismo y ciertos resultados irrenunciables procedentes del anterior grado de desarrollo de nuestra ciencia, determinado por las ideas de valor y de fin"[49]. Dentro de un campo limitado, este breve estudio pretende ser una modesta aportación en ese sentido.

[49] Así, por primera vez, en *ZStW* 67 (1955), p. 47 (= *Beiträge zur Verbrechenslehre*, p. 58).

"CULPABILIDAD" Y "RESPONSABILIDAD" COMO CATEGORÍAS SISTEMÁTICAS JURÍDICO-PENALES*

I

La distinción entre injusto y culpabilidad es considerada con razón una de las perspectivas materiales más importantes que ha logrado elaborar nuestra ciencia del Derecho penal en los últimos cien años. Además, la discusión sobre la delimitación y el contenido de ambas categorías del delito ha aportado algunos resultados que hoy pueden considerarse seguros, a saber: que no se puede dividir limpiamente injusto y culpabilidad en lo externo y lo interno, en elementos objetivos y subjetivos, como se hacía en el sistema "clásico" de Beling; que, en consecuencia, la culpabilidad no es una categoría descriptiva que, como compendio de todos los movimientos de la voluntad que se puedan hallar en la psique del autor, pudiera alcanzar su unidad en la homogeneidad del sustrato material; y que, según esto, el sistema del delito no se puede basar en un concepto de culpabilidad "psicológico", sino valorativo ("normativo")[1]. Existe, pues, unanimidad en considerar que la culpabilidad se distingue del injusto por la peculiar forma de valoración a que se somete la acción del autor.

* Publicado en "Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft", *Festschrift für Heinrich Henkel*, Berlin-New York, 1974, pp. 171-197.

[1] El desarrollo histórico-dogmático se puede dar aquí por conocido en sus grandes rasgos; para una exposición detallada, cfr. la monografía de mi discípulo ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, 1974.

Pero la unanimidad no va mucho más allá, ni en el aspecto terminológico ni en el contenido. Aunque se empiece por adoptar espontáneamente el vocabulario tradicional, sin embargo está claro que la categoría sistemática "culpabilidad" no constituye un mero juicio de valor (por muy específico que sea), sino que contiene también elementos de contenido material de carácter subjetivo y objetivo (como, por ejemplo, la conciencia de la antijuridicidad o determinadas situaciones de estado de necesidad). Por ello, si se quiere hablar con exactitud, será aconsejable distinguir entre el objeto de la valoración (el "tipo de culpabilidad"), la valoración misma (que la mayoría designa con el nombre de "reprochabilidad") y la unión del objeto y de su predicado de valor (la "culpabilidad") y la unión del objeto y de su predicado de valor (la "culpabilidad" o, más exactamente, el "hecho culpable"). En sentido amplio, objeto de la reprochabilidad es la totalidad del hecho, es decir, el injusto más los elementos específicos de la culpabilidad; en sentido estricto se puede limitar el tipo de la culpabilidad a las circunstancias que, sin pertenecer al injusto, son decisivas para la reprochabilidad [2]. Por tanto, no redunda demasiado en favor de la claridad decir que las concepciones sistemáticas que sitúan el dolo en la culpabilidad mantienen un concepto "complejo" (es decir, en el que se unen el objeto de la valoración y la valoración del objeto) de la culpabilidad [3] y atribuir, en cambio, a la teoría final de la acción, que desplaza el dolo al tipo, un concepto exclusivamente valorativo (puramente normativo) de la culpabilidad [4]. Porque ambos conceptos

[2] De modo casi idéntico KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, 1961, pp. 182 y s.; también, con respecto a "culpabilidad" y "reprochabilidad", LENCKNER, "Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit", en *Handbuch der forensischen Psychiatrie*, t. I, Parte A, 1972, pp. 39 y s.

[3] Así, sobre todo, MAURACH, *Allg. Teil*, 4ª ed., 1971, pp. 365 y ss.

[4] Así WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 140: "Del concepto de culpabilidad se separaron los elementos anímico-subjetivos, reteniendo solamente el criterio de la reprochabilidad"; MAURACH, *Allg. Teil*, p. 369: "La culpabilidad, despojada de todos los elementos

de culpabilidad son "complejos" (esto es, abarcan por igual el tipo de la culpabilidad y el juicio de reprochabilidad) [5]: la única diferencia estriba en que el dolo, según se lo incluya en el tipo o en la culpabilidad, pertenecerá al tipo de la culpabilidad en sentido amplio o en sentido estricto.

II

Con independencia de tales precisiones conceptuales, la cuestión decisiva –verdadero problema básico de la dogmática jurídico-penal– sigue siendo saber qué es lo que realmente fundamenta en el aspecto material el reproche de la culpabilidad, es decir, por qué caracterizamos como "culpable" o "no culpable" una conducta ilícita si concurren determinados requisitos positivos y negativos. Este problema del "concepto material de culpabilidad" tiene una importancia capital, porque la cuestión de cuál es el punto de vista valorativo rector en el que se basa esta categoría del delito puede ser totalmente decisivo para la interpretación de todos los elementos concretos de la culpabilidad e incluso para desarrollar nuevas causas supralegales de exclusión de la culpabilidad y, por ello, en muchos casos para enjuiciar la punibilidad.

Si intentamos averiguar dónde radica según la doctrina el criterio normativo unificador de la teoría jurídico-penal de la culpabilidad, encontraremos un buen número de soluciones distintas, de las que es preciso discutir brevemente al menos las más importantes.

---

psicológicos y de todos los objetos de la valoración existentes en el mundo de representaciones del autor, es ahora exclusivamente el enjuiciamiento del proceso de motivación. Sus componentes son procesos puramente valorativos".

[5] También se manifiesta acertadamente en este sentido el finalista STRATENWERTH, *Strafrecht, Allg. Teil*, 1971, nº marginal 528: "Bajo el término culpabilidad se examinan incluso circunstancias sumamente complicadas. Y en definitiva no se puede negar en absoluto que dentro de esas circunstancias también desempeñan un papel esencial los momentos anímico-subjetivos y los datos psíquicos".

1. La fórmula mágica que desde Freudenthal[6] y Goldschmidt[7] ha dominado la discusión a lo largo de veinte años es la teoría de la "exigibilidad" como causa que fundamenta el reproche de culpabilidad. "El no dejarse motivar por la representación del deber pese a la exigibilidad es... reprochabilidad"[8], y la "exigibilidad, el fundamento de la imputación de la culpabilidad"[9]. No es necesario desarrollar de nuevo la polémica acerca de la exigibilidad, que giró sobre todo en torno al reconocimiento de la "inexigibilidad" como causa general y supralegal de exclusión de la culpabilidad[10]. Heinrich Henkel, a quien se dedica este homenaje con motivo de su jubilación, ha demostrado[11], a mi juicio irrefutablemente, que la exigibilidad "*no* (es) un concepto normativo, sino un principio regulador"[12]. Dicho principio regulador, "que por su significación debe ser incluido entre los componentes de la teoría general del Derecho"[13], "no encierra ningún tipo de contenidos de valor ni de criterios de valor, sino que es un concepto totalmente desprovisto de valor, y, por tanto, no normativo... El que el legislador emplee una cláusula regulativa no significa creación de una norma sino, por el contrario, renuncia a la norma... indicando que la norma judicial se debe desarrollar partiendo del caso concreto"[14].

[6] *Schuld und Vorwurf*, 1922.

[7] GOLDSCHMIDT, "Normativer Schuldbegriff", en *Festgabe für Reinhard von Frank*, t. I, 1930, pp. 428 y ss.

[8] Ídem, p. 442.

[9] Ídem, nota 1, p. 442.

[10] Cfr. solamente, de entre la rica literatura monográfica, MARCETUS, *Der Gedanke der Zumutbarkeit*, 1928; SCHAFFSTEIN, Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschliessungsgrund, 1933; SAUERLANDT, *Zur Wandlung des Zumutbarkeitsbegriffs im Strafrecht*, 1936.

[11] "Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip", en *Festschrift für Mezger*, 1954, pp. 249-309.

[12] Ídem, p. 304.

[13] Ídem, p. 260.

[14] Ídem, p. 303.

Y efectivamente es así: la "exigibilidad" es una cláusula carente totalmente de contenido y que, sólo por ello, ya no puede ser el fundamento material de la imputación de la culpabilidad. Si a la pregunta: "¿por qué se le reprocha su conducta al autor?", se responde: "Porque le era exigible otra conducta", dicha respuesta no hace sino aplazar la cuestión y oscurecer la razón de la imputación; pues sigue sin saberse, y esto es lo único importante, *por qué* se le exige (o, en caso de exclusión de la culpabilidad, por qué no se le exige) otra conducta. No hay aquí paralelismo con el concepto de la "antijuridicidad material", que comúnmente se determina como "nocividad social" tipificada. La nocividad social es un criterio con contenido y, pese a todos los problemas, susceptible en principio de concreción material; la exigibilidad, en cambio, es una fórmula vacía. Hasta qué punto se la puede emplear en la teoría jurídico-penal de la culpabilidad como criterio regulador en el sentido de Henkel, es algo de lo que nos volveremos a ocupar más adelante; pero en cualquier caso no se la puede tomar en consideración como principio rector normativo de este grado del delito.

2. Una solución ampliamente difundida hoy es la que defiende de modo particularmente representativo Welzel[15],, quien "enlazando con una larga tradición jurídica y filosófica" determina el criterio de la reprochabilidad "como el 'poder que tiene para ello" la persona con respecto a su antijurídica formación de voluntad'[16]. Ello coincide exactamente con la concepción de la que también se ha declarado partidario el Tribunal Supremo Federal en su fundamental sentencia sobre el error[17]: "Con el juicio de desvalor de la culpabilidad

[15] *Das deutsche Strafrecht*, p. 140.

[16] De modo similar, BRAUNECK, *GA* 1959, p. 266: "Poderse-determinar-de otro modo"; además, STRATENWERTH, *Allg. Teil*, nº marginal 529: "Bajo el título de la culpabilidad se reúnen los presupuestos a partir de los cuales de autor tiene la posibilidad de reconocer la exigencia jurídica del deber y regirse por ella". También BAUMANN, *Allg. Teil*, 6ª ed., 1974, p. 383.

[17] Esta cita y la siguiente corresponden a: BGHSt. 2, 200.

se le reprocha al autor que se haya decidido por el injusto a pesar de haberse podido comportar lícitamente, de haberse podido decidir por el Derecho". El Tribunal Supremo Federal menciona además a continuación la premisa de esta concepción: "La razón profunda del reproche de culpabilidad radica en que el hombre está en disposición de autodeterminarse libre, responsable y moralmente y está capacitado, por tanto, para decidirse por el Derecho y contra el injusto".

Pero esta concepción tropieza con dificultades tanto en sus presupuestos como en sus consecuencias. Se basa en la aceptación de una libertad de voluntad (o libre albedrío) que escapa a la comprobación empírica. El mismo Welzel concede[18] que "la misma pregunta resulta sin sentido en este punto". En la praxis sólo se puede constatar a lo sumo que el autor, "de acuerdo con sus disposiciones y aptitudes generales"[19], habría podido actuar de otro modo empleando la necesaria fuerza de voluntad o que "en las circunstancias concretas..., otro en su lugar"[20] habría actuado de otro modo. En cambio, no se puede saber si en el momento del hecho él mismo era capaz de imponer una decisión de voluntad que se opusiera al hecho[21]. Pero entonces lo que realmente se está discutiendo no es la incontestable cuestión del poder del individuo para actuar de otro modo en el momento del hecho, sino que se trata de ver qué es lo que el orden jurídico exige del autor a la vista de sus condiciones y de las circunstancias externas de lo sucedido en comparación con las de otros hombres, es

[18] *Das deutsche Strafrecht*, p. 148.v

[19] ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 1963 (2ª ed., 1965), p. 26.

[20] JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, 2ª ed., 1972, p. 305. También para HENKEL, "Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem", *Festschrift für Karl Larenz*, 1973, p. 25, "en su consideración de la culpabilidad el Derecho parte de la posibilidad de empleo de la fuerza de voluntad y disposición del término medio".

[21] Esto es algo que hoy no se discute; basta cfr., p. ej., HENKEL, *ob. cit.*, p. 24; LENCKNER, *ob. cit.*, p. 98; STRATENWERTH, *Allg. Teil*, nº marginal 531 JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, p. 305.

decir, "qué se le exige al particular para que aún se le pueda imputar su hecho"[22]. Esto no es una comprobación perteneciente al mundo del ser, sino un procedimiento "de limitación de la responsabilidad penal atendiendo a puntos de vista normativos"[23]. Pero sigue sin estar claro cuál es el criterio valorativo por el que se determinan esas exigencias, ya que el criterio aparentemente descripto del poder actuar de otro modo no hace sino ocultarlo.

Pero es que, aunque se quisiera ignorar estas circunstancias, el elemento del "no poder actuar de otro modo" no aclararía nada en algunas importantes causas de exclusión de la culpabilidad[24]. Cuando, por ejemplo, el § 35, ap. 1, párr. 1, de la nueva Parte General de nuestro StGB disculpa un delito cometido contra una persona no participante si sirve para alejar el peligro de privación de libertad o de lesión leve para una "persona allegada"*, difícilmente se podrá afirmar

[22] Así LENCKNER, *ob. cit.*, p. 98; HENKEL, *ob. cit.*, p. 25, habla también de "tratamiento generalizador" y de "exigencias de conducta del tipo correspondiente al término medio".

[23] LENCKNER, *ob. cit.*, p. 98; coincidiendo casi literalmente, STRATENWERTH, *Allg. Teil*, nº marginal 566, habla de una "limitación normativa, que es de lo que en realidad se trata".

[24] Cfr. también al respecto STRATENWERTH, *Allg. Teil*, nº marginales 630 y ss.

* El § 35 de la nueva Parte General del StGB regula el "estado de necesidad disculpante". Pues bien, mientras que el nuevo § 34, al introducir en el StGB el "estado de necesidad justificante" (pues hasta 1969, en que una ley crea la nueva Parte General –que ha entrado en vigor el 1/1/75– del StGB, éste sólo contemplaba en los §§ 52 y 54 supuestos parciales del estado de necesidad que la teoría dominante de la "diferenciación" considera meramente disculpante), permite que se cometa un hecho típico para salvar cualquier bien jurídico propio o ajeno, siempre que el interés salvado sea esencialmente preponderante sobre el lesionado, en cambio, cuando no se dé esta última condición, el § 35 sólo disculpa la acción de estado de necesidad si el peligro afecta a la vida, integridad corporal o libertad propias, de un pariente o de una persona allegada; si bien, por otra parte, este § 35 StGB no señala –a diferencia del art. 8, 7° CP– un límite preciso al mal que se puede causar para salvar esos bienes jurídicos. (N. del T.)

que es imposible otra actuación distinta en tales situaciones: por el contrario, es perfectamente posible, pero el legislador –por razones que resultan incomprensibles desde este punto de partida que se ha elegido– no la exige bajo pena. Lo mismo ocurre con el llamado estado de necesidad supralegal disculpante, en cuya fundamentación ha destacado especialmente Welzel[25]. Si en los tan discutidos "casos de eutanasia" queremos disculpar a los médicos que en tiempos de Hitler colaboraron en el homicidio de enfermos mentales para evitar algo peor y salvar al menos a una parte de los pacientes que se les había confiado, en cualquier caso no podremos basarnos en el argumento de que los médicos eran incapaces de actuar de otro modo[26], porque perfectamente podían haber dejado que las cosas siguieran su curso; por tanto, la disculpa ha de basarse en otras consideraciones.

3. Ha tenido mucha aceptación la teoría de Gallas[27], según la cual la culpabilidad aparece como "reprochabilidad del hecho en consideración a la actitud interna jurídicamente desaprobada que se ha manifestado en el mismo"[28]. Según esto, la "diferencia entre injusto y culpabilidad" es la diferencia "entre desvalor de la acción y desvalor de la actitud interna del hecho". En la esfera de la culpabilidad "desde una visión generalizadora y orientada por criterios de valor ético-sociales" se emite un juicio de desvalor sobre "toda la posición del autor frente a las exigencias del Derecho" tal y como se ha actualizado en el hecho concreto.

Poco se puede objetar contra esto, en cuanto que efectivamente (a excepción quizá de la imprudencia inconsciente) sólo se puede hablar de "culpabilidad" si en la acción delictiva

[25] WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 184 y ss.

[26] Por eso BRAUNECK, *GA* 1959, p. 271, consecuentemente tampoco considera dichos casos como causas de exclusión de la culpabilidad, sino como causas de justificación.

[27] *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, p. 56.

[28] De la misma opinión, sobre todo, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, p. 319; WESSELS, *Allg. Teil*, 3ª ed., 1973, p. 59.

se expresa una posición interna del sujeto jurídicamente desaprobada. Pero a los efectos de un concepto material de culpabilidad poco habremos ganado con constatar tal cosa; porque en el fondo la "actitud interna jurídicamente desaprobada" no es sino otra denominación del criterio puramente formal de la reprochabilidad. Si ha de tener un contenido, la cuestión sólo puede ser *por qué* una actitud interna es "desaprobada jurídicamente" en un caso y no en otro. En este punto decisivo Gallas nos remite a una "visión generalizadora y orientada por criterios de valor ético-sociales". Pero nada averiguamos acerca de las características de contenido de esos criterios, ya que la invocación de la ética social es demasiado general para que pudiera servir de ayuda en caso de duda.

Y atendiendo a la configuración del Derecho positivo, el criterio de la actitud interna también deja cuestiones sin respuesta. Así, por ejemplo, si el § 35 de la 2ª Ley de reforma del Derecho penal (2. StrRG) * disculpa un hecho cometido en estado de necesidad en caso de amenaza de bienes jurídicos de terceros (vida, integridad corporal, libertad), pero no en caso de actuaciones para evitar otros peligros, y si unos hechos que normalmente son exculpados no se disculpan "si se le podía exigir al autor que soportara el peligro según las circunstancias, especialmente porque él mismo hubiera provocado el peligro o porque estuviera en una situación jurídica especial"; si en el exceso de la legítima defensa (§ 33 2. StrRG) se da un tratamiento diferente en cuanto a su eficacia disculpante a estados pasionales de la misma intensidad**; si la mayoría

* La 2ª Ley de reforma del Derecho penal, de 4/7/69, crea la nueva Parte General del StGB, que ha entrado en vigor el 1/1/75. Para comprender lo que a continuación se dice en el texto sobre el nuevo § 35 StGB, hay que tener en cuenta que su regulación del que llama "estado de necesidad disculpante" es, en parte, más estrecha que la del art. 8, 7° de nuestro CP, donde en el caso de estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales los bienes jurídicos en peligro pueden pertenecer a cualquier persona, y no están limitados a la vida, integridad o libertad. Sobre los términos del § 35 StGB, véase mi nota* de la p. 283. (N. del T.)

** El texto se refiere a que el nuevo § 33 StGB (con redacción sustancialmente coincidente con la del ap. 3° del § 53 de la antigua Parte Ge-

de las veces no se disculpa el error de prohibición pese a la fidelidad subjetiva del autor al Derecho; si todo esto es así, la verdad es que esas diferenciaciones formuladas predominantemente conforme a criterios objetivos no se pueden explicar suficientemente por "diferencias en la actitud interna".

4. Schmidhäuser[29] sigue la e la concepción que acabamos de discutir en cuanto que concibe la "culpabilidad" como "actitud interna antijurídica"; pero intenta solucionar los problemas cardinales de las dos teorías tratadas anteriormente (en los puntos 2 y 3) eliminando expresamente en primer lugar el punto neurálgico del poder del individuo para actuar de otro modo y determinando en segundo término el contenido de la "actitud interna antijurídica". De acuerdo con ello, la culpabilidad es el "comportamiento espiritual lesivo de un bien jurídico"[30] en el sentido de "que el autor tampoco se ha tomado en serio espiritualmente el bien jurídico lesionado por el comportamiento de su voluntad"[31] y en el sentido de que "espiritualmente estaba en contacto con el valor"[32]. Schmidhäuser recalca con especial énfasis lo siguiente[33]: "Hacer constar esto no significa en absoluto tomar posición frente a la cuestión del libre albedrío en sentido filosófico. Concretamente, con ello ni se afirma ni se niega que ese sujeto, tal y como es, estuviera en condiciones de tomarse en serio en esa situación de hecho el valor lesionado. Tenemos que conformarnos con constatar el contacto espiritual del autor con el valor lesionado en el momento del hecho y en ese sentido, y precisamente por ello, también su equivocación espiritual con respecto al valor".

---

neral del StGB) deja impune el exceso de la legítima defensa si se debe a turbación, terror o espanto y, en cambio, no contempla la posibilidad de impunidad cuando el exceso se deba a otros estados pasionales, como, p. ej., la cólera o el odio. (N. del T.)

[29] *Strafrecht, Allg. Teil*, 1970, 10/2, p. 283.

[30] Ídem, 6/16, p. 118.

[31] Ídem, 10/4, p. 285.

[32] Ídem, 10/9, p. 290.

[33] Ídem, 10/4, p. 285.

Sin embargo, al eludir las aporías anteriormente descritas, esta concepción plantea nuevas dificultades, porque no se la puede hacer concordar con las circunstancias fácticas que pretende explicar[34]. Ni en todos los casos de exclusión de la culpabilidad falta el "contacto con el valor" ni tampoco se excluye la punibilidad por falta de culpabilidad en todos los casos en que falte el "contacto espiritual del autor con el valor lesionado", Así, según el § 20 2. StrRG, actúa "sin culpabilidad" quien es incapaz "de entender el injusto del hecho o de actuar conforme a esa inteligencia". De acuerdo con esto, el autor inimputable, puede perfectamente "estar espiritualmente en contacto con el valor", esto es, saber que su hacer está prohibido; pero a pesar de ello actúa sin culpabilidad si le falta la facultad de inhibición. Y ello será incluso el supuesto normal del § 20 2. StrRG, porque las personas espiritualmente desorientadas (es decir, que actúen sin ninguna "inteligencia") suelen llamar tanto la atención que la mayoría de las veces son puestas a buen recaudo antes de que tengan oportunidad de cometer hechos punibles. Pero con el autor exclusivamente incapaz de inhibición falla el criterio de Schmidhäuser, ya que precisamente no se trata de su falta de capacidad para orientarse por el valor reconocido en comparación con otras personas.

Asimismo la concepción de Schmidhäuser es totalmente inadecuada para explicar las causas de exculpación, es decir, las situaciones de estado de necesidad disculpante, el exceso de la legítima defensa [sc. cometido en determinados estados pasionales], la orden militar antijurídica pero vinculante y la colisión de deberes disculpante. El mismo Schmidhäuser reconoce que en todos esos casos "concurre un comportamiento espiritual correspondiente al tipo de la culpabilidad y lesivo de un bien jurídico"[35]; pero opina que en tales constelaciones ha "disminuido la culpabilidad moral (y ética) del

[34] Cfr. al respecto mis observaciones críticas en *ZStW* 83 (1971), pp. 388 y ss.

[35] *Strafrecht, Allg. Teil*, 11/1, p. 364.

autor de forma tan específica que desaparece la culpabilidad jurídica"[36]. "El principio de las causas de exculpación es, pues, el de una forma específica de culpabilidad moral disminuida que tiene como consecuencia la desaparición de la culpabilidad jurídica"[37]. Se podrá enjuiciar como se quiera esta interpretación, pero en todo caso está claro que con ella la parte más importante de la teoría jurídico-penal de la culpabilidad se sustrae de antemano a la aplicación del punto de partida de la solución de Schmidhäuser, que queda así invalidado como principio general para determinar el contenido de la culpabilidad.

Y a la inversa, es seguro que en la imprudencia inconsciente se puede afirmar la existencia de "culpabilidad jurídica" conforme a la voluntad del legislador, sin que se pueda hablar de "contacto espiritual con el valor lesionado", dado que el autor no piensa en las posibles consecuencias de su forma de actuar. Schmidhäuser, que de todos modos agrega la imprudencia consciente (en el sentido de la doctrina tradicional) al dolo y que, por tanto, sólo tiene que vérselas entonces con la imprudencia inconsciente, intenta eludir el dilema mediante la siguiente definicion[38]: "La imprudencia como elemento de la culpabilidad significa que el autor no se toma en serio la llamada de valor que lesiona en el hecho injusto y que procedía del bien jurídico, en cuanto que sin estarle permitido lo lesiona inconscientemente, pero es perfectamente capaz en ese momento de tomar conciencia de la lesión no permitida". Frente a esto hay que responder que la *posibilidad* de que se produzca el "contacto con el valor", que es lo único de lo que a lo sumo se puede hablar aquí, no significa la "participación espiritual" *actual*, de la que depende todo *per definitionem*, y que el no tomarse en serio una "llamada de valor" presupone la percepción de esa llamada. Por último hay que señalar que Schmidhäuser, al convertir la *capacidad* "de tomar con-

[36] Ídem, pp. 363-364.

[37] Ídem, 11/3, p. 365.

[38] Ídem, 10/75, p. 336.

ciencia de la lesión no permitida" en presupuesto de la culpabilidad imprudente, también está recurriendo al elemento del "poder", cuya exclusión era, sin embargo, uno de los fines esenciales de su concepción. Su teoría, pues, presenta demasiadas discordancias en las cuestiones centrales como para que pudiera resultar satisfactoria.

5. Finalmente, la dificultad de reducir a un fundamento material común los muy diversos casos de exclusión de la culpabilidad ha movido a Maurach[39] a efectuar su conocido "desdoblamiento" de la atribuibilidad en dos grados: la "responsabilidad por el hecho" y la "culpabilidad". "La misión de la culpabilidad correctamente entendida es... una individualización extrema"[40], lo que según la teoría de Maurach es posible al enjuiciar la imputabilidad y la conciencia potencial de la antijuridicidad. Por consiguiente, sólo esos dos elementos constituyen la culpabilidad, que se presenta como "abuso de la imputabilidad"[41]: "El autor, que está en condiciones de elegir entre el bien y el mal, se decide por el último"[42]. Maurach, por tanto, reduce la culpabilidad al poder actuar de otro modo y afirma expresamente que el presupuesto de ello es el libre albedrío[43]. Todos los otros casos en que, según la opinión dominante, se excluye la culpabilidad, los incluye dentro de un especial grado del delito, anterior a la culpabilidad, como causas de falta de responsabilidad por el hecho. Dicho grado, en el que no se presta atención a las capacidades individuales del autor, se caracteriza "por no responder al poder que el Derecho presume del término medio"[44].

[39] *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, 1948. Ahora: *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil*, 4ª ed., 1971, pp. 357 y ss.

[40] *Allg. Teil* cit., p. 371.

[41] *Schuld und Verantwortung*, p. 40; *Allg. Teil* cit., p. 373.

[42] *Schuld und Verantwortung*, p. 41; con las mismas palabras en *Allg. Teil* cit., p. 415.

[43] *Allg. Teil* cit., p. 416.

[44] Ídem, p. 377.

Esta teoría merece estimación y aplauso por considerar problemática la unidad valorativa de la teoría tradicional de la culpabilidad, que con frecuencia se establece precipitadamente, y por poner claramente de relieve que el elemento del "poder individual", por ejemplo, no supone ninguna ayuda en la mayoría de los casos[45]. Sin embargo, aun prescindiendo de que las heterogéneas constelaciones reunidas ahora bajo el común denominador de la exclusión de la "atribuibilidad" siguen reclamando una explicación unitaria de la renuncia a la sanción, la separación entre individualización extrema en la exclusión de la culpabilidad y enjuiciamiento general en la responsabilidad por el hecho no puede satisfacer porque la verdad es que no es posible llevarla a cabo[46]. En la misma determinación de la imputabilidad, y ello es prácticamente indiscutible[47], no se puede constatar el poder individual de actuar de otro modo: "No queda... más remedio que... conformarse... con un tratamiento generalizador"[48]. En la exclusión de la responsabilidad que, prescindiendo totalmente del estado del desarrollo individual, ha dispuesto el legislador en el § 1, ap. 3, de la JGG* encontramos una generalización extrema, y ni siquiera Maurach discute la pertenencia de esa materia a la esfera de la culpabilidad[49]. Asimismo, en la evitabilidad del error de prohibición la "capacidad de alertar

[45] En consideraciones parecidas se basan también las teorías que conciben como causas de justificación los casos de exclusión de la "exigibilidad", como estado de necesidad, exceso de la legítima defensa [sc. cometido en estados pasionales], etc. Cfr., p. ej., en los últimos tiempos, MAIHOFER, *Festschrift für Rittler*, 1957, pp. 152 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Festschrift für Welzel*, 1974, pp. 485 y ss.

[46] En la misma dirección se orienta la crítica de STRATENWERTH, *Allg. Teil*, nº marginales 530 y 531.

[47] Cfr. *supra* notas 19-23 y el texto correspondiente a ellas.

[48] HENKEL, *Festschrift für Larenz*, p. 25.

* Tal precepto de la JGG, es decir, de la Ley del Tribunal de menores, considera no responsables penalmente a los menores de catorce años. (N. del T.)

[49] *Allg. Teil* cit., p. 372.

la conciencia" tampoco es un problema de constatación real extremadamente individualizadora, sino que todo depende de lo elevado de las exigencias del legislador, es decir, de los esfuerzos que éste quiera "exigir" al particular. Ésta es una cuestión normativa que estructuralmente no es distinta de la cuestión de la exculpación en situaciones de necesidad. En consecuencia, si todos los casos de lo que Maurach denomina "atribuibilidad" sólo se pueden determinar normativamente, en definitiva también este autor deja sin resolver la cuestión del criterio valorativo rector.

III

Por consiguiente, hemos de proseguir buscando el concepto material de culpabilidad. A continuación voy a intentar fundamentar más detenidamente la tesis que ya he esbozado en una ocasión anterior[50], a saber: que los principios político-criminales de la *teoría del fin de la pena* sustentan la categoría sistemática que comúnmente se denomina "culpabilidad". Los intentos que nos son familiares de separar y oponer las categorías sistemáticas "injusto" y "culpabilidad" han resultado, en efecto, inconsistentes todos ellos. Como ha puesto de manifiesto el examen que hemos efectuado, las parejas de conceptos tales como lo objetivo y lo subjetivo, el deber y el poder, lo general y lo individual, el desvalor de la acción y el desvalor de la actitud interna, sólo abarcan fragmentos parciales de la problemática y no pueden comprender la totalidad de los fenómenos que se deben incluir sistemáticamente en esas categorías. Cosa que en cambio puede hacer, a mi juicio, un punto de partida teleológico-político-criminal: Mientras que el tipo establece las tablas legales (es decir, prohibiciones fundamentales a modo de anuncio) para todos los ciudadanos a efectos de prevención general y la antijuridicidad designa la conducta correcta en casos de conflicto, el siguiente

[50] *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, pp. 33 y ss. [Cfr. "Política criminal y sistema del Derecho penal", 1972 (trad. de Muñoz Conde a la 1ª ed. alemana), pp. 67 y ss.].

grado del delito hace referencia a la cuestión de si es necesaria una sanción contra el *autor concreto* desde puntos de vista *jurídico-penales*[51]. Es cierto que desde la perspectiva de dicha concepción no es muy adecuado el concepto de "culpabilidad" para designar la categoría sistemática que estamos discutiendo, pues habría que forzar mucho el lenguaje para equiparar la culpabilidad a la necesidad de sanción penal. Antes bien, lo más conforme al fin que se pretende será seguir la terminología de Welzel y del Tribunal Supremo Federal, discutida al principio y según la cual en el ámbito del Derecho penal "culpabilidad" sólo puede significar que el autor ha actuado ilícitamente aunque se habría podido comportar lícitamente[52]. Según la concepción que defendemos podemos dejar de lado la cuestión de si es posible la "culpabilidad" en ese sentido; ya que, aunque en el caso concreto se parta de la posibilidad del poder actuar de otro modo, conforme a la concepción que a continuación intentaré fundamentar más detenidamente, siempre se podrá contestar negativamente a la cuestión de la necesidad jurídico-penal de sancionar. Lo *decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador, desde puntos de vista jurídico-penales, quiera hacer*

[51] Las causas personales de exclusión de la pena o las excusas absolutorias pueden, no obstante, dar lugar a la impunidad pese a la existencia de "culpabilidad" por razones *extrajurídico-penales* (p. ej., por consideraciones de política estatal o familiar). Pero entonces los que deciden son otros puntos de vista distintos de las necesidades de sanción político-criminales y orientadas por el fin de la pena. Al desistimiento de la tentativa, en el que son consideraciones político-criminales las que motivan la impunidad, lo correcto es considerado materia propia del examen de la culpabilidad y, por tanto, no tiene razón la doctrina dominante que lo incluye entre las personas excusas absolutorias. Cfr. al respecto detenidamente ROXIN, "Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada" ("Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch"), en *Festschrift für Heinitz*, 1972, pp. 251 y ss. = *infra*, pp. 347 y ss.

[52] También Arthur Kaufmann considera "el poder que la persona tiene para ellos" como "lo esencial" de la culpabilidad (*Das Schuldprinzip*, pp. 128-129).

responsable al autor de su actuación. Por ello ya no hablaré a continuación de culpabilidad sino de responsabilidad.

Expresándolo resumida y aforísticamente, se puede en consecuencia exponer así este pensamiento sistemático: el injusto (es decir, tipo y antijuridicidad) decide sobre el problema de si a la luz del Derecho penal una conducta es o no es "ajustada a las reglas"; en cambio, la categoría de la responsabilidad responde desde puntos de vista político-criminales a la cuestión de la necesidad jurídico-penal de sancionar en el caso concreto. Pues bien, el legislador –al igual que el juez que interpreta su voluntad– sólo puede deducir esa respuesta de los postulados de la teoría del fin de la pena[53], pues desde el punto de vista de una teoría racional de la imposición de la pena no puede haber otra base distinta para la decisión. El grado de la responsabilidad es, por tanto, el ámbito en el que la política criminal referida al autor penetra directamente en la dogmática del Derecho penal. En la medida en que el contenido de los fines de la pena es determinado conjuntamente por conocimientos criminológicos, sociológico-jurídicos y filosófico-jurídicos, tropezamos aquí con esa estrecha relación entre dogmática y ciencias básicas, sin cuya consideración una obra articulada se petrifica muy fácilmente, convirtiéndose en lógica conceptual formal.

IV

Pues bien, por lo que se refiere a la teoría del fin de la pena, hay (con todas las diferencias de opinión que por lo demás existen[54]) la concepción dominante de modo casi general

[53] Ya anteriormente ha habido también algún autor aislado que ha puesto en estrecha conexión la categoría del delito "culpabilidad" con la teoría del fin de la pena; cfr. sobre todo KAUFMANN, Felix, *Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld*, 1929, pp. 61 y ss., 68, 72 y 112. Abordar el desarrollo histórico-dogmático rebasaría los límites de este artículo.

[54] Diferencias que influyen predominantemente en la medición de la pena y que, por tanto, podemos prescindir de ellas en el contexto del tema que nos ocupa.

es que sólo cabe imponer una pena cuando ello sea imprescindible por razones de prevención especial o general para mantener el orden social pacífico. También los defensores de un Derecho penal de la culpabilidad parten, pues, de la base de que la culpabilidad del autor es una condición necesaria, pero en modo alguno suficiente, para imponer una pena. Es cierto que la mayoría de las veces este punto de vista se emplea como directriz para establecer los tipos penales bajo aspectos legislativos predogmáticos; pero también ha de tener la misma validez exactamente a la hora de decidir sobre la punibilidad del autor que actúa injustamente, porque sin su concreción en el caso concreto la teoría del fin de la pena sería ineficaz en definitiva. Si trasplantamos en consecuencia esta idea rectora del fin de la pena a la categoría del delito que estamos discutiendo, resultará ciertamente que en caso de no poder actuar de otro modo quedan excluidas culpabilidad y punibilidad; pero si –dando por supuesto el libre albedrío– se comprueba que el autor (aún) podía actuar de otro modo, con ello no se ha decidido aún su punibilidad. Hay que partir, por el contrario, de la base de que el legislador se ha preguntado además si político-criminalmente (esto es, desde el punto de vista de prevención especial o de prevención general) es necesario el castigo.

Aclaremos lo dicho con el ejemplo más sencillo de la dogmática de la culpabilidad: En el llamado estado de necesidad "disculpante" (§ 35 2. StrRG), si alguien realiza un tipo de injusto para salvar a una persona allegada, desde el punto de vista indeterminista habrá que afirmar que hay posibilidad de actuar de otro modo y en ese sentido, por tanto, que también hay culpabilidad. Pero a pesar de ello el legislador deja impune al autor por consideraciones político-criminales sobre el fin de la pena: a los efectos de prevención especial es innecesaria una sanción porque el autor está totalmente integrado socialmente y sólo la extraordinaria situación lo ha llevado a realizar esa acción que también presenta una disminución esencial del injusto a causa del resultado salvador; y las razones de prevención general tampoco exigen una pena porque la infrecuencia de tales situaciones, que la mayoría de las veces no admiten comparación en el caso concreto, hace

que resulte superfluo sancionar en atención a la generalidad la desviación de la conducta regular deseada, y porque sencillamente sería difícil que, si alguna vez el hombre medio no preparado para la "actuación en peligro" se viera dentro de una situación así, reflexionara sobre la norma y se pudiera motivar por ella.

Pero el peso de estos argumentos decisivos para las consideraciones sobre el fin de la pena se desplaza totalmente en cuanto el autor está "en una situación jurídica especial", dentro de la cual la existencia de peligros propios de la profesión es esencial para el funcionamiento del sistema. Si los soldados, policía, bomberos, socorristas, etc., pudieran eludir sin riesgo a costa de otras personas los peligros que en pos su estatus profesional tienen la misión de dominar, ello tendría consecuencias sumamente nocivas para toda la sociedad. Y por eso el legislador cambia consecuentemente de opinión en esos casos y por razones de prevención general (que en este caso afectan a la totalidad del respectivo estatus profesional) no concede la impunidad (§ 35, ap. 1°, párr. 2°, de la 2. StrRG).

Creo, pues, que la teoría del fin de la pena explica sin dificultad por qué el legislador a veces castiga y a veces prescinde de la sanción pese al poder general de actuar de otro modo y pese a la culpabilidad que por ello existe: porque, aun dando por supuesta la posibilidad de culpabilidad humana, hace depender la responsabilidad jurídico-penal de consideraciones preventivas[55].

Ese único ejemplo explica al mismo tiempo muy gráficamente la función que corresponde a la "exigibilidad" en la teoría jurídico-penal de la responsabilidad. El descubrimiento de Heinrich Henkel de que la exigibilidad sólo figura en todos los grados de la estructura del delito como principio regulativo sin contenido, que enseña al juez a decidir según

[55] A este respecto hay que contar con que el legislador de la 2. StrRG entiende el concepto de "culpabilidad" en el sentido amplio de "responsabilidad".

la situación del caso concreto[56], prueba su validez precisamente en el nuevo § 35, ap. 1, según el cual se retira la disculpa concedida en general "si se le podía exigir al autor que soportara el peligro según las circunstancias, especialmente porque el mismo hubiera provocado el peligro o porque estuviera en una situación jurídica especial". La exigibilidad crea aquí una zona límite de exclusión de la responsabilidad, que escapa a una formación descriptiva y es encomendada al juez para que pondere el caso concreto. Pero naturalmente la decisión del juez no puede ser a su antojo; por eso, a la cláusula de la exigibilidad hay que darle el contenido de que carece conforme a los criterios en que se base la correspondiente categoría del delito. En la esfera del injusto estos criterios son los principios ordenadores sociales que he descrito en otro lugar[57]; pero en el campo de la responsabilidad lo son las exigencias de la teoría del fin de la pena. Para la praxis ello quiere decir que ya no se puede señalar en abstracto el grado de intensidad hasta el que el afectado tiene que soportar los peligros cuando está en una "situación jurídica especial". A un bombero no se le podrá exigir que acepte impasiblemente una muerte sumamente probable; pero saber en los demás casos dónde radica el límite entre lo que todavía es exigible y lo que ya no lo es, es algo que sólo el juez puede decidir en el caso puntual concretando directamente las exigencias (de prevención general) del bien común.

De igual modo hay que proceder respecto de la situación de necesidad que ha sido provocada por el mismo autor. Precisamente por la dificultad de regular normativamente cons-

[56] Cfr. "Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip", *Festschrift für Mezger*, pp. 249 y ss. (303 y ss.), y *supra*, notas 12-14 y el texto correspondiente a las mismas.

[57] *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, pp. 26 y ss.; "Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht", en *JuS* 1964, pp. 371 y ss. [este artículo está también recogido en: *Strafrechtliche Grundlagen probleme*, 1973 (versión alemana original de estos "Problemas básicos del Derecho penal"), pp. 184 y ss., pero no se ha incluido en la presente versión española].

telaciones de casos extremos, el legislador tiene que hacer todo lo posible para impedir incluso que surjan tales situaciones. A tal fin es necesario a efectos de prevención general estimular al individuo a extremar sus precauciones negándole la exculpación cuando se exponga a peligros de los que previsiblemente sólo se podrá volver a librar dañando a terceros. Pero, al igual que ocurría en los casos de situaciones jurídicas especiales, sólo mediante la valoración judicial de todas las circunstancias del caso concreto acudiendo directamente a los fines de la pena se puede determinar la medida de la provocación necesaria para que se pueda exigir soportar peligros de una determinada intensidad. Y esto es válido también, como pone de relieve la redacción del nuevo § 35, en otros supuestos aparte de los grupos de casos que en él se mencionan a modo de ejemplo. Si el autor sólo puede apartar un peligro relativamente insignificante para su libertad o su integridad corporal lesionando gravemente o incluso matando a un inocente, le será exigible "según las circunstancias" que soporte el daño. Pero también aquí saber dónde se debe trazar el límite entre el daño propio exigible y el daño ajeno tolerable jurídico-penalmente en una zona intermedia incodificable es algo que sólo el juez puede establecer acudiendo a los principios materiales que fundamentan la categoría de la responsabilidad y ponderando todas las circunstancias. Y a la vista de los ejemplos puestos por el mismo legislador (situación jurídica especial, situación de necesidad provocada, alusión a las "circunstancias") me parece evidente que en esa constatación judicial sólo pueden ser decisivos los indicados puntos de vista de prevención general, y no las diferencias de poder, de actitud interna, de participación en valor, etc. Pero entonces, si no se quiere marcar un camino equivocado al juez, ese descubrimiento ha de ejercer su influencia en la estructuración dogmática de la esfera de la responsabilidad entendida en el sentido de la concepción que hemos propuesto.

V

Pero la fundamentación político-criminal de la categoría de la responsabilidad partiendo de la teoría de los fines de pena no sólo es adecuada para explicar sin contradicciones

la regulación de la ley positiva, sino que al mismo tiempo permite solucionar mejor los problemas teóricos fundamentales del Derecho penal. En efecto, desde el punto de vista aquí defendido se puede dejar a un lado tranquilamente la insoluble cuestión del libre albedrío, cuya contestación en sentido afirmativo constituye el eje y punto cardinal de la concepción en la mayoría de las teorías de la culpabilidad. Con respecto a la imputabilidad y al error de prohibición invencible ya ha expuesto Gimbernat en este tomo [58] que la exclusión de la responsabilidad se puede explicar exactamente igual por la falta de necesidad de prevención *jurídico-penal* que desde el punto de vista de falta de culpabilidad. La no motivabilidad por la norma y la exclusión de necesidades de prevención general hacen que resulte adecuada la renuncia a sanciones jurídico-penales con total independencia de si se atribuye o no al hombre por principio la capacidad de actuar de otro modo. A ese respecto, el hecho socio-psicológico de la experiencia humana de la culpabilidad penetra directamente dentro de los componentes preventivo-generales de la responsabilidad. Si los hombres dicen del sujeto inimputable: "Él no puede hacer nada al respecto", por eso mismo desaparece ya todo efecto ejemplar potencial del hecho. La imposibilidad de una individualización extrema y el hecho de que sea inevitable una cierta generalización normativa y orientada por las exigencias del orden jurídico hacen que incluso resulta más adecuado un modelo de explicación de tipo preventivo. En ese sentido la polémica en torno al libre albedrío es en cualquier caso absolutamente irrelevante.

Con mayor razón aún vale lo dicho para los supuestos de estado de necesidad y situaciones semejantes. Incluso quien afirme que en tales casos se da el poder actuar de otro modo y, con ello, la "culpabilidad", tendrá que admitir precisamente por eso que en los mismos es la falta de necesidad de prevención especial o general lo que da lugar a la exclusión de la responsabilidad. Así pues, aquí llegarán al mismo resultado exactamente tanto la solución determinista como la indeterminista.

[58] Pp. 151 y ss. [de la *Festschrift für Henkel*, 1974].

En consecuencia, la idea de culpabilidad no cobra en absoluto su genuina importancia práctica en la exclusión de la responsabilidad, que siempre se puede explicar (e incluso mejor) por la falta de necesidad de prevención, sino sólo en el marco de la teoría de la medición de la pena, situada más allá del sistema del delito y en la que la medida de la culpabilidad pone un límite a las necesidades preventivas de imponer una sanción. El mejor ejemplo de ello es la regla de medición de la pena del § 51, ap. 2, StGB (§ 21 2. StrGB), según la cual si la imputabilidad está disminuida se puede atenuar la pena[59] aun cuando las causas de prevención especial o general abogaran más bien por una pena más larga. No es preciso seguir insistiendo aquí en ello, porque cae fuera de nuestro tema, limitado a la categoría sistemática de la responsabilidad. En otro lugar[60] he intentado exponer detenidamente que en ese sentido el principio de culpabilidad supone una creación normativa tendente a proteger al ciudadano frente a desmesuradas ingerencias estatales, y cuya legitimidad propia de un Estado de Derecho es totalmente independiente de la existencia del libre albedrío humano. Pero, sea como fuere, lo cierto es que, según la concepción aquí expuesta, sobre la categoría sistemática de la responsabilidad no pesa en ningún caso el problema del libre albedrío.

VI

Finalmente se plantea la cuestión de ver qué utilidad puede tener la teoría aquí desarrollada en caso de dificultades interpretativas concretas. Exponer esto en detalles supondría escribir toda una dogmática de la teoría de la responsabilidad,

[59] El hecho de que difícilmente se pueda compaginar con el principio de culpabilidad la atenuación meramente facultativa de la pena y, pese a ello, la siga manteniendo así el legislador, muestra por lo demás lo poco dispuesto que se muestra el legislador a prescindir de sus deseos de prevención (disciplinar a los "psicópatas").

[60] Últimamente de modo detallado en mi trabajo "Kriminalpolitische Überlegungen zun Schuldprinzip", en *Festschrift für Sieverts, MSchr-Krim* 1973, pp. 316 y ss.

cosa que me impide el espacio de que dispongo. Tendremos que conformarnos por ello con hacer algunas indicaciones, reservando para un estudio posterior el tratamiento en detalles de las causas concretas de exclusión de la responsabilidad.

1. Me parece de importancia fundamental subrayar que en la interpretación no se debe atender tanto al criterio del "poder" que se puede conseguir con un último esfuerzo de voluntad, que es el que hoy domina en nuestra doctrina, cuanto al factor decisivo de las exigencias de la comunidad jurídica orientadas a lo imprescindible en el aspecto preventivo, que se detienen por regla general *antes de* los límites del poder alcanzable en el caso extremo. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo Federal trata con excesivo rigor la evitabilidad del error de prohibicion[61]. Según su jurisprudencia, un error de prohibición seguirá siendo "evitable" (y dará lugar por ello a una pena por dolo) aunque en el caso del tipo imprudente la conducta del autor hubiera observado el cuidado requerido en el tráfico y que le fuera exigible[62]. En la práctica esto excluye en muchos casos la exculpación por error de prohibición inevitable. Dicha solución es consecuente en cuanto que en teoría todo error de prohibición se "puede" evitar efectivamente informándose acerca del carácter permitido de todas las conductas que de algún modo sean jurídicamente relevantes durante el tiempo que sea necesario hasta que queden patentes los reparos existentes. Pero tales exigencias deducidas de la premisa del poder son demasiado forzadas y, dada la extraordinaria complicación de nuestra vida social regulada hasta en los más remotos ámbitos por una densa red de parágrafos, ahogaría de antemano muchas útiles iniciativas. Desde el punto de la necesidad social bastaría con examinar, *en primer lugar*, si es que acaso la situación del

[61] Por lo demás, cfr. sobre la fundamentación político-criminal de la teoría del error mi trabajo "Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962", en *ZStW* 76 (1964), pp. 582-618.

[62] BGHSt. 4. 236 y ss.; cfr. al respecto ROXIN, *ESJ Strafrecht, Allg. Teil*, 1973, p. 79.

autor forzosamente daba motivos para preocuparse por la licitud de su conducta, y *en segundo lugar* si, de ser afirmativa la respuesta sobre ese presupuesto, la consulta a un experto digno de confianza (en la práctica generalmente un abogado) habría dado motivos para desistir de la conducta planeada[63]. Si no se cumple, bien la primera, o bien la segunda condición, no hay necesidad de pena alguna[64]: el sujeto que actúa sin conciencia de la antijuridicidad y al que tampoco el sentido social de la situación le daba pie a que tuviera dudas, no necesita resocialización; y, como cualquiera puede caer en su error, tampoco da tan mal ejemplo como para que fuera necesario por razones de prevención general imponer una sanción. Y lo mismo ocurre en el caso de que la debida (pero omitida) información le hubiera confirmado el carácter permitido de su actuación; en tales circunstancias la infracción de las reglas sociales no puede ser tan inequívoca como para que hubiera que reaccionar frente a ella con la pena.

Así pues, la evitabilidad del error de prohibición no se debe determinar por los límites de lo que es posible *in abstracto*, sino por los imperativos de una razonable política criminal. Dentro de los límites de lo jurídicamente exigido es inevitable el error de prohibición de quien está a la altura de las exigencias de fidelidad "normal" al Derecho. Y aquí también la cláusula de la exigibilidad volvería a dejar al juez la responsabilidad de concretar las exigencias del fin de la pena en los casos límites. Tal debilitamiento de la dureza rigorista de nuestra praxis actual en este punto, debilitamiento que sin embargo armoniza perfectamente con la tolerancia del legislador en el ámbito del estado de necesidad, significaría –especialmente en el Derecho penal secundario– una aproximación a la teoría del dolo. Pero ¿es que acaso no sería lo acertado? ¿Y no

[63] Sobre la totalidad de la problemática, cfr. las monografías de RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, 1969; HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, 1969.

[64] La sentencia BGHSt. 21, 18 y ss., llega a una solución distinta en ambos puntos.

debería la dogmática poner a nuestra disposición el instrumental interpretativo necesario para ello?

2. Cuestiones similares se plantean en la interpretación del exceso de la legítima defensa. Desde puntos de vista de "culpabilidad" apenas se puede explicar que el [antiguo] § 53, ap. 3, StGB ("conmoción, terror o espanto"), del mismo modo que el [nuevo] § 33 creado por la 2. StrGB ("turbación, terror o espanto"), sólo otorgue la exclusión de la responsabilidad en los estados pasionales asténicos, pero no en los "esténicos" como la cólera o la ira: pues tan comprensible es una reacción como la otra. Pero desde el punto de vista de la prevención cobra sentido la diferenciación. En efecto, generalmente los estados pasionales agresivos son mucho más peligrosos y por ello hay que coartarlos por todos los medios (y, por lo tanto, también al precio de la pena) en interés de la conservación de los bienes jurídicos, mientras que los estados de "turbación, terror o espanto" no provocan la imitación y por ello pueden ser tratados con mayor benignidad. Por otro lado, quien es víctima de una agresión y al reaccionar rebasa la medida de lo "ajustado a las reglas" debido a impulsos tan poco típicos de un delito, está socialmente integrado y tampoco provoca la necesidad de sanción por razones de prevención general. Parece por ello político-criminalmente razonable interpretar el precepto extensivamente en vez de restrictivamente como hace la concepción dominante hasta ahora.

Por tanto, habrá que resolver en sentido afirmativo[65] la conocida cuestión polémica de si también queda impune el exceso doloso de los límites de la legítima defensa cuando se debe a turbación, terror o espanto: en las reacciones semejantes al pánico sigue estando intacta frecuentemente la facultad intelectual de entendimiento, sin que la acción excesiva re-

[65] Así también la opinión dominante, que, de todos modos, cuenta con notables adversarios: WELZEL, *Allg. Teil*, 11ª ed., p. 89; SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil*, p. 375; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 17ª ed., § 53, nota 36; *LK* (Baldus), § 53 nota 43.

sultante del miedo pánico provoque la necesidad de sanción. Y por otro lado, contra lo que piensa la opinión dominante[66], partiendo de la base de la concepción que aquí se defiende también se podrá renunciar a la pena aunque no se trate de un exceso intensivo (que rebasa la medida de lo necesario), sino de un exceso extensivo, es decir, de una defensa que se prolongue después de acabada la actualidad de la agresión. El tenor de la ley no lo impide, ya que se pueden rebasar "los límites de la legítima defensa" tanto en cuanto al elemento de la "actualidad" como en cuanto al de la "necesidad". A los efectos de enjuiciamiento político-criminal del autor turbado por el miedo, no existe diferencia alguna "desde ningún punto de vista imaginable"[67] entre ambos excesos.

Si, no obstante, tanto en el exceso consciente de los límites de la legítima defensa por turbación, terror o espanto como en el exceso extensivo muchos autores encuentran dificultades para admitir la exculpación, restringiendo algunos el ámbito de aplicación del § 53, ap. 3, de tal modo que el precepto sólo abarca casos en que de todos modos falta la imprudencia y resulta por ello "superfluo"[68], ello se debe a una "concepción de la culpabilidad" que convierte a una posibilidad teórica de actuar de otro modo en el único criterio de imposición de la sanción, pero que (a diferencia de lo que pensó el legislador) prescinde de antemano de considerar su necesidad político-criminalmente como principio interpretativo. Ciertamente es "posible" y deseable que la víctima de una agresión domine su miedo y su espanto, del mismo modo que también se "puede" hacer frente por regla general a los peligros de los [anti-

[66] Mantienen la misma opinión que yo, sobre todo, MEZGER-BLEI, *Allg. Teil*, 15ª ed., pp. 237 y s.; y además BAUMANN, *Allg. Teil*, 6ª ed., p. 322 (no del todo claro); SCHÖNKE-SCHRÖDER, 17ª ed., § 53, nota 36 (pero sólo para el caso de exceso inconsciente).

[67] MEZGER-BLEI, *Allg. Teil*, pp. 237 y s.

[68] Así lo califica expresamente SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil*, 11/30 –aunque lo cierto es que hay que suponer que con dicho precepto el legislador quería decir algo que no se entendiera ya por sí mismo–.

guos] §§ 52 y 54 StGB*; pero que haya que castigar a quien por debilidad no lo consigue es una cuestión adicional y sólo una interpretación adecuada del precepto relativo al exceso permite darle una respuesta negativa[69]. Si bajo el influjo de una concepción demasiado mezquina de la "culpabilidad" se hace caso omiso del significado de esa cuestión para la responsabilidad jurídico-penal, el intérprete tiene entonces que estar de acuerdo con la queja, tantas veces citada, de M. E. Mayer[70]: "La imputación, el más fino producto de la dogmática del Derecho penal, se ve empañada por una burda regla". Por eso no sorprende que la última edición del *Leipziger Kommentar*[71] siga sin ver ningún "motivo" para "extender la aplicación de esa burda regla más allá de los límites de lo directamente impuesto por el tenor de la ley". Aquí se denota una desaprobación debida a que en el fondo no se sabe qué hacer con todo el precepto. En todo caso una teoría de la responsabilidad, tal como yo la concibo, puede hacer que resulte más plausible el sentido de la ley.

3. En donde mejor se pueden aclarar algunas ulteriores cuestiones importantes de la teoría de la responsabilidad –aquí sólo es posible hacer algunas indicaciones a modo de ejemplo– es en la dogmática de la imprudencia. Hoy prácticamente no se pone ya en duda que el marco jurídico-penal de la acción en los delitos imprudentes ha sido excesivamente influido por las consecuencias de un pensamiento causal "del resultado" y orientado a las ciencias naturales, tal como el que ha dominado durante mucho tiempo en la doctrina y

* Recuérdese (véase *supra*, mi nota* p. 283) que estos parágrafos de la Parte General anteriormente vigente del StGB regulaban casos parciales de lo que la teoría dominante considera estado de necesidad disculpante. (N. del T.)

[69] Naturalmente no se puede efectuar aquí un análisis de todos los problemas conexos con la interpretación de los §§ 53, ap. 3, StGB y 33 y s. StrRG.

[70] *Allgemeiner Teil*, p. 282.

[71] 9ª ed., 1970, § 53, nota 42 (Baldus).

la jurisprudencia. La mayor parte de los problemas dogmáticos que de ello resultan pertenece al ámbito del injusto, es decir, a la esfera de una limitación político-criminalmente razonable de los mismos deberes objetivos de cuidado. En esta esfera el principio metodológico del "fin de protección de la norma" permite restringir la responsabilidad; pero estamos todavía comenzando solamente a elaborar científicamente los puntos de vista decisivos a ese respecto[72]. Los problemas específicos que se plantean al enjuiciar la responsabilidad por la actuación imprudente se ha intentado resolverlos desde la célebre sentencia del Tribunal Supremo del Reich en el caso del "cochero"[73] sirviéndose normalmente de la causa general de exclusión de la culpabilidad que es la inexigibilidad. Pero ya se ha expuesto anteriormente que metodológicamente es inadmisible que al emplear dicha cláusula vacía de contenido quede prácticamente a merced del arbitrio judicial la decisión sobre la punibilidad. Si, como aquí se hace, se entiende la categoría de la responsabilidad en el sentido de una concreción estructurada dogmáticamente del fin de la pena, a mi parecer entonces, aparte de las causas de exclusión de la (categoría de la) responsabilidad legalmente reguladas sólo deben tomarse en consideración otras dos causas que suponen una cautelosa extensión de dicha exclusión de la responsabilidad.

a) El principio regulativo de la exigibilidad puede tener una función legítima cuando no sea la negligencia la que impulse al autor a infringir el deber objetivo de cuidado. Éste es el supuesto básico del caso del cochero: el cochero procesado por lesiones imprudentes sabia que por razones de seguridad en el tráfico no debería haber enganchado un caballo propenso a desbocarse. Sólo el "fundado temor a perder su empleo y su pan, de negarse a conducir con ese caballo"[74], era lo que lo

[72] Cfr. al respecto mi trabajo: "Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes" ("Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten"), en *Festschrift für Wilhelm Gallas*, 1973, pp. 241-259 = *supra*, pp. 249-275.

[73] RGSt. 30, 25 y ss.

[74] Sent. cit., p. 28.

había movido a obedecer la orden de su amo y a emprender el paseo con el coche que terminó en el accidente. Aquí es imaginable efectivamente la exculpación. El fin preventivo-general de la pena de las normas relativas a la imprudencia, es decir, el de oponerse a la falta de cuidado que pone en peligro bienes jurídicos, cae en el vacío cuando el autor se desvía de la norma de la conducta debida en el tráfico, no por falta de atención sino por otros motivos; y tampoco necesita influencia preventivo-especial (en este caso: introducción a la práctica de las reglas de disciplina del tráfico) la persona que sólo por necesidad y confiando en un desenlace feliz se arriesga contra su voluntad a crear un peligro.

La problemática del fin de la pena planteada por situaciones de ese tipo se transforma dogmáticamente en la cuestión de si en los delitos imprudentes también existen otras situaciones de necesidad (como, por ejemplo, la amenaza para la existencia económica) aparte de los casos de exclusión de la responsabilidad codificados en la ley –como los [antiguos] §§ 52, 53, ap. 3, y 54 StGB– que den lugar a que se renuncie a la sanción. Lo que es seguro es que en esos casos hay "culpabilidad" (si bien de forma atenuada) en el sentido de la concepción tradicional. Pero si se acepta nuestra concepción preventiva de la responsabilidad, parece correcto político-criminalmente remontarse al *telos* material de esa categoría del delito para ampliar por medio de la analogía los bienes jurídicos amparados por el estado de necesidad del [nuevo] § 35 de la 2. StrGB (vida, integridad corporal y libertad) a otros bienes de la misma importancia vital. Cabe alegar en ese sentido que los casos codificados de estado de necesidad están configurados pensando de modo primario en hechos dolosos y que en los tipos imprudentes, que de todos modos son raros debido a la escasa necesidad de prevención, se pueden ampliar un poco los límites de la exclusión jurídico-penal de la responsabilidad en situaciones de necesidad sin peligro para la paz jurídica; en tales casos el deber civil de indemnización de daños y perjuicios es absolutamente suficiente como instrumento social de control. Como corresponde a la esencia de este principio regulador, vuelve a suceder que sólo el juez, acudiendo a los puntos de vista rectores de prevención gene-

ral y especial que hemos descrito, podrá determinar los casos concretos en que, dada la amenaza que pesa sobre "bienes vitalmente importantes", ya no se le puede "exigir" otra conducta a quien actúa imprudentemente. Con todo, no se podrá negar que tal procedimiento es preferible por claridad dogmática y su practicabilidad a una teoría que confiere el papel de "causa de exclusión de la culpabilidad" con carácter general a una inexigibilidad de contenido totalmente difuso.

b) Un segundo principio regulador, cuya aplicación a los delitos imprudentes me parece que merece discutirse, es el de la insignificancia. Ya he intentado demostrar en alguna ocasión anterior[75] que se trata de un principio general del Derecho; pero en el contexto que ahora nos interesa, su aplicación supondría que se excluye la responsabilidad jurídico-penal[76] si sólo ha habido una actuación insignificantemente imprudente[77]. Dicha impunidad a fundamentar *de lege lata* ha sido propuesta ya por Stratenwerth[78], que también pretende excluir la culpabilidad –la responsabilidad, según la terminología aquí empleada– y que, en el mismo sentido de la concepción aquí desarrollada, se basa a esos efectos en una argumentación relativa al fin de la pena[79]: Como quiera que

[75] Cfr. últimamente *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, nota 53, p. 24 (con ulteriores citas) y el texto a que dicha nota se refiere [cfr. "Política criminal y sistema del Derecho penal", 1972 (trad. de Muñoz Conde a la 1ª ed. alemana), nota 53, p. 53 y el texto que a ella se refiere].

[76] No se excluye, por supuesto, el deber de indemnización civil.

[77] Así ha pretendido el § 16, ap. 2, de la Parte General del Proyecto Alternativo que se redactara la ley –desgraciadamente sin encontrar eco en la Comisión Especial; cfr. al respecto ROXIN, *JuS* 1973, p. 201–.

[78] *Allg. Teil*, 1971, nº marginales 1211-1215, pp. 299 y s.

[79] Con todo, no se puede desconocer que Stratenwerth se opone en sentido crítico a la concepción aquí expuesta de la "responsabilidad" –al menos en la forma esbozada por primera vez en "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem", 1970, pp. 33 y ss. ["Política criminal y sistema del Derecho penal", trad. de Muñoz Conde, 1972, pp. 67 y ss.]–: cfr. la recensión de STRATENWERTH en *MSchrKrim* 1972, pp. 196-197. A este

incluso un hombre concienzudo y digno de confianza –dice– puede cometer a veces inadvertidamente pequeñas faltas de cuidado, nadie estará seguro de no incurrir en pena por imprudencia; pero entonces –añade– pierde "la pena su impresionante poder de prevención general" y "sólo compasión" se podrá sentir por aquel sobre quien recaiga[80]. Si a ello se agrega que en tales casos las "víctimas" de la punición son personas honradas con un control de sus conductas intacto en principio y que, por tanto, una reacción preventivo-especial es tan superflua como nociva, habremos completado la cadena de la argumentación que fundamenta la exclusión de la responsabilidad desde el punto de vista que aquí se defiende[81]. Para escapar al reproche de que se sigue creando Derecho en el espacio no cubierto por la ley, sólo habría que probar la fuerza de validez y la función del principio de insignificancia con una rigurosidad similar a la empleada por Henkel

---

respecto puedo remitir a mi réplica en: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, pp. 47-48, así como a mi toma de posición frente a la teoría de la culpabilidad de STRATENWERTH, en *ZStW* 84 (1972), pp. 1004 y ss.

[80] *Allg. Teil*, 1971, nº marginal 1215.

[81] Pese a que se apoya en puntos de vista relativos al fin de la pena, Stratenwerth intenta exponer la falta de "culpabilidad" dentro de los cauces de la doctrina dominante. Según él, como nunca se puede decir con seguridad si en el caso concreto un pequeño descuido encuadra realmente en la negligencia evitable o, por el contrario, en la cuota de fallos que no se pueden evitar por muchos esfuerzos que se hagan, en virtud del principio *in dubio pro reo* habrá que considerar inevitable el fallo (*Allg. Teil*, 1971, nº marginales 1213-1214). Sin embargo, aun prescindiendo de que así se ha introducido una cuestión procesal de prueba en el Derecho material, hay que afirmar lo siguiente: la negligencia concreta de que se trate siempre se puede evitar (si no, no sería negligencia); existe por tanto culpabilidad (aunque escasa) en el sentido tradicional, ya que su único punto de referencia es el hecho concreto. Pero como hay una cierta probabilidad estadística de que incluso el hombre más cuidadoso cometa a veces ligeros fallos, no hay ninguna necesidad de responder con una sanción penal frente a tal "culpabilidad".

respecto de la exigibilidad[82]. Y entonces se desprendería sin más del carácter regulador del principio de insignificancia que tiene que quedar reservada al aplicador del Derecho la tarea de enjuiciar el contenido de la insignificancia. Al mismo tiempo el Derecho material contribuiría así de manera importante a solucionar el problema jurídico-penal de los hechos-bagatela, problema que generalmente se intenta resolver sólo con medios procesales poco satisfactorios.

4. Una última palabra sobre las discutidísimas causas "supralegales" de exclusión de la responsabilidad. Tras lo dicho anteriormente está claro que estos casos no se pueden solventar sencillamente con la causa de exclusión que es la "inexigibilidad". Se trata solamente de determinar si de los principios político-criminales (basados por su parte en la ley) rectores de la categoría de la responsabilidad es licito deducir la exclusión de la penalidad respecto de determinados tipos de situaciones claramente perfilados, aunque el legislador no contemple tales constelaciones (y, por tanto, tampoco se haya pronunciado implícitamente *en contra* de que se las tome en consideración). De acuerdo con los criterios generales de la hermenéutica y con las exigencias de una política criminal humana no se debe excluir por principio tal posibilidad. La discusión doctrinal se ha centrado sobre todo en dos grupos de casos a los que habré de limitarme.

a) La situación más discutida en la posguerra es la situación conflictiva del sujeto que sólo puede salvar vidas humanas sacrificando a otros hombres. Como es sabido, el *leading-case* es el caso de la "eutanasia" en que se vieron implicados médicos que dejaron que mataran a un cierto número de los pacientes que tenían confiados para preservar al menos a los restantes del exterminio por parte de los colaboradores del régimen nazi. Creo (de acuerdo con la opinión dominante) que lo correcto es afirmar que subsiste el injusto en tales

[82] El espacio disponible no nos permite profundizar aquí en esta problemática que se adentra en la teoría general del Derecho.

casos, porque el orden jurídico debería atenerse a la regla de que *nada* puede justificar que se mate a un inocente. Para asegurar la inviolabilidad de la protección de la vida, el orden jurídico tiene que exigir de todos los médicos que se negaran a todo tipo de colaboración. Nadie puede saber con seguridad si lo que entonces habría sucedido es que quizá se hubiera revocado la orden de matar o que, por el contrario, unos complacientes sicarios habrían matado a todos los enfermos mentales; y, por tanto, esa cuestión –como, en general, los cursos causales hipotéticos en los delitos dolosos– es irrelevante para el juicio sobre lo justo y lo injusto. Aceptadas estas premisas, desde el punto de vista de la doctrina tradicional habría que afirmar, dado que no es aplicable el [antiguo] § 54 StGB ni tampoco el [nuevo] § 35 de la 2. StrGB, que hay culpabilidad y punibilidad, ya que el autor estaba en perfectas condiciones de cumplir los imperativos del Derecho que se establecen en la categoría de la antijuridicidad y de negarse a participar en la muerte de inocentes. Lo decisivo aquí, al igual que en los demás casos, no es el enjuiciamiento moral (aparte de que ¿conforme a qué criterios se debe determinar?) de su "actitud interna"; para la "culpabilidad" jurídica basta con que la disposición del autor, que estaba en condiciones de emprender otra conducta distinta, se desvíe de las reglas del Derecho. Cuando, por ejemplo, Welzel, que ha prestado especial atención a esos problemas, para fundamentar la exclusión de la culpabilidad que propugna manifiesta[83] que el orden jurídico ha de mostrarse indulgente "porque cualquier otro ciudadano en el lugar del autor, para obrar correctamente, tenía que actuar igual que el autor", *este* argumento, si fuera cierto, tendría que implicar una causa de justificación. Pero si se estima, como Welzel, que el autor actúa *antijurídicamente*, de ahí se sigue necesariamente que el autor habría *debido* actuar de otra manera, con lo que ya no disponemos de un fundamento plausible para la exclusión de la culpabilidad. En cambio, la concepción de la responsabilidad que hemos

[83] *Allg. Teil*, 11ª ed., 1969, p. 184.

desarrollado aquí permite un punto de partida completamente distinto. En efecto, conforme a aquélla se debe preguntar si tal conducta, en caso de considerarla antijurídica, requiere una sanción penal por razones de prevención general o especial. Pero la respuesta ha de ser negativa porque en cada uno de esos dos aspectos la necesidad de pena queda excluida por una doble circunstancia: por la absoluta singularidad de tales situaciones y por la finalidad del autor de preservar bienes jurídicos. Los sujetos, encontrándose en una inevitable situación de conflicto en la que no veían claro en el momento del hecho el modo en que debían actuar[84], escogieron una salida que posteriormente no se puede calificar de correcta, pero que, dado que esos sujetos querían evitar lo peor, deja intacta la integridad social de los mismos y no rebaja tampoco el valor del bien jurídico "vida" a los ojos de la generalidad. Ello fundamenta la exclusión de la responsabilidad jurídico-penal aunque los sujetos hayan sido "culpables".

b) Con arreglo a principios similares ha de resolverse la cuestión, que la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ha puesto de actualidad, de si la actuación por motivos de conciencia puede dar lugar a la impunidad[85]. Por regla general habrá que responder negativamente a esta cuestión[86], ya que el Derecho es un orden objetivo y sufriría una merma esencial en su poder regulador de conductas si

[84] Sobre la problemática de un posible error de prohibición invencible, que se plantea una sentencia del BGH (*NJW* 1953, pp. 513 y s.), cfr. mi comentario a dicha sentencia en *ESJ Strafrecht, Allg. Teil*, caso 34, pp. 99 y s.

[85] BVerGE 32, 98 y ss.

[86] Por razones de espacio no podemos ocuparnos aquí de la animada controversia doctrinal que ha suscitado ya la sentencia del BVerG; cfr. solamente PETERS, *JZ* 1972, p. 85; HANDEL, *NJW* 1972, p. 327; DEUBNER, *NJW* 1972, p. 814; BLUMENTHAL, *MDR* 1972, p. 759; DREHER, *JR* 1972, p. 342; SCHWABE, *JuS* 1972, p. 380; RANFT, en "Persönlichkeit in der Demokratie", *Festschrift für Erich Schwinge*, 1973, p. 111; MÜLLER-DIETZ, en "Einheit und Vielfalt des Strafrechts", *Festschrift für Peters*, 1974, p. 91; RUDOLPHI, en *Festschrift für Hans Welzel*, 1974, p. 605.

cualquier persona pudiera hacer caso omiso del mismo según los criterios de su conciencia individual (a menudo sectaria). Si quedaran sin sanción las ingerencias en derechos de terceros por motivos de conciencia, se acabaría favoreciendo abusos cuya tolerancia tampoco puede deducirse del derecho fundamental de la libertad de conciencia (art. 4 GG). Pero en el caso del que se ocupó la sentencia del Tribunal Constitucional Federal se trataba de una situación muy especial. Una mujer perteneciente a la "Hermandad evangélica" se había negado por motivos religiosos a ser hospitalizada y a que se le practicara una transfusión sanguínea que le salvaría la vida, porque había creído deducir de las Sagradas Escrituras que la curación se produciría más bien si se confiaba sólo en la oración. El marido, que pertenecía a la misma secta, había dejado expresamente la decisión al arbitrio de su mujer, pero también le había indicado que "en la asamblea" se les enseñaba "un camino distinto" (el de la oración) y que él mismo estaba "en contra de un tratamiento hospitalario". Al morir su mujer fue condenado por omisión de socorro basándose la condena en que habría debido aconsejar a su mujer que se sometiera a un tratamiento médico adecuado en vez de desaconsejárselo.

El Tribunal Constitucional Federal, al fundamentar la impunidad que propugna (con base en el art. 4 GG) para el marido, no se ocupa directamente de su incardinación en la dogmática jurídico-penal, pero deja entrever con suficiente claridad que no quiere admitir una causa de justificación sino de exclusión de la culpabilidad[87]: "Si bien objetivamente y conforme a las concepciones valorativas dominantes de modo general en la sociedad se debe desaprobar esa decisión, sin embargo, ya no es tan reprochable como para que estuviera justificado proceder contra el autor con el arma más terrible de que dispone la sociedad, es decir, el Derecho penal. Ante la configuración de este caso, la pena criminal –con independencia de su cuantía– no es una sanción adecuada

[87] Sent. cit., p. 109.

en ningún aspecto (retribución, prevención o resocialización del autor)". Esta fundamentación confirma de modo sorprendente la concepción de la responsabilidad que aquí hemos desarrollado, ya que, en efecto, habrá que afirmar que hay "culpabilidad" en el autor mientras se opere con ese concepto y se mantenga el juicio objetivo de desaprobación; pues el autor habría debido y podido comportarse de otro modo. Si se negara de modo general la capacidad del ciudadano para confrontar la voz de su conciencia con las normas del Derecho a fin de examinar la posibilidad de estar en un error, habría que disculpar *toda* actuación que lesione bienes jurídicos por motivos de conciencia, lo que, como ya se ha expuesto, es impensable. Pero cuando en el presente caso el Tribunal Constitucional Federal dice que la acción "ya no es tan reprochable" que justifique una sanción penal, está afirmando la existencia de "culpabilidad" y, sin embargo, niega la responsabilidad jurídico-penal sirviéndose de una argumentación político-criminal relativa al fin de la pena. A mi juicio, éste es el camino metodológicamente correcto; no sólo porque coincide con los principios aquí elaborados con carácter general para la teoría de la responsabilidad, sino sobre todo porque permite dar el tratamiento diferenciado que se necesita urgentemente para los delitos por motivos de conciencia. En el caso concreto del que nos ocupamos coinciden dos razones que efectivamente justifican la construcción de la exclusión de la responsabilidad "a la luz del art. 4 GG"[87]: el sujeto respetó la voluntad de su mujer, es decir que no se entrometió en una esfera jurídica ajena apelando a su conciencia; y quería (si bien por un camino equivocado) "preservar... el bien jurídico protegido por la amenaza penal"[88]. Al concurrir ambos factores hacen que desaparezca la necesidad, ya sea de carácter preventivo-general o preventivo-especial, de imponer una sanción. No es preciso volver a fundamentar esta afirmación, ya que estamos ante una situación análoga al caso de la eutanasia: la singularidad de las circunstancias

[88] Ibídem.

externas que en dicho caso se puso de relieve corresponde en éste al "carácter intransferible" y no generalizable de la intima decisión de conciencia, y tanto en uno como en otro caso concurre en el autor la finalidad de preservar bienes jurídicos. Pero, por otra parte, a constelaciones de este tipo es a las que se debería limitar el estado de necesidad supralegal que excluye la responsabilidad.

En vista de todo ello estimo que la teoría de la "responsabilidad" que aquí hemos esbozado como la categoría principal, junto con el injusto, del sistema del Derecho penal pueda fundamentar algunas soluciones de modo más adecuado y realista que si se fundamenta exclusivamente la pena en un discutido y no siempre suficiente concepto de "culpabilidad". En cualquier caso, tal concepción permite poner a la dogmática jurídico-penal en ese estrecho contacto con el desarrollo de la política criminal sin el cual aquélla corre el peligro de perder su conexión con los "fundamentos" de nuestra disciplina. "Fundamentos del Derecho" –así reza el subtítulo de la *Introducción a la Filosofía del Derecho* de Heinrich Henkel–. A él, que me enseñó a reflexionar sobre los "fundamentos", va dedicado este estudio como muestra de gratitud y respeto.

EN EL LÍMITE ENTRE COMISIÓN Y OMISIÓN*

I

Hacer y dejar (no hacer) se pueden distinguir muy fácilmente en el terreno empírico. Karl Engisch, a quien se dedica respetuosamente este estudio, ha definido[1] "de acuerdo con la concepción natural... el hacer como gasto de energía en una dirección determinada", y en cambio el dejar (no hacer) "como no gasto de energía en una dirección determinada". Así pues, quien interviene activamente en un suceso, "hace" algo; y quien deja las cosas a su curso, "deja" (no hace) algo. Distinta y más difícil es la cuestión, que no siempre se ha separado de lo anterior con suficiente claridad, de si en la esfera del comportamiento punible hay que concebir siempre el hacer como delito de comisión y, al contrario, hay que subsumir el dejar en el tipo de un delito de omisión. Como quiera que hacer y dejar son fenómenos prejurídicos, pero en

* Publicado en *Festschrift für Engisch*, 1969, pp. 380 y ss.

[1] *Vom Weltbild des Juristen*, 2ª ed., 1965, nota 70, p. 38. Engisch habla aqui de "omitir". Pero siguiendo a su discípulo Androulakis (*Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, 1963, pp. 52 y ss.), yo preferiría hablar de "dejar", para poder reservar el concepto de "omitir" para "el dejar de hacer una acción esperada (aunque no necesariamente debido a imperativos jurídicos)"; en el mismo sentido KAUFMANN, Arthur, *Festschrift für H. Mayer*, 1966, nota 81, p. 104. Sobre la relación entre hacer y dejar, que aquí no puedo seguir tratando, cfr. además la obra citada de Androulakis y el libro de KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte* (1959), así como el trabajo del mismo autor: *Unterlassung und Vorsatz* (*V. Weber-Festschrift*, 1963, pp. 207 y ss.).

cambio su ordenación en delitos de comisión o de omisión supone un problema normativo, se puede formular la cuestión, más precisa y concretamente, del modo siguiente: ¿Necesariamente corresponde la calificación jurídica a la forma de comportamiento humano hallada previamente?; ¿o también hay "delitos de comisión por omisión" y "delitos de omisión por hacer"? Rápidamente tenemos a mano la respuesta tradicional: naturalmente que conocemos delitos de comisión por omisión, concretamente en la forma de los delitos impropios de omisión que hace tiempo que nos resultan corrientes; en cambio, no existen delitos de omisión por hacer, porque el tipo de éstos presupone justamente que el autor no haya realizado el resultado mediante un obrar activo. Sólo que la aparente evidencia de esas respuestas se ve tambalearse crecientemente en los últimos años. Así, por ejemplo, Grünwald[2] y Armin Kaufmann[3] afirman con diversas fundamentaciones, pero coincidiendo en el resultado, que los delitos impropios de omisión no se pueden subsumir en el tipo de los delitos de comisión sino en un tipo, autónomo y no escrito, del imperativo al garante; y esto no significa sino que los delitos impropios de omisión no son delitos de comisión por omisión, sino puros delitos de omision[4]. Por otra parte, la figura jurídica de la omisión por hacer, aunque hasta hoy la mayoría de los tratados no la mencionan[5], encuentra cada vez más parti-

[2] Por primera vez en su tesis doctoral (no impresa): *Das unechte Unterlassungsdelikt*, 1959, pp. 44, 56 y passim.

[3] *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 239 y ss.

[4] Hace ya más de 35 años, Engisch allanó este camino al indicar (*MoKrimPsych* 1933, p. 240) que, en el plano normológico, los delitos impropios de omisión sólo se pueden interpretar como lesión de imperativos, y no de prohibiciones.

[5] Cfr., sin embargo, MAYER, H., *Strafrecht, All. Teil*, 1953, p. 111, que menciona un caso así y además deja sentado expresamente en el sentido de nuestro planteamiento del problema que: "por consiguiente, omisión y comisión no se distinguen por la estructura naturalista de la acción". Además, en la literatura de manuales moderna, V. WEBER, H., *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2ª ed., 1948, p. 57; RITTLER, Th.,

darios[6] en los últimos tiempos. Por ello ha ganado terreno la posibilidad de que en realidad pudiera suceder exactamente al revés de como se había supuesto hasta ahora: es decir, que no existan delitos de comisión por omisión y sí, en cambio, delitos de omisión por comisión. Parece indicado, por tanto, volver a plantear estas cuestiones aparentemente resueltas.

II

1. Nos limitaremos aquí a la figura jurídica –menos conocida– del omitir por comisión[7] o, como quizá sería más correcto decir, por hacer[8]. Fue V. Overbeck quien la introdujo, como tal, en la discusión[9], pero por lo demás, antes y después de él, dicha figura ha tenido una existencia poco considerada en la literatura hasta los últimos años inclusive, con sólo observaciones aisladas y dispersas[10]. El caso de partida clásico es el de que alguien obligado a obrar impide, mediante un hacer positivo, el cumplimiento del imperativo que él mismo ya había puesto en marcha: la persona obligada a denunciar por el § 138 StGB echa al buzón la carta donde avisa se cometerá

Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts, t. I, *Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1954, p. 87.

[6] ANDROULAKIS, *Studien*, pp. 152 y ss.; RANFT, *JuS* 1963, pp. 340 y ss.; BERTEL, *JZ* 1965, pp. 53 y ss.; MEYER-BAHLBURG, *GA* 1968, pp. 49 y ss.

[7] La segunda parte, planeada en principio, sobre la comisión por omisión ha tenido que ser suprimida, debido a la limitación de espacio que nuestro meritorio editor se ha visto forzado a marcar.

[8] Propongo reservar el concepto "cometer" para un hacer subsumible en un tipo comisivo.

[9] "Unterlassung durch Begehung", en *GS* 88 (1922), pp. 319 y ss. ANDROULAKIS, *Studien*, pp. 112 y ss., llama la atención con razón sobre el mérito de esa ignorada investigación. La primera mención de los delitos de omisión por comisión se encuentra, por lo que alcanzo a ver, en V. ROHLAND, *Die Kausallehre des Strafrechts*, 1903, p. 59, quien, sin embargo, está pensando en casos que hoy caracterizaríamos como "delitos de comisión para omitir" (cfr. ANDROULAKIS, *Studien*, p. 154).

[10] Algunas indicaciones bibliográficas, p. ej., en KAUFMANN, Armin, *Unterlassungsdelikte*, nota 249, p. 194; RANFT, *JuS* 1963, nota 6, p. 341.

el asesinato, como debía, pero después cambia de opinión y hace que Correos se la devuelva, de modo que ahora ya no es posible impedir el hecho; la persona obligada a socorrer por el § 330 c arroja una cuerda salvadora a quien se está ahogando, pero en el último momento tira de ella hacia atrás. Aquí existe en ambos casos una acción que teóricamente podía castigarse como hecho comisivo, concretamente como complicidad en el asesinato en el primer caso, y en el segundo como homicidio cometido en calidad de autor. La circunstancia de que en ninguno de los dos casos se haya puesto en movimiento una cadena causal que condujera directamente al resultado, sino que sólo se ha interrumpido un curso causal que auguraba la salvación, no impediría la subsunción en un tipo comisivo, ya que existe amplio acuerdo en castigar como autor de un homicidio por comisión a quien agarra el salvavidas lanzado por otra persona, a consecuencia de lo cual se ahoga una persona que de lo contrario se hubiera puesto a salvo [11]. Pero en nuestros ejemplos la situación consiste en que la persona que actúa anula su propio intento de salvación, con la consecuencia de que la situación es ahora la misma que si esa persona hubiera permanecido inactiva desde el principio. El empleo positivo y el negativo de energía se suprimen entre sí, de modo que no se puede tratar a nuestros sujetos de modo distinto al aplicable a quien de antemano no quiere salvar [12]. De estos ejemplos se puede deducir el principio general de

[11] Engisch (*Vom Weltbild des Juristen*, nota 28, p. 130) ha podido disipar los reparos que se podrían derivar de la teoría de Spendel (*Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte*, 1948, p. 38 y passim) contra la causalidad de tal comportamiento; sigue a Engisch, KAUFMANN, Armin, *Unterlassungsdelikte*, p. 60; asimismo ahora también WELZEL, *Lehrbuch*, 10ª ed., 1967, p. 41; WOLFF, E. A., *Kausalität von Tun und Unterlassen*, 1965, pp. 28 y ss. Discrepan de nuevo Arthur KAUFMANN-HASSEMER, *JuS* 1964, pp. 156-57, que aceptan existe un omitir, pero lo tratan como un delito de comisión, con lo que llegan al mismo resultado.

[12] Resultado que me parece indiscutible; cfr. sólo, KAUFMANN, Armin, *Unterlassungsdelikte*, p. 108; BERTEL, *JZ* 1965, nota 16 a, p. 55; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª/2ª ed., 1963-67, p. 526. No es cierto,

que un hacer que se presenta como desistimiento de una tentativa de cumplir un imperativo debe subsumirse en el tipo del delito de omisión, cuyo imperativo fracasa por la intervención activa. El hacer no se convierte por eso en un omitir, sino que se debe interpretar nuestro descubrimiento en el sentido de que el tipo de carácter imperativo encierra dentro, como norma secundaria y lógica, la prohibición de un hacer como el descrito, causante de un resultado.

2. El siguiente ejemplo de H. Mayer[13] nos puede ilustrar un segundo grupo de casos emparentado con el anterior: "La persona que, junto con otras, conoce el plan del asesinato se emborracha hasta perder el conocimiento, para no estar en condiciones de ir a la policía". Aquí, pese al hacer activo, no se puede aceptar que exista complicidad en el asesinato, sino autoría según el § 138 StGB, o sea, punición por el tipo de un delito de omisión *propia*, pues a efectos de punición tiene que ser indiferente el modo en que la persona obligada a denunciar consiga que no se efectúe su denuncia –bien por hacer, bien por omitir–; lo decisivo es que el tipo del § 138 StGB debe abarcar la falta de envío de la carta salvadora, que se debe (de la manera que sea) a una libre decisión. Si sustituimos al borracho del ejemplo de Mayer por el guardaagujas –tan célebre en la literatura– que quiere provocar un choque de trenes embriagándose e imposibilitándose así para cambiar la aguja en el momento preciso[14], tenemos ante nosotros un

---

por tanto, que yo haya querido alguna vez sustentar la opinión, como infiere Ranft (*JuS* 1963, pp. 340 y ss.) de mi artículo sobre "Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes" (*ZStW* 74, 1962, pp. 411 y ss. = *supra*, pp. 203 y ss.), de que la adscripción a un tipo comisivo u omisivo esté necesariamente vinculada en todos los casos a la cualidad óntica de un comportamiento como hacer y dejar. Yo sólo afirmo (¡y por consideraciones teleológicas!) dicha relación de correspondencia respecto de las acciones imprudentes, que son objeto de esa investigación, pero no respecto de las constelaciones de las que aquí se trata.

[13] *Allgemeiner Teil*, 1953, p. 111.

[14] Este caso se discute sobre todo en MAURACH, *JuS* 1961, p. 373 y BERTEL, *JZ* 1965, p. 53.

hacer que encaja en el tipo de un delito de omisión *impropio*. Si se afirma que se trata de un delito de comisión, habría que imponer la misma pena a una persona no garante que se emborrachara en una situación por lo demás igual –lo que sería un resultado inaceptable evidentemente[15]. Se ha hablado aquí de una omisión *libera in causa*[16]; pero con ello no se toca el punto decisivo, porque el sujeto que primero obra activamente y después resulta incapaz de acción no omite absolutamente nada y, sin embargo, se lo debe castigar por el tipo de omisión. Maurach opina que aquí se finge un omitir del guardaagujas[17]; pero se puede admitir tranquilamente que existe un claro hacer que, sin embargo, también está prohibido por el tipo de carácter imperativo[18].

Entendida en este sentido, la figura jurídica del "omitir por hacer" –que no es mencionada, como tampoco su creador V. Overbeck, ni por Mayer ni por Maurach o Bertel– supone un medio totalmente adecuado para la comprensión dogmática de tales constelaciones. Naturalmente, la zona que abarca es mucho más amplia que la del caso de la imposibilidad de acción provocada al embriagarse: la persona a cuyas manos viene a parar una carta redactada en clave indescifrable para él, donde se planea un delito de traición, y la destruye, con lo que ya no puede denunciar ese plan, responde por el § 138 StGB; quien se lesiona a sí mismo o destruye su bote salvavidas para hacer imposible su cooperación, que se necesita

[15] También creen que existe un delito de omisión impropio, con base en las mismas consideraciones, MAURACH, *JuS* 1961, pp. 376 y s.; BERTEL, *JZ* 1965, p. 53. MEYER-BAHLBURG, *GA* 1968, p. 52, parecen inclinarse por un delito de comisión, pero limitan la punibilidad a los garantes.

[16] ANDROULAKIS, *Studien*, p. 156; MAURACH (*JuS* 1961, p. 377) recurre para explicarlo a la *actio libera in causa*; en contra, sin embargo, BERTEL, *JZ* 1965, pp. 53 y s.

[17] *JuS* 1961, nota 20, p. 378.

[18] Solución que elaboró por primera vez BERTEL, *JZ* 1965, p. 55, que habla de una "prohibición, derivada del imperativo de impedir choques de trenes, de imposibilitarse el cumplimiento de ese imperativo o de sustraerse al mismo de otra manera".

urgentemente, en una acción de salvamento[19], es culpable del delito del § 330 c StGB; quien tira el único producto disponible para exterminar orugas puede ser castigado según el § 368, nº 2° StGB por "omitir la limpieza de orugas". En una palabra: todo omitir imaginable se puede realizar "por hacer" del modo descrito.

3. La tercera forma de aparición del omitir por hacer puede que sea la más importante en la práctica: la participación activa en un delito de omisión. Quien incita a otro a no remitir la ya mencionada carta secreta donde se plantea una traición al país, quien determina al médico a no hacer caso de la llamada a la casa de socorro, o quien, en ambos casos, fortalece con sus palabras persuasoras la decisión delictiva de quien permanece inactivo, es castigado, si se sigue la opinión ampliamente dominante, por inducción o complicidad respecto de los §§ 138 y 330 c, es decir, por el tipo de un delito de omisión. Aunque la participación sea una causa de extensión de la pena y por tanto no sea típica en sentido estricto, en cualquier caso la punibilidad que aquí se extiende a quien obra activamente, es la punibilidad del delito de omisión. Por eso se puede hablar perfectamente de un omitir por hacer[20]. Sin embargo, la posibilidad contraria, o sea, castigar al que obra activamente no por el tipo de la omisión propia sino como cómplice de un asesinato o como autor de un homicidio, aquí precisamente no es ninguna lucubración sino algo muy real pues, como se sabe, es la única solución que Armin Kaufmann[21] y Welzel –siguiendodele–[22] consideran correcta.

III

Con esto nuestro inventario pasa inmediatamente a la cuestión de si se pueden reconocer los delitos de omisión por

[19] Muchos ejemplos semejantes en MEYER-BAHLBURG, *GA* 1968, p. 51.

[20] El primero en aludir a estas conexiones ha sido KAUFMANN, Armin, *Unterlassungsdelikte*, pp. 195 y ss.

[21] *Unterlassungsdelikte*, pp. 195 y ss.

[22] *Lehrbuch*, 10ª ed., pp. 199 y s.

hacer, cuyas posibles formas hemos descrito en tres grupos, como categoría dogmática autónoma, con la consecuencia práctica de que quedarían desconectados de los tipos comisivos; y, caso afirmativo, dentro de qué límites. Armin Kaufmann[23] ha declarado categóricamente: "¡No existen!"; pero esta opinión se apoya exclusivamente en la investigación de nuestro tercer grupo de casos, esto es, la participación activa en el delito de omisión, que Kaufmann no admite sino que pretende se castigue como hecho comisivo causante del resultado[24]. Sin embargo, contra la postura que niega la participación en el delito de omisión se han aducido numerosos argumentos[25], que sigo considerando convincentes[26] y cuya repetición es superflua aquí. Pero Kaufmann mismo ha reconocido en el fondo el primero de nuestros tres grupos de casos. Ciertamente es correcta su opinión al respecto[27] de que se trata "en verdad... de una figura análoga al § 46, nº 2* del StGB en la esfera de la omisión", pero ello no impide en absoluto su ordenación dentro de la categoría de los delitos de omisión por hacer. En consecuencia, si se incluyen en el tipo de omisión según opinión unánime los casos de desistimiento activo del comienzo de cumplimiento de un imperativo, difícilmente se podrán tratar de otro modo las constelaciones del segundo grupo en las que el sujeto frustra, no ya tras

[23] *Unterlassungsdelikte*, p. 203; aprueba su opinión ENGISCH, JZ 1962, p. 191.

[24] ANDROULAKIS, *Studien*, nota 590, p. 153, le reprocha también (algo exageradamente) que su exposición "por desgracia ni siquiera toca el tema propiamente dicho".

[25] Detenidamente y con independencia recíproca, STREE, *GA* 1963, pp. 1 y ss., y yo mismo: *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª/2ª ed., pp. 510 y ss.

[26] Como aquí también, entre otros, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13ª ed., antes del § 47, notas 103, 104; MAURACH, *Allg. Teil*, 3ª ed., p. 578; BAUMANN, *Lehrbuch*, 4ª ed., p. 569; SCHWARZ-DREHER, 29ª ed., D VI antes del § 1.

[27] *Unterlassungsdelikte*, p. 108.

* El nº 2 del § 46 vigente en el momento de redactarse este trabajo trataba del desistimiento de la tentativa acabada. (N. del T.)

comenzar sus esfuerzos de impedir el resultado sino de antemano, su propia posibilidad de acción; sólo que Kaufmann en realidad no ha pensado en ellos al formular su veredicto.

Si consideramos segura, por tanto, la existencia de los delitos de omisión por hacer, la auténtica problemática reside entonces en la cuestión de su alcance o, lo que es lo mismo, de su delimitación de los delitos de comisión. Cuestión que se plantea de manera diversa en nuestros tres grupos de casos y que por ello necesita un examen separado para cada grupo.

1. En la ruptura de la causalidad salvadora puesta en marcha por uno mismo (retirar la carta de denuncia, apartar del que se ahoga la cuerda ya se le había lanzado) hay un momento a partir del cual el cambio de resolución ya no aparece como omitir por hacer sino como puro delito de comisión. Si la victima ya ha agarrado la cuerda salvadora o tiene ya en la mano (aunque no la haya leído) la carta que denuncia el atentado, la acción de arrancársela realizada por quien está obligado a obrar debe enjuiciarse, si acarrea la muerte, respectivamente como delito de homicidio o como complicidad al mismo; pues a partir de entonces la persona a quien se debe salvar había conseguido una posición en la que ya podía seguir valiéndose por sí mismo, y destruirla pesa más que la mera inactividad. De querer decidir de otro modo, entonces tampoco respondería sino por el § 330 c StGB* quien primero recoge en su bote al náufrago y después lo vuelve a arrojar al agua, entregándolo a la muerte –una solución claramente insostenible–. Cierto que no se trata de un criterio lógico sino teleológico, por lo que la línea delimitadora, como es peculiar a la esencia de la ciencia del Derecho, no se puede trazar con exactitud matemática. Si se quiere formular la idea de modo abstracto, se puede decir que el omitir por hacer se transforma en un delito de comisión tan pronto como el cumplimiento del imperativo ha pasado del estadio de la tentativa al de la consumación, es decir, tan pronto como el curso causal salvador ha alcanzado la esfera de la víctima. Para ello ni

* Que tipifica la omisión de deber de socorro. (N. del T.)

siquiera es necesario que la persona en peligro tenga "en la mano" de modo físico el medio salvador; bastaría con que la denuncia del delito hubiera llegado al buzón del amenazado o con que la persona que se ahoga pudiera agarrar la cuerda salvadora sin ayuda ajena. Tampoco hay que exigir que la persona obligada a socorrer se haya liberado ya de toda cooperación ulterior: quien lanza una escala de cuerda a una persona que se ha caído en una grieta de un helero y, cuando el accidentado ha trepado hasta la mitad, la suelta, con lo que la víctima se estrella en el precipicio, también comete un delito de homicidio; pues no puede haber ninguna diferencia entre que la persona que necesita ayuda muera en ese estadio de la acción salvadora por dejar caer la soga, o que muera porque quien socorre corte la cuerda atada a un saliente de una roca. Sin embargo, algunas de estas cuestiones hasta ahora apenas debatidas aún están pendientes de una ulterior discusión en detalle.

2. El segundo grupo de casos plantea problemas de delimitación aún más difíciles. Las dudas surgen sobre todo cuando la acción de frustrar de antemano la propia cooperación también tiene efecto sobre otra persona dispuesta a socorrer:

X se está ahogando. A quiere salvarlo con el único bote disponible, perteneciente a B. Pero B impide que A se haga a la mar, al retener el bote sujetándolo, con la consecuencia prevista por él de que se ahoga X, que de lo contrario se habría salvado[28].

¿Debe castigarse aquí a B por homicidio por haber interrumpido una cadena causal salvadora dispuesta por un tercero?, o ¿estamos ante un caso del § 330 c, ya que B sólo ha denegado y anulado la cooperación en el socorro (poner el bote a disposición del otro; ¡§ 904 BGB![*]) que la ley le exige?

[28] Ejemplo de RANFT, *JuS* 1963, p. 341, que es el único que hasta ahora se ha ocupado más de cerca de tales constelaciones.

[*] Se refiere Roxin a que sería aplicable el § 904 del BGB, que regula una clase de estado de necesidad: la actuación sobre cosas ajenas para salvar un bien de mucha mayor entidad; es decir que A podría tomar el bote, aun sin que B lo ponga a su disposición, para salvar a X, amparado en dicho § 904 BGB. (N. del T.)

Aunque se pueden formar casos de ese tipo con múltiples variantes[29] y ya tienen que haberse presentado también en la práctica, sin embargo no reina claridad alguna sobre su solución, poco discutida hasta ahora. Ranft[30] llama con razón "grave en consecuencias" a la resolución del problema, y se decide por rechazar un delito de homicidio porque B sólo ha impedido "la ingerencia en su esfera de dominio": "Retener el bote sujetándolo sólo era el medio de no entregarlo, es decir, de una omisión". A Meyer-Bahlburg[31] le parece tan evidente esa solución –castigo sólo por el § 330 c–, que cree poder partir de ella sin más.

Pero en realidad existen graves reparos en contra de tal solución. Nuestro caso se puede colocar a la mitad de camino entre dos constelaciones extremas cuyo tratamiento jurídico opuesto parece bastante indiscutible. Con seguridad habría que calificar de homicidio[32] al mismo supuesto de hecho, si B impide violentamente su propósito a A, que se dispone a salvar a la víctima con su propio bote (de A); pues en este supuesto se destruye, con mortales consecuencias, una cadena causal exclusivamente "ajena", que impediría el resultado. En cambio estaríamos ante un caso de "omitir por hacer" que claramente sólo se podría enjuiciar según el § 330 c StGB, si B parara a medio camino o volviera hacia la orilla el bote que él mismo guiaba y con el que se acercaba a la persona que se ahogaba. Pues bien, nuestro ejemplo del principio supone una combinación de ambas variaciones extremas del supuesto del hecho, en cuanto que la abstención de la propia prestación de socorro coincide con la acción de impedírselo al tercero; así pues, se mezclan rasgos del hecho comisivo y del omisivo. Ranft trae a colación, en favor de su unilateral consideración de las circunstancias que señalan al tipo de omisión, el caso paralelo de que B únicamente se niegue a

[29] Cfr., p. ej., los numerosos ejemplos de MEYER-BAHLBURG, *GA* 1968, p. 5.

[30] *JuS* 1961, p. 341.

[31] *GA* 1968, p. 51.

[32] Así también RANFT, *JuS* 1963, p. 343.

abrirle a A un cobertizo donde se encuentra el bote salvador. Como es seguro que tal comportamiento sólo es punible por el § 330 c, ya que falta un hacer, pregunta aquél "si la actividad de B en el caso a) –retener su bote sujetándolo– fundamenta frente al caso b) –negativa a entregar el bote– tal aumento en el contenido del injusto que se convierta en homicidio en vez de omisión del deber de socorro"[33]; y contesta esta pregunta negativamente, pero sin razón, pues existe aquí la misma diferencia que hay entre una acción positiva que produzca una muerte, y una mera inactividad. El único paralelismo que puede llevar a resultados correctos es el que resulta si, modificando nuestro problemático caso, se lo lleva hacia el lado del delito claramente comisivo y se pregunta por qué ha de depender la delimitación entre los §§ 212 y 330 c del StGB* de que el bote sujetado y retenido sea propiedad de A o de B. Parece evidente que las relaciones de propiedad respecto del instrumento salvador no pueden decidir sobre la subsunción en el tipo del homicidio, tanto más cuanto que el legislador, en el § 904 BGB**, ha permitido que se utilice el instrumento que se necesita a fin de salvar un bien, y precisamente sin consideración a la propiedad. Vista desde este ángulo, la acción de quitar a otro un bote salvador (aunque sea propiedad del que se lo quita al otro) no es, como opina Ranft[34], un "blindaje protector" del propio círculo de bienes jurídicos, sino una intervención activa en la vida de la persona en peligro, cuya salvación, de no ser por ello, se hubiera podido esperar con una probabilidad rayana en la seguridad. Así pues, no estamos aquí ante un caso de omitir por hacer que se deba juzgar según el § 330 c, sino ante un homicidio por comisión (§ 212 StGB)[35].

[33] *JuS* 1963, p. 342.

* El § 212 corresponde al homicidio, y el § 330 c –como ya se ha dicho– a la omisión del deber de socorro. (N. del T.)

** Que regula una clase de estado de necesidad. (N. del T.)

[34] *JuS* 1963, p. 345.

[35] Una posible delimitación según la dirección de voluntad del que actúa –es decir, según que lo que le importara fuera causar la muerte

Si se aprueba por principio esa solución, entonces tampoco se podrá atender al estadio en que se detiene la actividad salvadora del tercero. Así como hay un homicidio si B consigue violentamente hacer zozobrar su propio bote, con el que A se aproximaba ya a la persona que se ahogaba, e imposibilita de ese modo el salvamento, así también se habrán traspasado los límites del delito de omisión propia si B destroza con dolo homicida su bote, que es el único existente para la acción de socorro, ya antes de que se aproxime el tercero dispuesto a emprender el salvamento, para sustraerlo a su alcance de antemano. No puede ser decisivo para la delimitación que el delincuente interrumpa una cadena causal que promete impedir el resultado sin su colaboración (aunque quizás utilizando instrumentos suyos con su permiso), produciendo dolosamente una muerte, o que desde el principio impida que surja tal cadena causal. Este resultado puede resultar a primera vista algo insatisfactorio, si quien actúa no influye directamente en el tercero sino que imposibilita totalmente la actividad de éste privándolo de medios de ayuda de la esfera propia. Pero si es culpable de un delito comisivo quien expulsa a golpes de su teléfono (es decir, del teléfono de quien impide llamar) al amigo de un accidentado, que llama al médico, entonces tampoco se puede castigar sólo por omisión de socorro al que corta su línea telefónica pérfidamente y con dolo homicida poco antes de que llegue la persona dispuesta a auxiliar: porque las consecuencias del hecho y la energía criminal de ambos delincuentes son las mismas; la lesión del auxiliador, que concurre además en el primer caso, merece

---

de la persona amenazada (en ese caso, homicidio) o que fuera sustraer el objeto propio a la utilización ajena (en tal caso, omisión de socorro)– me parece inidónea, en cuanto que dichas intenciones no tienen consecuencias sobre el simple dolo. Pues, prescindiendo de que las motivaciones de ese tipo con sus entrelazamientos a menudo indisolubles se sustraen a la comprobación judicial posterior, lo cierto es que la ley trata igual a las acciones de matar intencionales que a las cometidas con dolo eventual, por lo que no existe ningún motivo para excluir del tipo del homicidio a las acciones cometidas con dolo eventual o con dolo directo de segundo grado.

consideración especial según el § 223 StGB, pero no puede tener influencia alguna en la cuestión de si se le imputa la muerte del accidentado al propietario del piso. Naturalmente que a menudo, en los casos en que "se impiden preventivamente" los esfuerzos de otra persona por salvar a la víctima, no se podrá comprobar, bien la causalidad lesiva, bien el dolo dirigido a provocar el resultado; y mientras aún no se haya producido el infortunio o mientras no aparezca un tercero dispuesto a auxiliar, sólo se podrá hablar de un acto preparatorio aunque exista dolo; pero todo ello no cambia el hecho de que hay que incluir tal comportamiento en principio en el tipo comisivo[36]. En los casos de ingerencia en los esfuerzos de otro por impedir el resultado sólo habrá una "omisión por hacer" punible según el § 330 c StGB, si en los casos que hemos puesto como ejemplo existen varios botes, teléfonos o cualesquiera otros medios de salvación disponibles, ya que en tal caso la actividad dirigida contra el tercero sólo puede servir para negar la ayuda propia, pero no impide que otros salven a la víctima.

3. Si, como hemos hecho más arriba remitiéndonos a anteriores reflexiones, se reconoce la posibilidad de principio de participación activa en el delito de omisión, también aquí plantea problemas específicos la delimitación de esa actividad, que se debe subordinar al tipo de omisión, respecto de los delitos de comisión. Armin Kaufmann[37] ha ideado el caso

[36] Distinta es la cuestión de que junto a ello, aunque en relación de subsidiaridad, se debe considerar que esa conducta también encaja en el § 330 c, a semejanza de lo que también ocurre cuando, si se da un delito impropio de omisión, pasa a un segundo plano el § 330 c que en sí sería aplicable. Por consiguiente, si resulta imposible castigar por el tipo comisivo porque falten el resultado, la causalidad o el dolo, sigue siendo posible castigar por omisión del deber de socorro. Sólo aparentemente resulta paradójico aceptar que el mismo comportamiento sea subsumible tanto en un tipo comisivo como en un tipo omisivo; en realidad, ello no hace sino confirmar el presupuesto en el que descansa la figura jurídica del omitir por hacer: a saber, que lo unívoco en el plano óntico puede, sin embargo, tener diferente encuadramiento normativo.

[37] *Unterlassungsdelikte*, nota 249 a, p. 195.

siguiente: A cambia de opción después de remitir la denuncia del delito, pero no retira por sí mismo la carta del curso postal, sino que se sirve para ello de B, a quien ha puesto al corriente de las circunstancias. Kaufmann –fiel al principio que mantiene– quiere castigar aquí a B como cómplice de homicidio. Pero este resultado es insatisfactorio, puesto que A, si desiste por sí mismo de su tentativa de cumplir el imperativo, sólo realiza el tipo del § 138 StGB, incluso en la opinión de Armin Kaufmann [38]; y la circunstancia, dependiente de la casualidad en la mayoría de los casos, de que pida a otro que retire la carta, con arreglo al buen sentido no puede convertirlo mediante el rodeo de la inducción en autor por comisión del delito del § 212 StGB. Lo que aún resulta más claro si se trasplanta esta constelación al caso de la omisión del deber de socorro: si el médico A, que es el mas próximo que se pudo localizar y a quien se llama para que acuda junto a un herido grave, da la vuelta a su coche a mitad del camino y el accidentado muerte, es culpable ciertamente, pero no como homicida, sino de omisión del deber de socorro [39]. Pero entonces no puede ser distinto en caso de que no sea A mismo quien conduzca el coche, sino que se lo encargue al chofer C y persuada a éste de que vuelva otra vez hacia casa antes de llegar al lugar del accidente [40]. Sólo en el caso de que C *contra* la voluntad de A no lo llevara al sitio del accidente sino a otro lugar, sería C homicida (en lugar de cómplice del delito del § 330 c) [41], exactamente igual que habría complicidad al delito

[38] Ídem, p. 108.

[39] Prescindamos aquí de la discutida cuestión de si un médico que no está presente en el lugar del hecho está acaso obligado por el § 330 c a prestar socorro.

[40] Si alguien estima que el ejemplo no es válido, porque A todavía tendría que haber realizado otras acciones activas para cumplir el mandato, puede transformar el caso de tal modo que A envíe a C a recoger otra vez, antes de que llegue a su lugar de destino, el medicamento salvador que debería entregarse por medio de la auxiliar de la consulta.

[41] Un caso novelesco paradigmático: el servicio secreto enemigo secuestra el avión que debía llevar junto al lecho del Jefe de Estado

comisivo en el caso de la denuncia de un delito, si el tercero que retira la carta del curso postal no obrara por encargo del remitente, sino por propia iniciativa.

Es cierto que con ello la distinción entre el hecho comisivo y la complicidad (que por regla general se castiga mucho más suavemente) en un delito propio de omisión[42] se hace a primera vista muy sutil en los casos límites: quien agarra, antes de que llegue a su destino, el salvavidas a petición del que lo ha lanzado, es castigado por omisión de socorro; pero quien hace lo mismo por iniciativa propia y sin que se lo haya requerido para ello, si concurren los restantes requisitos es homicida o incluso asesino. Parece como si en ambos casos estuviéramos ante la misma acción exactamente, cuyo distinto enjuiciamiento jurídico no puede legitimarse suficientemente sólo porque exista o falte un requerimiento. Pero las apariencias engañan, pues el sentido *objetivo* de una conducta es esencialmente distinto, según que quien actúa haga fracasar el plan salvador, ya puesto en ejecución y que promete tener éxito, de un tercero, o que secunde al tercero siguiendo sus deseos en el desestimiento de sus esfuerzos, de los que posteriormente se arrepiente, por impedir el resultado. Así pues, no se trata en absoluto de una delimitación subjetiva: lo que sienta y desee quien interrumpe la cadena causal salvadora es indiferente; lo decisivo es si actúa al lado de la persona obligada a auxiliar y *para* ella o si lo hace bajo su propia responsabilidad y *contra* ella.

Con esto puede darse por terminado este breve examen, que no pretende agotar la problemática del "omitir por hacer", sino llamar la atención sobre esa zona limítrofe tan descuidada hasta ahora e impulsar la discusión que está todavía en sus comienzos. De todos modos, considero que queda claro que la figura jurídica de la que hablamos, en contra de

---

gravemente enfermo al cirujano insustituible y que con seguridad remediaría la situación.

[42] Naturalmente, con frecuencia se añadirá que el cómplice es autor de una omisión si el deber de socorro o denuncia también lo afecta a él.

lo que afirman algunos que la impugnan, existe realmente, aunque es cierto que no se puede sobreestimar su esfera de aplicación, y que delimitarla de los delitos de comisión constituye una tarea apremiante. En mi opinión, el rendimiento metodológico de estos esfuerzos consiste sobre todo en el afianzamiento de la opinión según la cual la adscripción a los tipos comisivos u omisivos depende de criterios normativos y no necesariamente de la cualidad óntica de una conducta[43]; pero además consiste en saber también que el modo recomendado por el BGH[44] de delimitar el delito de omisión del de comisión en una forma tradicional y que no aclara las cosas, según el "centro de gravedad de la reprochabilidad", en el futuro tendrá que ceder el paso a una forma de considerar las cosas que distinga entre los diversos grupos de casos según criterios jurídicos y con una argumentación controlable.

IV

No menos importante es un fenómeno que enlaza directamente con lo que hemos discutido más arriba, pero que hasta ahora, por lo que alcanzo a ver, nunca ha sido ni investigado ni siquiera mencionado: el omitir impune por hacer[45]. Tras lo anteriormente expuesto resulta trivial mencionar que existe

[43] Por tanto, es demasiado unilateral Welzel al decir (*Lehrb.*, 10ª ed., p. 196) completamente en general: "La distinción entre delito de comisión y delito de omisión se rige por la causalidad o la no causalidad del comportamiento". Esto es válido, ciertamente (si se prescinde del problema de la causalidad de la omisión), para los delitos culposos, que son los únicos en los que piensa, y respecto de los cuales Welzel coincide conmigo en su enjuiciamiento frente a una extendida opinión doctrinal; pero, como ya ha resaltado RANFT, *JuS* 1963, pp. 340 y ss., con especial claridad, no puede ser válido como principio y para todos los casos. Cfr. al respecto *supra*, notas 12 y 36.

[44] BGHSt. 6, 59.

[45] Se debe hablar aquí de un "omitir" en vez de hablar de un mero "no hacer", porque precisamente la impunidad del actuar que, dadas las circunstancias, es esperado (aunque no legalmente) descansa en consideraciones jurídicas. Sobre terminología, cfr. *supra*, nota 1.

esa figura: si sólo se castiga por el § 138 StGB al remitente de la denuncia jurídicamente obligatoria de un delito, que retira la carta antes de que llegue al destinatario, quien procede de la misma manera frente a un delito que no es obligatorio denunciar, necesariamente tiene que quedar impune pese a su causalidad para la producción del resultado. Pues, comoquiera que al no existir cualificación alguna que lo convierta en autor del delito comisivo no se lo puede castigar más duramente que a quien tiene el deber de denunciar, habrá que decir: esa persona se limita a no hacer algo a lo que no está obligado, por lo que tanto su actividad de impedir como su desistimiento son jurídico-penalmente irrelevantes. Pero esta figura del "omitir impune por hacer", además de hacernos tomar en cuenta tal consecuencia fundamental, nos ofrece también la clave para solucionar una serie de cuestiones jurídicas importantes en la práctica pero no solucionadas hasta ahora. Intentaré demostrarlo en el breve espacio disponible.

1. En primer lugar se pueden extraer las consecuencias que inmediatamente sugiere el "omitir punible por hacer", ya estudiado. Lo que en aquel caso debía calificarse de omisión propia o impropia resulta impune en éste; y esto es válido no sólo respecto del ejemplo que acabamos de describir del desistimiento de una tentativa de impedir el resultado que no era obligatorio jurídicamente, sino igualmente respecto a los otros dos grupos de casos paralelos: Quien no estando obligado a denunciar se imposibilita de antemano, mediante un obrar activo, dar parte del delito, por ejemplo, embriagándose hasta perder el sentido y suprimiendo así su capacidad de acción, por supuesto queda impune (segundo grupo de casos). E igualmente queda impune quien, como "partícipe", consigue que se deje de hacer algo no requerido (tercer grupo de casos): así pues, quien incita a otro para que desista de su plan de salvar la vida a un perro ajeno atropellado por un automóvil llevándolo rápidamente al veterinario, no puede ser castigado porque el incitado abandone al perro a su suerte. Armin Kaufmann[46] se ha tomado ciertamente mucho trabajo para probar que quien incita que-

[46] *Unterlassungsdelikte*, p. 195.

dando en un segundo plano responderá en un caso así como autor por comisión de un delito de daños del § 303 StGB. Sin embargo, personalmente no me he podido convencer de que esta teoría sea correcta[47]: pues prescindiendo de que al "disuasor" le falta el dominio del hecho, se restringirá indebidamente la libertad de actuación del particular, si no pudiera incitar impunemente a un comportamiento impune. Consecuentemente tampoco se puede castigar la "complicidad en el desistimiento de la tentativa de impedir el resultado por parte de alguien no obligado a actuar": quien retira del curso postal por encargo del remitente la denuncia de unas lesiones que se han planteado*, no es cómplice del delito del § 223 StGB pese a su causalidad respecto del resultado lesivo, del mismo modo que el remitente que lo incita a que coja la carta no responde por inducción sino que queda impune.

Distinta es la situación en los comportamientos que anteriormente, en nuestros esfuerzos delimitadores, adscribimos a los tipos comisivos. Tales comportamientos no resultan impunes, sino que, independientemente de la existencia de un deber de actuar, siguen siendo punibles del mismo modo en que lo eran antes. Así pues, quien vuelve a arrancar de las manos del enfermo el medicamento salvador que antes le dio, de modo que la víctima muere, comete un homicidio incluso aunque originariamente no hubiera estado obligado por el § 330 c a entregar la medicina (primer grupo de casos). El tercero que impide contra la voluntad del remitente que llegue a su destinatario la denuncia del plan de robo con fuerza en las cosas, se hace responsable de complicidad a tal delito penado por el § 243, ap. 1, nº 2°, StGB, con independencia de que no existía la obligación jurídica de denunciar en el caso de ese

[47] Sobre la discusión en concreto y los esfuerzos de Kaufmann por llegar a la impunidad en los casos de "adecuación social", cfr. mi obra *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª/2ª ed., pp. 510 y ss. (521-523).

* Téngase en cuenta que el § 138 StGB castiga la omisión de denunciar determinados delitos graves, planeados o todavía en ejecución, pero entre esos delitos no está comprendido el de lesiones, de modo que la omisión de denuncia de unas lesiones es impune. (N. del T.)

delito (segundo y tercer grupos de casos). Del mismo modo, en concordancia con las constelaciones del segundo grupo de casos discutidas más arriba, debe castigarse como cómplice en un delito comisivo incluso al que destruye su propio papel de cartas para obstaculizar el escrito de denuncia de una persona que quiera auxiliar aun sin estar obligada a dar parte, pero que sí está autorizada por el § 904 BGB a echar mano del papel; lo mismo que, con mayor razón, habría complicidad en un robo con fuerza en las cosas si el propietario del papel de cartas quisiera arrancar de las manos del remitente, antes de que la echara al buzón, la denuncia escrita en ese papel. Todos estos resultados me parecen no sólo materialmente necesarios, sino también en concordancia con la ratio de la delimitación trazada anteriormente, pues si un comportamiento estructurado de determinada manera se adscribe al tipo comisivo, la punibilidad ya no puede depender de las circunstancias que son decisivas para el tipo omisivo.

2. Ahora bien, estos principios que consideramos seguros también pueden, en mi opinión, servirnos de ayuda ante un problema que ha alcanzado hoy la más acuciante actualidad: el problema de determinar los límites del deber médico frente al empleo de reanimadores que prolongan la vida. Como es sabido, hoy es posible (en ciertas condiciones) ante un síncope central hacer funcionar de nuevo el corazón y la circulación sanguínea de una persona gracias a la respiración artificial y salvarle quizá su vida de ese modo. Pero en muchos casos se verá después de un cierto tiempo que seguir aplicando la máquina cardiopulmonar –que está cobrando creciente importancia, especialmente para el tratamiento de víctimas de accidentes– no promete tener éxito por mucho más tiempo, porque el médico tiene que reconocer que el cerebro del paciente ha quedado irreparablemente dañado y que nunca recuperará la conciencia ni la capacidad de seguir viviendo sin el reanimador–. ¿Puede el médico en ese caso parar el respirador, o sería culpable de un homicidio si lo hace?[48]. Si

[48] Si ya se han extinguido las funciones cerebrales del paciente total y definitivamente, no surge el problema porque, de acuerdo con

se considera tal comportamiento como hecho comisivo por haberse desplegado una actividad corporal (oprimir el botón) al desconectar el aparato, no habría modo de escapar a la punibilidad con arreglo al § 212 StGB[49], ya que se ha matado a una persona (aún) viva y hoy ya nadie duda de la punibilidad de la eutanasia activa tendente a acortar la vida[50]. Pero el panorama puede cambiar en caso de que quepa considerar el hacer del médico, en sentido jurídico, como omisión, es decir, como suspensión de un ulterior tratamiento; pues, según la opinión ampliamente dominante, el médico no tiene el deber jurídico (con mayor razón si el paciente ha perdido irrevocablemente la consciencia[51]) de prologar por medios artificiales

---

una opinión que gana terreno y es además acertada, en tal caso hay que considerar que ya se ha producido la muerte aunque prosigan la actividad del corazón y la circulatoria, y por consiguiente al desconectar el aparato ya no se actúa sobre un hombre vivo. Sobre todo el desplazamiento del momento de la muerte al de la muerte cerebral, cfr. solamente ENGISCH, *Chirurg* 38 (1967), p. 252 y ss., y BOCKELMANN, *Strafrecht des Arztes*, 1968, pp. 108 y ss., con ulteriores indicaciones en la nota 40, p. 124. Pero el caso más importante en la práctica es el que discutimos en el texto; esto significa que al menos mientras no poseamos métodos absolutamente seguros para constatar la muerte del cerebro (cfr. al respecto BOCKELMANN, *Strafrecht des Arztes*, pp. 110 y s.) en muchos casos dudosos habrá que partir de que el paciente sigue teniendo la cualidad de persona.

[49] Distinta es la cuestión de si en el caso concreto se plantea la justificación o disculpa del estado de necesidad supralegal por no existir más que una máquina cardiopulmonar disponible para varios pacientes. Cfr. al respecto WELZEL, *Lehrb.* (10ª ed.), p. 179. Plantean objeciones contra Welzel, GEILEN, *FamRZ* 1968, nota 1, p. 122; BOCKELMANN, *Strafrecht des Arztes*, nota 50, p. 126.

[50] Fundamental sobre este punto, ENGISCH, *Euthanasie und Vernichtung lebensunwerten Lebens in strafrechtlicher Beleuchtung*, 1948, pp. 12-18; además BOCKELMANN, *Strafrecht des Arztes*, 1968, pp. 24 y s.; ROXIN, "Euthanasie", en *Evangelisches Staatslexikon*, 1966, cols. 472 y s.

[51] A mi juicio no se puede renunciar a ese principio, si es que se cree posible sostener que en determinadas circunstancias es lícito dejar de seguir aplicando el tratamiento. Pues si el paciente tiene aún conciencia o puede recuperarla, es él quien debe decidir.

una vida que se extingue de modo inevitable [52], por lo cual no habría homicidio por omisión si el médico permanece inactivo en un caso así. De ese modo la calificación como comisión o como omisión decide, si se sigue la opinión dominante, sobre la licitud o la grave punibilidad de tal hacer del médico. Por eso no es de extrañar que el médico exija apremiantemente del jurista respuesta a esa cuestión [53].

Las manifestaciones que los autores han hecho hasta el momento sostienen puntos de vista opuestos. Así, Gailen [54] escribe: "Si el cerebro aparece irreversiblemente dañado y, en consecuencia, ya no existe ninguna posibilidad de que el paciente recobre alguna función vital espontánea o, al menos, la conciencia, entonces terminar con los intentos de reanimación es... una forma permitida de la eutanasia pasiva pese a la actividad desplegada fenotípicamente en ella. El médico tendrá que desconectar el aparato y, en tanto en cuanto, intervendrá activamente en un proceso causal en marcha. Pero sería demasiado superficial convertir ese movimiento corporal aislado en punto cardinal del juicio jurídico-penal. Este caso no puede recibir calificación distinta del de la interrupción de un tratamiento manual". Frente a esto leemos en Bockelmann [55]: "Pero entonces ¿qué es intervención activa y homicida? Desde luego, no sólo la inyección de veneno, la punción o el corte, sino que con seguridad lo sería también

[52] Cfr. de nuevo, ENGISCH, *Euthanasie...*, pp. 8-10; también GEILEN, *FamRZ* 1968, p. 125, con ulteriores datos en la nota 28. El principal enemigo de esa concepción es BOCKELMANN, *Strafrecht des Arztes*, pp. 114 y ss. y nota 46, pp. 125 y s., quien de todos modos también suprime el deber de seguir tratando al paciente en casos extremos, por lo que el problema tratado en el texto surge en esos casos aun desde su punto de vista.

[53] Este problema, que repetidamente me han expuesto colegas médicos, fue el que me movió originalmente a reflexionar a fondo y en conjunto sobre la serie de problemas discutidos en este trabajo.

[54] *FamRZ* 1968, p. 126 en lo referente a la nota 35 y en esa misma nota.

[55] *Strafrecht des Arztes*, p. 112.

quitar una venda o separar la sutura de una herida, que debían contener la hemorragia. Pero con esto queda claro que desconectar un reanimador en un momento en que aún no se está seguro de si ya es un hecho que el cerebro ha dejado irreversiblemente de funcionar, sería asimismo no ya la omisión de ulteriores medidas tendentes a prolongar la vida, sino una acción (activa) de matar". Bockelmann se vuelve también expresamente contra Geilen y opina[56] que éste, al hablar de intervención activa en el curso causal, ha mencionado precisamente el elemento "en el que se pone de manifiesto que el comportamiento del médico es acción y no sólo omisión". Por lo demás –prosigue– no cabe duda de que estamos ante una acción de matar si un tercero "por pura maldad, sólo para acelerar el fin del moribundo, para el aparato"; luego entonces no puede regir otra cosa respecto del médico.

Esta pugna de opiniones aquí descrita pone de manifiesto con notable claridad los puntos de vista decisivos. Si se aborda el caso con el aparato dogmático que hemos elaborado, habrá que dar la razón en su resultado a Geilen, por más que sea cierto que Bockelmann ha aportado los argumentos más fuertes desde el punto de vista de las categorías delimitativas tradicionales. Pues lo cierto es que, si se evidencia la total inutilidad de seguir esforzándose en reanimar al paciente, el médico al conocer tal situación habría podido "dejar" de antemano esa prolongación artificial y sin objeto de tal vida. Pero entonces la acción de desconectar la máquina cardiopulmonar aparece como abandono de una tentativa de impedir el resultado no requerida objetivamente, o bien como desistimiento de una acción de prolongar una vida, que por lo desesperado de la situación no (o ya no) se exigía. Según los criterios que obtuvimos anteriormente, es éste un caso claro de omisión impune por hacer, que estructuralmente es exactamente comparable a la tan discutida detención de una cadena causal salvadora que no era obligatoria legalmente. El mismo Bockelmann ve que ese caso no se puede compa-

[56] Ídem, nota 45, p. 125.

rar al de una muerte cometida mediante "veneno, punción o corte", pues mientras que dichas acciones crean una nueva causa de la muerte y son, por supuesto, punibles, en este otro caso al parar el aparato sólo se reproduce el *statu quo* anterior. Pero incluso el caso de "quitar una venda o separar la sutura de una herida", que Bockelmann considera con razón como acción (activa) de homicidio si el paciente se desangra, sólo aparentemente es equiparable al de suspender la respiración artificial, ya que tal suspensión es lícita desde el momento en que se ha probado que es definitivamente imposible conseguir el fin que se perseguía al aplicar la máquina cardiopulmonar, es decir, reavivar la actividad cerebral y hacer recobrar la conciencia al paciente. En cambio, en el ejemplo paralelo es evidente que se había logrado contener la hemorragia, que es el fin al que tendían la venda y la sutura de la herida. Si, pese a ello, en el ejemplo usado por Bockelmann como demostración el paciente se está muriendo, tiene que ser por causas distintas al peligro de desangramiento. Ahora bien, en tal situación separar la sutura de la herida significaría sustituir una causa de muerte que se espera suceda en un futuro próximo por otra causa de muerte –dejar desangrarse al paciente– que la anticipa; es decir, supondría un comportamiento punible por ser eutanasia activa, pero que precisamente en el punto decisivo es distinto de nuestro caso de suspensión de unos esfuerzos, carentes ya de sentido, por prolongar esa vida[57].

Ciertamente Bockelmann tiene razón al decir que apretar el botón es un hacer causal para la muerte del moribundo; pero sólo es forzoso extraer, como él hace, la consecuencia de que, por tanto, se trata necesariamente de un delito de comisión, para quien mantiene el punto de vista de una dogmática que ha desconocido hasta ahora la figura jurídica del "omitir por hacer". Lo mismo sucede con la aguda objeción, irrefu-

[57] Exactamente igual sería punible la conducta del médico que deja desangrarse de antemano al paciente sólo porque de todos modos iba a perder su vida por otras causas.

table en principio, de que también debe castigarse por homicidio al tercero que para el aparato "por pura maldad, sólo para acelerar el fin del moribundo". Esto es cierto, del mismo modo que lo es que también responde de un delito comisivo el tercero que, por ejemplo, intercepta contra la voluntad del remitente la denuncia de un delito que no es legalmente obligatorio denunciar; pero eso no prueba que igualmente sea autor de un delito de comisión quien detiene una actividad salvadora propia que ya no se exige de él. Más arriba he intentado demostrar por qué aquí es preciso un tratamiento distinto y lo he hecho con ejemplos precedentes de otros campos, por lo que no puede recaer sobre mí la sospecha de hacer apresuradas construcciones *ad hoc*. Pues bien, el tercero queda impune sólo si para la máquina por orden del médico legitimado para ello, pues éste es el caso, ya discutido, de "complicidad en el desistimiento de una tentativa de impedir el resultado por parte de quien no está obligado a obrar"; pero la misma conducta es punible siempre que el tercero por propia iniciativa anula la acción de otro tendente a mantener aquella vida.

Si se examina hasta el fin la problemática de la presente situación de conflicto para el médico, habrá que considerar impune también la retirada de la máquina cardiopulmonar cuando, aunque al principio fuera necesario objetivamente aplicarla, posteriormente haya empeorado tanto el estado del paciente que no se le vea solución y ya no esté indicado entonces emplear medidas para prolongar artificialmente su vida. Éste es otro caso del omitir impune por hacer; y estaríamos ante un caso estructuralmente paralelo y asimismo impune, si alguien denuncia, como es su deber, un plan de robo con violencia en las personas, pero vuelve a coger la carta cuando posteriormente resulta que el plan delictivo se ha transformado en un proyecto de robo con fuerza en las cosas, que no hay obligación de denunciar. Así pues, el desistimiento mediante un hacer "positivo" también queda fuera del tipo comisivo y es además impune si el deber de acción existente al principio desaparece posteriormente debido a un cambio de la situación, o expresándolo con una fórmula más abstracta: si el estado producido por el desistimiento ya no originara

ningún deber de actuar. En cambio, naturalmente existe un homicidio si se para la máquina en un momento en que el paciente tenía una probabilidad (aunque fuera escasa) de sobrevivir[58], o en el que su estado presentaba incluso síntomas de mejoría, del mismo modo que sería punible la conducta del médico que en tales circunstancias omitiera emplear la respiración artificial.

Con ello se puede concluir la discusión sobre este tema. Espero haber mostrado que la delimitación de la comisión frente al "omitir por hacer" –impune y punible, propio e impropio–, tal como se ha elaborado aquí, puede proporcionarnos no sólo fundamentaciones dogmáticas concordantes en el plano constructivo, sino también resultados materialmente correctos. Puede ser un indicio de ello el hecho de que la opinión sustentada por Geilen, que coincide con la que aquí he desarrollado, no es deducida de categorías jurídicas (es más, en el sentido en que tradicionalmente se las entiende casi lo hace en contra de las mismas), sino de la consideración de las circunstancias de hecho materiales. Y efectivamente está en lo cierto cuando deja sentado[59] que con el rápido crecimiento de lo "factible" en medicina también tienen que desplazarse los límites de lo que el médico no tiene por qué "hacer" en determinadas circunstancias. Es cierto que el médico debe hacer lo máximo posible por mantener y prolongar una vida consciente y apta para seguir viviendo; pero ni médica ni humanamente tendría el menor sentido imponer, más allá de esos casos, el deber de prolongar de modo exclusivamente

[58] Incluso me parece muy dudoso que en tales supuestos se pueda invocar un estado de necesidad supralegal disculpante –como propone WELZEL, *Lehrb.*, 10ª ed., p. 179–, en el caso de que no existiendo otras máquinas se cambie a un paciente, al que de ese modo se mata, por otro con mayores probabilidades de sobrevivir. Esto supone conceder al médico un poder sobre la vida o la muerte que supera la responsabilidad humana, por mucho que Welzel quiera vincular la ponderación cuantitativa de las probabilidades al juicio de otro colega de la especialidad.

[59] *FamRZ* 1968, p. 125, con gran profusión de citas de la literatura jurídica, médica y teológico-moral en las notas 28 y 32 de esa página.

artificial una vida que se va a extinguir con seguridad y en la que no es posible volver a despertar sus funciones mentales[60]. La opinión que defendemos tendría además la ventaja práctica de que la cuestión del momento exacto de la muerte cerebral, cuya respuesta desde el punto de vista de la medicina no está clara aún, no tendría por qué ser la única que determinará el comportamiento del médico: éste podría lícitamente omitir –aunque sea mediante un hacer– ulteriores esfuerzos, si se comprueba con seguridad que el moribundo nunca recobrará el conocimiento y que sólo prosiguiendo la respiración artificial podría vivir algo más de tiempo.

3. Un campo de aplicación completamente distinto para el omitir impune por hacer se da en las conductas que llamaré "silencio cualificado". Aclaremos tal concepto con el siguiente ejemplo: de acuerdo con la opinión generalmente admitida hoy, no responde del delito de ocultación de estado civil del § 169 StGB la madre soltera que calla el nombre del padre del niño, aunque lo conoce, pues no existe ningún deber legal de revelar quién es el progenitor[61]. Pero ¿qué ocurre si la madre no se contenta con el silencio sino que indica, en contra de la verdad, que no conoce al padre del niño porque en la época de la concepción tuvo relaciones con varios hombres[62]? El Reichsgericht opina que aquí concurre, además de la mera negativa a mencionar el nombre, una desviación de la verdadera situación de hecho, lo que según la jurisprudencia puede

[60] Geilen habla aquí de "crimen prometeico, que de lo contrario se convierte en coerción jurídica" (*FamRZ* 1968, p. 126 *supra*). Frente a ello, Bockelmann (*Strafrecht des Arztes*, p. 114) indica con razón que los parientes podrían desear la posibilidad de un nuevo vencimiento de la renta del moribundo, o de que aún le correspondiese una herencia, etc. Pero lo cierto es que los tipos de los delitos contra la vida no están hechos para salvaguardar esos intereses.

[61] Cfr. por todos SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13ª ed., § 169, nota 11.

[62] Así eran los hechos de la sentencia del RGSt. 70, 18 y ss., donde la madre quería velar con su declaración el hecho de que el niño provenía de las relaciones incestuosas de aquélla con su padre.

juzgarse como ocultación del estado civil[63]*. Pero entonces le entran dudas al tribunal, que prosigue eludiendo una toma de posición: "No es preciso... discutir si hay que adherirse a dicha jurisprudencia en casos como el presente".

La cuestión sigue siendo discutida hasta hoy. Lo que es seguro es que tal postura de la madre del niño, que se da frecuentemente en la práctica, supone un "hacer" que según los principios tradicionales habría que castigar como ocultación activa del estado civil. Ésa es la solución que defienden Schwarz-Dreher[64] y que es de presumir que ponen en práctica muchas veces los Tribunales adhiriéndose a esos autores. Pero, por otra parte, en la literatura se mantiene de modo dominante la opinión opuesta[65], aunque no se fundamenta en modo alguno por qué no se puede concebir como delito comisivo algo que es un hacer indudable. Sólo Maurach[66] aborda al menos el problema cuando dice que la afirmación falsa de no conocer al progenitor "materialmente tiene que equipararse asimismo a la omisión impune, aunque típicamente sea un hecho comisivo".

[63] RGSt. 70, 19 invocando la sentencia del RGSt. 41, pp. 30 y ss.

* La ocultación del estado civil de otra persona es una de las formas delictivas que tipifica el § 169 del StGB alemán, pero que no se corresponde –por ser mucho más amplia– con la ocultación de hijo legítimo del art. 468, párr. 2°, de nuestro CP. Entre otras razones porque en el § 169 del StGB la "ocultación" se refiere al estado civil de otro (equivaliendo "ocultar" a "hacer irreconocible" el verdadero estado civil; cfr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 422), mientras que el art. 468, 2° CP parece referirse a esconder al hijo o, en todo caso, a ocultar su existencia, lo que tiene un sentido más restringido. Además, el art. 468, 2° CP limita la protección al hijo legítimo, lo que no ocurre en el § 169 StGB. Por eso la dogmática alemana ha podido plantearse la punibilidad de casos como el referido en el texto. (N. del T.)

[64] *Strafgesetzbuch*, 2ª ed., 1967, § 169, 3.

[65] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13ª ed., 1967, § 169, nota 11; JAGUSCH, *Leipziger Kommentar*, 8ª ed., 1958, § 169, 2b; FRANK, *Kommentar*, 18ª ed., 1931, § 169, II 2.

[66] *Lehrbuch, Besonderer Teil*, 4ª ed., 1964, p. 387.

La idea de Maurach y la opinión doctrinal dominante me parecen correctas en su resultado. Pero una fundamentación dogmáticamente sólida sólo se puede encontrar con ayuda de la figura jurídica del "omitir impune por hacer". Habría que formular de otro modo la opinión de Maurach y decir que tal indicación falsa, aunque suponga un obrar activo (un hacer) no se debe subsumir en el tipo comisivo, sino que debe estimarse como omitir impune. En este supuesto hay una razón muy plausible para que un "hacer en el plano óntico" dé como resultado un omitir en el normativo; una razón de la que con seguridad se nutrieron ya las dudas del Reichsgericht, y que estriba en que las consecuencias jurídicas de ese hacer no van más allá de la negativa (pasiva) a dar información. Tales indicaciones sólo contienen un motivo (falaz) de *por qué* la madre no indica el nombre del progenitor, pero lo único jurídicamente relevante es el hecho *de que* no lo hace, y esa circunstancia pertenece al campo de la omisión. Sólo existirá una situación jurídica distinta si la madre da el nombre de un falso progenitor: pues entonces no sólo ha callado el nombre del verdadero padre sino que, suplantándolo por otro, ha modificado el estado civil del niño; por eso es justo castigar aquí.

Estas consideraciones se pueden reducir al principio general –y también válido para la mayoría de las constelaciones anteriormente discutidas– de que un hacer debe valorarse jurídicamente como omitir cuando sólo sirva para conseguir y promover una omisión[67]. El "silencio cualificado" es tan sólo una manifestación más, junto a las anteriormente descritas, de esa idea rectora. Su importancia, por cierto, abarca un ámbito considerablemente más amplio que el del discutido ejemplo que hemos tomado del Derecho de falsificación del estado civil. Otro ejemplo más, nada raro en la práctica,

[67] Sin embargo, hay que estar precavido para no extraer deducciones a ciegas de ese principio: la omisión provocada mediante coacción o engaño supone una autoría mediata comisiva, mientras que, a la inversa, conseguir dolosamente la propia incapacidad de acción no conduce a omitir alguno y, sin embargo, debe castigarse por el tipo omisivo.

podrá ilustrar esta afirmación: si un deudor, al preguntarle el ejecutor judicial dispuesto a realizar el embargo, niega de mala fe estar en posesión de una determinada cosa o de cualesquiera otros objetos embargables, su conducta no se puede calificar de "hacer desaparecer objetos integrantes del patrimonio" en el sentido del § 288 StGB[68]; por tanto, no se lo puede castigar por "frustrar la ejecución"*. Pero entonces surge la cuestión de si habrá una estafa en caso de que el ejecutor judicial, debido a la falsa información del deudor, renuncie a seguir buscando y desista del embargo. Si vemos en la declaración del deudor una acción comisiva, como sugieren las apariencias exteriores, no hay modo de eludir una respuesta afirmativa. Pero el resultado es dudoso, pues difícilmente puede corresponder a la voluntad del legislador, que ni siquiera ha tipificado en el § 288 StGB esa forma de impedir la ejecución, el que sin embargo se la castigue por el § 263 StGB*, que señala una pena mayor. No obstante, en este caso también nos puede ayudar la idea del silencio cualificado. En efecto, como es notorio que el deudor no tiene el deber de ayudar al ejecutor judicial en su búsqueda de objetos embargables[69], al negar su posesión no hace sino emplear un medio para denegar su colaboración, que la ley no le exige[70]. Se trata, por tanto, de un omitir impune por hacer. Frente a lo cual se podría objetar, ciertamente, que en este caso se le da al ejecutor judicial una falsa impresión que

[68] Cfr. SCHWARZ-DREHER, *Strafgesetzbuch*, 29ª ed., 1967, § 288 2 B, mencionando una sentencia, no publicada, del BGH.

* Nombre que recibe el delito del § 288 StGB, correspondiente al alzamiento de bienes del art. 519 de nuestro CP. (N. del T.)

* Que tipifica la estafa. (N. del T.)

[69] Cfr. sólo, WIECZOREK, *Zivilprozessordnung*, 1958, § 758, nota IV, remitiéndose al OLG Dresden, HRR 28, nº 186.

[70] Totalmente en este sentido declaró ya el RG muy pronto (RGSt., t. 1, p. 744) que la conducta de negar la posesión equivale, por sí misma, a la mera negativa del deudor a colaborar en lo que no le exige la ley (doctrina acogida por RGSt. 39, p. 145); si bien es cierto que no dio una fundamentación más detallada.

excede de las consecuencias del mero silencio. Pero tal objeción es infundada, pues si en un caso así se quisiera obligar al deudor a contestar conforme a la verdad: "Es cierto que la cosa existe, sólo que no diré dónde está", o si se le quisiera exigir legalmente que guardara profundo silencio ante tal pregunta, cualquiera de las dos reacciones daría a conocer directa o indirectamente al ejecutor judicial que tendrá éxito si sigue investigando; y, sin embargo, el deudor tampoco está obligado a proporcionar tal información parcial. Por ello, para no prestar su cooperación –que no se le exige–, aquél no tendrá más remedio que mentir, lo que, en consecuencia y pese a existir una "actividad fenotípica", jurídicamente debe relegarse al campo de la omisión impune.

4. Un último grupo de casos es el concerniente a la promesa de omisión jurídicamente permitida. Supóngase que alguien se entera casualmente de un plan de hurto y amenaza a su autor con avisar al propietario e impedir con ello el hecho; pero al fin, convencido con dinero y buenas palabras, se deja arrancar la promesa de que no hará ninguna denuncia antes ni después del hecho. Aquí queda excluido de antemano un delito de omisión, por no tratarse de un hecho de los que el § 138 StGB obliga a denunciar; pero es mucho más acuciante la cuestión de si no habrá que admitir en su lugar la existencia de un hecho comisivo en forma de complicidad psíquica. Pues bien, comoquiera que la promesa de inactividad del conocedor del plan, que al principio estaba dispuesto a denunciar, probablemente ha sido decisiva para la comisión del delito y en todo caso ha fortalecido la decisión del delincuente de cometer el hecho, resulta casi forzoso afirmar la existencia de una complicidad punible si se sigue la delimitación tradicional entre hecho comisivo y omisivo; y me inclino a sospechar que, si este caso no ha puesto hasta ahora dificultades para nuestros Tribunales, es tan sólo porque era imposible de antemano que pudieran ver el problema. Pero en realidad también aquí estamos ante una manifestación del omitir impune por hacer: pues quien revoca su intención de realizar una denuncia que la ley no le exige, hace menos incluso que aquel otro que –en los casos que hemos tratado

antes– detenía una cadena causal ya en marcha. Es más, la anulación de la propia actividad de impedir es el caso clásico, como es sabido, de un hacer que debe calificarse jurídicamente como omitir.

Cierto que nuestro supuesto presenta la particularidad adicional de ese comportamiento provoca en terceras personas efectos psíquicos favorecedores del delito. Pero ello no puede cambiar el enjuiciamiento jurídico, ya que en ninguna parte se ha estatuido el deber jurídico de mantener a los delincuentes potenciales en la inseguridad de desconocer si se tiene o no la intención de impedir su plan. En consecuencia también es lícito decir que se omitirá por ello, puede haber una extorsión, pero esa circunstancia no puede convertir un hecho comisivo la "promesa de inactividad". También es verdad que la promesa es (co)causal en la lesión de los bienes jurídicos, pero siempre ocurre así en el omitir por hacer, y sin embargo, como ya se expuso detalladamente, no es lo fundamental para su encuadramiento normativo. Lo único decisivo en realidad es que la promesa sólo se refiere al propio omitir impune [71] y no coopera en cambio al hecho ajeno. Es decir que también aquí es válido el principio según el cual, si el legislador se abstiene de ordenar algo, ello implica que se abstiene de prohibir cualquier acción dirigida a la propia comisión.

Con ello podemos concluir nuestros ejemplos, que no pueden abarcar todo el amplio campo del omitir impune por hacer, pero que de todos modos me parece que muestran que en el límite de comisión y omisión hay una extensa franja de nuestro mapa dogmático que aún aguarda ser explorada.

[71] En concordancia con lo dicho, habrá que considerar que, aunque se trate de un delito de los que hay obligación de denunciar, tal promesa sólo encaja en el § 138 StGB y no en la complicidad en un delito comisivo. Defienden, en cambio, expresamente la existencia de complicidad (y también respecto de delitos que no hay deber de denunciar), BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, t. II 2, 1905, p. 676; OLSHAUSEN, *Strafgesetzbuch*, 11ª ed., 1927, § 139, nota 6 a.

SOBRE EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA INACABADA*

I

Desde que en el año 1956 Ernst Heinitz resumió y prosiguió la discusión de las "cuestiones polémicas de la teoría de la tentativa"[1], ya no se ha avanzado esencialmente en la solución de las cuestiones procedentes del campo del desisti-

* Publicado en *Festschrift für Ernst Heinitz*, Berlin 1972, pp. 251-276. Conviene explicar por qué el título no habla del desistimiento de la tentativa, sin más, sino de "desistimiento de la tentativa *inacabada*" ("Rücktritt vom *unbeendeten* Versuch"). A diferencia de nuestro Derecho, que distingue entre tentativa y frustración estableciendo diferencias de punición entre ambas (cfr. art. 3 CP), el Derecho alemán habla sólo de "tentativa" sin distinguir tampoco a efectos de pena (cfr. los antiguos §§ 22 y 23 de la nueva Parte General del StGB); pero como el StGB al regular el desistimiento contempla las dos hipótesis del desistimiento en sentido estricto y del llamado arrepentimiento activo (cfr. el antiguo § 46 y el actualmente vigente § 24), la doctrina y la jurisprudencia alemanas distinguen entre "tentativa inacabada" ("*unbeendeter*" o "*unbeendigter Versuch*") y "tentativa acabada" ("*beendeter*" o "*beendigter Versuch*"). Pero tal división no coincide exactamente con la tentativa y frustración de nuestro Derecho, ya que en Derecho alemán, según la opinión dominante, el criterio delimitador es *subjetivo*: habrá tentativa inacabada si el autor aún no ha hecho todo lo que *le parece* necesario para la consumación, y tentativa acabada si ha hecho todo lo que *desde su punto de vista* es necesario para la consumación (cfr. por todos JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 1972, p. 408). Por el contrario, la delimitación entre tentativa y frustración en el art. 3 CP es de tipo objetivo. (N. del T.)

[1] En *JR* 1956, pp. 248-252.

miento que entonces quedaron sin resolver[2]. Hoy como ayer sigue sin estar claro cuáles son los presupuestos materiales de los que se deba hacer depender la "voluntariedad" del desistimiento, cuál es el motivo del legislador que se oculta tras el privilegio del desistimiento y en qué categoría sistemática debe incluirse la eficacia eximente del desistimiento voluntario[3]. Tampoco ha podido hasta ahora aclararse suficientemente si existe una conexión interna entre los tres círculos de problemas, de tal forma que la ratio del privilegio del desistimiento determine sus presupuestos y su clasificación sistemática[4]. Como las cuestiones dudosas decisivas no se plantean en el Derecho futuro de modo distinto al actual (cfr. el § 24 de la nueva Parte General)*, puede que sea útil volver

[2] Los otros trabajos de ese tiempo que han determinado la discusión hasta hoy son los de BOCKELMANN, "Wann ist der Rücktritt von Versuch freiwilling?", *NJW* 1955, pp. 1417 y ss. (aquí citaremos la reimpresión del artículo en *Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957, pp. 171 y ss.) y SCHRÖDER, "Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch", *MDR* 1956, pp. 321 y ss. Posteriormente también, SCHRÖDER, "Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch", *JuS* 1962, pp. 81 y ss.; GUTMANN, "Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue", 1963. La discusión se refiere en lo esencial a las dos sentencias BGHSt. 7, 296 y ss. y BGHSt. 9, 48 y ss., en las que el BGH tuvo que ocuparse del desistimiento de la tentativa de violación.

[3] La última cuestión ha vuelto a cobrar actualidad especialmente por el trabajo de Reinhard v. HIPPEL, "Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch", 1966 (posteriormente enlaza con el mismo LANG-HINRICHSEN, *Festschrift für Engisch*, 1969, pp. 366 y ss.).

[4] Cfr. p. ej., SCHRÖDER, *MDR* 1956, p. 322. Maurach opina incluso (*Allg. Teil*, 4ª ed., 1971, p. 518) que la polémica en torno al fundamento del privilegio "carece de importancia".

* Literalmente el texto se refiere al "§ 24 de la Parte General de 1974". Sin embargo, la nueva Parte General del StGB ha entrado en vigor el 1/1/75. El que el texto hable de 1974 se debe a que este artículo está publicado en 1972 y por entonces se preveía que la nueva Parte General (creada por la 2. StrRG de 4/7/69 y cuya entrada en vigor se fijó en un principio para el 1/10/73) entraría en vigor el 1/1/74. La fecha de publicación de este trabajo (1972) explica también que el texto hable del "Derecho futuro" refiriéndose al hoy vigente. (N. del T.)

a revisar en sentido crítico el estado de nuestros conocimientos, con lo que quizá podamos lograr una mayor claridad en algunos puntos.

II

Vamos a comenzar por los presupuestos materiales del privilegio del desistimiento, porque la ratio legislativa del privilegio y su clasificación sistemática sólo se pueden determinar con base en una interpretación adecuada de las concretas constelaciones de casos. Se enfrentan aquí dos grandes bandos, uno de los cuales pretende enjuiciar la voluntariedad conforme a criterios psicológicos (según la fuerza que tenga la presión psíquica para excluir la libre voluntad), mientras que la opinión contraria, en lugar de eso, acude a criterios valorativos (como la "meritoriedad" del motivo del desistimiento).

Pues bien, a mi juicio, hoy hemos llegado a un punto en que se puede decidir esta cuestión básica, y decidir en el sentido de que hay que abandonar la "teoría psicológica" sencillamente porque es impracticable[5]. Si el autor puede consumar el hecho pero se detiene porque se ve descubierto, le podrá parecer inteligente renunciar a su intento, pero la consumación no sería psíquicamente imposible. Ya en el plano lógico es inconcebible considerar por una parte que el hecho todavía se puede consumar y, no obstante, partir al mismo tiempo de que el autor, aunque quisiera, ya no habría podido consumar el hecho. Y tampoco se resuelve esta aporía hablando de imposibilidad de ejecución "en el sentido de la vida práctica o cotidiana"[6] en caso de desistimiento involuntario; pues ¿a qué otro criterio sino al de la "vida práctica" iba a referirse la capacidad simultáneamente admitida de provocar el resultado?

[5] De otra opinión todavía, HEINITZ, *JR* 1956, p. 249; en el sentido del texto, sobre todo BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, pp. 171 y ss., pero también otros muchos (antes y después de él).

[6] BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, pp. 173 y s.; por otra parte, HEINITZ, *JR* 1956, p. 249.

III

De este modo, desde el punto de vista de una concepción que atienda a la posibilidad o imposibilidad psíquica de realizar el tipo, la única solución consecuente que queda es admitir que el desistimiento sólo será involuntario si el autor de una tentativa inacabada renuncia a realizar ulteriores acciones porque considera que la provocación del resultado típico ha llegado a ser objetivamente imposible. Éste era también el sentido de la célebre fórmula de la involuntariedad de Frank[7]: "Aunque quisiera, no puedo alcanzar la meta". Frank recalca expresamente que el temor a las consecuencias de que se descubra el hecho no puede excluir la voluntariedad; y que la orientación de la jurisprudencia en ese sentido fuerza "a establecer distinciones que no se pueden efectuar sin arbitrariedad"[8]. Aún hoy sigue siendo ésta la opinión de Welzel y Maurach. Con toda la razón insiste Welzel[9] en que una genuina coacción existirá "sólo en caso de total parálisis anímica; cualquier otra graduación según la intensidad del motivo es arbitraria"; y así también en caso de descubrimiento estima que sólo se debe excluir la voluntariedad "si con el

[7] FRANK, *Kommentar*, 18ª ed., 1931, § 46, II.

[8] Es cierto que Frank afirma que hay involuntariedad no sólo cuando el autor considera segura la obstaculización de la producción del resultado, sino también cuando "solamente teme" tal cosa. Pero este criterio es totalmente impracticable. Pues, en primer lugar, si el sujeto que se ve descubierto emprende la fuga, no se parará a pensar si es probable que su detención se produzca antes o después de que coja el botín; ello es irrelevante para sus decisiones; y, en segundo lugar, el delincuente hábilmente instruido sólo necesitará afirmar que él realmente aún consideraba posible obtener la cosa, matar disparando a la víctima, etc., pero que se dio a la fuga para no ser detenido inmediatamente después –y ya estaría seguro de salir siempre absuelto, dado que tales declaraciones sobre procesos internos son irrefutables–. Político-criminalmente no tendría ningún sentido basar la decisión sobre la punibilidad o impunidad en una diferenciación indemostrable e indiferente para la actuación del sujeto.

[9] *Lehrbuch*, 11ª ed., p. 198.

descubrimiento se viera frustrado el resultado". Del mismo modo, Maurach opina[10] "que la reflexión del autor ha de limitarse exclusivamente a la posibilidad de consumar la acción típica concretamente iniciada. Meditaciones *pro et contra* de lo que pueda ocurrir tras la consumación del hecho pertenecen al terreno de la ética".

IV

Pero esa concepción, que es la única consecuente desde el punto de partida psicológico, es tan poco practicable como la graduación según la intensidad del motivo, porque confunde el desistimiento involuntario con la tentativa fracasada (o fallida)*.

Si un sujeto ya no puede consumar el delito, la tentativa ha fracasado y queda excluido todo tipo de desistimiento –tanto voluntario como involuntario–. El [antiguo] § 46, nº 1, StGB exige que el autor "haya abandonado la ejecución de la acción proyectada" y también el § 24, ap. 1, de la nueva Parte General presupone que el agente "abandone la ulterior ejecución del hecho". Pero el abandono de la "ejecución" está vinculado a que siga siendo posible. Cuando no puedo actuar, tampoco puedo abandonar ninguna ejecución ulterior. Lo que se ha reconocido que es imposible, ni siquiera se puede seguir intentando; y cuando (tras el fracaso) ya no existe ni siquiera tentativa, el desistimiento es de antemano inconcebible. Sin embargo, por más que sea evidente, esto es algo que generalmente pasan por alto la doctrina y la jurisprudencia[11].

[10] *Allgemeiner Teil*, 4ª ed., p. 521.

* Sobre las diversas posiciones de la doctrina y jurisprudencia alemanas en torno a la existencia misma, delimitación y requisitos de la tentativa fracasada, cfr. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, 1970, 15/81-83, pp. 501-503; en la doctrina española cfr. MUÑOZ CONDE, "El desistimiento voluntario de consumar el delito", 1972, pp. 103-112, donde se examina además jurisprudencia del TS que guarda relación con el tema. (N. del T.)

[11] Igual que aquí SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, 15/82, 15/89; de modo especialmente claro en el sentido del texto, también HRUSCHKA, *JZ* 1969,

Es cierto que el Tribunal Supremo Federal, al ocuparse de la opinión aquí examinada, indica acertadamente que "en el fondo" sólo si hay una "decisión" del autor se puede decir que el mismo ha "abandonado" la ejecución[12]. Pero también es cierto que muy a menudo se interpreta con la mayor tranquilidad una tentativa claramente fracasada como si fuera un desistimiento involuntario[13]. Así pues, la fórmula de Frank, que aún hoy tan pronto es alabada[14] como tan pronto criticada por ser un "pobre recurso"[15], en realidad no se refiere en absoluto al desistimiento involuntario de la tentativa, sino que es un intento de fórmula del objeto inidóneo, es decir, que lo que tal fórmula designa es la tentativa fracasada, en la que no cabe desistimiento voluntario ni involuntario.

V

Pero, prescindiendo de esto, político-criminalmente tampoco tiene sentido hacer depender la voluntariedad únicamente de que siga siendo posible realizar el tipo. En efecto, si una persona parte de la base de que, si bien es cierto que aún puede realizar el tipo, inmediatamente después será atrapado y volverá a perder su eventual botín, la verdad es que su plan ha fracasado exactamente igual que si se hubiera interrumpido en un estadio anterior. Sea cual fuere el motivo que se considere como *ratio legis* de la impunidad del desistimiento voluntario, ninguna de las concepciones en pugna –de las que más adelante hablaremos– podrá justificar el privilegio en ta-

---

p. 497; en principio, también de modo correcto GUTMANN, "Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue", pp. 80 y ss. y passim (pero cfr. sobre este autor, HRUSCHKA, *JZ* 1969, nota 16, p. 497); cfr. también al respecto, ESER, *Strafrecht II*, nº 32, A 32, 33.

[12] BGBSt. 9, 51.

[13] P. ej., en la sentencia BGHSt. 4, 56 y ss.: fracaso porque los efectos que encontró el ladrón eran demasiado escasos.

[14] WELZEL, p. 197; MAURACH, p. 520.

[15] SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil*, 15/91; también HEINITZ, *JR* 1956, p. 249, califica de "insuficiente" la fórmula de Frank Schröder (*JuS* 1962, p. 82) opina que "en definitiva no se ha conseguido mucho" con ella.

les casos. No hay por qué tenderle un "puente de plata" a costa de la impunidad para que se vuelva atrás a quien ve fracasar su plan de realizar impunemente el delito y lo abandona ya por esa razón. Quien se retira ante un riesgo demasiado grande actúa como lo haría cualquier delincuente empedernido, y realmente no hay ningún motivo para darle un premio por su huida (teoría del premio). Tampoco podrán ver aquí un caso de aplicación de su principio quienes quieren otorgar la "gracia" de la impunidad a causa de la menor energía criminal que se manifiesta en el desistimiento (teoría de la gracia). Ni tampoco se puede hablar de una desaparición de los fines que se han de perseguir con la pena (teoría del fin de la pena). En una palabra: no es correcta la afirmación de Maurach[16] según la cual las "mediciones *pro et contra* de lo que puede ocurrir tras la consumación del hecho pertenecen al terreno de la ética"; pues, por el contrario, pertenecen al plan del hecho de todo delincuente e incluirlas en el enjuiciamiento de la voluntariedad es propio de la más sobria política criminal.

VI

Si resulta, pues, que toda "solución psicológica" fracasa de modo evidente, de ello se deduce por fuerza que la "voluntariedad" ha de ser enjuiciada conforme a criterios valorativos y que también han de basarse secretamente en tales criterios las afirmaciones que sobre este tema se encuentran en la jurisprudencia. Y así es en efecto. La Sala quinta del Tribunal Supremo Federal resume la concepción del Tribunal Supremo del Reich, a la que se adhiere expresamente "de acuerdo con todas las demás Salas de lo penal", en el sentido de que el desistimiento "será involuntario si según todas las circunstancias el peligro de un pronto descubrimiento y castigo pesaba tanto sobre el procesado que éste razonablemente no lo podía aceptar y tenía que renunciar por eso a ejecutar el hecho" (BGHSt. 9, 50). A mi juicio, este resultado es correcto, pero solamente significa –expresándolo en palabras

[16] *Allgemeiner Teil*, p. 521.

más sencillas– que el desistimiento es involuntario si para el autor no era razonable (lógico) seguir actuando. Ahora bien, no cabe duda de que la libertad en sentido psicológico comprende también la libertad de actuar de modo irrazonable (ilógico), posibilidad de la que, como es sabido, hacen uso los hombres con gran profusión [17]. Por lo cual, menos aún excluirá la libertad lógica de la actuación del autor –y ése tendría que ser precisamente el caso si de la tesis del Tribunal Supremo Federal se quisiera deducir una imposibilidad psíquica de actuar de otro modo–. Y es que en realidad en la sentencia del Tribunal Superior Federal subyace otro razonamiento totalmente distinto que la sentencia expresa con suficiente claridad (lug. cit., pp. 51-52): "Como demuestra la experiencia, por regla general los delincuentes violan la ley penal porque esperan no ser descubiertos o, en toda caso, no ser declarados culpables. Quien renuncia a llevar adelante el hecho porque ha visto frustrada esa esperanza, sigue siendo peligroso y merecedor de pena". Así pues, no es en absoluto la libertad o falta de libertad, sino el hecho de que la voluntad del autor merezca una pena, es decir, un criterio absolutamente normativo, lo que para el Tribunal tiene "importancia decisiva".

VII

Pero si es ineludible tal normativización de la voluntariedad, la tarea a realizar sólo puede consistir en descubrir el punto de vista decisivo para la valoración. Ya en anteriores ocasiones [18] he intentado mostrar que la jurisprudencia con

[17] Es sabido que este círculo de problemas ha de ser separado de la polémica en torno al "libre albedrío"; cfr. RGSt. 37, 402 y BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, pp. 173-174. Sobre la cuestión de la autodeterminación en el aspecto filosófico-jurídico puede verse ahora el esclarecedor trabajo de HENKEL, Heinrich, "Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem", *Festschrift für Larenz*, 1972.

[18] *ZStW* 77 (1965), pp. 96-99; también en *ZStW* 80 (1968), p. 708; *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, pp. 36-38 ["Política criminal y sistema del Derecho penal", trad. de Muñoz Conde, 1972, pp. 71-74].

fino juicio ha dado con el núcleo de la cuestión; sólo hay que despojarlo de la encubridora envoltura de la solución psicológica. En efecto, si el autor actúa involuntariamente cuando "razonablemente" no podía aceptar el peligro de un pronto descubrimiento y castigo, ésta es la lógica (la razón) "de un empedernido delincuente que pondera fríamente el riesgo y las posibilidades de éxito del plan concreto del hecho. Quien se ve encubierto y entonces desiste, actúa 'razonablemente' en ese sentido; a cuyos efectos se debe partir del plan individual del hecho, pero sobre esa base se debe determinar de modo general el criterio a aplicar al desistimiento. Naturalmente, tal obediencia a las reglas de la profesión criminal no merece la recompensa del orden jurídico, por lo que hay que valorar ese desistimiento como involuntario. En cambio, aquel a quien de repente le entra un intenso miedo sin un motivo concreto en medio de su actuación como ladrón y sale huyendo, procede 'irrazonablemente' según los criterios de su oficio (pues un delincuente 'ordenado' no se atemoriza sin causa alguna). El desistimiento es voluntario porque el orden jurídico recompensa la desviación de las normas de la lógica (la razón) del delincuente"[19]. Por consiguiente, el criterio de valoración decisivo radica en que el desistimiento sea expresión de una voluntad –sea cual fuere su origen– de retorno a la legalidad o en que sea solamente una conducta útil según las normas de la profesión criminal.

VIII

A este respecto el enjuiciamiento es totalmente independiente de la intensidad de la presión psíquica, que es por lo que aparentemente se orienta la jurisprudencia. Cuanto más "curtido" y "experimentado" sea el autor de una tentativa, tanto más se sentirá en condiciones de cometer el hecho pese a que exista un intenso peligro de ser descubierto. Pero también se retirará con tanta mayor cautela si el riesgo llega a ser demasiado grande –y precisamente entonces es involuntario el

[19] Así *mi* primera versión de esta concepción en *ZStW* 77 (1965), p. 97.

desistimiento–. Por otra parte, un delincuente relativamente inofensivo retrocederá ya lleno de miedo por un motivo insignificante, aunque "razonablemente" (es decir, según las reglas de la profesión del ladrón) habría podido seguir tranquilamente con su actividad; a éste habrá que concederle la voluntariedad aunque internamente soportara una "presión" mayor que el taimado bribón del ejemplo paralelo. Esta concepción que, frente al criterio que la jurisprudencia da por supuesto, es absolutamente "no psicológica" concuerda exactamente con el motivo político-jurídico que el Tribunal Supremo Federal [20] cree haber descubierto tras el privilegio del desistimiento, a saber: el reconocimiento de que la voluntad criminal del autor que desiste voluntariamente "no era tan fuerte como hubiera sido preciso para la ejecución del hecho" y la consecuencia de ahí derivada de que al legislador le pareció que "ya no (era) necesaria" una pena en tales casos "para disuadir al autor de cometer hechos punibles en el futuro, para intimidar a otros ni para restablecer el orden jurídico violado".

IX

Se trata, pues, de una valoración desde puntos de vista político-criminales, no de un enjuiciamiento primariamente moral. Por eso no es afortunada la posición de Bockelmann, quien, habiendo destacado de forma orientadora la necesidad de pasar de una delimitación psicológica a una delimitación normativa, pretende luego "diferenciar según la calidad moral de los motivos del desistimiento" [21] y considera "decisiva... la calidad ética de los impulsos que mueven al desistimiento" [22]. Ciertamente Bockelmann protesta contra las pretensiones "de cualquier ética subjetiva... de una específica ideología o religiosidad" y apela a la "moral esotérica del Derecho" [22] o –en otro lugar– del "Derecho penal" [21]. Pero la "moral" o "el

[20] BGHSt. 9, 52.

[21] *Strafrechtliche Untersuchungen*, p. 164; en contra, sobre todo HEINITZ, *JR* 1956, pp. 249 y ss.

[22] BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, p. 183.

valor ético de las inhibiciones"[23] sólo interesan en la medida en que la decisión político-criminal es determinada por la peligrosidad y punibilidad de la voluntad del autor manifestada en la totalidad del suceso. Por tanto, a la concepción aquí defendida no le afecta la exigencia, en sí misma correcta y en la que siempre insisten tanto la jurisprudencia[24] como casi todas las exposiciones doctrinales, de que el Derecho penal no debe "moralizar". Por ello tampoco puedo dar la razón a Baumann[25] cuando escribe: "La propuesta... de atender a si el desistimiento es expresión de la voluntad de volver de nuevo a la legalidad o si sólo es expresión de una conducta útil, me parece también demasiado fuertemente marcada por ideas morales de valor. A mi juicio resulta entonces excesivamente restringido el § 46. También el utilitarista (¡precisamente él!) ha de obtener la posibilidad de eximirse de pena". Sin embargo, aquí hay que distinguir: quien comienza a ejecutar un delito y conforme al lema *crime does not pay* se vuelve atrás justamente cuando aún es tiempo sin que hubiera ningún impedimento externo, ha desistido voluntariamente pese a su motivo utilitarista. Pero quien se echa atrás sólo porque de lo contrario sería atrapado no tiene por qué ser recompensado con la impunidad por su comportamiento utilitarista si a pesar de todo se lo captura posteriormente. Antes bien, una reacción tan extraña, por decirlo con Thomas Mann[26], habría de "estimular el vicio e indignar a la virtud". Pero evidentemente la misión de una política criminal utilitarista no puede consistir en el "estímulo del vicio".

X

Con ello hemos llegado al punto en que se plantea la cuestión de la importancia práctica de los problemas teóricos. No

[23] Como dice MAYER, Hellmuth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1967, pp. 146-147, adhiriéndose a Bockelmann.

[24] BGHSt. 7, 299; 9, 50.

[25] *Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1968, p. 517 –discutiendo mi tesis–.

[26] *Altes und Neues, Stockholmer Gesamtausgabe*, 1953, p. 666.

se trata sólo de interpretar correctamente los conocimientos obtenidos por la jurisprudencia y de poner de relieve la sustancia normativa de las fórmulas aparentemente psicológicas; es que además la versión teóricamente incorrecta del principio de solución induce a conclusiones falsas. Un buen ejemplo de ello lo constituye la conocida sentencia BGHSt. 7, 296 y ss., en la que –al igual que en BGHSt. 9, 48 y ss.– se trataba de un caso de tentativa de violación. El autor había renunciado a la mujer porque ésta le había planteado la perspectiva de –tras una breve pausa de descanso– entregársele voluntariamente. El Tribunal Supremo Federal considera esto (a diferencia de la sentencia RGSt. 75, 395) como desistimiento voluntario, porque –dice– el autor no se veía forzado a renunciar a la violación *antes de* la pausa de descanso, sino que seguía teniendo libertad para decidir[27]. La opinión ampliamente dominante en la doctrina aprueba esta solución[28], y la verdad es que no se ve por ninguna parte "coacción psíquica" para aceptar la propuesta de la víctima. Pero si notamos que la "solución psicológica" no es practicable en ningún caso y que lo que otras veces la jurisprudencia hace pasar por tal no supone sino una valoración político-criminal encubierta, no debiera entonces ofrecer dificultades el tomar conciencia de esta concesión y, basándose en ella, negar la voluntariedad en este caso. Pues si el fin del autor era conseguir el yacimiento, lo "más razonable" que podía hacer era aceptar la proposición de la víctima, que le facilitaba de modo esencial la consecución de sus planes. Y por lo demás, la breve pausa para tomar aliento podía concordar perfectamente con las circunstancias de la situación. Político-criminalmente es absolutamente incomprensible la razón por la que se debiera recompensar con la impunidad el hecho de aprovecharse hábilmente de la situación. Hay que tener en cuenta que, si

[27] Sent. cit., p. 300.

[28] En contra sólo BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, pp. 165, 183-184; ROXIN, *ZStW* 77 (1965), p. 98; OTTO, *GA* 1967, p. 152; MAYER, Hellmuth, *Studienbuch*, p. 147.

todo hubiera ido conforme a los deseos del autor, la mujer no hubiera realizado el yacimiento precisamente con gusto; ella lo iba a soportar solamente para evitar la violación inmediata, es decir que de un modo u otro el suceso habría seguido siendo una relación sexual conseguida bajo la presión del empleo inmediato de la violencia. Y si además se tiene en cuenta que según todas las teorías el hecho sigue siendo indudablemente punible como tentativa (por imposibilidad absoluta de ejecución) si, contra lo que se esperaba, la mujer acometida está dispuesta a complacer gustosa y en el acto los deseo del autor, queda totalmente claro el absurdo político-criminal que supone la absolución en el caso mucho más grave enjuiciado por el Tribunal Supremo Federal. La víctima solamente se ha librado del empleo inmediato de la violencia, pero por lo demás, si los acontecimientos hubieran seguido libremente su curso, habría visto gravemente menoscabada la integridad de su esfera sexual. Ninguno de los fines que se pueden atribuir a la pena ha dejado de tener validez frente al autor al que la violencia brutal le ha proporcionado un ventajoso "negocio". Así pues, no es preciso ni por lo más remoto acudir al escaso valor moral del motivo del desistimiento para rechazar la existencia de voluntariedad. En cambio, cuando Bockelmann[29] afirma desde el punto de vista de la "moral esotérica del Derecho" que "quien desiste de su tentativa de violación sólo porque espera poder conseguir su objetivo de modo menos peligroso y más cómodo, en el mejor de los casos habrá cambiado el papel de violador por el de seductor, y no merece que se le trate con miramientos", resulta que lo que se ha visto correctamente está formulado de modo muy equívoco[30]; pues cualquiera que sea el juicio moral que merezca el

[29] BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, p. 184

[30] Formulación criticada con toda la razón por STRATENWERTH, *Allg. Teil*, p. 202, nº marginal 768. Stratenwerth opina, por lo demás, que la polémica en torno a la voluntariedad o involuntariedad en el caso de la sentencia BGHSt. 7, 296 y ss., es una "controversia aparente" (p. 201, nº marginal 763), porque mientras el autor esté decidido a emplear tam-

"seductor"[31], éste (si se prescinde del § 182 StGB*) se mueve dentro de la legalidad, y eso ha de bastarle al Derecho penal. Por tanto, como ya se ha expuesto, no hay que fundamentar de otro modo la negativa a admitir la exención de pena.

XI

La razón de las dificultades que el caso de violación que acabamos de discutir le plantea a la teoría dominante estriba en que la entrega voluntaria ofrecida por la mujer no empeoraba, sino que, por el contrario, mejoraba la situación para el autor. En efecto: por regla general la razón de desistimiento consiste en un cambio desfavorable de las circunstancias externas (en la mayoría de los casos, en que aumenta el peligro de ser descubierto y atrapado). Ante esa constelación es relativamente fácil transformar en psicológicas las bases criptonormativas del juicio acerca de la voluntariedad:

Si se aumentan, siguiendo el camino equivocado, los sentimientos de disgusto que toda puesta en peligro del plan del

---

bién la violencia posteriormente en caso necesario, no ha desistido aún en absoluto; y esto es correcto *in abstracto*. Sin embargo, el Tribunal Supremo Federal en el caso concreto se había puesto en la hipótesis más favorable al procesado, partiendo de la base de que éste había abandonado *definitivamente* su plan de violación. De todos modos, la proximidad de ambas situaciones muestra cuán errónea es una diferenciación que se pronuncie por la absolución si se da la situación de la que partió el Tribunal Supremo Federal. Pues el que el procesado se hubiera o no propuesto volver a emplear la violencia en caso de posterior negativa a la relación sexual es algo que escapa por completo a la ulterior comprobación judicial, que, en consecuencia, depende totalmente de lo que admita el procesado. Y ciertamente es sumamente insatisfactorio que la absolución o la condena deban depender de que el procesado (re)construya más o menos hábilmente sus reflexiones (a menudo ficticias).

[31] Que, por lo visto, no goza de muchas simpatías entre los penalistas; cfr. al respecto *mi* discusión con Schmidhäuser, que ve en toda seducción un "desvalor material" en el sentido del Derecho penal (*Allg. Teil*, 18/8, p. 390), en *ZStW* 83 (1971), pp. 392 y s.

* Precepto que castiga un solo tipo de estupro: la seducción de una muchacha honesta menor de dieciséis años. (N. del T.)

hecho provoca hasta convertirlos en una imposibilidad psíquica de actuar de otro modo, se obtiene el mismo resultado que si se atiende correctamente a la valoración político-criminal del motivo del desistimiento, que impide recompensar con la impunidad tales casos.

Pero este paralelismo de las soluciones, que ha contribuido decisivamente a oscurecer la problemática, desaparece en cuanto la situación externa, como ocurre en el caso que hemos tomado como ejemplo, se presenta más favorable para el autor; en tal caso no se puede negar la posibilidad de persistir en el plan originario, de tal modo que el punto de partida psicológico tiene que conducir a una absolución que parece equivocada desde una perspectiva normativa. Así sucede en todos los ejemplos de este tipo. Si A se esfuerza por arrancarle a B de las manos un bastón con el que (A) quiere apalear a C, comete una tentativa de coacciones. Pero si otra persona, que guarda rencor a C, le entrega *motu proprio* su bastón de nudos, mucho más apropiado para la paliza, a A y en vista de eso este último deja en paz a B para dirigirse acto seguido a apalear a C empleando el bastón de nudos, la opinión dominante tendrá que admitir, basándose en la sentencia BGHSt. 7, 296 y ss., que hubo desistimiento voluntario de la tentativa de coacciones, ya que A no se encontraba impedido psíquicamente para continuar con sus esfuerzos por arrancarle el bastón a B con perspectivas de éxito final. En cambio, desde el punto de vista aquí mantenido el hecho sigue siendo punible como tentativa de coacciones. Pues si se tiene en cuenta que si A se apartó de B fue sólo porque de ese modo podía conseguir más fácilmente su objetivo, habría sido enormemente insensato desde el punto de vista de una adecuada ejecución del delito persistir en la tentativa de coacciones. Y no se ve por qué habría de recompensarse con la exención de la pena de las coacciones el hecho de acomodarse a la situación de modo flexible y "conforme al delito". Tal solución no sólo sería político-criminalmente absurda, sino que también constituiría un despropósito por cuanto que, según la propia doctrina dominante, los supuestos de mejora de la situación que evitan que continúe el delito (p. ej., en el caso de que B hubiera cambiado repentinamente de parecer y entregara voluntariamente el bastón) no excluyen la punibilidad de la tentativa.

XII

Sin el menor esfuerzo se podrían construir otros casos semejantes (sobre todo con otros delitos violentos como el asesinato y el robo)[32], pero no es preciso hacerlo, ya que lo único que aquí nos interesa es el principio de que los desistimientos "criminalmente adecuados" tampoco son voluntarios aunque estén motivados por una mejora de la situación. Schröder, que comparte el punto de partida metodológico de estas reflexiones, opina, sin embargo –invocando expresamente el caso de violación que hemos comentado–, que no se puede extraer la conclusión de que el desistimiento era involuntario. A su juicio, "tal forma de remontarse desde la configuración legal concreta del carácter meritorio del desistimiento al principio general en que se basa supone una analogía inadmisible por ser en perjuicio del reo"[33]. Pero esta afirmación se basa en la premisa de que la ley, poniéndose en contradicción con su ratio, atiende sólo a la eficacia coactiva y excluyente de la libertad del motivo del desistimiento, hipótesis que por su misma irrealizabilidad lógica y práctica no se le puede atribuir al legislador, y que tampoco encuentra ningún apoyo en el tenor de la ley. En efecto, si el autor se detiene porque un cambio favorable de la situación hace que resulte sin sentido continuar la tentativa, ésta es una circunstancia que "era independiente de su voluntad", es decir, que modificaba la situación desde fuera y sin su intervención. La ley no dice por ninguna parte que esa circunstancia haya de ser siempre desfavorable; el "impedimento" del que habla el [antiguo] § 46, nº 1, como ya vimos, no quiere decir un impedimento absoluto, sino sentirse impedido por consideraciones de utilidad criminalmente adecuadas. Asimismo y por las razones expuestas, el concepto de "voluntariedad" que emplea ahora el § 24 de la nueva Parte General no puede ser interpretado de modo que se estime que sólo una coacción que excluya

[32] Sobre un caso de hurto cualificado cfr. *mi* exposición en *ZStW* 77 (1965), p. 99.

[33] *MDR* 1956, p. 323.

la voluntad o un cambio desfavorable de la situación darán lugar a la involuntariedad. Si dos salteadores de caminos asaltan a un paseante para robarle, pero antes de la consumación del delito les surge la molestia de tener que dejarlo porque viene por el camino el rico X y desvalijar a éste goza de prioridad según los principios de su gremio, ese desistimiento es involuntario pese a que el suceso se presente de modo más favorable, y también los dos delincuentes dirán: "De grado o por fuerza teníamos que dejar escapar al pez chico para atrapar al grande"[34]. Es decir que lo que caracteriza a la involuntariedad es la acomodación, que vista desde la "lógica del delincuente" tiene carácter forzoso, al cambio de la situación, siendo indiferente que el mismo haya sido para mejorar o para empeorar. Por eso no me parece correcta la opinión de Gutmann[35] de que "ninguna fórmula (puede) evitar que, cuanto más favorable se le presente la situación al autor, tantas más posibilidades se le ofrezcan de salir impune. Estas insoportables consecuencias son ineludibles porque se basan en la esencia del precepto mismo". No existe en absoluto tal "esencia", que impediría una interpretación político-criminalmente razonable y forzaría al legislador a dictar regulaciones "insoportables".

XIII

Naturalmente la concepción aquí defendida tampoco puede disipar todas las dudas en casos extremos con su procedimiento de convertir la actuación según los principios de la

[34] Naturalmente que en el plano puramente fáctico los autores habrían podido optar por lo insensato y renunciar al botín grande para quedarse con el pequeño; pero, como ya se ha expuesto, en *todo* desistimiento involuntario (incluso en caso de empeoramiento de la situación) concurre la capacidad de seguir actuando de modo poco inteligente. Pero si los autores querían robar el objeto que merecía la pena, *tenían que* dejar a su primera víctima. El desistimiento sólo sería voluntario si la situación hubiera permitido robar a los dos paseantes y, por tanto, conseguir el botín mayor sin renunciar al menor.

[35] *Die Freiwilligkeit*, etc., pp. 2-3.

lógica del delincuente en criterio de la involuntariedad. Pero, no obstante, sus resultados me parecen más claros y convincentes que las soluciones que se pueden obtener decidiendo según la intensidad de la presión psíquica. Así, por ejemplo, Schröder[36] opina que hay un desistimiento involuntario "si unos signos desfavorables mueven a echarse atrás al sujeto supersticioso". Pero hasta qué punto tienen influencia psíquicamente coactiva los "signos desfavorables", que, por cierto, no implican un empeoramiento externo de la situación, es algo que depende totalmente del grado de superstición y no se puede decidir *a posteriori*; si en tales casos se rechaza la voluntariedad, entonces ya no se puede comprender por qué iba a ser voluntario un desistimiento debido a graves remordimientos de conciencia. Difícilmente se podrá afirmar que haya una legalidad que tenga por consecuencia el que las ideas supersticiosas tengan mayor influencia por principio que la voz de la conciencia. Pero así como los intentos psicológicos de delimitación conducen a la arbitrariedad, así de claro resulta que, según la valoración político-criminal aquí propuesta, hay que admitir –en contra de lo que opina Schröder– que el desistimiento en este caso es voluntario, porque un delincuente que sin impedimento externo alguno desiste de sus hechos por pura superstición actúa de modo nada razonable según las reglas de su profesión; no ha reunido la fuerza necesaria para cometer el delito y por eso tampoco hace falta castigarlo. Como se puede ver, una perspectiva normativa como la que hemos aplicado aquí no juzga en absoluto conforme a criterios primariamente morales, y, en cambio, puede restringir muy bien la punibilidad de la conducta de quien desiste.

Schröder considera que hay voluntariedad "si un ratero, que ya tiene la mano dentro del bolsillo de la víctima, comprueba que se trata de un amigo" y renuncia entonces a consumar el hecho. Esta opinión es, ciertamente, correcta, porque la innecesaria consideración hacia otras personas con-

[36] *MDR* 1956, p. 323.

tradice las normas de un supuesto reglamento del delito, que están orientadas únicamente al interés egoísta, y merece por ello la impunidad. Pero una fundamentación que atienda a la libertad o falta de libertad psíquica se vuelve a ver inmediatamente ante la aporía de que la afirmación de la voluntariedad presupone un sujeto muy desvergonzado al que le resultara fácil en principio hurtar incluso a sus mejores amigos. Pero si el sujeto afirma que es cierto que suele meter sus dedos en bolsillos ajenos de vez en cuando, pero que también tiene su honor y nunca hurtaría a sus amigos, la decisión, si se la quiere basar en la intensidad de la presión ejercida por la motivación, resulta sumamente dudosa. Sea como fuere, no es convincente que sea más fácil afirmar la voluntariedad en los delincuentes empedernidos que en aquellos que al menos aún respetan en aspectos parciales los principios ético-sociales reconocidos.

Lo poco que nos puede servir de ayuda la delimitación "psicológica" se pone también de relieve cuando Schröder, a diferencia de lo que opinaba en el ejemplo del amigo, considera involuntario el desistimiento si la mujer del autor declara "que se suicidará si continúa el hecho"[36]. Desde el punto de vista de la teoría dominante no se podría resolver con carácter general este caso en uno u otro sentido, sino que habría que diferenciar según que al autor le resultara horrible el suicidio de su mujer o –como suele suceder– le fuera indiferente (cuando no motivo de alegría). Para decirlo concretamente: si el autor amaba a su mujer, habría que apreciar involuntariedad; y cuanto menos significara ella para él, tanto antes sería voluntario el desistimiento. Esta solución sería consecuente pero asombrosa, pues un autor al que el amor hacia su mujer lo mantiene en definitiva dentro de los límites de la legalidad, no sigue consecuentemente las normas de la lógica del delincuente; su voluntad criminal es menos fuerte, por lo que debería reconocerse el carácter voluntario de su desistimiento. En cambio, habría que apreciar involuntariedad si el autor desistiera sólo porque, de suicidarse su mujer, él perdería el patrimonio de ella o porque la muerte de la misma le acarrearía el procesamiento por omisión del deber de impedir el suicidio; y habría que negar la voluntariedad porque

cualquier delincuente, por muy obstinado que sea, desistirá razonablemente (lógicamente) si ve que la prosecución de su acción le traerá más daño que provecho. Y no hay ningún motivo para recompensar ese cálculo con la impunidad. De este modo nuestro criterio político-criminal conduce también a resultados diferentes según la situación del caso; pero las diferenciaciones son más claras y con todo más plausibles que las consecuencias de la opinión dominante.

XIV

El espacio de que dispongo no es suficiente para ejemplificar en detalles el principio exento de la mano de los numerosos casos que se encuentran en la jurisprudencia[36 bis]. En lugar de esto, vamos a demostrar para concluir la utilidad de ese principio ocupándonos al menos de dos constelaciones de problemas especialmente discutidas: el desistimiento por razones "internas" pese a la falta de impedimento externo y la delimitación entre tentativa fracasada (o fallida) y tentativa inacabada.

1. En caso de desistimiento por razones de conciencia, la jurisprudencia hasta ahora ha afirmado siempre su voluntariedad. Naturalmente, este resultado es correcto, porque tal desistimiento supone un retorno a la legalidad y muestra que la energía criminal del autor no ha sido suficiente para consumar el delito. Pero desde el punto de vista de una delimitación psicológica sólo se puede defender esa solución si se sienta la cínica premisa de que cualquier persona en cualquier situación puede vencer sin especiales esfuerzos las objeciones de su conciencia[37]. Sea como fuere, a la jurisprudencia no le ha resultado problemática la cuestión. Ya en la

[36 bis] En efecto, sólo desarrollando –cosa que aquí es imposible– la idea rectora de la "lógica del delincuente" sobre todo el material de casos, se vería claramente en toda su extensión –conforme a su estructura metodológica de directriz normativa– su importancia teórica y utilidad práctica.

[37] Así lo ha señalado ya BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, p. 174.

primera sentencia fundamental sobre el tema[38], en la que se trataba de un caso de retractamiento de un falso testimonio, se dice como algo que se da incuestionablemente por supuesto: "Presionado por su conciencia... *es decir*, voluntariamente, en cualquier caso sin que circunstancias independientes de su voluntad le impidieran insistir en las falsas declaraciones que hizo al principio, el testigo desistió...".

En contraste con el carácter inequívoco de estas afirmaciones encontramos enormes vacilaciones en la jurisprudencia cuando son el miedo o el terror los que han motivado el desistimiento. Ya el Tribunal Supremo del Reich consideró involuntario un desistimiento debido a que el ladrón se acobardó aterrorizado al ver cómo se desplomaba la víctima derribada por él[39]. El Tribunal Supremo Federal siguió este criterio en un caso muy parecido[40]: El autor había golpeado en la cabeza con una barra de hierro al dueño de una tienda para poder robar el contenido de la caja; pero entonces desistió alegando que "la vidriosa mirada de su víctima al desplomarse le (había) recordado a la de un animal en el matadero y le (había) dado miedo. Por eso no estaba en condiciones de tomar el dinero". Otras sentencias llegan al resultado opuesto. En el caso de un sujeto que había desistido de su tentativa de homicidio porque, después de dar varios hachazos en la cabeza a la víctima, al ver a la muchacha inconsciente y cubierta de sangre se había dado cuenta de las consecuencias de su hecho, el Tribunal Supremo Federal[41] aprecia desistimiento voluntario. Asimismo se admite la voluntariedad del desistimiento de tentativa de homicidio en un caso[42] en el que la vista de la mujer herida fue "demasiado" para el autor: "éste sencillamente ya no podía más; ahora ya no quería que la

[38] RGSt. 14, 19 y ss. (22).

[39] RGSt. 68, 238 y ss.

[40] Sent. del BGH, en *MDR* 1958, p. 12, transcrita por Dallinger.

[41] Sent. del BGH, en: *MDR* 1952, pp. 530-531, transcrita por Dallinger.

[42] BGHSt. 21, 216 y s. (217).

mujer se desangrara en el sótano". La "conmoción anímica", opina el Tribunal Supremo Federal, no era una razón "coactiva" para el desistimiento.

Estos pocos ejemplos muestran ya que en caso de desistimiento por "conmoción anímica" los resultados a que llega la jurisprudencia son prácticamente arbitrarios. Cosa que tampoco puede sorprender cuando se hace depender la decisión de que los motivos que dieron lugar al desistimiento fueran o no fueran "psicológicamente coactivos". Ni siquiera en el momento del hecho puede ningún hombre contestar a la cuestión de si en tales situaciones el autor hubiera podido actuar de otro modo sólo con que hubiera querido; menos aún podrá el juez cuando intente reconstruir el curso de los acontecimientos muchos meses después. Cualquier afirmación acaba aquí convirtiéndose en una suposición que además estará influida por las declaraciones más o menos hábiles del procesado, que curiosamente tiene que intentar aparecer como especialmente "curtido" para lograr una defensa con éxito; cuanto menos lo desequilibren las escenas horribles, tanto más seguro será que se admita la voluntariedad. Es imposible que todo esto sea correcto y, efectivamente, los mismos resultados conducen *ad absurdum*. Pero además, tampoco concuerda con las decisiones adoptadas sobre el desistimiento por razones de conciencia, ya que muy bien puede ocurrir que la voz de la conciencia se manifieste en forma de un miedo horrible que surja de repente, del mismo modo en que, a la inversa, la visión de la víctima cubierta de sangre puede despertar la conciencia del autor y provocar así el desistimiento. En casos de este tipo se pueden intercambiar prácticamente a voluntad conceptos tales como espanto, miedo, presión de la conciencia, arrepentimiento arrollador o compasión irresistible, tanto más cuanto que en la práctica forense se trata siempre de interpretaciones *a posteriori*.

Así pues, la "solución psicológica" falla por completo en caso de motivos puramente internos porque no nos ofrece resultados controlables racionalmente. En cambio, desde el punto de vista de la teoría aquí mantenida hay que considerar voluntario el desistimiento siempre que se deba a "conmoción anímica" (sea cual fuere la forma de interpretar posterior-

mente esa circunstancia), ya que un sujeto que sin ningún impedimento externo se siente movido a retroceder porque interiormente no es capaz de enfrentarse con su hecho, se separa de las normas de la lógica del delincuente. El ladrón o el asesino "normales" no se asustan ni tienen miedo de los inevitables fenómenos concomitantes con sus hechos. La conducta de quien se detiene cuando ve con toda claridad las consecuencias de su hecho es la reacción de una persona decente en el momento decisivo, de una persona que nunca llevaría a cabo algo así; y ello merece el premio de la exención de pena. Es indudable que sólo esta solución permite dar fundamentaciones claras y justas y que tiene además la razón político-criminal de su parte.

2. La delimitación entre tentativa fracasada (o fallida) y tentativa inacabada hace referencia a la cuestión de si el autor merece conseguir la impunidad en caso de que sus iniciales esfuerzos aún no hayan dado lugar a la realización del tipo y, sin embargo, renuncie voluntariamente a realizar ulteriores acciones con perspectivas de éxito. El autor, por ejemplo, quiere apuñalar a otra persona, pero, al no alcanzarle mortalmente a la primera, cesa en su intento, aunque con unas cuantas puñaladas más habría podido matar sin gran esfuerzo a la víctima que yacía indefensa ante él. Como es sabido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Reich[43] y del Tribunal Supremo Federal[44] hace aquí la siguiente distinción: Si el autor quería provocar el resultado con el primer acto de su acción, hay tentativa fracasada, en la que es imposible el desistimiento. Pero si de antemano había contado con que necesitaría varias puñaladas o si no había reflexionado en absoluto sobre el número de actos concretos necesarios para provocar el resultado, se trata de una única tentativa inacabada y la voluntaria renuncia a ulteriores acciones da lugar a la exención de pena.

[43] Sobre la misma detalladamente OTTO, *GA* 1967, pp. 144 y ss.

[44] BGHSt. 10, 129 y ss.; 22, 176 y ss.; 22, 330 y ss.; más casos en OTTO, *GA* 1967, pp. 144 y ss.

Sustancialmente, esta constelación de problemas se corresponde por completo con el planteamiento de los casos corrientes de desistimiento. En todos ellos se trata sólo de saber si el hecho de poner fin a la actividad pese a que aún era posible provocar el resultado debe gozar del privilegio del § 46, 1°, StGB. Ahora bien, aquí no encaja el punto de partida teórico de la doctrina dominante, que atiende a la intensidad de la presión ejercida sobre la voluntad; por eso se ha acudido a una delimitación psicológica basada en la representación del autor. Resulta evidente cuán incongruentes son sus resultados[45]: quien tenga tanta sangre fría que calcule con anterioridad todas las eventualidades (y, por tanto, también la posible necesidad de varios actos concretos), quedará impune; en cambio, la persona irreflexiva que crea poder conseguir su objetivo con un solo acto deberá ser siempre castigada. Ante esto no se alcanza a comprender qué sentido político-criminal puede tener semejante delimitación entre punibilidad e impunidad.

La jurisprudencia reciente elude las consecuencias de su teoría cuando los resultados son demasiado insatisfactorios. Una de las últimas sentencias sobre el tema[46] se ocupó de un caso en que el autor golpeó en la cabeza a su hijastra con unas tenazas; al hacerlo, según declara probado el tribunal inferior, partía de la base de que el golpe mataría inmediatamente a la hijastra; pero ésta quedó solamente aturdida y, aunque el autor se dio cuenta de ello, renunció a seguir golpeándola, por más que aún hubiera sido posible matarla sin peligro. Desde el punto de vista de la jurisprudencia se tendría que haber castigado por tentativa fracasada, dado que el plan –matar de *un* golpe– se había vuelto impracticable. Pero en vez de eso, el Tribunal Supremo Federal califica los hechos como tentativa inacabada, afirmando: "Quien golpea a otro con dolo directo de asesinato en las circunstancias y

[45] Cfr. sobre todo, OTTO, *GA* 1967, pp. 144 y ss.; DREHER, *JR* 1969, pp. 106 y s.

[46] BGHSt. 22, 176 y s.

del modo que lo ha hecho el procesado, por regla general no se preocupa de pensar concretamente el número de golpes que tiene la intención de dar a su víctima, sino que al cometer el hecho lo domina la voluntad de golpear a la víctima hasta conseguir el objetivo correspondiente a su dolo. La creencia de que el primer golpe matará ya a la víctima no excluye tal voluntad que desde el principio determina el curso del hecho...". A este respecto ha hecho notar Dreher[47], con razón, que la Sala ha "convertido en realidad un caso de tentativa acabada según la opinión dominante en otro de tentativa inacabada, al sustituir la apreciación probatoria del juez instructor por la suya propia". Así pues, sólo un cambio del sentido de los hechos ha hecho posible aquí el resultado correcto y deseado, es decir, la admisión del desistimiento voluntario de la tentativa de asesinato[48]. Este ejemplo muestra ya con suficiente claridad que la solución psicológica fracasa ante el problema que nos ocupa; pero es que además Otto ha demostrado mediante un análisis de toda la jurisprudencia anterior (hasta 1966) "que en definitiva han sido la casualidad o una hábil declaración del autor las que han decidido si se castigaba o si se absolvía"[49].

Por el contrario, la opinión aquí defendida nos lleva a afirmar que en todos los casos hay desistimiento voluntario. Mientras el autor pueda seguir actuando con perspectivas de éxito y sin aumento del riesgo que corre, conforme a las normas de la profesión criminal sería muy irrazonable (muy ilógico) echarse atrás; justamente por eso tales casos deben calificarse en su totalidad como tentativas inacabadas, sin que importen las ideas del autor sobre el número de actos concretos necesarios para provocar el resultado. La persona que "en la concreta situación del hecho es consciente de que

[47] *JR* 1969, p. 106.

[48] También Schröder (SCHÖNKE-SCHRÖDER, 16ª ed., 1972, § 46, nota 8 a) califica el procedimiento del BGH de "corrección arbitraria de las ideas del autor".

[49] OTTO, *GA* 1967, p. 145.

le quedan posibilidades concretas de éxito y, sin embargo, renuncia a provocar el resultado", ha "manifestado objetivamente" con ello "que abandona el camino del crimen"[50]. Precisamente ese retorno a la legalidad prueba la menor energía criminal del autor que hace que sea superflua una sanción penal y que en todo momento nos ha servido de ratio para enjuiciar la voluntariedad. Con respecto a este grupo de casos también defiende este resultado una opinión aún no dominante, pero que en los últimos años gana terreno de forma creciente en la doctrina[51]; pero sólo la solución aquí propuesta permite ver tal decisión como consecuencia de una concepción teleológico-político-criminal de la voluntariedad que abarca todos los grupos de casos[52].

[50] Ídem, p. 149, que ha sido el primero en exponer resumidamente esto, alude incluso a la coincidencia de su concepción con la mía (nota 34, p. 152).

[51] Ídem, p. 149; DREHER, *JR* 1969, pp. 106-107; BLEI, *JA* 1969, StR, pp. 91 y s.; SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil*, 1970, p. 502.

[52] No obstante, en la doctrina también se mantiene la tesis exactamente inversa de que, con independencia de las ideas del autor, debe considerarse cada acto concreto como tentativa autónoma, cuyo fracaso hace imposible un desistimiento (GUTMANN, *ob. cit.*, pp. 92 y ss.; BAUMANN, *Allg. Teil*, 5ª ed., 1968, pp. 500 y s.). Hay que reconocer que esta concepción evita los arbitrarios resultados de la jurisprudencia, pero materialmente no puede ser correcta. Dreher (p. 106) señala con razón que, de lo contrario, un sujeto que dispare con un fusil ametrallador contra su víctima y sólo la alcance con el décimo disparo tras fallar los nueve primeros, tendría que ser castigado por asesinato junto con otras nueve tentativas de asesinato. Y, en efecto, difícilmente se podría negar que aquí sólo ha habido un asesinato (primero intentado y después consumado). No me convence el ejemplo de Baumann en sentido contrario (p. 501), según el cual es injusto "que se pueda lograr la impunidad si tras una tentativa fracasada se busca rápidamente una posibilidad concreta de proseguir el hecho y, sin embargo, no se la pone en práctica". Precisamente, mientras el autor vea una posibilidad "concreta" (es decir, que se presenta directamente a continuación del primer acto de la acción) de proseguir el hecho, aún no hay tentativa acabada, y la renuncia voluntaria a esa posibilidad de producir el resultado merece totalmente la impunidad; justamente por eso debería valer esto para la teoría "utilitarista" del desistimiento de Baumann (cfr. al respecto *supra*, p. 357).

XV

Si se acepta lo que hemos expuesto sobre los presupuestos de la voluntariedad, de ello se desprende que la llamada teoría del fin de la pena, tal como la formuló por primera vez el Tribunal Supremo Federal [53], es la que precisa acertadamente cuál es la ratio del privilegio del desistimiento. La sentencia decisiva se ocupó del caso, que llegó a ser muy conocido, en que un sujeto había desistido de una tentativa de violación porque la mujer asaltada en la oscuridad, contra lo que el procesado esperaba, había resultado ser una conocida suya. El Tribunal Supremo Federal hizo la siguiente distinción en este caso: si el acusado desistió porque se había avergonzado, se trata de un desistimiento voluntario; si, por el contrario, sólo cesó en su intento porque temía la denuncia y el castigo, el desistimiento es involuntario. Materialmente esto coincide con los principios que aquí hemos expuesto: desde el punto de vista de un violador consecuente la vergüenza es un motivo irrazonable para el desistimiento y merece por ello la exención de pena; en cambio, el hecho de retroceder ante la perspectiva segura de denuncia y castigo es una mera acomodación al cambio de situación y no hace desaparecer un ápice de la peligrosidad del comportamiento del autor. Muy acertadamente fundamenta también el Tribunal Supremo Federal –aunque sin reconocer la contradicción con el punto de partida "psicológico" que sigue manteniendo– la impunidad partiendo de la teoría del fin de la pena [54]: "Si el autor desiste voluntariamente de la tentativa comenzada, ello muestra que su voluntad criminal no era tan fuerte como hubiera sido necesario para ejecutar el hecho. Su peligrosidad, manifestada al principio en la tentativa, resulta con posterioridad esencialmente menor. Por esta razón prescinde la ley de castigar la 'tentativa como tal', pues ya no le parece necesaria la pena para disuadir al autor de cometer hechos punibles en el futuro, para intimidar a otros ni para restablecer el orden jurídico violado. La ley

[53] BGHSt. 9, 48 y ss.

[54] Sent. cit., p. 52.

considera mejor garantizados especialmente el primer fin y la idea de la justicia si ya no se le imputa al autor la decisión criminal que ha abandonado a tiempo y se lo castiga sólo en la medida en que con sus acciones de tentativa hubiera podido realizar ya el tipo completo de otra acción punible"[55].

Aún puede precisarse más esto. No hay razones de prevención general que reclamen un castigo, porque no se produce el resultado y el autor, al mostrarse fiel al Derecho en el momento decisivo, no da mal ejemplo a nadie. Las influencias de prevención especial son innecesarias porque con su desistimiento el autor ha vuelto a la legalidad; su eventual inestabilidad, manifestada ya a través de la tentativa, no es por sí sola razón suficiente para imponer sanciones penales si el sujeto renuncia voluntariamente a provocar el resultado. Y la compensación de la culpabilidad parece también superflua porque el mismo autor ha reparado y "compensado" la culpabilidad que implicaba la tentativa con su voluntario desistimiento.

Los argumentos que se han aducido en la doctrina contra la teoría del fin de la pena no me parecen consistentes. Así, Jescheck[56] dice: "En contra de esa teoría habla el hecho de que la voluntad del autor en el momento de la tentativa puede haber sido perfectamente lo bastante fuerte para la consumación, pues a menudo el desistimiento es provocado por circunstancias externas puramente casuales. El merecimiento de pena del hecho no desaparece, pues, sin más por el desistimiento"; y puede que esto sea cierto desde el punto de partida psicológico de la teoría dominante con sus resultados frecuentemente absurdos. Pero si de acuerdo con la opinión aquí defendida se exige una forma de actuar contraria a la "lógica del delincuente" para que haya voluntariedad, las "circunstancias externas puramente casuales" nunca po-

[55] Coinciden en lo fundamental con el BGH, MEZGER-BLEI, *Allg. Teil*, 14ª ed., 1970, p. 256.

[56] *Allg. Teil*, p. 357; expresamente en ese sentido LANG-HINRICHSEN, *Festschrift für Engisch*, 1969, pp. 378 y ss., cuya alusión a la necesidad de valorar unitariamente la tentativa y el desistimiento merece, sin embargo, un total asentimiento; cfr. al respecto el texto que sigue.

drán por sí solas dar lugar a la impunidad, sino que siempre tiene que haberse mostrado que pese a la falta de impedimentos externos el autor no fue capaz en el momento decisivo de cometer el hecho; su voluntad no puede "haber sido lo bastante fuerte para la consumación", pues de lo contrario precisamente se habría llegado a la consumación. Así pues, en el fondo las objeciones de Jescheck no afectan a la teoría del fin de la pena, sino a la errónea interpretación de la voluntariedad por parte de la opinión dominante[57].

En cambio, la opinión hoy dominante[58], que –si bien con consecuencias muy diferentes en los puntos concretos– considera la impunidad como una prueba de gracia frente al autor o como recompensa (premio) por el mérito que implica su desistimiento (teoría de la gracia, teoría del premio), concibe de modo muy confuso la ratio del privilegio. Es cierto que el desistimiento voluntario es "recompensado" con la impunidad; pero esa afirmación sólo contiene una transcripción de lo que de todos modos está en la ley. La cuestión decisiva es por qué "recompensa" de ese modo el legislador el desistimiento voluntario y por qué depara la "gracia" de la impunidad al autor de la tentativa. Pero a esto no sabe contestar la "teoría de la gracia"[59]; esa falta de claridad es también la razón de que sus defensores lleguen a resultados muy diferentes al enjuiciar la voluntariedad. Si se opina que el desistimiento es recompensado con la impunidad porque en tal caso ya no hay necesidad de pena, se está defendiendo en realidad la teoría del fin de

[57] Si se mantiene el punto de vista de que, tanto en la tentativa inacabada como en la acabada, la impunidad presupone siempre que los esfuerzos del desistimiento del autor se vean coronados por el éxito (cfr. al respecto STRATENWERTH, *Allg. Teil*, nº 764-766), ello se puede compaginar sin dificultades con la teoría del fin de la pena; pues si resulta que la acción del autor ha producido el resultado, subsisten también las necesidades preventivo-generales de sanción penal.

[58] BUSCH, *LK*, 9ª ed., § 46, nota 4; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 16ª ed., § 46, nota 2; JESCHECK, *Allg. Teil*, p. 357; BAUMANN, *Allg. Teil*, 5ª ed., p. 514; BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, pp. 182 y s., y otras.

[59] Certeramente, ESER, *Strafrecht* II, 1971, 32 A 17.

la pena. Si, por el contrario, como alegan la mayoría de los defensores de esa concepción criticando a la teoría del fin de la pena, se cree que el desistimiento voluntario no hace desaparecer el merecimiento de pena, entonces no hay ninguna explicación de por qué el legislador ha dispuesto, no obstante, la impunidad. Con toda razón señala Schmidhäuser[60] que el Derecho penal no esta ahí para "premiar" a los malhechores.

Una tercera explicación del privilegio del desistimiento es la que propone la teoría, antiguamente dominante, del "puente de plata"[61], según la cual se debe ofrecer al autor un incentivo (un "puente de plata") para el desistimiento planteándole la perspectiva de la impunidad. Hoy se rechaza mayoritariamente esta concepción, porque la experiencia ha mostrado que en los sumamente numerosos casos de desistimiento enjuiciados por la jurisprudencia aún no ha habido un solo autor que haya desistido porque quisiera ganarse la impunidad[62]. Y si el desistimiento voluntario se debe siempre a otras causas y pese a ello se produce la impunidad, la teoría del puente de plata no sirve para darnos la explicación. Stratenwerth[63] opina que el legislador, al conceder la impunidad, al menos ha de perseguir también el fin político-criminal de facilitar el retorno al autor, pues de lo contrario no se podría entender por qué sólo se libra de pena de desistimiento con éxito. Pero a esto hay que responder que la no concesión de la impunidad en caso de que se produzca el resultado pese a los esfuerzos del desistimiento se puede explicar perfectamente desde el punto de vista de la teoría del fin de la pena por ra-

[60] *Allg. Teil*, p. 499; la concepción de Schmidhäuser (p. 498), según la cual, de haber desistimiento voluntario, es obligada la impunidad porque en ese caso el delito no se afirma en la sociedad, se acerca a la teoría del fin de la penal.

[61] Aún hoy es defendida, sobre todo, por MAURACH, *Allg. Teil*, 4ª ed., p. 518.

[62] Express y enérgicamente en ese sentido, BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, pp. 176 y ss.

[63] *Allg. Teil*, nº marginal 756.

zones de prevención general[64]. Además, la teoría del puente de plata no tiene que exigir necesariamente que se evite el resultado; el inventivo psicológico para el retorno se reforzaría incluso más si los serios esfuerzos por evitar el resultado condujeran ya por sí solos a la impunidad. De todos modos, la teoría del puente de plata supone el punto de vista correcto de que en cualquier caso al autor no lo debe alejar del desistimiento la reflexión de que pese a todo se lo seguirá castigando exactamente igual. Pero lo que tal teoría no puede ser es la razón decisiva de la concesión del privilegio del desistimiento.

XVI

Para concluir y con base en lo expuesto hasta ahora, sólo queda por plantear la cuestión de la posición sistemática del desistimiento liberador de pena. Como es sabido, la opinión absolutamente dominante ve en el mismo una excusa absolutoria[65], es decir, que afirma que concurren injusto y culpabilidad pese al desistimiento voluntario. Esto puede ser consecuente si se parte de la teoría de la gracia; pues tampoco el indulto en sentido técnico-jurídico suprime la existencia de una realización culpable del delito y, en consecuencia, es clasificado como excusa absolutoria. La teoría del puente de plata también tiene que situar sistemáticamente el desistimiento fuera del injusto y la culpabilidad, ya que su idea político-criminal fundamental, consistente en ofrecerle al autor un aliciente para el retorno concediéndole la exención de pena, no cambia para nada que el hecho sea punible en principio; es éste un punto de vista similar al que, por ejemplo, se manifiesta en el Derecho procesal en el § 153 d StPO *.

[64] Cfr. nota 57.

[65] Cfr. solamente BUSCH, *Leipziger Kommentar*, § 46, notas 1 y 7, con ulteriores indicaciones.

* Este precepto (hoy § 153 c) en su ap. 1, que es el que aquí interesa, permite al fiscal general federal prescindir de la acción pública (o, según el ap. 2, al Tribunal Superior del Land sobreseer el procedimiento) en los casos en que el reo de delitos de peligro para el Estado, de trai-

Pero la problemática se plantea de forma distinta si se sigue la teoría del fin de la pena. Porque si, de haber un desistimiento voluntario, ya no hay en absoluto conducta merecedora de pena según la valoración del legislador, no se puede partir al mismo tiempo de la base de que concurre una acción delictiva culpable. Por eso, ya he intentado en una ocasión anterior[66] interpretar el desistimiento voluntario como causa de exclusión de la culpabilidad. Esta afirmación presupone, sin embargo, dos cosas:

En primer lugar hay que decidirse a considerar la acción de tentativa y el posterior desistimiento, no como fenómenos aislados, sino como un objeto unitario de valoración[67]. Cuando el juez enjuicia un desistimiento voluntario no tiene que suprimir una pena, sino decidir si es que acaso debe imponerse una sanción, y si no hay ningún motivo para ello, el comportamiento del autor –considerado como un todo– no constituye un injusto penal culpable.

En segundo lugar, no hay que considerar la categoría delictiva de la culpabilidad únicamente desde el punto de vista del poder actuar de otro modo, sino interpretarla partiendo de la teoría del fin de la pena[68]. Naturalmente que sería me-

---

ción, contra la defensa nacional, etc., *después de cometer el hecho* pero antes de saber que ha sido descubierto, contribuyera a evitar un peligro para la seguridad nacional o el orden constitucional, o revelara los conocimientos que por su delito tuviera de planes de delitos de traición o contra la seguridad estatal. (N. del T.)

[66] En "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem", 1970, pp. 36 y ss. ["Política criminal y sistema del Derecho penal", trad. de Muñoz Conde, 1972, pp. 71 y ss.].

[67] Cfr. sobre esta teoría que va ganando terreno, R. v. HIPPEL, *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch*, 1966; LANG-HINRICHSEN, "Bemerkungen zum Begriff der 'Tat' im Strafrecht", en *Festschrift für Engisch*, 1969, pp. 366 y ss.; en *JR* 1968, pp. 278-279; SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil*, pp. 498-499.

[68] Cfr. al respecto *mis* manifestaciones de principio en "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem", 1970, pp. 33 y ss. ["Política criminal y sistema del Derecho penal", trad. de Muñoz Conde, 1972, pp. 67 y ss.]. El término "culpabilidad" es demasiado estrecho, en cuanto que ese

jor si el autor que desiste voluntariamente hubiera omitido de antemano su actuación; en tanto en cuanto, habría podido comportarse de modo distinto y conforme está ordenado. Pero la responsabilidad jurídico-penal desaparece ya si, partiendo de la teoría del fin de la pena, no existe ninguna razón para imponer una sanción. Como es sabido, en la mayoría de los casos de estado de necesidad disculpante ([antiguos] §§ 52 y 54 StGB) resulta que el autor hubiera podido hacer frente al peligro en caso necesario, tal y como se les exige a determinados grupos de profesiones (soldados, policías, etc.); pero las razones de prevención general no obligan a imponer penas en tales casos, y ello basta para la exclusión de la culpabilidad[69]. En cambio, sólo se deben admitir causas de exclusión de la punibilidad y excusas absolutorias, que dejan subsistente la pena, en aquellos casos en que en principio la sanción estaría indicada desde el punto de vista de los fines del Derecho penal, pero se prescinde del castigo por razones político-jurídicas de otro tipo (conservación de la familia en el § 247, ap. 2, StGB, razones políticas en el caso de amnistía, etc.).

La opinión de que la impunidad en caso de desistimiento voluntario de la tentativa tiene algo que ver con la culpabilidad comienza a extenderse también en la doctrina. Así leemos en el manual de Welzel[70]: "El verdadero sentido del privilegio otorgado a quien desiste radica en la insignificancia de su culpabilidad, lo que se pone de manifiesto en el desistimiento. Partiendo de esta base ha de ser revisada la interpretación que hasta ahora se ha hecho del § 46". Esto coincide

---

grado del delito guarda relación con todas las circunstancias decisivas para la responsabilidad –y, por tanto, también con puntos de vista preventivos–. Por ello sería más exacto hablar de "responsabilidad".

[69] Por supuesto que no me refiero a que el juez deba decidir sobre la necesidad de una sanción conforme a consideraciones sumamente personales. Lo único que me interesa es fundamentar de modo teóricamente correcto la impunidad expresamente prescrita por la ley o que, al menos, se desprende de una interpretación adecuada. En este aspecto me ha entendido mal DREHER, *GA* 1971, p. 218.

[70] *Lehrbuch*, 11ª ed., p. 196.

por completo con la concepción aquí mantenida[71]. Sólo que entonces Welzel, para ser consecuente, tendría que seguir la concepción de la voluntariedad que se ha desarrollado más arriba, ya que si alguien desiste sólo porque de lo contrario sería capturado inmediatamente después de cometer el hecho –caso en el que Welzel quiere conceder la impunidad–, difícilmente se podrá hablar de insignificancia de la culpabilidad. Schröder[72] considera el desistimiento voluntario como causa de cancelación de la culpabilidad; Baumann[73] califica de lógica la caracterización del mismo como "causa de anulación de la culpabilidad". Heinitz[74] cree que la razón decisiva de la impunidad estriba "en una estimación justa de la culpabilidad de quien desiste, cuya voluntad ha resultado ser menos resistente y menos peligrosa". En este sentido invoca a Zachariä[75], quien ya en 1839 conectó el privilegio del desistimiento con la teoría del fin de la pena: "Quien renuncia voluntariamente a la consumación muestra en ese hecho que no tiene una mala voluntad firme y persistente, que sólo momentáneamente ha seguido los impulsos de los sentidos y que ha prevalecido en él la comprensión de la necesidad de actuar jurídicamente. De tal persona no tiene que temer ningún peligro el estado jurídico, pues aunque momentáneamente la seguridad general haya sido amenazada, no lo ha sido realmente". En el afán por basar sistemáticamente el privilegio del desistimiento en consideraciones de culpabili-

[71] Pues a la "insignificancia" de la culpabilidad entendida en el sentido del poder actuar de otro modo (cfr. al respecto WELZEL, *Lehrbuch* cit., p. 138) corresponde la exclusión de la culpabilidad si se toma en consideración toda la teoría del fin de la pena.

[72] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 16ª ed., § 46, notas 2, 38; la idea de "cancelación" y "anulación" posteriores se basa en el enjuiciamiento por separado de la tentativa y el desistimiento. WESSELS, *Allg. Teil*, 2ª ed., p. 101, habla de "compensación" de la culpabilidad.

[73] *Lehrbuch*, 5ª ed., p. 516.

[74] *JR* 1956, p. 250.

[75] *Die Lehre vom Versuch der Verbrechen*, t. 2, p. 21.

dad y conectar éstas con la teoría del fin de la pena, creo, pues, estar de acuerdo con Ernst Heinitz[76], cuya obra ha sugerido este ensayo, que le dedico en señal de cordial respeto. Las vacilaciones terminológicas y las diferencias materiales que todavía separan incluso a concepciones próximas entre sí, se deben a que aún no se ha reflexionado suficientemente sobre la conexión existente entre los presupuestos materiales de la voluntariedad, la ratio del privilegio del desistimiento y su clasificación sistemática[77]. Sólo una decidida concepción de la totalidad podrá evitar discordancias y resultados casuales. Quizás el presente estudio pueda contribuir en algo a este propósito.

[76] En *ZStW* 83 (1971), p. 760, escribe Heinitz sobre mi trabajo "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem": "Me parecen especialmente convincentes y fructíferas las ideas sobre la teoría de la culpabilidad"; pero a continuación añade (nota 31): "Con la reserva de que parece más convincente su aplicación a la teoría del error que las afirmaciones respecto del § 46 StGB*". Se revela aquí un escepticismo que no es de extrañar, dado lo poco aclarada que está toda la problemática, y que me ha animado a proseguir la discusión.

* Como se recordará, el enemigo § 46 (correspondiente al actual § 24) del StGB regulaba el desistimiento de la tentativa. (N. del T.)

[77] V. HIPPEL, R., *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch*, 1966, concibe el desistimiento voluntario como elemento negativo del tipo. A ello hay que objetar que la misión político-criminal del tipo consiste en la exacta descripción de lo prohibido, guiada por el principio *nullum crimen*, y en la "función de llamada de atención" (NAKA, *JZ* 1961, p. 210) que así se consigue (cfr. al respecto en referencia a la problemática del desistimiento las acertadas indicaciones de MUÑOZ CONDE, "Theoretische Begründung und systematische Stellung der Straflosigkeit beim Rücktritt vom Versuch", *ZStW* 84, 1972, fasc. 3). Pero ese efecto de llamada de atención es provocado ya por la tentativa como tal, que consecuentemente da derecho a la legítima defensa y en la que es posible participación punible. No es la infracción de la prohibición, sino sólo la responsabilidad jurídico-penal lo que se excluye en caso de desistimiento voluntario y con éxito. Lo cual no afecta ni a la valiosa opinión de V. Hippel de que tentativa y desistimiento han de ser considerados como una unidad, ni a su crítica de la construcción del desistimiento como excusa absolutoria.