

**FUNDAMENTOS
DEL DERECHO PENAL**

Günther Jakobs

Profesor de Derecho Penal y Filosofía del Derecho
de la Universidad de Bonn

**FUNDAMENTOS
DEL DERECHO PENAL**



Buenos Aires

Pintura de Tapa: *Benito Eu(n)genio Laren* (1962)
"Filamentos" (1987)
Técnica "acrílico sobre vidrio" - 12 x 12 cm
Fotografía: *Daniel Kiblsky*

Primera edición: noviembre 1996

Esta edición se terminó de imprimir en
Noviembre de 1996
en Gráfica LAF S.R.L.
Loyola 1654, Capital Federal

DIRECCIÓN EDITORIAL
Dr. Rubén Villela

Copyright by AD-HOC S. R. L.
Viamonte 1450 - Tel. 371-0778
Av. Córdoba 1377 - Tel. 813-3092
1055 Buenos Aires, República Argentina

Printed in Argentina
Derechos reservados por la ley 11.723
ISBN: 950-894-050-6

ÍNDICE

Prólogo	11
CAPÍTULO I	
EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD	13
I. <i>Responsabilidad por culpabilidad versus responsabilidad por el resultado</i>	15
1. El problema: la armonización entre culpabilidad y fines de la pena	15
2. Punto de partida de la solución: diferenciación entre defectos cognitivos y volitivos	18
3. Contraposición: responsabilidad por el resultado	21
II. <i>Defectos cognitivos</i>	26
1. Falta de dolo	26
2. Desconocimiento de la norma	30
3. Error e indiferencia	38
4. Excurso: tentativa	45
III. <i>Defectos volitivos</i>	47
1. Falta de fidelidad al ordenamiento jurídico	47
2. Culpabilidad material	52
3. Cuestiones puntuales. Derecho positivo	60
IV. <i>¿Libre albedrío?</i>	67
V. <i>Resumen</i>	69
CAPÍTULO II	
EL CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE ACCIÓN	71
I. <i>El problema: acción-sociedad-Derecho penal</i>	73
II. <i>Responsabilidad por una situación de hecho, por el resultado, por la pertenencia a un grupo tribal</i>	76
III. <i>La acción en el injusto</i>	84

1. Causalismo	84
2. Finalismo; acción como expresión de sentido . .	88
3. Finalismo e imprudencia	90
4. Necesidad de un esquema social de interpretación	93
5. Comisión y omisión	98
6. La expresión de sentido como no-reconocimiento de la vigencia de la norma	102
7. No-reconocimiento de la vigencia de la norma y resultado externo	104
8. ¿Objetivación de la acción?.	107
9. ¿Injusto personal?.	111
IV. <i>La culpabilidad como presupuesto de la acción</i> . .	112
V. <i>Sobre la materialidad del concepto de acción</i>	118

CAPÍTULO III

LA PROHIBICIÓN DE REGRESO EN LOS DELITOS DE RESULTADO

Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión	121
I. <i>Esbozo del problema</i>	123
II. <i>Critica de las propuestas de solución existentes</i> . .	129
1. Adecuación social	129
2. Prohibición de regreso	130
3. Principio de confianza	143
4. Teoría del fin de la norma	146
III. <i>Causalidad e imputación</i>	150
1. Fundamentos	150
2. Fórmulas	158
3. Ejemplos	160
3.1. El ámbito de la prohibición de regreso . . .	160
3.2. Ampliación al dolo	163
3.3. El ámbito del "instrumento" no doloso . . .	166
3.4. El ámbito del principio de confianza. . . .	168
3.5. El ámbito de la teoría del fin de la norma . .	172

CAPÍTULO IV

CRIMINALIZACIÓN EN EL ESTADIO PREVIO A LA LESIÓN DE UN BIEN JURÍDICO

I. <i>La parte general del problema</i>	181
---	-----

1. Panorama	181
2. Protección de bienes jurídicos versus <i>cogitationis poenam nemo patitur</i>	184
3. La significación del lado subjetivo	193
4. La necesidad de una externalización	198
5. Estandarización	208
6. Resumen	219
II. <i>La parte especial del problema</i>	219
1. Bienes jurídicos anticipados	219
2. Injustos parciales	223
3. ¿Un "clima" favorable al derecho como bien jurídico?	229
III. <i>Derecho penal del ciudadano versus Derecho penal del enemigo</i>	237
IV. <i>Resumen</i>	239

PRÓLOGO

Si se pretendiera esbozar del modo más breve posible la evolución que ha experimentado la caracterización de un delincuente en la dogmática jurídico-penal de los últimos 100 años, cabría decir lo siguiente: esta evolución, partiendo de la idea de "ser natural" y pasando por la idea de "sujeto", llega al concepto de persona. "Ser natural": eso es lo que es el autor para von Liszt y su escuela, es decir, alguien que causa (injusto) lesiones a bienes jurídicos y que se encuentra en determinados estados psíquicos (culpabilidad). "Sujeto" es el autor en el finalismo de Welzel, dotado de la capacidad de sobredeterminar finalmente la causalidad ciega, y consciente de ello. El concepto de "persona" se refiere a la representación que halla el autor dentro de la comunicación. Es un igual, es decir, no es un ser natural, sino un partícipe competente en la comunicación, y ello no para sí, sino como portador de un rol, del rol de un ciudadano que ha de prestar fidelidad al Derecho.

La transformación de los esquemas de interpretación jurídico-penales que de este modo queda esbozada a grandes rasgos (¡a muy grandes rasgos!) se proyecta sobre todos los elementos de un delito. Así como el finalismo reemplazó el concepto causal de injusto y el concepto psicológico de culpabilidad por el concepto final de injusto y el concepto normativo de culpabilidad, así también la personalización se refiere al injusto (imputación objetiva) y a la culpabilidad (concepto funcional de culpabilidad); más aún, la personalización diluye la distinción entre injusto y culpabilidad, aparentemente establecida con firmeza en el causalismo (lado externo/lado interno) y en el finalismo (acción/reprochabilidad), y concentra el conjunto de la dogmática en un único cometido jurídico-penal: caracterizar a quien no es fiel al Derecho, es decir, al autor de un delito.

Entre los artículos reunidos a continuación, aquel dedicado al principio de culpabilidad puede tomarse como escrito programático. Especialmente la dependencia del Derecho penal de la idiosincrasia de la sociedad y las normativizaciones necesarias cuando se considera que los destinatarios son personas, es decir, portadores de un rol, probablemente puedan observarse con mayor claridad en ese trabajo. La contribución relativa al concepto de acción muestra la concentración del Derecho penal en la garantía de fidelidad al Derecho, razón por la cual los conceptos de acción ubicados por debajo de la culpabilidad se quedan cortos. Las consideraciones sobre la prohibición de regreso conducen de lleno al ámbito de la imputación objetiva; pues debería ser evidente que también un comportamiento de participación ha de ser un comportamiento objetivamente imputable: al igual que quien ejecuta, también el partícipe actúa en el rol de un ciudadano. La última contribución extrae las consecuencias de la perspectiva funcional respecto —o mejor dicho: en contra— de la punibilidad, principalmente en contra de aquella punibilidad que se establece invocando la protección de bienes jurídicos. El Derecho penal no ha de partir del bien jurídico destruido o puesto en peligro, sino del quebrantamiento perfecto de una norma que regula las relaciones sociales (y no sólo el ámbito previo de éstas).

Me alegro de tener ocasión de presentar algunas reflexiones a la ciencia jurídico-penal de la Argentina, y expreso mi gratitud por ello a la editorial, a Gustavo Bruzzone y al Prof. Dr. Sancinetti por su interés en realizar esta publicación, y a los traductores, de contrastada valía, Manuel Cancio Meliá y Prof. Dr. Enrique Peñaranda Ramos, ambos de la Universidad Autónoma de Madrid.

Bonn, 1996, **Jakobs**

Capítulo I

El principio de culpabilidad*

SUMARIO: *I. Responsabilidad por culpabilidad versus responsabilidad por el resultado. 1. El problema: la armonización entre culpabilidad y fines de la pena. 2. Punto de partida de la solución: diferenciación entre defectos cognitivos y volitivos. 3. Contraposición: responsabilidad por el resultado. II. Defectos cognitivos. 1. Falta de dolo. 2. Desconocimiento de la norma. 3. Error e indiferencia. 4. Excurso: tentativa. III. Defectos volitivos. 1. Falta de fidelidad al ordenamiento jurídico. 2. Culpabilidad material. 3. Cuestiones puntuales. Derecho positivo. IV. ¿Libre albedrío? V. Resumen.*

* Título alemán: *Das Schuldprinzip*, publicado en: Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Conferencias, G 319, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1993.

Traducción de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid).

*En lo que toca al traductor,
con un fuerte abrazo para Reiner Chocamán*

I. RESPONSABILIDAD POR CULPABILIDAD VERSUS RESPONSABILIDAD POR EL RESULTADO

1. El problema: la armonización entre culpabilidad y fines de la pena

El principio de culpabilidad significa que la culpabilidad es un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal.¹ A su vez, la culpabilidad es el resultado de una imputación reprobatoria, en el sentido de que la defraudación que se ha producido viene motivada por la voluntad defectuosa de una persona; más adelante me ocuparé de la relación específica que existe respecto de la voluntad. Probablemente, la formulación más común sea: la culpabilidad es reprochabilidad, en lenguaje coloquial: tener la culpa.

Como fundamento de la necesidad de vincular la legitimidad de la pena a un reproche, esto es, como razón del principio de culpabilidad, se aduce que sólo de esta manera puede evitarse la instrumentalización de la persona al imponer la pena. En este sentido, se argumenta que quien impone una pena sin que la persona que va a ser castigada merezca un reproche por el hecho cometido, o en todo caso, cuando mere-

¹ ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 2ª ed. 1976, pp.15 y s.

ce un reproche menor que el que correspondería a la medida de la pena, incluye a aquella persona —a diferencia de lo que ocurre en el caso de la pena merecida— entre los objetos del Derecho de cosas. Dicho de otro modo: se argumenta que la pena no debe regirse exclusivamente por la utilidad pública que se espera de ella, sino que debe mantenerse dentro del marco de la culpabilidad del autor. Por ello, el Tribunal Constitucional Federal alemán deriva el principio de culpabilidad no sólo de los principios generales del Estado de Derecho material, sino además específicamente de la obligación de respetar la dignidad humana.² Dicho brevemente: la prohibición de vulnerar la dignidad debe limitar la optimización de la utilidad de la pena.

Ahora bien, podemos partir de la base de que una pena inútil no puede legitimarse de ningún modo en un Estado secularizado; la pena debe ser necesaria para el mantenimiento del orden social —sin esta necesidad, sería a su vez un mal inútil—. Esta utilidad de la pena se llama en la terminología de la teoría jurídico-penal —que utilizaremos aquí— habitualmente “fines de la pena”.

La situación que he esbozado contiene el siguiente dilema: sin respetar el principio de culpabilidad, la

² BVerfGE [*] 25, pp. 269 y ss., 285 y s.; 45, pp. 187 y ss., 259; 57, pp. 250 y ss., 275; BayVerfGH [**], NJW 1983 pp. 1600 y ss., 1601; en una línea similar BVerfGE 20, pp. 323 y ss., 331 (derecho fundamental derivado del art. 2, párr. 1º de la Ley Fundamental); 28, pp. 386 y ss., 391; 50 pp. 125 y ss., 133 (en el mismo sentido).

[*] *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*: Sentencias del Tribunal Federal Constitucional (n. del t.).

[**] *Bayrischer Verfassungsgerichtshof*: Tribunal Constitucional bávaro (n. del t.).

pena es ilegítima; pero si el principio de culpabilidad limita considerablemente la utilización de medios socialmente funcionales, esto es, si tiene un significado y no es un concepto vacío, entonces existe el peligro de que la pena sea inadecuada para la consecución de sus fines y sea ilegítima *por esta otra razón*. Dicho de otro modo: la pena que es útil para la consecución de sus fines sociales, si no está limitada por el principio de culpabilidad, trata como cosa a la persona que va a ser sometida a ella, pero la pena que se ve limitada por la culpabilidad de una manera más que marginal pierde su funcionalidad. Dicho a manera de ejemplo: ocurre lo mismo que con una persona que siempre quiere decir la verdad, pero sin herir a nadie (esto es, decir verdad de manera limitada); con frecuencia, no dirá nada, por lo que su discurso tendrá lagunas, y no hay ninguna garantía de que resulte siquiera medianamente comprensible.

En cuanto al dilema expuesto, puede manifestarse la siguiente sospecha: si es cierto que la pena aporta algo al mantenimiento del orden social, esto es, si puede emplearse útilmente, a pesar de estar limitada, de acuerdo con el principio de culpabilidad, por la culpabilidad, y, además, esta limitación es de cierta importancia, entonces la culpabilidad misma contiene una finalidad.³ Si esta sospecha re-

³ Fue FELIX KAUFMANN quien primero formuló la finalidad de la culpabilidad, *Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld*, 1929, pp. 111 y ss.; P. NOLL, en F. GEERDS et al. (ed.) *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, 1966, pp. 219 y ss., expone la relación entre culpabilidad y prevención general; exhaustivas referencias a la bibliografía posterior y las correspondientes críticas en G. JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2ª edic. 1991, 17/nota 45 (también 1/nota 16); respecto de las críticas más recientes *vid. infra* notas 35, 36.

sultase ser cierta, el dilema estaría resuelto. A continuación me ocuparé de esta función propia de la culpabilidad.

Sin embargo, el concepto "fin de la culpabilidad" es sólo una de las posibles formulaciones de la vía de salida del dilema: es la formulación hecha desde el concepto de culpabilidad. La solución también puede construirse desde la perspectiva del orden social de cuya estabilización se trata. Podría tratarse de un orden en el que el principio de culpabilidad sea una condición de subsistencia; en ese caso, el mantenimiento de este principio sería perfectamente funcional. Por consiguiente, una formulación más exacta de la cuestión a la que habremos que responder es la siguiente: ¿qué fin tiene la culpabilidad?, o bien: ¿para qué clase de orden social el principio de culpabilidad es una condición de subsistencia? Ni la formulación de la cuestión ni el camino que a continuación se sigue para resolverla gozan de la aprobación de aquella cantidad de científicos que los juristas suelen denominar "doctrina dominante". Al contrario, es mi intención declarada plantearle algunas dificultades a dicha doctrina.⁴

2. Punto de partida de la solución: diferenciación entre defectos cognitivos y volitivos

Si se consideran las condiciones psíquicas que deben estar cumplidas para que una norma sea respetada, se obtiene el siguiente resultado: para cum-

⁴ Exposición de ella, con amplias referencias, en H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 4ª edic., 1988, pp. 363 a 457.

plir la norma se necesita, por un lado, un motivo para respetarla, y la capacidad psíquica de encontrar y acatar la norma en cuestión, por otro. Por consiguiente, se trata de una prestación volitiva y de una prestación cognitiva. Hablando en términos ejemplificativos: sólo puede cumplir determinada orden quien tiene la voluntad de acatar tales órdenes, es capaz de reconocer que esa orden se dirige a él y además puede conocer qué es lo que hay que hacer para cumplir la orden. En breve: se trata de querer y conocer. Con esto, ni pretendo afirmar que sea posible disgregar en la realidad querer y conocer en una voluntad sin contenido y un conocimiento que se genera involuntariamente, ni quiero negar que el cumplimiento de la norma también pueda tener lugar por costumbre de manera automatizada y, por consiguiente, sin voluntad consciente ni conocimiento despierto; lo único que persigo es enunciar las condiciones en las que tiene lugar el cumplimiento de la norma: el lado volitivo y el lado cognitivo del comportamiento.

Ahora bien, al valorar la inaplicación de una norma, tanto en el Derecho penal moderno como en un gran sector de la imputación informal moral cotidiana (aunque no suceda así en todos los sistemas de imputación),⁵ como también —hoy en día incluso abarcando el problema de la conciencia que yerra

⁵ Ejemplos de excepciones: en ciertas posiciones destacadas, especialmente las que conllevan competencia organizativa, un defecto cognitivo no tiene efectos eximentes si puede conceptuarse como falta de "fortuna". También en los casos en los que es urgente que ocurra algo, la imputación sobrepasa los defectos cognitivos, hasta llegar al extremo de seleccionar un chivo expiatorio.

sin culpabilidad—⁶ en los sistemas moral-teológicos,⁷ se diferencia en función de que como razón de la mencionada inaplicación de la norma se constate un defecto volitivo o un defecto cognitivo. La concurrencia de un defecto volitivo —aparte de determinadas constelaciones especiales, de las que nos ocuparemos más adelante— agrava la responsabilidad, mientras que el defecto cognitivo exonera. Esta diferenciación entre defectos cognitivos y defectos volitivos es tan elemental que ya los niños la usan habitualmente en cuanto han comprendido, aunque sea a grandes rasgos, lo que significa “responsabilidad”. “No podía saberlo” es una excusa válida, pero se considera que “no tenía ganas”, no lo es. Lo mismo ocurre ante los tribunales. “La norma me daba igual”, es un argumento que agravará la situación del sujeto, mientras que “a pesar de esforzarme al máximo, no pude darme cuenta”, es exonerante. No sólo la valoración acerca de si hay culpabilidad, sino también su medida, se determinan en el ámbito de los conocimientos de manera inversa a como sucede en el ámbito de la voluntad; cuanto menor sea la voluntad del sujeto de tener en cuenta la norma, esto es, cuanto mayor y más obstinada sea la infidelidad a la norma de la actitud que su comportamiento denota, más grave será su culpabilidad, y es menos grave si la infidelidad a la norma aparece más bien como un paso en falso atípico. Sin embargo, cuanto

⁶ El error exonera; V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 5ª edic. 1911, t. 1: “Allgemeine Moralphilosophie”, pp. 482 y s.; B. HÄRING, *Das Gesetz Christi. Moraltheologie*, t. 1, pp. 199 y s.

⁷ H. THIELICKE, *Theologische Ethik*, t. 3: “Entfaltung”, parte 3ª: “Ethik der Gesellschaft, etc.”, 1964, pp. 409 con nota 2 (párr. 1425); CATHREIN (nota 6), pp. 87 y ss., 96; HÄRING (nota 6), pp. 147 y s., 153.

mayor sea la distancia que separa a un sujeto de los conocimientos necesarios, menor será su culpabilidad, y cuanto mayor sea la posibilidad de superar el desconocimiento, mayor será su culpabilidad.

3. Contraposición: responsabilidad por el resultado

Ahora bien, esto no siempre fue así. En el ámbito de la responsabilidad por el resultado, no existía exoneración en caso de que el sujeto no pudiese conocer, y en lo que se refiere específicamente a la cognoscibilidad de la norma, recordemos las controversias relativas al tratamiento de la conciencia que yerra.⁸ El concepto moderno de culpabilidad es hijo del mundo desmitificado. Esta desmitificación de la realidad significa, utilizando las palabras de Max Weber, que “si así se quisiese, ... podrían averiguarse en cualquier momento las condiciones de vida a las que el sujeto está sometido, esto es: por principio no existen fuerzas misteriosas e incalculables que inciden en ellas, sino que, al contrario, todas las cosas —en principio— pueden dominarse a través del cálculo”.⁹ Por consiguiente, antes de producirse esa desmitificación, eran fuerzas “misteriosas e incalculables” las que determinaban las “condiciones de vida” y con ello el sentido de la existencia humana. Este sentido se entendía como sentido objetivo, esto es, como sentido que primero se encontraba en el mundo exte-

⁸ H. WELZEL, *Vom irrenden Gewissen*, 1949, con referencias; *vid.* también nota 6.

⁹ M. WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, ed. a cargo de J. WINKELMANN, 3ª edic. 1968, pp. 582 y ss., 594.

rior y después en la cabeza del ser humano, y no a la inversa. Por ello, era posible malograr el sentido sin que participase en ello la cabeza del ser humano, esto es, sólo a través de su mano. Tener que responder por ello significa responsabilidad por el resultado.¹⁰ Los intentos de la cabeza de alcanzar el senti-

¹⁰ La responsabilidad por el resultado no necesariamente tiene que ser responsabilidad *penal*. En el presente contexto, lo único que es decisivo es que la responsabilidad expresa la defraudación por el curso catastrófico del mundo, que tiene su razón determinante en el comportamiento erróneo, o en la mera existencia errónea del sujeto responsable. También es irrelevante que eventualmente se limite la responsabilidad por el resultado a las perturbaciones de un orden sagrado; los casos destacados por H. BRUNNER (*Über absichtslose Missetat im altdeutschen Strafrecht*, Sitzungsberichte der Berliner Akademie 1890, Forschungen pp. 487 y ss., 488 y ss.) probablemente sólo se refieran a este ámbito (en este sentido ya K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 4, pp. 12 y ss., 13). Es posible *representar* la defraudación por la perturbación de un orden *preestablecido*. Tampoco es preciso decidir aquí en qué medida algunos casos de responsabilidad por el resultado constituían responsabilidad por daños, ya que para representar una defraudación (o para restablecer un orden) puede ser suficiente la obligación de restituir el daño, en la medida en que esta obligación exista especialmente *por el carácter no permitido de la intervención*.

Adopta una postura crítica en contra de la existencia de una responsabilidad por el resultado que hubiese sido equivalente a la responsabilidad penal, EKKEHARD KAUFMANN, *Die Erfolgshaftung*, 1958, *passim*; *el mismo*, voz "responsabilidad por el resultado (*Erfolgshaftung*)", en A. ERLER et al. (comp.), *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 1, 1971; P. MIKAT, en H. WELZEL et al. (comp.), *Festschrift für H. v. Weber*, 1963, pp. 9 y ss. En vez de a la responsabilidad por el resultado, cabría contraponer la responsabilidad culpabilística a la responsabilidad por la pertenencia a un grupo tribal o pueblo; debo a esta discusión la referencia al drástico relato del paso de la responsabilidad de grupos a responsabilidad por culpabilidad en Ezequiel 18, 2-4.

do, si éste se malograba objetivamente, eran tan poco relevantes, dicho a modo de ejemplo, como irrelevante es respecto del carácter mortal de una enfermedad que el enfermo hubiese tomado precisamente frente a ella medidas óptimas de protección. Por consiguiente, era tan inútil protestar por haber malogrado el sentido correcto sin querer, o incluso de manera inevitable, como protestar contra una enfermedad. El ser humano podía lamentar su destino, pero debía asumirlo; si no lo hacía, se comportaba de modo infantil.

En el marco de esta concepción de la realidad, nadie podía escapar del destino. “Ay de mí, está cumplido, claro, claro todo es”, se dolía Edipo cuando averiguó su situación. Este no-poder-escapar no era una coacción impuesta al ser humano desde afuera, sino, al contrario, era su naturaleza, su identidad. El lamento prosigue: “¡me engendró quien no debía, yació conmigo quien no debía, golpeé a quien no debía!”;¹¹ no es ésta la descripción de lo que le ocurrió a los implicados, sino es una descripción de ellos mismos; cada uno de los participantes precisamente se define a través de su implicación en la catástrofe.

Víctor Achter, refiriéndose al derecho germánico y al de la alta Edad Media, de manera plástica llamó las huellas del crimen en un mundo mítico-natural “grieta en el edificio del mundo”¹² y “herida en el organismo de todas las relaciones vitales”. Es el cosmos mismo el que es injuriado, y por ello la reconciliación sólo puede producirse de acuerdo con sus propias reglas, esto es, de acuerdo con las re-

¹¹ Cita según SÓFOCLES, *Die Tragödien*, traducción al alemán e introducción de H. WEINSTOCK, 3ª edic., 1957, p. 370.

¹² ACHTER, *Geburt der Strafe*, 1951, p. 18.

glas de las “misteriosas fuerzas incalculables”, de forma mágica.¹³ Estas fuerzas son indisponibles, al contrario, son ellas las que disponen.

Sin embargo, la responsabilidad por el resultado y la responsabilidad culpabilista, que es aquí el tema principal, tienen una fuerte raíz común: la explicación de perturbaciones en la vida social a través de imputación. Aunque “responsabilidad por el resultado” es la denominación habitual de lo que he esbozado con anterioridad, se trata de un término que puede inducir a confusión. No es una persona cualquiera la que responde del resultado; en ese caso se trataría de un mero chivo expiatorio. Tampoco responde todo aquel que haya causado el resultado, sino sólo aquella persona a la que se le puede imputar. Todo resultado tiene un gran número de causantes, éstos, a su vez, o fueron ayudados por legiones de seres humanos, o éstas podrían haber impedido la realización del comportamiento causal. En el ejemplo: que Edipo causase la muerte de Layo matándole y que Layo participase en la causación de su propia muerte al ir a un sitio en el que fue muerto, es lo mismo en una concepción científico-natural de lo que es “causa”: tanto lo uno como lo otro es una condición del resultado. Y si a pesar de ello no se consideraba que Layo fuese un suicida, sino que Edipo era un parricida, ello no puede explicarse a través de la relación causal avalorativa entre acción y resultado, sino que presupone la existencia de normas, como, por ejemplo, una norma según la cual en caso de concurrir —sea por las razones que fuere— la vida del padre con la del hijo, debe ceder el hijo.

¹³ ACHTER (nota 11), p. 17.

No es la causación del resultado *per se*, sino la vulneración de la norma la que constituye la perturbación social. De la misma manera que ocurre en el ámbito de la responsabilidad culpabilista, se determina por un procedimiento normativo quién es competente para el resultado, y no por un curso natural, esto es, ni por la biología, ni por la física, ni tampoco —lo añadido aquí, ya que, aunque es superfluo para la responsabilidad por el resultado, es importante en lo que se refiere a la responsabilidad por culpabilidad— por la psicología.

Esta responsabilidad por el resultado probablemente estuvo limitada al ámbito de las perturbaciones de principios ordenadores esenciales; no pudo tener mucha utilidad para la resolución de los problemas cotidianos. Quien siempre reaccionaba según los patrones de la responsabilidad por el resultado cuando recibía un empujón en la aglomeración de un mercado o en el fragor de la marcha hacia la batalla, no podía a largo plazo —tampoco en una sociedad aún sin desmitificar— desarrollar una vida socialmente adaptada. En la vida diaria fracasa, hoy en día y desde siempre, quien no tiene en cuenta los límites de los demás, esto es, quien espera más de lo que la media de las personas puede hacer. Esta escisión de los presupuestos de la responsabilidad no es especialmente extraña: aunque el cosmos enseñe a los seres humanos que no deben convertirse en la razón de la muerte de su padre ni unirse sexualmente a su madre, no dice nada —por ejemplo— acerca de cuál es el comportamiento adecuado en una aglomeración de personas. La identidad de una sociedad no depende de ese tipo de asuntos cotidianos, al menos por regla general, de manera que pueden organizarse de manera inteligente (lo que aquí

quiere decir de manera practicable), sin que haya que mantener una vinculación a determinadas estructuras predadas e indisponibles.¹⁴ Sin embargo, tal orden practicable no tiene por qué consistir en responsabilidad en función de la culpabilidad individual. Esto incluso es improbable; probablemente se tratase de responsabilidad por el incumplimiento de los estándares de un determinado rol, pero en todo caso, y esto es lo decisivo, de responsabilidad organizada con base en reglas racionales.

II. DEFECTOS COGNITIVOS

1. Falta de dolo

Llegados a este punto debemos preguntarnos lo siguiente: ¿cuál es la relación existente entre la desmitificación y la diferenciación entre defectos volitivos y cognitivos, en el sentido de que estos últimos exoneran, a diferencia de lo que sucedía en la responsabilidad por el resultado? Intento describir esta relación: en el edificio del mundo desmitificado ya no pueden causarse grietas perturbadoras, ya que su configuración de todos modos es fortuita y ya no permite reconocer sentido alguno. Claro que rigen las leyes de la lógica, incluyendo las matemáticas, y las de la naturaleza, pero no prescriben nada, sino que se autorrealizan de manera inamovible. La gracia de la desmitificación precisamente está en que se reconoce la inamovilidad para poder someterla a la reali-

¹⁴ Respecto de la relación entre responsabilidad por el resultado y *nefas* [*] cfr. *supra* nota 10 y especialmente KAUFMANN, *Die Erfolgshaftung*, nota 10, pp. 25 y ss.

[*] Sacrilegio (*n. del t.*).

zación de los propios intereses. Pero un mundo que funciona de acuerdo con leyes inamovibles sólo puede aprovecharse si los cálculos que se hacen son correctos; tal mundo no reacciona frente a los planes de quien actúa, sino frente a lo que éste hace, concuerde con su planificación o no. Por lo tanto, quien quiere acomodarse en esta realidad —y quien no quiere quedar fuera de la sociedad— debe ocuparse de que lo que planifica coincida con lo que hace.

En lo que se refiere a los defectos cognitivos, que afectan de tal manera al estado o al curso del mundo exterior que el autor desconoce los efectos que genera —se trataría más o menos, en términos jurídico-penales, de un error de tipo—, con lo dicho puede explicarse por qué tienen efecto exonerador: un comportamiento en el que aparece un defecto cognitivo de esas características no ofrece un patrón válido en una sociedad que trata a la realidad de manera racional; no puede tener carácter ejemplar; ese comportamiento ni siquiera puede interpretarse como protesta contra la realidad en su configuración actual, ya que ésta, en cuanto realidad completamente impersonal, no constituye un destinatario idóneo al que pudiesen dirigirse protestas. Quien se comporta (sea que ello se corresponda con su plan, sea que se oponga a su plan, porque el sujeto no presta atención a la hora de ejecutarlo) como si dos por dos fuesen cinco, o como si el granito pudiese flotar en agua, o quien yerra de manera menos drástica, pero decisiva para el resultado, no aporta con su comportamiento nada que sea comunicativamente relevante —pensase lo que pensare en su fuero interno—; se puede aprender de su fracaso, pero sólo para no volver a fracasar en el futuro. Además debe tenerse en cuenta lo siguiente: un comportamiento con

defectos cognitivos conlleva el peligro de una *poena naturalis*. Hablando en términos ejemplificativos: quien conduce ebrio un automóvil y parte de la base de que no ocurrirá nada malo, probablemente se dará cuenta, en caso de ocurrir un accidente, de que no sólo dañó a otros, sino también a sí mismo, o que aunque sólo afectó a otros, éstos son personas cuyo sufrimiento no le es indiferente. No se sabe con anterioridad lo que un comportamiento defectuoso puede llegar a causar. Por consiguiente, todo ser humano que quiera organizarse racionalmente intentará (con independencia de la imputación jurídico-penal, simplemente para evitar una *poena naturalis*) no hacer cálculos erróneos, y lo hará de dos maneras distintas: por un lado, fijándose lo mejor posible en qué es lo que ocurre, y por otro, intentando seguir aprendiendo, para reducir el ámbito de lo que para él resulta inevitable.

Que un comportamiento con un defecto cognitivo no sea determinante en el plano comunicativo es independiente, en principio, de que se trate de un defecto cognitivo puro e inevitable —en el sentido de que, incluso de haber concurrido un querer-saber óptimo, el defecto no podría haberse evitado—, o de un defecto cognitivo que provenga de un defecto volitivo, esto es, que se habría evitado en caso de haber sido óptima la voluntad de conocer. A grandes rasgos, esto significa lo siguiente: la irrelevancia comunicativa no depende de que el comportamiento se malograra por imprudencia o de manera inevitable; incluso sucede que a la persona descuidada, imprudente por tanto, no se la considera —a diferencia de quien yerra de manera inevitable— alguien que ha tenido mala suerte, sino que lleva el estigma de ser descuidado; tiene que atribuirse a sí mismo

su mala situación, mientras que la persona que ha tenido mala suerte al menos puede ser objeto de compasión.

Se afirma que es específicamente el principio de culpabilidad el que requiere que queden impunes aquellas personas que yerran de manera inevitable acerca de las consecuencias de su comportamiento, y que esto también ocurra en el caso de quienes yerran de manera evitable, o que éstos en todo caso reciban una pena inferior a la de los autores que obran con dolo —después de lo expuesto hasta el momento, queda claro que esa afirmación, en el mejor de los casos, es una definición, y en el peor encubre determinadas finalidades, pero en todo caso no constituye la fundamentación de la relación entre conocimiento y culpabilidad, error e inocencia—. En este sentido, y como he expuesto, la inevitabilidad de un error sólo constituye un argumento en el ámbito de la imputación si se parte de que la realidad es susceptible de ser dominada; una realidad concebida de esa manera no necesita de la imputación de consecuencias fortuitas, más aún, que se imputase en ese caso tendría efectos disfuncionales, ya que al imputarse ese tipo de consecuencias se tambalearía el eje de la representación vigente de la realidad, esto es, que la realidad puede planificarse. Por consiguiente, no existe un elemento de la culpabilidad previo a la sociedad llamado “inevitabilidad” que tuviese que ser respetado por toda sociedad; al contrario, la percepción social de la realidad es la que determina bajo qué condiciones debe imputarse, y si la presencia de un error resulta ser un obstáculo para ello, puede denominarse la imputación de consecuencias de un comportamiento culpable “principio de culpabilidad” y contraponerlo

a la imputación del destino, sin que con ello, sin embargo, pueda excluirse que en ambos casos, tanto en el de la imputación de culpabilidad como en el de imputación de destino, se trate de instituciones sociales que sean ambas perfectamente funcionales, dependiendo del estadio de desarrollo de la sociedad en cuestión. Dicho con otras palabras: en la sociedad desmitificada, el principio de culpabilidad tiene una función.

2. Desconocimiento de la norma

Sin embargo, hemos llegado a esa generalización de manera algo precipitada. Hasta el momento sólo se ha presentado un tipo de error, el error sobre el estado y el curso de la realidad externa, y aún esto es insatisfactorio, ya que hasta el momento falta una explicación de la responsabilidad por imprudencia. En este momento aún no nos ocuparemos de la razón de la responsabilidad imprudente; será más sencillo explicarlo cuando antes hayamos examinado otro tipo de defecto cognitivo: el error acerca de la existencia de una norma. Nos ocupamos por tanto ahora de un autor cuyo error no afecta ni al *status quo* ni al desarrollo de la realidad, sino a la norma que requiere de él un comportamiento determinado. Utilizando la terminología jurídica: se trata de un error de prohibición o de mandato, esto es, en ambos casos de un error que no se refiere al tipo, sino a la situación concurrente en cuanto a la existencia de determinados deberes. Ejemplos: alguien cava un pozo en su propio terreno, sin autorización, y sin conocer que ese comportamiento está prohibido. O el siguiente: otro sujeto organiza con finalidad benéfica, *optima fide*, pero sin autorización, un juego de

azar público. O: se le da rápidamente una buena paliza al ladrón que ya huía sin llevarse nada, para que aprenda a respetar los bienes ajenos, sin conciencia de antijuridicidad alguna.

¿Qué es lo específico de este tipo de errores? A través de esta modalidad de error, a diferencia de lo que ocurría en el error sobre la situación y el desarrollo del mundo exterior que hemos tratado antes, es posible que la autocomprensión del derecho se vea cuestionada. Un ordenamiento que —por ejemplo— descansa predominantemente en la tradición, sólo en muy pocos casos excepcionales podrá tener en cuenta el argumento de que determinadas normas se desconocían, ya que si el argumento se utiliza en masa, destruye la base: es evidente que en ese caso no hay tradición. Más delicado aún es este tipo de error en lo que se refiere a aquellos ordenamientos cuya legitimidad proviene de su evidencia, sea evidencia racional de un ordenamiento de derecho natural o la evidencia proveniente de revelación divina. Cualquier error de una persona normal acerca de la norma, expuesto con un mínimo de credibilidad, cuestiona esa pretendida evidencia. Aún más delicada es esta clase de error cuando quien yerra no solamente desconoce el orden vigente, sino que a su vez esboza un orden competidor y lo considera vinculante: se trata, en ese caso, de un autor por convicción.

Una solución radical al problema es la de atajar esos ataques contra la legitimidad a través del principio *error iuris nocet*. Este principio se hallaba positivizado aún en muchos de los códigos penales de los Estados alemanes del siglo XIX;¹⁵ de acuerdo

¹⁵ Vid. la enumeración en BGHSt 2, pp. 194 y ss., 199.

con él, es asunto de todo sujeto sometido a la norma procurarse conocimiento de ella.

En los ordenamientos inteligentes, siempre se adoptó una posición intermedia; en ese sentido, según *Santo Tomás de Aquino*, los *prima principia communia* siempre son conocidos, de manera que siempre que no se tienen en cuenta, ello sucede culpablemente, mientras que es posible desconocer de manera inevitable (lo que aquí significa inculpablemente) las *conclusiones principiorum comunia*.¹⁶ También el Reichsgericht intentó encontrar en su diferenciación entre error de Derecho penal y error extra-penal una solución intermedia, aunque la argumentación utilizada para fundamentarla fuese poco adecuada.¹⁷

De acuerdo con el derecho vigente en la actualidad, todo error inevitable acerca de la norma excluye la culpabilidad. Esta disposición ha sido alabada como triunfo del principio de culpabilidad y también el Tribunal Supremo Federal la ha fundamentado en ese sentido: "la pena presupone culpabilidad. La culpabilidad es reprochabilidad. A través del juicio de valor negativo, esto es, de la culpabilidad, se le reprocha al autor que se haya decidido a favor de lo injusto, aunque podría haberse decidido a favor del derecho, comportarse conforme a derecho. La razón interna del reproche de culpabilidad está en que el

¹⁶ NICOLAI *et al.* (edición), *S. Thomae Aquinatis "Summa Theologica"*, tomo 3, 1885, I 2, qu 95 IV; al respecto, WELZEL (nota 8), pp. 8 y s.

¹⁷ *Vid.* al respecto (desde una perspectiva menos crítica) últimamente L. KUHLEN, *Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum*, 1987, pp. 161 y ss.

ser humano es capaz de desarrollar una autodeterminación libre, responsable, moral, y por ello tiene la capacidad de decidirse a favor del derecho y en contra de lo injusto..." A continuación, el tribunal aprovecha estos principios aplicándolos al supuesto del desconocimiento de la norma: "para que el ser humano se decida a favor del derecho, en ejercicio de su autodeterminación libre, responsable y moral, debe conocer aquello que es conforme a derecho y aquello que es antijurídico", aunque no se considera que todo error excluye la culpabilidad, sino sólo los que son inevitables: "los defectos en el ámbito del conocimiento pueden repararse hasta cierto punto".¹⁸ Ahora bien: nunca nadie ha puesto en duda esos principios. ¿Quién habría dicho que es posible decidirse por lo injusto sin conocer, o al menos, sin poder conocer el derecho? La proposición *error iuris nocet* puede significar dos cosas distintas; en primer lugar: el conocimiento del derecho, y, por tanto, la decisión en contra del derecho no es presupuesto de la pena; en segundo lugar (y de manera predominante en el siglo XIX): el conocimiento es presupuesto de la pena, pero se presume *iuris et de iure*. En este sentido, dice por ejemplo Feuerbach:¹⁹ "Respecto de toda persona dotada de inteligencia se presume con certeza que conoce las leyes penales". En la sentencia que he citado anteriormente se argumenta que tal presunción fue adecuada en su momento; se refiere —simplificando bastante— "a la época política y socialmente (?) equilibrada de la segunda mi-

¹⁸ BGHSt 2, pp. 194 y ss., 200 y s.

¹⁹ *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14. ed., ed. a cargo de C. J. A. MITTERMAIER, 1847, § 86.

tad del siglo xix": se afirma que todos conocían o podían conocer el Derecho penal, que era claro en aquel tiempo.²⁰ Sin embargo, una argumentación de esas características no resulta adecuada para resolver el problema: si el conocimiento o la posibilidad de conocer concurren de todos modos como hechos psíquicos, sobra la presunción jurídica, ¿por qué en una época en la que nadie comete errores inevitables se iba a crear una norma según la cual el error inevitable, que nunca concurre, es irrelevante? La fundamentación debe ser otra: la obligación de cada uno de procurarse él mismo conocimiento del Derecho era el precio que había que pagar por la libertad de movimientos en la sociedad burguesa naciente. Especialmente al abandonarse las modalidades tradicionales de actividad económica y generarse con ello una necesidad de seguridad a la hora de mantener contactos bastante anónimos, el riesgo de que los demás errasen acerca de sus obligaciones jurídico-penales era intolerable; por ello, quien erraba debía soportar el riesgo. Desde esta perspectiva, también resulta posible comprender por qué la regulación contenida en la Legislación General de los Estados Prusianos* de 1794,²¹ que era más indulgente (cabía atenuación de la pena concurriendo error de derecho en algunos casos [leyes nuevas y hechos sin riesgo para la seguridad, esto es, delitos de peligro abstracto]), no se incluyó en el Código penal prusiano de 1851, más liberal y cercano al *Code pénal*.

²⁰ *Op. cit.* (nota 17), p. 203. No se analiza aquí en qué medida se trataba de una presunción del conocimiento (y no sólo de la cognoscibilidad).

* Preußisches Allgemeines Landrecht (*n. del t.*).

²¹ Introducción § 13; II 20 § 10 y ss.

Por consiguiente, lo novedoso de la concepción del Tribunal Supremo Federal no está en haber llegado a la conclusión de que toda decisión presupone la cognoscibilidad de las alternativas de las que se dispone, sino en que se determina de manera distinta a como se hacía antes quién soporta el riesgo de la imposibilidad de conocer: ya no es el autor, sino la generalidad. Parece por tanto que queda resuelta la pugna entre la razón de Estado y los intereses individuales, a favor de la preferencia de estos últimos —y eso desde luego cuadra con el momento histórico de la sentencia, relativamente poco después del fin del nacionalsocialismo, en 1952.

Sin embargo, el carácter preferente de lo individual siguió estando muy limitado; por tres razones, en ningún momento existió el peligro de un desbordamiento de los intereses individuales. *En primer lugar*, la problemática del error acerca de la norma sigue careciendo de todas maneras de relevancia en el ámbito central del Derecho penal. En este ámbito, en el de las normas relativas a la protección de la vida, de la salud, de la libertad, de la propiedad, del patrimonio, de la seguridad del tráfico monetario, actualmente también de la limpieza de las aguas, etc., nadie yerra, a no ser que presente una socialización bastante exótica. *En segundo lugar*, y es una razón de igual importancia, la situación *dogmática* era más favorable al Estado que en el caso del *Reichsgericht*. El reconocimiento de relevancia al error sobre normas penales hubiese conducido en tiempos del *Reichsgericht* a excluir —al menos del ámbito de responsabilidad por hechos *dolosos*— todos los casos de desconocimiento actual, sin consideración de la evitabilidad del desconocimiento. De esa manera, y siendo la ley positiva

como es, ello conduce a la aplicación de una pena considerablemente reducida o —si el hecho imprudente no es punible— a la impunidad. Por consiguiente, quien no tenía en cuenta la norma a la hora de realizar el hecho, por falta de interés por el derecho, no entraba en consideración como autor doloso. Esta teoría, la así llamada teoría del dolo, es rechazada por el Tribunal Supremo Federal. Al contrario, el tribunal es partidario de la teoría de la culpabilidad,²² que se ha desarrollado mientras tanto, según la cual la cognoscibilidad del injusto, en la medida en que se trate de un hecho doloso, es un elemento de la culpabilidad que no afecta al dolo. Las enormes consecuencias de esta teoría son evidentes: los hechos cometidos desconociendo el autor la norma siguen siendo hechos dolosos; en caso de ser inevitable el desconocimiento son hechos dolosos inculpables, pero si éste era evitable, son hechos culpables. Por consiguiente, quien a la hora de cometer el hecho no tiene en cuenta la norma porque no le interesa, aunque podría conocerla, sigue siendo autor doloso. Con ello, la jurisprudencia tiene la posibilidad de impedir que el argumento del desconocimiento de la norma se convierta en una excusa cómoda, a través de una configuración estricta de los criterios de determinación de la inevitabilidad. *En tercer lugar*, y como argumento principal, en la zona marginal de las normas, que es la única que es relevante en este ámbito, el carácter positivo, y con ello la modificabilidad del derecho, se ha convertido en un hecho tan evidente, especialmente después de la doble vivencia de preceptos de economía de guerra y de postguerra, que

²² BGHSt 2, pp.194 y ss., 204 y ss., 209 y ss.

la actitud de fidelidad al Derecho ya no puede concebirse como una actitud con un determinado contenido, sino ya sólo como una actitud que reconoce la razón de vigencia, la positividad, tenga el contenido que tuviere. Dicho de otro modo: un hecho cometido con desconocimiento inevitable de la norma jurídico-penal, esto es, un hecho en el que había una atención suficiente hacia el derecho positivo en su conjunto, contradice la norma en su configuración actual, pero no impugna el principio que da legitimidad a todas las normas: la positividad. Reformulándolo de nuevo: el reconocimiento de la razón de vigencia de un orden positivo y el conocimiento de su contenido actual son dos cosas distintas.

A través de su retirada a la positividad, el Derecho simultáneamente repele la posible objeción de que su contenido —en comparación con modelos ideales de ordenación— no es susceptible de ser fundamentado y, por ello, en ese sentido, no es comprensible. No forma parte del conocimiento de la norma que se acepte como correcto el contenido, sino que basta el conocimiento de que la vulneración de la norma supone en el orden social existente, así como se halla configurado, una perturbación.²³ Dicho a modo de ejemplo: quien cree que todo apoyo a un Estado que mantiene fuerzas armadas es reprochable y por ello no paga impuestos, no yerra acerca de la situación *de lege*

²³ BGHSt 4 pp.1 y ss., 3; discrepa H. J. RUDOLPHI, *Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, 1969, pp. 44 y ss., 60 y s., 181 y ss; en contra de esa posición a su vez la recensión de G. STRATENWERTH, ZStW 85 (1973), pp. 469 y ss., 488 y ss., 490 y s.

lata; tampoco cuando considera que su derecho a negar el pago se halla protegido por un derecho fundamental, de acuerdo con su interpretación del mismo, pero sabe que la interpretación del derecho fundamental en cuestión que es defendida por el Tribunal Constitucional Federal llega a resultados distintos. O en este ejemplo: quien cree estar obligado a protestar a través de una sentada en la vía pública en contra de la carrera de armamentos o en contra de la energía nuclear, porque opina que su protesta está en interés público, sabe perfectamente que no es ese interés el que está protegido por el ordenamiento positivo y por ello tampoco yerra acerca de la prohibición de su comportamiento perturbador. Por consiguiente, la retirada hacia la positividad impone la carga del riesgo de un error sobre el contenido de la norma a la generalidad, pero preserva a la vez al ordenamiento de todos los ataques en contra de su legitimidad, una defensa sin la que probablemente sería imposible organizar una sociedad en la que se practica el pluralismo (*vid.* respecto del concepto material de culpabilidad *infra* III.2.).

3. Error e indiferencia

Aún debemos someter a un examen más exhaustivo al desconocimiento evitable de la norma. La solución que el Tribunal Supremo Federal da al error relativo a la norma y que he esbozado antes, proveniente de la teoría de la culpabilidad, no vincula a todo desconocimiento evitable de la norma una atenuación de la pena, sino que sólo ofrece la posibilidad de atenuarla, lo que no siempre tiene que producirse. Y esto es lo que ahora prevé la *lex lata*: en caso

de desconocimiento puede producirse la atenuación (§ 17 StGB).^{*} Por consiguiente, no existe una relación rígida entre el hecho psíquico de la falta de conocimiento actual y la atenuación de la pena. Al contrario, si el desconocimiento se fundamenta en un desinterés en conocer, sin que ese desinterés a su vez pudiese explicarse mediante una razón que deba valorarse como favorable al ordenamiento jurídico, se mantiene la pena completa. Un ejemplo extremo: quien conduce en el tráfico rodado un vehículo que no está admitido para ello, no puede argumentar que no pensó en la prohibición porque ese tipo de nimiedades no merecen su atención. La posibilidad de establecer la atenuación, por tanto, rige, por ejemplo, respecto de un autor que no tiene en consideración el derecho por estar excitado, por estar sobrecargado sin ser responsable de ello, o por razones similares. Dicho de otro modo: la ley distingue en los supuestos de desconocimiento de la norma entre aquellos casos en los que el autor lo sufre por error y aquellos en los que el desconocimiento es consecuencia de que el autor se ha apartado del objeto de conocimiento. Sólo el primero de los supuestos de desconocimiento puede denominarse error en sentido estricto, esto es, falta de conocimiento que el mismo sujeto que yerra valora de forma negativa; en el segundo tipo de desconocimiento falta esa valoración negativa. Puede que esto quede más claro utilizando un ejemplo proveniente del campo de las normas religiosas: quien está

* El § 17 StGB prescribe: "Error de prohibición. Si el autor desconoce en el momento de la comisión del hecho que realiza un comportamiento antijurídico, actúa sin culpabilidad si no podía evitar el error. Si el autor podía evitar el error, la pena puede ser atenuada conforme a lo dispuesto en el § 49, párr. 1º" (*n. del t.*).

informado sobre las reglas del Islam puede conocer lo que éstas le exigen a lo largo del día. Si no tiene en cuenta nada de ello porque no tiene la intención de vivir según esas reglas, no está permanentemente inmerso en un error, ya que no quiere en absoluto saber lo que podría saber. Esta diferenciación ya la encontramos en *Aristóteles*,²⁴ quien sólo admitía falta de voluntariedad en sentido estricto en aquellos casos de desconocimiento de las consecuencias del comportamiento en los que el autor contempla el resultado de su actuar con disgusto o pesar.

Sorprendentemente —y con esto abandono el problema del desconocimiento de la norma y vuelvo al de la imprudencia— tal regulación falta en el caso de que se desconozca el tipo, esto es, que se ignoren las consecuencias externas del comportamiento. En este ámbito, la ley y la bibliografía se comportan como esclavos de los hechos psíquicos; la normatividad se rinde ante lo perceptible por los sentidos: sin conocimiento de la realización del tipo, se dice, decae el dolo, esto es, la modalidad de dirección del comportamiento (aparte de ciertas excepciones) más grave y con mayor penalidad, con independencia de la razón del desconocimiento. Intentaré clarificar la situación con base en un ejemplo:²⁵ si un terrorista atraviesa vio-

²⁴ Obras en traducción alemana, ed. a cargo de H. FLASHAR, t. 6; *Ética Nicomaquea*, trad. al alemán y comentada por F. DIRLMEIER, 1974, 1110 b (p. 46).

²⁵ Puede que este tipo de casos sean poco frecuentes; en este sentido, desde el lado de la psiquiatría *Janzarik ZStW* 104 pp. 65 y ss., 81; sin embargo —por ejemplo, en caso de no existir peligro de ser descubierto, o cuando “de todos modos ya todo está perdido”— no puede excluirse que ocurran, y es preferible exponer honestamente que son irrelevantes a presumir inverazmente que concurre conocimiento.

lentamente con su automóvil una barrera de la policía y mata a un agente, habiendo previsto esta posibilidad, se trata de un homicidio doloso, esto es, homicidio o —con mayor probabilidad— asesinato; pero si no tiene en cuenta esa posibilidad, por ejemplo, porque la muerte de un policía no le da que pensar, sólo hay homicidio imprudente, que está amenazado con una pena cuyo límite máximo es igual al mínimo del delito base de homicidio doloso. Esta regulación del derecho vigente no puede justificarse, porque sin razón alguna trata igual cosas desiguales: por un lado, el desconocimiento de quien no tiene interés alguno en conocer, y por otro, el error de quien quiere saber. Además, el límite del dolo, fijado de acuerdo con criterios psicologizantes, se opone a la normativación llevada a cabo en el problema paralelo del error de prohibición.

Abandono esta incongruencia y paso a ocuparme de la siguiente cuestión, que está pendiente desde hace tiempo: ¿por qué la ignorancia constitutiva de error implica punición, en la medida en que el error es evitable? Si —utilizando la formulación aristotélica— el autor contempla su obra con disgusto y pesar al verla, ¿para qué condenar y penar? Esta cuestión se refiere tanto a la imprudencia en cuanto error como a la ignorancia de la prohibición en cuanto error; en ambos casos, es posible que el autor sienta lo que ha causado como *poena naturalis* más o menos intensa. De hecho, en muchos casos la pena es innecesaria; un ciudadano que quita la vida a otro por falta de cuidado frecuentemente sufrirá más por ese hecho que por la *poena forensis* que le corresponda. Sin embargo, el hecho de que hubo un nivel de descuido socialmente intolerable, y no sólo un descuido de acuerdo con la valoración *individual* del

autor, esto es, que hay estándares que deben ser respetados generalmente, no se manifiesta en el pensar individual, sino sólo en la reprensión pública. Los estándares de riesgo, por lo tanto, deben establecerse de manera objetiva, con independencia de los sentimientos de los autores. Además, sin condena y pena aparecería el peligro de que las normas sólo se aprendiesen y aplicasen de manera selectiva, esto es, sólo en los casos en los que se corriese el peligro de sufrir un perjuicio. Y es que no todos sufren por el dolor que inflige erróneamente a otros como si fuese propio; por consiguiente, es preciso evitar que se extienda el desinterés en los casos en los que sólo corren peligro personas que están lejos del autor. Un ejemplo: un fabricante preocupado por sus costes cumplirá la obligación de ocuparse de las disposiciones sobre la seguridad en el trabajo, por interés propio, en aquellos casos en los que puede sufrir perjuicios económicos en caso de no hacerlo; pero en aquellos casos en los que ello no es así, no es suficiente confiar simplemente en su capacidad de sentir compasión. Resumiendo, esto significa: la imputación y la pena en caso de error evitable garantizan determinados estándares y evitan que haya aprendizaje selectivo.

Intento aclarar lo anterior: la evitabilidad del error se determina individualmente, esto es, en función de que el autor concreto hubiese podido realizar el comportamiento correspondiente al estándar de su rol si se hubiese esforzado suficientemente. Por consiguiente, se trata de un error evitable del individuo, no de la persona que desempeña un determinado rol. El Derecho puede permitirse esta subjetivación en el ámbito de los defectos cognitivos —en el ámbito del defecto volitivo, como expondré más adelante, la estan-

darización es más fuerte— porque es posible fundamentar que la evitación de defectos cognitivos es individualmente preferible. Pero no sólo ocurre que la subjetivación puede ser tolerada, sino que además, estando limitada a lo que es evitable individualmente, tiene la función de imputar más allá de los roles, y con ello de manera agravada. En un supuesto de defecto cognitivo individualmente evitable, nadie puede intentar excusarse diciendo que aunque ha fracasado en *un* rol, debe ser considerado íntegro en los demás, ya que no es cierto que haya fracasado sólo en *un* rol, sino que su fracaso se ha producido ante exigencias iguales a las que hay que satisfacer en todos los roles. La valoración negativa del autor, individualmente fundamentada, por tanto no sólo le afecta en *un* sector social, sino en general.

En el ámbito de estos errores individualmente evitables, la responsabilidad se limita a lo que hubiera sido evitable si se hubiese llevado a cabo una planificación correcta, esto es, no se extiende a las consecuencias vinculadas que a su vez no eran individualmente previsibles. Hablando en términos ejemplificativos: quien manosea de manera inadecuada un ordenador, por regla general puede prever que se producirá un malfuncionamiento de la programación, pero no que el aparato vaya a explotar o algo similar. Por ello sólo responde del malfuncionamiento del programa, y no de la avería del aparato producida por la explosión, aunque ésta también sea consecuencia del uso del aparato, que era inadecuado y podía reconocerse como tal. Como he dicho antes, la realidad ya no puede sufrir desgarros, ya que su configuración de todos modos es fortuita; es un conjunto constituido aleatoriamente, según las leyes de la naturaleza; el curso de la realidad no presenta de

principio mayor lesividad después de un delito que antes de él. Si el mundo fuese un cosmos, un contexto que tuviese sentido, en el que el comportamiento conforme a derecho de los seres humanos tuviese un sitio, pero no el comportamiento antijurídico, entonces podría imputarse a quien penetra en terreno prohibido todo aquello que sea consecuencia de su comportamiento, fuese previsible o no: *versanti in re illicita omnia imputantur quae sequuntur ex delicto*.²⁶ En este sentido, lo esencial no es tanto la obligación de contar con lo evidente (así, por ejemplo, en el caso del *dolus indirectus*)²⁷ o incluso de

²⁶ Respecto del discutido problema de las raíces de esta regla (¿sólo están en el derecho canónico?), vid. A. LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts*, 1895, pp. 136 y ss.; H. KOLLMANN, *ZStW* 35, pp. 46 y ss. (imputación sólo para fundamentar la irregularidad); F. SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, 1930, pp. 107 y ss.; demasiado despectivo ("lecho de descanso de los vagos", "teoría miserable"), K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 4, 1919, pp. 115 y ss.

En contra de que la idea del *Versari* pueda utilizarse para legitimar los delitos cualificados por el resultado (a favor de ello, sin embargo, ARTHUR KAUFMANN [nota 1], p. 246; W. HARTWIG, en P. BOCKELMANN *et al.* a cargo de la ed., *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, pp. 459 y ss, 469), C. LORENZEN, *Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte*, pp. 35 y ss.

²⁷ Vid. al respecto TH. GEßLER, *Über den Begriff und die Arten des Dolus*, 1860, pp. 20 y ss., 26 y ss.; LÖFFLER (nota 23), pp. 166 y ss.; SCHAFFSTEIN (nota 23), pp. 109 y ss.

En contra de la ampliamente difundida concepción según la cual la teoría del *dolus indirectus* servía para eludir dificultades en el ámbito de la prueba, I. PUPPE, *ZStW* 103, pp. 1 y ss., 23 y ss., indicando acertadamente (p. 29) que el abandono de esta modalidad de dolo fue una decisión a favor de un concepto de dolo naturalístico-psíquico y en contra de un concepto normativo. El problema de la ignorancia por desinterés espera desde entonces —menos cuando intervienen delitos cualificados por el resultado— que se le dé una solución; JAKOBS (nota 3), 8/5 y ss. con nota 9.

contar con todas las consecuencias posibles; la fantasía puede no ser suficiente para imaginarse lo que puede ocurrir; además, esto no es lo importante. Al contrario: quien emprende una *res illicita* abandona el terreno de lo que puede calcularse, al poner en desorden el orden cósmico que es la base de la realidad, ya que la realidad sólo puede calcularse en determinados ámbitos, esto es, sigue estando hechizada de forma mediata. Quien deroga el principio de calculabilidad no puede sustraerse a la imputación refiriéndose al carácter limitado de los cálculos: siendo consecuente, tiene que aceptar el caos.

La situación varía cuando las normas descansan en una concepción del mundo según la cual la concurrencia de un error no deroga la calculabilidad. Entonces, el *versari in re illicita* no tiene por qué perder todo significado; al menos, no hay ningún interés social en que se lleven a cabo comportamientos no permitidos, de manera que puede que por esa razón se endurezcan las reglas de imputación. Por ejemplo: quien daña a otro con ocasión de un comportamiento ligeramente imprudente, puede sufrir un tratamiento más severo que quien comete una leve imprudencia con ocasión de un comportamiento permitido o incluso socialmente útil. Pero esto sólo afecta a la medida de la imputación en supuestos en los que es posible calcular las consecuencias. Desde esta concepción, sin embargo, la renuncia al requisito de la calculabilidad como tal constituiría un supuesto de responsabilidad por el resultado, contrario al sistema.

4. Excurso: tentativa

Con esto concluyo el tratamiento de aquellos defectos cognitivos en los que el autor desconoce los

efectos (error de tipo) o la antinormatividad (error sobre la norma) de su comportamiento. Añado un breve apunte respecto de una de las inversiones de este error: se trata de aquellos casos en los que el autor supone erróneamente que su comportamiento generará determinadas consecuencias típicas y éstas luego no se producen, esto es, cuando se queda en la fase de tentativa. Como ya se ha dicho, la pena correspondiente a un hecho imprudente, por regla general, es muy inferior a la de un hecho doloso; sin embargo, la pena de la tentativa está cerca de la de la consumación dolosa. ¿De dónde viene esa diferencia, si imprudencia y tentativa son ambos supuestos de error? Ahora bien, tanto el autor imprudente como el autor de una tentativa sólo producen un esbozo incompleto de la realidad, y en ese sentido, ninguno de los dos comportamientos es determinante; pero las conclusiones que cabe sacar de ellos son distintas, ya que el autor imprudente demuestra que cuando no se tiene cuidado, se lesiona a los demás y también a uno mismo, mientras que el autor de la tentativa enseña que hay que tener más cuidado si se quiere delinquir con éxito. Correspondientemente, se invierte el significado de la densidad del error: la ignorancia inevitable de las consecuencias producidas ya ni siquiera es imprudencia, es totalmente impune; pero en cuanto mayor es el nivel de evitabilidad, más se aproxima la culpabilidad a la máxima expresión que alcanza en los supuestos de indiferencia. Por el contrario, en el caso del autor de tentativa, la ignorancia inevitable de la inidoneidad del comportamiento para producir el resultado lleva al comportamiento cerca de la consumación, mientras que el error fácilmente evitable conduce al hecho más bien cerca del ridículo;

correspondientemente, la ley conoce una atenuación extraordinaria para los casos de burda incomprensión del autor (§ 23 párr. 3 StGB).*

III. DEFECTOS VOLITIVOS

1. Falta de fidelidad al ordenamiento jurídico

Quien desconoce el mundo externo, fracasa en el intento de establecerse de manera ventajosa. Quien desconoce el sistema de normas estatales, fracasa en el intento de hacer su camino sin crearse problemas. Quien conoce la realidad externa, pero no quiere reconocer sus reglas, fracasa conscientemente. Pero quien conoce el sistema de normas del Estado, pero no quiere reconocerlo, no necesariamente fracasa con su planificación individual. Esto es lo específico del defecto volitivo que se refiere a normas sociales: también puede uno hacerse cómodamente su camino infringiendo esas normas, dicho de otro modo, no puede probarse que desde el punto de vista individual sea preferible cumplir las normas sociales, y especialmente las normas jurídicas, a diferencia de lo que ocurre en cuanto a las normas de la naturaleza. Las normas sociales sufren de un punto débil genuino: precisamente que desde la perspectiva individual no puede probarse que sea preferible cumplirlas. Para compensar esta debilidad se establece que es come-

* El § 23 StGB, párr. 3° prescribe: "Punibilidad de la tentativa. ... (3) Si el autor desconocía, por burda incomprensión, que la tentativa, según la naturaleza del objeto del hecho o de los medios con los que el hecho iba a ser cometido, en ningún caso podía conducir a la consumación, el tribunal podrá no imponer pena alguna o atenuarla a su prudente arbitrio (§ 49, párr. 2°)" (*n. del t.*).

tido de quien está sometido a la norma procurarse razones para cumplirla; por tanto, es competente para que el cumplimiento de la norma sea preferible para él. Esta competencia es el equivalente en la teoría del derecho de lo que en metafísica se llama libre albedrío —volveré a referirme a este punto al final de este trabajo—. Si el sujeto que está sometido a la norma no cumple con este su cometido, ello se le imputa como culpabilidad, y esta imputación se evidencia en la pena y durante cierto tiempo se manifiesta de manera duradera. La finalidad de la culpabilidad²⁸ es la estabilización de la norma débil.²⁹ Por ello, la existencia de un sistema de imputación culpabilista y de la pena son una prueba de que un ordenamiento conoce sus puntos débiles. Los ordenamientos que se han autoconstituido como ordenamientos absolutos no ven en la persona que niega ese carácter absoluto a un culpable, ya sea el hereje que niega la revelación y la tradición, ya sea el burgués que reniega de las leyes materiales del desarrollo histórico; lo consideran como un sujeto

²⁸ Esto no significa que la pena tenga que ser más fuerte en cuanto más débil sea la norma, ya que la debilidad puede reconducirse a su vez a una lenta muerte de la norma en un orden seguro: en ese caso, la vulneración de la norma débil en todo caso afecta de modo marginal al orden en su conjunto.

²⁹ El análisis económico de ADAMS y SHAVELL, GA 1990, pp. 337 y ss., 357, también está orientado en función de la finalidad, aunque desde un punto de partida completamente distinto: "En este sentido, el incremento de los conocimientos del autor, necesario para evitar la producción de daños, puede conllevar costes considerables para él y para la sociedad", mientras que el hecho de omitir la realización de un comportamiento doloso "únicamente requiere la simple decisión voluntaria de la persona que decide no cometerlo".

que ha perdido el juicio o que debe ser educado, de la misma manera que un mundo desmitificado considera que ha perdido el juicio o está necesitado de educación quien construye su vida sobre la base de hacer revivir a los muertos o de piedras pan, esto es, de poder hacer milagros. Sin embargo, que alguien reconozca el carácter absoluto de un determinado orden y a pesar de ello no *quiera* cumplirlo es imposible, ya que a través del reconocimiento del carácter absoluto se produce una vinculación del sujeto y de su voluntad. Nadie puede saber que dos por dos son cuatro y a pesar de ello querer seriamente, esto es, tomar como base de su comportamiento, que el resultado sea igual a cinco. Sólo puede haber defectos volitivos respecto de normas débiles, no absolutas, esto es, de normas sociales.

A través de la relación existente entre una norma débil, por un lado, y culpabilidad y pena, por otro, resulta más fácil garantizar la configuración de la sociedad de lo que es posible —por ejemplo— a través de la responsabilidad por el resultado y sus modalidades dulcificadas. Por medio de la amenaza de pena y de la pena puede dirigirse la voluntad y por medio de la voluntad dirigida puede mantenerse directamente una configuración social determinada, mientras que la responsabilidad por el resultado es susceptible de exponer cuáles son las expectativas existentes acerca del curso de la realidad, pero sin poder garantizar nada más que cierta coincidencia de los sentimientos. Por lo tanto, la dirección de la voluntad es idónea para compensar la debilidad de la norma. Y con esto, en un Estado moderno no nos referimos a la dirección de la voluntad a través del miedo ante la pena, sino al hecho de que el comportamiento conforme a la norma se convierte en una

costumbre. La desvaloración de los delincuentes, que frecuentemente se reproduce, induce a que ni siquiera se tengan en cuenta las variantes criminales a la hora de seleccionar el comportamiento propio, y en todo caso, a atenerse sino a las consecuencias. Por consiguiente, se trata de prevención general a través de la práctica de la fidelidad a la norma. Sin embargo, esta finalidad de la pena de *establecer*, o, más exactamente, restablecer la fidelidad a la norma, aún no es todo, o dicho de un modo más preciso, descansa en aquella finalidad de la pena que ya aparecía en el caso de la responsabilidad por el hecho: en la *manifestación* de una defraudación. Hablando en términos ejemplificativos: cuando en Alemania se realizaron los grandes procesos destinados a condenar los comportamientos injustos cometidos en los campos de concentración nacional-socialistas, esto es, no antes de los años sesenta, ya no podía dudarse desde hacía más de una década, casi dos décadas, de que era segura la vigencia de las normas que prohíben tales comportamientos. Y también los procesos actuales, que probablemente seguirán produciéndose durante algún tiempo, relativos a la injusticia en la antigua RDA, son simplemente innecesarios para el reconocimiento de las normas que protegen la vida o la libertad de movimientos. Lo único que ahora se pretende es expresar el distanciamiento hacia esos comportamientos, y en esa medida existe una situación paralela a la de la responsabilidad por el resultado, en la que igualmente la pena sólo puede manifestar la defraudación, pero no puede crear o mantener el cumplimiento de la norma. Por tanto, debajo de la finalidad de restablecer sigue estando la de manifestar.

La imputación culpabilista es la imputación de un defecto volitivo. ¿Y qué es lo que significa “defecto volitivo”? Puede decirse —en una primera aproximación negativa— que no se trata de que exista una voluntad defectuosa que sea consciente de su defecto. Quien sostiene que lo decisivo es que el sujeto sea consciente de lo defectuoso de la voluntad, no puede admitir culpabilidad ni en el caso de la ignorancia de la prohibición ni en el caso de la imprudencia —inconsciente—, y además tampoco puede admitirla cuando la falta de conocimiento no tiene otra causa que el desinterés. Tal concepción, sin embargo, además sería demasiado psicologicista. Lo decisivo no es que el defecto sea percibido conscientemente en la mente del autor, sino que deba ubicarse allí, y esto ocurre siempre que el autor hubiese evitado de haber concurrido una motivación dominante de evitar infracciones del derecho. Por consiguiente, “defecto volitivo” siempre debe entenderse como “déficit de voluntad”, y concretamente como déficit de motivación fiel al Derecho. Incluso en el caso de un hecho doloso con plena conciencia de antijuridicidad, el gravamen no está en el hecho psíquico del conocimiento de la antijuridicidad junto al conocimiento de las consecuencias, sino la falta de motivación dominante dirigida hacia la evitación. Más aún: dolo y conciencia de antijuridicidad, en cuanto hechos psíquicos, también pueden concurrir en el prototipo del sujeto que actúa sin culpabilidad, el enajenado; lo que a éste le falta es la capacidad de extraer la consecuencia de evitar, esto es, de motivarse de manera dominante hacia la fidelidad al derecho. Si tuviese tal motivación dirigida a la evitación —se trata de una motivación de evitación supuesta, porque de facto siempre falta en quien se

comporta culpablemente, incluso quien se halla inmerso en una situación de ignorancia evitable, adquiriría consciencia de su poder de evitación al darse cuenta del déficit de conocimiento que sufría con anterioridad; éste es un proceso más complejo que aquel que tiene lugar en el autor que de todos modos es consciente de todo, y el proceso también es susceptible de verse afectado por errores,³⁰ pero en el fondo no es nada especial: el autor no se motiva de manera dominante hacia la fidelidad al Derecho, y es este déficit el que es la razón del hecho cometido.

2. Culpabilidad material

Hasta el momento, he realizado una descripción puramente formal: todo ordenamiento puede tener la pretensión de que los seres humanos capaces de motivarse se motiven de manera dominante hacia la consideración del orden, y ello, por ejemplo, puede tener lugar con los siguientes contenidos: traicionar a sus amigos judíos, espiar a sus vecinos o no realizar actos homosexuales y debemos preguntarnos: ¿siempre hay culpabilidad cuando en esos casos falta una motivación dominante? No puede dudarse de que en un sentido formal hay culpabilidad, ya que el hecho de que el destinatario no haya alcanzado la finalidad de la regla se le imputa como defecto suyo —no ha demostrado la fidelidad a la norma que se le exige—. Ésta es una clase de culpabilidad que existe en todo ordenamiento, incluso en el más totalitario;

³⁰ Por esta razón, existe una clase específica de exigibilidad en los supuestos de ignorancia evitable, dicho prácticamente: en la imprudencia; JAKOBS (nota 3), 20/35 y ss.

incluso el esclavo que no cumple la orden de su señor de automutilarse tiene esa culpabilidad. La reacción frente a ese tipo de culpabilidad es la pena disuasoria o educacional, o también, y no necesariamente como pena, la eliminación. En todo caso, se trata al sujeto sometido a la norma, sea el autor actual o cualquier persona en cuanto autor potencial, como a un perro contra el que se levanta el palo (Hegel); dicho de otro modo, la reacción se produce contra un sistema psicofísico, pero no contra una persona.

La atribución de la culpabilidad de la que hemos tratado hasta el momento no tiene, por consiguiente, más peso que el valor del orden que se pretende estabilizar; la culpabilidad dentro de un ordenamiento que a su vez no vale nada es una culpabilidad exclusivamente formal. Sin embargo, esta referencia al valor o desvalor que debe ser estabilizado no es todo lo que puede decirse respecto de la clase de culpabilidad con la que opera un determinado ordenamiento jurídico. Un determinado orden es un ordenamiento jurídico al menos para aquellas personas que ocupan dentro de él una posición como personas, esto es, son titulares de derechos, aunque deban respetar los derechos de otros. Dicho de otro modo: un ordenamiento jurídico no puede comportarse frente a un autor como si fuese un perro, sino que debe ser tratado como una persona. Esto no se ve modificado por determinadas metáforas, como el dicho ampliamente difundido de que el autor a través de su hecho se ha puesto a sí mismo fuera del orden; si eso fuese así, la reacción contra él sería imposible en cuanto reacción jurídica.

Ahora bien, ya el hecho en sí no debe ser concebido como proceso impersonal. Una lesión corporal,

por ejemplo, no es una perturbación como el mordisco de un perro, sino que es una perturbación realizada por una persona, esto es, lo es precisamente por el significado comunicativo de su comportamiento.³¹ De manera análoga, la imputación no sólo vincula al autor en cuanto mero sistema psicofísico con la herida, sino que lo sucedido se interpreta como un esbozo de realidad, como afirmación de que se pretende que la vida social debe desarrollarse de esa manera. Y consiguientemente, también se ubica en la categoría de lo comunicativo aquella pena que trata al autor como persona: la pena es réplica de su esbozo de la realidad, es la constatación de que el autor con su hecho ha afirmado algo que no es determinante. Sólo de esa manera pueden comprenderse hecho y pena como contexto de sentido y no como secuencia irracional de dos males (Hegel).³² El fin de la pena que acabo de esbozar se denomina actualmente prevención general positiva; prevención general, porque pretende producirse un efecto en todos los ciudadanos, positiva, porque este efecto no se pretende que consista en miedo ante la pena, sino en una tranquilización en el sentido de que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma, que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena —en el siglo pasado se habla-

³¹ A veces se objeta a este punto de vista que el Derecho penal crea un "mundo artificial" al partir de la lesión de la vigencia de la norma, un mundo menos inmediato que el mundo de la seguridad de los bienes, por ejemplo, que debe ser garantizada por el Derecho de policía. Sin embargo, este "mundo artificial", en cuanto mundo de la comunicación, es el único mundo social, y en éste la seguridad de los bienes sólo puede aparecer de modo mediato.

³² *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 99, nota.

ba de manera plástica de eliminación del "daño intelectual del delito".³³

En el modelo de hecho y pena que hemos esbozado, al autor sólo le corresponde una pena en cuanto es una persona igual a los demás, especialmente en lo que se refiere a que todos son competentes para manifestarse sobre la configuración correcta del mundo social. Si fuese incompetente, como lo es por ejemplo el enajenado, en lugar de pena habría tratamiento; éste, que es una configuración vital final ajena, precisamente contiene una negación de una personalidad plena. En el hecho de que es tratado como una persona, esto es, de que se le reconoce como un igual, "se honra al delincuente como ser racional", como lo formuló Hegel,³⁴ aunque esta frase con frecuencia haya sido objeto de burla. Bien es cierto que este tratamiento de persona no es suficiente para materializar la culpabilidad, ya que la personalidad, a su vez, sólo es una de las formas en las que la vida jurídica se desarrolla, y el mero hecho de utilizar esa forma no garantiza que se trate de un contenido general, no determinado por lo particular. Hablando en términos ejemplificativos: si todos los bienes vitales están concentrados en manos de algunas pocas personas, puede que el ordenamiento jurídico garantice a los demás el derecho de propiedad sobre su propia persona y el derecho de adquirir la propiedad de bienes, pero como todos los medios de subsistencia de facto se encuentran en manos ajenas, aquellos que no tienen nada más que su propio cuerpo difícilmente podrán aceptar ese

³³ Exposición detallada de las distintas teorías en H. MÜLLER-DIETZ, GA 1983, pp. 481 y ss., 485 y ss.

³⁴ (Nota 32) § 100, nota.

orden como orden de lo general; la mera existencia de una personalidad abstracta es demasiado poco para que así lo hagan. Dicho en pocas palabras: culpabilidad material presupone normas legítimas.

En la medida en que el problema de la legitimidad es tratado en la bibliografía moderna,³⁵ la propuesta más extendida es la tomar como punto de partida para averiguar la culpabilidad material la "autodeterminación" del sujeto hacia el mal,³⁶ esto es, su "autocorrupción" por "negarse completamente a determinar de manera adecuada su comportamiento".³⁷ El autor que infringe una norma legítima, se dice, niega la "razón subjetivo-autónoma de vigencia del derecho", con la siguiente consecuencia: "en lo que se refiere al lado de lo subjetivo del autor, tomándolo primero de manera abstracta, desligada de su razón de constitución intersubjetiva, lo que tienen que significar en concreto injusto, delito, pena se determina válidamente en última instancia en la decisión racional autónoma, esto es, en saber prácticamente que la situación jurídica que está en la base de la relación jurídica concreta tiene validez

³⁵ Una exposición persuasiva y exhaustiva es la de E. A. WOLFF, *ZStW* 97, pp. 786 y ss.; M. KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, 1982, pp. 133 y ss.; el mismo, "Der Begriff der Strafe", 1986, passim; F. HERZOG, *Prävention des Unrechts und Manifestation des Rechts*, 1987, pp. 57 y ss.; R. ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, pp. 130 y ss.; W. SCHILD, en R. WASSERMANN (ed.), *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 1990, previo al § 13, núm. marg. 46 y ss., 50 y ss.

³⁶ KÖHLER, *Begriff...* (nota 35), p. 29. Cfr. también M. BOCK *ZStW* 103, p. 636 y ss., 648: la "intervención jurídico-penal deshonrosa" sólo debe producirse "si la persona también en su fuero interno sabe que actúa injustamente".

³⁷ KÖHLER, *Begriff* (nota 35), p. 34.

general para el sujeto mismo".³⁸ Aunque se tenga en cuenta que esta explicación que he citado se refiere expresamente al "lado de lo subjetivo del autor", pretendiendo tomarlo "primero de manera abstracta, desligada de su razón de constitución intersubjetiva", es improbable que pueda resolverse de esa manera el problema de la culpabilidad material en un sentido *teórico y practicable*.

Este punto de partida sólo podría resultar satisfactorio desde el punto de vista teórico si el ámbito del Estado, del que provienen las normas jurídico-penales, estuviese por encima de la pugna de intereses que se desarrolla dentro de la sociedad civil, eso es, si el Estado pudiese mantenerse frente a la sociedad civil como ámbito de moralidad sustancial, en la que las personas fuesen a la vez en sí mismas y generales. Esto, sin embargo, no puede afirmarse respecto de un Estado que en gran medida se ocupa de crear las bases de subsistencia y que extrae su legitimidad de ello. Precisamente un Estado cuya existencia se halla condicionada por un sistema económico que funcione no puede desvincularse de la lucha de intereses que se desarrolla dentro de la sociedad civil.

Este punto de partida, además, tampoco es practicable: es preciso que a través del ordenamiento jurídico se abra la posibilidad de establecer contactos anónimos; esto excluye totalmente que se tome como factor decisivo la autonomía individual del sujeto, sino que requiere precisamente lo contrario: un alto nivel de uniformidad en el marco de roles claramente delimitados, especialmente dentro del rol del

³⁸ Op. cit. p. 63.

ciudadano que respeta las normas del Derecho penal. La expectativa de uniformidad es el reverso de la libertad de comportamiento. No es posible que una sociedad otorgue libertad de comportamiento y al mismo tiempo dé a sus miembros la opción acerca de si llegarán o no con su autodeterminación hasta “saber prácticamente que la situación jurídica que está en la base de la relación jurídica concreta tiene validez general para el sujeto mismo”. Puede que la autonomía del sujeto, entendida en sentido psicologizante, ofrezca un modelo adecuado para resolver la cuestión acerca de *si debiera* constituirse una sociedad; en ese caso, la respuesta también puede ser “no”. Pero si en realidad no se considera seriamente la posibilidad de permanecer en el estado natural, las pretensiones de modificar el contenido del orden sólo pueden realizarse a través de los procedimientos previstos para ello, lo que a su vez significa: sólo dentro del orden, y no renegando de él.

Por consiguiente, en el ámbito jurídico, la persona se determina de manera general-normativa. Ni siquiera es que frente a ella se formule la expectativa de que se autodetermine a favor del derecho en un sentido psicologizante —cómo el sujeto psicofísico asuma su rol es asunto suyo, en principio— sino que se la trata —en principio— como un sujeto que se autodefine como ciudadano.³⁹ Mientras sea posible demostrar a través del tratamiento comunicativo de la asignación de culpabilidad la validez de esta definición, la comprensión social es que el delincuente es materialmente culpable, que su hecho es la expresión de una autocontradic-

³⁹ Respecto de la presunción del consenso, cfr. N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, t. 1, 1972, pp. 67 y ss.

ción (aunque ésta no debe entenderse de manera psicologizante); y es que entonces es considerado como ciudadano de pleno derecho, y frente a la perspectiva desde la cual tiene lugar esa valoración no hay alterativa en el ámbito comunicativo. Dicho de otro modo: en un sistema de imputación en funcionamiento queda excluido que se conciba al destinatario de la imputación *antes* de la sociedad.

Las críticas que frecuentemente se plantean a la concepción aquí expuesta, en el sentido que con ella se instrumentaliza al ciudadano que va ser sometido a una pena,⁴⁰ probablemente no perciban que sólo se trata de la *descripción* de las condiciones de funcionamiento de toda sociedad; una descripción no instrumentaliza, sino que en todo caso descubre instrumentalizaciones existentes desde hace mucho tiempo. Bien es cierto que la descripción puede desilusionar, y en ese sentido tampoco falta la objeción de que esta concepción saca a la luz determinadas funciones que deberían "en esencia permanecer latentes".⁴¹ Esta afirmación, si fuese correcta, sí que conllevaría una instrumentalización de los ciudadanos que van a ser sometidos a pena, concretamente implicaría que se les ocultaría la estructura de su sumisión para evitar que intentasen salir violentamente de ella.⁴² La dignidad humana, si tiene un conte-

⁴⁰ En este sentido últimamente de nuevo C. ROXIN, *Straf recht Allgemeiner Teil*, 1992, 19/31 y ss., 34.

⁴¹ M. BOCK (nota 36), p. 650; *vid.* ya U. SCHROTH, en U. NEUMANN y U. SCHROTH, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, 1980, pp. 122 y s.

⁴² *Vid.* al respecto la comparación que Bock hace de la posición aquí defendida con el mantenimiento hipócrita de una religión, que por sí misma evidentemente está caduca, por parte de sus funcionarios, *op. cit.* (nota 36), p. 650.

nido mínimo, es desde luego incompatible con tal prohibición de aclarar la lógica de la comunicación. Además, aclarar que el fallo de culpabilidad no se refiere al individuo en su propio ser, sino a una persona social, esto es, que los sistemas sociales tienen determinadas condiciones de subsistencia a las que nadie se puede sustraer, etc., difícilmente puede llevar a nadie a apartarse de la sociedad —¿a dónde se dirigiría?—, especialmente si al mismo tiempo se comprende que estas relaciones siempre fundamentan culpabilidad y pena.

3. Cuestiones puntuales. Derecho positivo

El Derecho penal de culpabilidad siempre estuvo, por tanto, fundamentado por sus fines sociales; intentaré clarificar este fundamento con base en algunos aspectos parciales de reproche y exculpación. Mientras que el derecho positivo, como ya he descrito, tiene ampliamente en cuenta los defectos cognitivos, incluso aquellos que se refieren al conocimiento de las normas, en el ámbito del defecto volitivo se limita a tomar en consideración algunos pocos casos rígidamente tipificados. Dicho de otro modo: quien no puede conocer la ley, actúa sin culpabilidad, pero respecto de quien puede conocer la ley rige en principio que también puede respetarla. Sólo hay excepciones cuando no perturban la función estabilizadora de expectativas del Derecho, cuando no se considera al autor como igual, sino como alguien que no es determinante o que se encuentra en una situación especial. ¿Cuándo ocurre esto?

En parte, la desigualdad es palmaria: es evidente que los niños y los jóvenes equiparados a los niños, o los enajenados o las personas con problemas psiqui-

cos similares son desiguales y con ello no son imputables. Como contraparte sinalagmática, y en la medida en que es necesario, tampoco se les concede libertad de comportamiento: la falta de culpabilidad en aquellos casos en los que los iguales son culpables es condición suficiente de heteroadministración.

Pero no sólo se trata de igualdad en cuanto al desarrollo psíquico, sino también de igualdad de la situación en la que se desarrolla el comportamiento. Hay situaciones en las que ya no puede exigirse al ciudadano que se ocupe de respetar la norma, o al menos no se le puede plantear esta exigencia de manera absoluta. En un ejemplo que siempre vuelve a aparecer a lo largo de la historia de la filosofía desde Carneades,⁴³ un náufrago expulsa a otro de la única tabla de madera disponible; quien es expulsado muere, quien expulsa sobrevive. También el Derecho vigente reconoce tal estado de necesidad exculpante (§ 35 StGB),* si bien con significativas excepcio-

⁴³ Así, por ejemplo, I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten, Erster Theil, metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 2ª edic., 1798, Einleitung in die Rechtslehre § E *in fine*, además anexo previo a I y respecto de II; HEGEL (nota 32), § 127; respecto de ambos, P. BOCKELMANN, *Hegels Notstandslehre*, 1935.

* El § 35 StGB dispone: "Estado de necesidad exculpante. 1) Quien en caso de un peligro actual para la vida, la integridad corporal o la libertad, que no puede ser eliminado de otro modo, comete un hecho antijurídico para apartar el peligro de él, de un pariente o de otra persona cercana a él, actúa sin culpabilidad. Lo anterior no rige si según las circunstancias del caso podía exigirse al autor que soportase el peligro, especialmente por haber sido él mismo quien lo había causado o por encontrarse en una relación jurídica especial; no obstante, la pena puede atenuarse conforme a lo dispuesto en el § 49, párr. 1º, cuando el autor no tenía obligación de soportar el peligro en atención a una relación jurídica especial.

nes: la disculpa no rige si el sujeto que se encuentra en la situación de peligro tiene el deber especial de soportarlo. Por consiguiente, en estado de guerra ningún soldado puede huir estando exculpado cuando corre peligro su vida, ningún preso inocente en prisión provisional puede estar exculpado si golpea a quien le custodia para recuperar su libertad, y esto por la razón evidente de que de no ser así, sería imposible organizar un sistema militar o de justicia penal; dicho de otro modo: es más importante mantener la posibilidad de administrar Estado que tener en consideración la necesidad del sujeto.

Lo mismo rige respecto de la situación psíquica. Desde una perspectiva psicologizante, fijada en el momento de la comisión del hecho, la existencia de una tendencia adquirida dificulta que el autor prescinda de realizar el hecho. Por consiguiente, si lo decisivo es el “esfuerzo psíquico” que es preciso para evitar el hecho, el principante dubitativo tendría el máximo de culpabilidad —bastaría un leve esfuerzo en la dirección contraria— y el reincidente morboso presentaría un mínimo —tendría que cambiar su firme actitud—. Esto ya lo vio Nietzsche:⁴⁴ “Ningún hecho tiene pasado”. Más conocida es la expresión de Aristóteles:⁴⁵ “...ellos mismos tienen la culpa de que

2) Si el autor supone por error la concurrencia de circunstancias que de acuerdo con el párrafo 1º lo hubiesen exculpado, sólo será penado cuando hubiese podido evitar el error. La pena se atenuará conforme a lo dispuesto en el § 49, párrafo 1º” (*n. del t.*).

⁴⁴ *Menschliches, Allzumenschliches*, 1886, t. 2, 2ª sección, nº 28.

⁴⁵ Nota 21, 1114 a (p. 55); ya WELZEL hizo referencia a ello en ZStW 60, pp. 428 y ss., 458 y ss.

se haya llegado hasta ese punto, por su vida desaforada. ...Porque las acciones individuales repetidas llevan a un estado de base correspondiente. Esto se ve en las personas que practican para alguna competición o actividad: repiten continuamente el mismo empleo de fuerza. Por tanto, quien no sabe que de los actos singulares reiterados surgen las actitudes de base firmes, es simplemente estúpido". Hoy en día se habla de culpabilidad por el modo de vida,⁴⁶ lo que no es una denominación muy acertada, ya que al autor no se le imputa como culpable su manera de vivir, sino que a pesar de sus dificultades psíquicas a la hora de evitar el hecho actual no se le exonera. Esto, sin embargo, sólo es así si su desastroso modo de vida es asunto suyo, por haberse desarrollado partiendo de una situación normal. Si el autor fue corrompido siendo un adolescente, o si su actitud contraria al ordenamiento jurídico es producto de una situación de necesidad extraordinaria o de haber sido indoctrinado por un Estado pervertido y ahora superado⁴⁷ o por un Estado extranjero pervertido,⁴⁸ esta inculpabilidad por la conducta vital tiene efectos exoneradores.

El modo de vida relevante no tiene por qué abarcar siempre largas fases del curriculum; pueden ser fases cortas si son relevantes para el hecho. Un ejemplo es la euforia que suele producirse en caso de ebriedad moderada o después de la ingestión de cier-

⁴⁶ Desde E. MEZGER, *ZStW* 57, pp. 675 y ss., 688 y s.

⁴⁷ Al respecto E. W. HANACK, *Actas del 46º Congreso Alemán de Juristas* (DJT), t. 2 (C), pp. 53 y ss.; el mismo, *JZ* 1967, pp. 297 y ss.; el mismo, *NJW* 1976, pp. 1758 y s.; en contra H. JÄGER, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, pp. 173 y ss., 175 y s.

⁴⁸ *BGHSt* 18, pp. 87 y ss.

tos psicofármacos. ¿Es exculpante? No es lo mismo que el sujeto se emborrache por una razón cualquiera y después cometa un delito estando desinhibido o que tenga que consumir psicofármacos como tratamiento de una enfermedad. En el primer caso, nadie puede responder de la desinhibición más que el autor mismo; pero en el otro, el autor puede argumentar que el destino le ha impuesto la enfermedad. Idéntica constelación psicofísica —un cierto grado de intoxicación que conlleva la desinhibición— conduce en un contexto disculpante a la exoneración, mientras que en los demás casos no es tenida en cuenta. Correspondientemente, el derecho vigente (§ 21 StGB)* no dispone que la pena deba ser atenuada obligatoriamente, sino que puede ser atenuada.⁴⁹ Por consiguiente, podemos llegar a la conclusión que crean responsabilidad todas aquellas razones del conflicto actual que no pueden imputarse a otra persona que al autor sin perturbar la vigencia de la norma.

Esto puede invertirse: si no está en juego la administrabilidad del orden, si el delito excepcionalmente ha afectado a una víctima que merecía la pérdida, puede quitarse importancia al defecto volitivo total o parcialmente. En este sentido, para dar un

* El § 21 StGB dispone: "Capacidad de culpabilidad disminuida. Si en el momento de la comisión del hecho la capacidad del autor para comprender lo antijurídico del hecho o para comportarse de acuerdo con esa comprensión se halla considerablemente disminuida por una de las causas señaladas en el § 20, la pena puede ser atenuada conforme a lo dispuesto en el § 49, párr. 1^o" (*n. del t.*).

⁴⁹ Referencias al estado de la discusión en JAKOBS (nota 3), 18/32 y ss., 34.

ejemplo, el hecho de encontrarse en un estado de excitación en forma de ira u odio en principio no contribuye a la exculpación. Cada uno tiene que asumir ese tipo de emociones, que pueden presentarse en cualquier momento, si se quiere que los contactos sociales sean planificables. El Derecho positivo conoce, sin embargo, una atenuación muy considerable (§ 213 StGB)* para el homicidio doloso cometido bajo influjo de la ira, que presenta la limitación que sea precisamente la víctima del homicidio quien haya provocado al autor sin que éste haya dado razón alguna para ello. Esta limitación no puede explicarse desde una perspectiva psicologizante, ya que la ira impulsa a la realización del hecho con independencia de su origen. Pero si se abandona este tipo de naturalismos y se toma en consideración la situación social como factor decisivo, esto es, si se configura el concepto de culpabilidad no de manera ontologizante, sino funcional, la limitación parece casi evidente: quien ha definido, sin tener razón para ello, la situación de manera agresiva, y sólo quien así procede, pierde parte de su protección.

Conforme a esta regla también se tapa un defecto volitivo cuando una persona que es objeto de un ataque antijurídico se excede en su legítima defensa y esto sucede de manera evitable, esto es, culpable.

* El § 213 StGB dispone: "Caso menos grave de homicidio. En caso de que el muerto hubiese provocado la ira del homicida, sin culpabilidad de éste, mediante maltrato de obra o grave injuria infligido al homicida o a un pariente suyo, de manera que aquél se viese inmediatamente compelido por ello a la ejecución del hecho, o en caso de concurrir algún otro caso menos grave, la pena será privación de libertad de seis meses a cinco años" (*n. del t.*).

Hablando en términos ejemplificativos: un sujeto que es objeto de un ataque con los puños no responde amenazando con utilizar su cuchillo, aunque ello evidentemente —y ello quiere decir también: de manera evidente para quien sufre el ataque— hubiese sido suficiente, sino que directamente usa el cuchillo; la denominación del suceso es la de exceso en la legítima defensa. De acuerdo con el derecho positivo (que aunque no es un argumento *per se*, refleja la sociedad si está logrado, y con ello constituye un argumento) no concurre culpabilidad en el sujeto que usa su cuchillo cuando el exceso en la legítima defensa se produce por estupefacción, sobresalto o temor, esto es, no por emociones violentas como acometividad, ira o combatividad. Debo reiterar que no se trata de un supuesto de exceso inevitable en una situación delicada, sino de un comportamiento perfectamente evitable. ¿Por qué esta lesión innecesaria del atacante se considera falta de culpabilidad? Porque es lesionado aquel atacante que debe asumir las consecuencias a causa de su ataque. No es indulgencia hacia quien sufre el ataque lo que conduce a la exculpación, sino el hecho de que la defensa en exceso afecta al destinatario correcto. Existe una prueba de esto, un tanto sutil, pero unívoca en el resultado: imagínese que alguien, estando incurso en un error absolutamente inevitable, cree que es objeto de un ataque, y al defenderse frente a ese ataque inexistente (legítima defensa putativa) se excede en ella. Aunque su situación psíquica es idéntica hasta el último detalle a la de alguien que es objeto de un ataque real, no puede ser exculpado, porque no es posible remitir a la víctima de su defensa a que debe adscribirse las consecuencias de su ata-

que:⁵⁰ la víctima en realidad no atacó, sino que sólo fue tenida por atacante erróneamente. Este ejemplo demuestra que la concepción funcional se ha impuesto también en reglas bastante remotas en el ámbito de la culpabilidad, que tenía que imponerse, porque la única finalidad que cuenta es la estabilización de la norma.

IV. ¿LIBRE ALBEDRÍO?

Al final de mi exposición relativa a la finalidad de la culpabilidad me permito hacer algunas referencias a un problema del que hasta ahora sólo he hablado de pasada: el libre albedrío. Y hago estos apuntes al final del trabajo porque la función del principio de culpabilidad es independiente de la decisión que se tome en cuanto a la cuestión del libre albedrío; ni siquiera depende de que tenga sentido plantear esta cuestión. La culpabilidad es falta de fidelidad al Derecho manifestada.⁵¹ La culpabilidad formal presupone que el sujeto competente siquiera pueda ser representado como persona, esto es, como titular de derechos y destinatario de obligaciones. Hay culpabilidad material mientras no haya alternativas plausibles al orden concreto, por tanto, mientras no haya otra vía que la de presumir la autodefinición de los sujetos sometidos a la norma como miembros de este orden. Bien es cierto que la culpabilidad está relacionada con la libertad, pero no con la

⁵⁰ En este sentido, una serie ininterrumpida de jurisprudencia, últimamente BGH NSTZ 1983, p. 453; la cuestión es discutida.

⁵¹ Referencias al estado de la discusión en JAKOBS (nota 3), 17/23 y ss., notas 47 a 52.

libertad de la voluntad, con el libre albedrío, sino con la libertad de autoadministrarse, esto es de administrar la cabeza y el ámbito de organización propios. La culpabilidad sólo es posible en un orden en el que no todos los procesos son dirigidos de manera centralizada, esto es, que es administrado descentralizadamente. Para concluir explicaré esta relación entre culpabilidad y libertad de autoadministración con una parábola.

En varios países que tienen fronteras comunes, los habitantes de las zonas fronterizas suelen de vez en cuando llevar a cabo saqueos en alguno de los países vecinos, produciendo allí un daño mayor que el botín que llevan a casa, hecho que le es indiferente a los saqueadores, ya que el daño es soportado por extraños. Los monarcas soberanos de esos países, con ocasión de un encuentro entre ellos, llegan al acuerdo de impedir esas fechorías en el futuro, y convienen, como garantía de la promesa, en pagarse mutuamente una multa del doble del daño producido en caso de que a pesar de todo se lleven a cabo saqueos. La situación mejora radicalmente a consecuencia de las inmediatas medidas de los monarcas; en el siguiente encuentro sólo hay pocas multas que pagar. Uno de los monarcas, sin embargo, se niega absolutamente a pagar; aduce que a pesar de haber hecho inmensos esfuerzos, no ha conseguido suficientes medios para poder crear suficientes fuerzas de policía; por ello, argumenta, le ha sido imposible mantener bajo control a los habitantes de sus zonas fronterizas. Los demás le creen y deciden, dada la incapacidad de su primo para administrar con efectividad su país —a causa de su debilidad financiera—, dividirlo entre ellos y tratarlo como provincia. Ante esa posibilidad, el monarca finalmente

paga. El filósofo de la Corte considera que es injusto tener que pagar una multa por un comportamiento que no fue libre, y que es indigno obedecer a tal requerimiento de pago, pero el monarca contesta que su libertad de autoadministrarse va por delante de tales consideraciones.

V. RESUMEN

1. En un mundo desmitificado, un defecto cognitivo en cuanto error (pero no el que es consecuencia de indiferencia) es muestra de falta de competencia organizativa. Por ello, el defecto inevitable y sus consecuencias no forman parte del esbozo que una persona hace de la realidad; esa persona no tiene culpabilidad. En el caso del defecto evitable, la firmeza del Derecho penal se recorta considerablemente, la culpabilidad se halla disminuida.

2. En una sociedad con Derecho positivo, lo anterior también rige respecto del conocimiento de la norma misma; éste sólo es susceptible de ser cuestionado por no considerarse la razón de la norma, la positividad, y no por desconocimientos puntuales.

3. Como es imposible demostrar que desde el punto de vista individual sea preferible respetar las normas sociales cognoscibles, es asunto de cada cual procurarse la motivación necesaria para respetar la norma, esto es, fidelidad al ordenamiento jurídico. Lo que se llama culpabilidad es un déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico.

4. Culpabilidad material es la falta de fidelidad frente a normas legítimas. Las normas no adquieren legitimidad porque los sujetos se vinculen individualmente a ellas, sino cuando se atribuye a una persona que pretende cumplir un rol del que forma parte

el respeto a la norma, especialmente el rol de ciudadano, libre en la configuración de su comportamiento. El sinalagma de esa libertad es la obligación de mantener fidelidad al ordenamiento jurídico.

5. Las dificultades de mantener la fidelidad al ordenamiento jurídico que pueden constatarse desde el punto de vista psicológico sólo conducen a una disminución de la culpabilidad cuando la dificultad puede atribuirse al ámbito de competencia de la víctima o de alguna otra manera no pertenece al del autor; especialmente en lo que se refiere a las dificultades que pueden presentarse en cualquier momento y circunstancia, todo autor sigue siendo competente.

Capítulo II

El concepto jurídico-penal de acción*

SUMARIO: *I. El problema: acción-sociedad-Derecho penal. II. Responsabilidad por una situación de hecho, por el resultado por la pertenencia a un grupo tribal. III. La acción en el injusto. 1. Causalismo. 2. Finalismo; acción como expresión de sentido. 3. Finalismo e imprudencia. 4. Necesidad de un esquema social de interpretación. 5. Comisión y omisión. 6. La expresión de sentido como no-reconocimiento de la vigencia de la norma. 7. No-reconocimiento de la vigencia de la norma y resultado externo. 8. ¿Objetivación de la acción? 9. ¿Injusto personal? IV. La culpabilidad como presupuesto de la acción. V. Sobre la materialidad del concepto de acción.*

* Título alemán: *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, publicado en *Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg e.V.*, Heft 10, editorial C. H. Beck, Munich, 1992. Traducción de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid).

I. EL PROBLEMA: ACCIÓN-SOCIEDAD-DERECHO PENAL

Al hablarse hoy en día del concepto de acción, habitualmente (y aquí se sigue en un primer momento esta concepción, para posteriormente corregirla) se está hablando de una parte del concepto de injusto, más concretamente de un segmento *que es común a todo tipo de injusto*: ya sea el injusto de un homicidio o el de un delito de daños, el injusto un delito de lesión o de un delito de peligro abstracto, siempre es necesario que concurra una acción, al menos en el ámbito de la comisión (más tarde me ocuparé de las condiciones para poder trasladar el problema al ámbito omisivo).

En los últimos veinte años apenas se ha discutido ya sobre el concepto de acción;¹ se ha llegado a un arreglo en posiciones más o menos causalistas o

¹ Informan del estado de la cuestión H. J. HIRSCH, *ZStW* 93, pp. 830 y ss., 94 pp. 239 y ss. (especialmente también de la discusión en su primera fase); G. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª edic. 1991, 6/1 y ss.; H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4ª edic. 1988, § 23; R. MAURACH - H. ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 7ª edic. 1987, 16/1 y ss.; C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 1992, 8/1 y ss.; E. SCHMIDHÄUSER, *JZ* 1986, pp. 109 y ss. (especialmente respecto de la discusión reciente).

finalistas. La discusión que se ha desarrollado últimamente en el ámbito de la teoría general del injusto se refiere a la así llamada (utilizando un término bastante inexpressivo) imputación objetiva, esto es, a aquella teoría que ya en el tipo objetivo diferencia entre la relación causal y la relación de imputación en un sentido más estricto. Ahora bien, según los representantes de esta teoría, la imputabilidad objetiva es algo *común a toda clase de injusto*. ¿Ha aparecido, entonces, además del concepto de acción, un nuevo segmento de teoría general del injusto? Intentaré exponer que ello no es así, sino que se trata de un solo problema, esto es, dicho de otro modo, que la teoría de la relación específica de imputación objetiva puntualiza el concepto de acción. La normativización que ha supuesto la teoría de la relación objetiva de imputación no tiene por objeto algo que esté al margen de la acción, sino que se refiere a la propia acción. Para clarificar lo que quiero decir, intentaré describir —renunciando a reconstruir con exactitud el desarrollo histórico— la relación entre el concepto de acción, por un lado, y la comprensión de la razón de existencia del Derecho penal en una sociedad, por otro. Con esta intención —que a primera vista parecerá más bien una sutileza poco clara— también se está insinuando un programa que no es incompatible con la escuela de Hegel,² pero que sí lo es con la escuela de V. Liszt³ y con algunas voces provenientes de la de Welzel;⁴ con otras palabras, se

² E. V. BUBNOFF, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis v. Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*, 1966, pp. 36 y ss., 52 y ss.

³ *Infra* III, 1.

⁴ *Infra* III, 2.

trata de un programa que se opone a algunos esfuerzos ampliamente difundidos, llevados a cabo en los últimos cien años, y conecta con perspectivas mucho más antiguas. En este sentido, el concepto de acción no se busca *antes de* la sociedad, sino *dentro* de la sociedad. No es la naturaleza la que enseña lo que es la acción, como pretendía la escuela de v. Liszt con su separación de lo físico y lo psíquico, y el concepto de acción tampoco puede extraerse de la ontología, como comúnmente se sostiene que Welzel intentó demostrar con su punto de partida desde la finalidad del actuar humano, sino que en el ámbito del concepto de acción lo decisivo es interpretar la realidad social, hacerla comprensible en la medida en que está relacionada con el Derecho penal.

Por tanto, un concepto jurídico-penal de acción debe combinar sociedad y Derecho penal.⁵ So pena de degenerar hasta quedar convertido en un concepto de mera utilidad didáctica que describa un

⁵ Es ésta una afirmación poco habitual desde que terminase la época de los hegelianos (cfr. las referencias en v. BUBNOFF [nota 2], pp. 36 y ss.). Respecto de su fundamentación, cfr. *infra* IV. Habitualmente, se le atribuyen al concepto de acción las siguientes funciones (W. MAIHOFER, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, 1953, pp. 7 y ss.; ROXIN [nota 1], 8/1 y ss.; críticamente, ARMIN KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, pp.21 y ss.): 1) en primer lugar, se pretende que sea un elemento básico, esto es, común a todas las formas de aparición del delito. Sin embargo, ¡la culpabilidad también forma parte del delito! La concepción habitual, en cambio, se refiere a lo que hay de común en lo que constituye injusto en sentido estricto (con reserva de una eventual justificación); *vid.* al respecto *infra* III, 3 (se abarca la imprudencia), 4 (necesidad de un esquema de interpretación objetivo), 5 (se abarca la omisión), 6 y 7 (tentativa). Además, se pretende que el concepto de acción constituye, 2) un elemento de conexión, con lo que se quiere decir que puede llevar los predicados "típica", "antijurídica" y "culpable". Aquí se trata de la didáctica de la materia, cuyo alcance se aprehende desde el

escalón inicial del delito, debe contener una teoría lo más completa posible del comportamiento jurídico-penalmente relevante. El concepto de acción, en cuanto concepto jurídico-penal, debe garantizar que la definición de los comportamientos jurídico-penalmente imputables no sea una mezcla de elementos heterogéneos agrupados de cualquier manera, sino *una* unidad conceptual. Puesto que en el momento actual es opinión casi unánime la de atribuir el concepto de acción exclusivamente a la teoría del injusto, se plantea la cuestión acerca de qué es lo que supone este concepto para el conjunto, es decir, para el injusto y la culpabilidad. Para resolver esta cuestión, también habré de ocuparme del problema relativo a si el juicio de injusto constituye un nivel propio de valoración jurídico-penal, o, formulándolo de otro modo: ¿forma la responsabilidad por culpabilidad parte de la acción?

II. RESPONSABILIDAD POR UNA SITUACIÓN DE HECHO, POR EL RESULTADO, POR LA PERTENENCIA A UN GRUPO TRIBAL

¿Cuál es, entonces, la relación que existe entre acción, sociedad y Derecho penal? Comienzo con un

final de la estructura del delito, desde la culpabilidad. Es posible que a este respecto haya distintos caminos equivalentes; en todo caso, la importancia de este concepto es secundaria desde el punto de vista científico: ordena el material con el que se cuenta. Finalmente, 3) se afirma que le corresponde una función delimitadora. Ésta, sin embargo, no es más que el reverso de lo que se seleccione como elemento de conexión (un acto voluntario - un "acto" involuntario; un comportamiento evitable - un "comportamiento" inevitable; un comportamiento con el sentido objetivo "matar" - un comportamiento que no tenga este sentido, etc., hasta llegar hasta: un homicidio culpable - un comportamiento sin culpabilidad de homicidio).

caso simple: una persona pierde el equilibrio de manera inevitable —por un golpe de viento repentino, por un desmayo imprevisible, por el error de un tercero—; desafortunadamente, en su caída arrastra consigo a otro; las personas circundantes, por las razones que sea, se ríen de ellos. La cuestión de una posible responsabilidad jurídico-penal o jurídico-civil de quien perdió el equilibrio en primer lugar puede ser resuelta por cualquier estudiante principiante: fue *vis absoluta* lo que hubo, y no una acción. Y este resultado, desde un punto de vista *jurídico*, puede bastarnos de momento, pero ya el hecho de subrayar el carácter *jurídico* de la solución indica que sólo se trata de una solución parcial. De hecho, no sería nada sorprendente, sino más bien conforme a lo que cabe esperar, que quien se cayó primero pidiese “disculpas” a la víctima a la que arrastró, exponiéndola así tanto a la caída como a la hilaridad de los demás; y estas “disculpas” probablemente no se limitarán a hacer referencia a la *vis absoluta*, ya que entonces serían unas “disculpas” incluso pobres, sino que tendrán como contenido que la existencia de quien cayó en primer lugar fue la causa de un daño para la persona que fue arrastrada, y que por ello, en esa medida, esa existencia no era correcta; en el momento del incidente hubiese sido mejor la no existencia de quien se cayó. El hecho de que en el caso de un error tan determinado por el destino como éste hablemos de “disculpas” nos enseña hasta qué punto la concepción actualmente imperante, según la cual la culpabilidad ha de ser culpabilidad por el ejercicio de la voluntad, viene condicionada por el desarrollo histórico.

He escogido este ejemplo para demostrar que la responsabilidad (también la responsabilidad que va

más allá de la de un chivo expiatorio)⁶ no presupone siempre algo que pudiese llamarse razonablemente acción. Y es que la responsabilidad puede también provenir de cómo existe socialmente la persona responsable, precisamente como perturbador, como alguien que trae desgracia. Si ello se percibe aún hoy en la responsabilidad informal, no hay ningún obstáculo de principio que impida suponer como posibilidad una situación paralela en la responsabilidad formal atribuida por el Derecho. Ignoro si los fondos históricos o etnológicos contienen ejemplos de cómo era castigado (o necesitaba de un perdón para no ser castigado) quien, impulsado por una *vis absoluta*, hubiese lesionado en los atributos externos de su dignidad, o de alguna otra forma, al rey o jefe militar en una situación decisiva. La reacción punitiva, como protesta frente a la existencia constitucionalmente errónea de este pájaro de mal agüero, estaría claramente emparentada con la responsabilidad por el resultado. En este sentido, también la responsabilidad del rey probablemente era en su origen tanto una responsabilidad por comportamientos activos y omisiones como por *situaciones de hecho* independientes del comportamiento.⁷ No hago mención de esto para sentar afirmaciones en el campo de la historia del Derecho, sino únicamente para animar a los historiadores del Derecho a aportar trabajos relativos al problema del concepto de acción. Lo que me importa no son situaciones sociales que

⁶ También la responsabilidad de éste puede denominarse responsabilidad por el resultado, cfr. E. KAUFMANN, en: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, t. I, 1971, voz "responsabilidad por el resultado" (*Erfolgshaftung*), en I.

⁷ E. KAUFMANN, *Die Erfolgshaftung*, 1958, pp. 26 y ss.

necesariamente hayan existido históricamente, sino una sociedad que pueda ser imaginada como sociedad en funcionamiento.

Ciertamente, la pena impuesta por la desafortunada constitución de la mera existencia de una persona únicamente puede expresar la defraudación producida por la desgracia, y en cambio no es susceptible de tener como finalidad, como hoy es habitual (o mejor: como hoy en día se afirma comúnmente que la pena tiene como finalidad) la de perseguir mejoras pro futuro, o, en todo caso, intentar mantener el *status quo* o limitar los deterioros de la vigencia de la norma. Sin embargo, de esta finalidad (*restablecimiento* de la vigencia perturbada de la norma), que hoy en día habitualmente se da por supuesta, no sólo le faltaba a la responsabilidad por el resultado, sino también a la pena puramente retributiva (toda finalidad de restablecimiento incluye al delincuente entre los objetos del Derecho de cosas)⁸ y la pena carece de esta finalidad hasta el momento actual en aquellos casos en los que no se trata de restablecer, sino de demostrar algo (por ejemplo, cuando se condena a autores provenientes de regímenes que ya están superados). Por consiguiente, este objetivo de restablecimiento no necesariamente forma parte ni del concepto de responsabilidad ni del de pena, de manera que la única diferencia que queda entre la responsabilidad por el *destino* y la retribución de un *crimen* es el carácter de la defraudación que se articula —en un caso la defraudación por la desgracia de la existencia y en el otro por una voluntad defectuosa—. El que en una sociedad impere uno

⁸ I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten, Erster Theil*, 2ª edic., 1798, parte II, apartado 1º, Acotación General, E.

u otro de estos modelos, es decir, que se requiera o no la concurrencia de una acción para poder someter a alguien a una pena, depende del estadio de desarrollo de esa sociedad, y no de una pretendida configuración inmutable de la naturaleza o del ser humano.

Y en caso de que la concurrencia de una acción sea decisiva, ¿por qué ha de ser una acción humana? En los supuestos de responsabilidad por pertenencia a un grupo tribal, cuando responden también los familiares del autor, éstos no responden por ser miembros del mencionado grupo —este dato sería tan insuficiente para determinar su responsabilidad como el de tener el mismo color de cabello o la misma talla que el autor—, sino porque tanto el autor como la víctima no se definen como sujetos autónomos, sino como miembros de un grupo tribal. Llevándolo a sus últimas consecuencias: fue el grupo tribal quien cometió el hecho contra otro grupo tribal; los miembros del grupo del autor responden solidariamente, de la misma manera que aún hoy responde el pie en la cárcel si la mano ha cometido un delito. Por consiguiente, si se encuentra una acción que conduce a la responsabilidad, no necesariamente tiene que ser la de un ser humano como individuo. Puede ser la de un grupo tribal, un pueblo, una raza, un Estado.

Por tanto, al hablar del concepto de acción ya se ha producido una opción del Derecho penal *en contra* de que haya responsabilidad por la mera existencia y *a favor* de que la responsabilidad se produzca por movimientos corporales realizados o que podrían haberse realizado, y en este sentido: responsabilidad por organización. Y al hablarse de la acción humana, se hace una ulterior opción *en con-*

tra de que haya responsabilidad colectiva y a favor de la individualización.

Pero, ¿cuál es el grado mínimo de acción que debe concurrir a la hora de imputar al individuo su organización, su comportamiento, y no su mera existencia? Intentaré dar una respuesta a esta cuestión describiendo los elementos de un sistema jurídico-penal de responsabilidad por el resultado. Utilizaré aquí un concepto estricto de responsabilidad por el resultado, esto es, no el de responsabilidad por las consecuencias de un actuar peligroso o de un comportamiento probablemente culpable, sino por la mera producción de un resultado. Tampoco en este punto es relevante si existió alguna vez una responsabilidad por el resultado de estas características o no —Binding,⁹ entre otros, lo negó decididamente, y también en la ciencia contemporánea de la historia del Derecho hay posiciones controvertidas—,¹⁰ sino si su existencia en una sociedad es imaginable, y esto último parece poder apoyarse en que en la mitología se habla de ella: parece evidente que la responsabilidad por el resultado puede comprenderse.

Con ello no se pretende afirmar que esta responsabilidad suponga una responsabilidad *penal* en todos los sentidos. Si limitamos el concepto de pena a la representación del carácter defectuoso de la voluntad o al restablecimiento de la vigencia de la norma perturbada por una voluntad defectuosa, entonces la responsabilidad por el resultado *per*

⁹ *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 4, 1919, pp. 12 y ss.

¹⁰ Especialmente en contra de la existencia de tal responsabilidad por el resultado, E. KAUFMANN (nota 7), *passim*, *idem* (nota 6); P. MIKAT en: H. WELZEL *et al.* (a cargo de la ed.), *Festschrift für v. Weber*, 1963, pp. 9 y ss.

definitionem nunca será responsabilidad penal. Si se parte de este concepto, sin embargo, por debajo de la identificación de un defecto de voluntad, que posiblemente se halle vinculada a la reparación del daño privado, aun queda espacio para una reacción específica, esto es, para expresar la defraudación producida —con independencia de la voluntad directora— por el comportamiento del autor en cuanto causante de la catástrofe, por la desgracia vinculada a su persona. Para aclarar esto, traigo a colación un ejemplo en el que es preciso hacer uso de un concepto muy amplio de responsabilidad para que se ajuste al caso: en el ejemplo, el autor debe o perder la vida o privar de ella a quien ya no puede seguir viviendo con el autor en la tierra por lo que éste ha hecho. En todo caso, el mundo, tal como es, se halla perturbado por el hecho, que era inevitable, y es esto lo decisivo. Se cuenta que Rosamunda, la esposa de Alboin, rey de los langobardos, utilizó el siguiente procedimiento para inducir al asesinato (por razones que, aunque fuesen comprensibles, no vienen aquí al caso) de su marido:¹¹ ocupó, sin ser reconocida, el lugar de la concubina de uno de los vasallos del rey; con ello le había atrapado, a pesar de que éste estaba desprevenido y no tenía razón alguna para sospechar algo. Cuando se dio a conocer después del coito frente al vasallo, quien estaba totalmente sorprendido, sintetizó la situación de la siguiente manera: "*certe nunc talem rem ... perpretatam habes, ut aut tu Alboin interficies, aut ipse te suo*

¹¹ *Legenda áurea de Jacobus de Voragine*, trad. alemana de R. BENZ, 8ª edic. 1975, pp. 961 y ss.; cita en latín según E. KAUFMANN (nota 7), p. 24, nota 16.

gladio extinguet".* Aquí se formula un concepto de acción: *rem perpretare*, hacer algo, y a pesar de ello, el relato no se refiere a la dinámica final que está dentro de esta expresión. El vasallo quería realizar un acto completamente adecuado desde el punto de vista social, y ninguna persona razonable en su lugar habría podido sospechar algo malo, pero a pesar de ello no puede distanciarse de la barbaridad de haber mantenido relaciones sexuales con la esposa del rey, ya que en la sociedad en la que se desarrolla la leyenda, forma parte de las condiciones imprescindibles para poder instalarse en la realidad el que no se produzcan tales desajustes del orden establecido. Y si de todas maneras se produce ese desajuste,¹² rey y vasallo ya no pueden seguir viviendo juntos sobre la faz de la tierra. Que el vasallo se remita a que nada podía sospechar y a que —como lo formulamos hoy en día— la reina actuó en autoría mediata, esto es, que se remita a que su relación con el hecho seguía las leyes naturales sin que él hubiese podido superarlas, no podría "sellar la grieta en el edificio del mundo",¹³ ya que las categorías según las cuales se construye el mundo institucional existente entre rey y vasallo son distintas de las que gobiernan un

* "Es seguro que, después de haber hecho tal cosa, o tú matas a Alboin, o él te quitará la vida con su espada" (n. del t.: en latín en el original).

¹² La suposición de algunos historiadores del Derecho (E. KAUFMANN [nota 7], pp.24 y ss.) en el sentido de que la responsabilidad por el resultado, en caso de haber existido, estaba limitada al *nefas* [*], parece plausible: a través de la responsabilidad por el resultado no puede garantizarse un contexto de interacción, sino únicamente la base institucional.

[*] sacrilegio (n. del t).

¹³ ACHTER, *Geburt der Strafe*, 1950, p.18.

mundo regido por las leyes de la naturaleza. Por consiguiente, "actuar" en el ámbito de la responsabilidad por el resultado significa "estar vinculado por el destino con un hecho". El que el autor llevase a cabo algún acto voluntario, que desarrollase determinada organización final, no interesa por el contenido de su voluntad, sino sólo es el principio de su posterior vinculación, por obra del destino, con la desgracia.

III. LA ACCIÓN EN EL INJUSTO

1. Causalismo

Parece una curiosidad que sean elementos de precisamente este concepto de acción, aunque transplantados a una concepción global orientada por las ciencias de la naturaleza o incluso por la mecánica, los que se encuentran de nuevo en el concepto de acción de v. Liszt¹⁴ y su escuela: acción es la causación de consecuencias (especialmente de lesiones de bienes jurídicos) por un acto voluntario con un contenido cualquiera; tampoco aquí se le da importancia al contenido de la voluntad. Por ello se habla del concepto causal de acción (con lo que se quiere decir en realidad: un concepto de acción determinado por la causalidad; en lo que sigue, utilizaré el término habitual). De nuevo, el ejercicio de la voluntad sólo es el punto de partida de un algo cualquiera; la calidad, esto es, si se trata, por ejemplo, de un homicidio o de unos daños, viene determinada por el curso causal. Pero aquello que en un

¹⁴ F. v. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 2ª edic. 1884, § 28.

sistema de responsabilidad por el resultado viene interconectado por un determinado esquema de interpretación de la realidad, por el esquema “destino”, esto es, el acto voluntario con las consecuencias que ha producido el destino, degenera en una mera secuencia causal: pasa lo que pasa y ocurre lo que ocurre, pero ello, por sí mismo, ya no tiene ningún significado. Utilizando una expresión de Beling: “para constatar *que* estamos frente a una determinada acción es suficiente saber que el autor ha actuado o no ha actuado voluntariamente. *Qué* es lo que quería es irrelevante a este respecto”.¹⁵ Se trata del mismo conjunto de elementos que ya encontramos en la acción en el marco de la responsabilidad por el resultado —pero, ¡qué pérdida de capacidad de rendimiento!—. Allí el concepto de acción abarcaba toda una teoría de la responsabilidad, precisamente de responsabilidad por intervención del destino. ¿Y aquí?

Radbruch entendía el concepto causal de acción como concepto clasificatorio, en cuyo marco había que ordenar el material previamente fijado por el Derecho positivo teniendo en cuenta los “usos del lenguaje de la vida”.¹⁶ La “acción” debía ser el concepto introductorio y configurarse de tal manera que pudiese ser completada con las “cualidades ‘antijuridicidad’, ‘culpabilidad’ y ‘punibilidad’”.¹⁷ Por tanto, según Radbruch el concepto causal de acción era el concepto de acción de un positivismo que creía poder interpretar y aplicar la ley antes de haber com-

¹⁵ BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 2ª edic. 1902, p. 38.

¹⁶ *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904, pp. 68 y ss., 72.

¹⁷ (Nota 16), p. 74.

prendido la sociedad en la que la ley debe aplicarse. Se sustituye la teoría jurídico-penal por la didáctica de conexiones provenientes de la tradición, cualquiera que fuese ésta: el Derecho penal deja de ser una ciencia para convertirse en un conocimiento limitado a la construcción del delito. El concepto de acción ya sólo da respuesta a la siguiente cuestión: ¿cuándo puede y debe empezarse con el análisis de un delito? La respuesta reza: cuando concurra la causación de un resultado por un acto voluntario cualquiera. Los elementos se alinean de tal manera que el Derecho penal funciona, pero el concepto causal de acción no aporta nada para resolver las cuestiones acerca de por qué funciona y de qué Derecho penal se trata.

El que se abstenga de todo sentido es precisamente la razón del *iter* victorioso que pronto comienza a recorrer este concepto, a pesar de la pobreza de la teoría en él cristalizada, en la enseñanza universitaria del Derecho penal: se fija en dónde está el principio, pero nada está prejuzgado respecto de las conclusiones. Cualquiera puede extenderse en este mundo y configurarlo de acuerdo con su propia teoría. Y eso es lo que ocurre: lo que siguió al concepto causal de acción no ha eliminado sus elementos, sino que los ha completado, y ello de distintas maneras. Pronto, aunque aun limitándose al ámbito de la imprudencia, se añaden a la causalidad, bajo la denominación de infracción del deber de cuidado, nuevos elementos de la imputación objetiva; tampoco el finalismo renuncia ni a uno solo de los elementos del concepto, sino que aumenta su número; lo mismo ocurre con el concepto social de acción.

Pero, ¿es correcto degradar al concepto causal de acción de teoría a conocimiento limitado referido

a cómo ordenar el material?; ¿no será que este concepto, a pesar de todo, contiene una abreviatura que representa lo que se entiende por injusto en una sociedad burguesa, cuyos miembros se definen a través de un inventario de bienes? En mi opinión, tal suposición es errónea: un concepto de acción que fracasa ya en la tentativa, y mucho más en todo hecho omisivo, y que por lo demás es simplemente ilimitado, porque equipara el acto voluntario del fabricante de navajas al del navajero y el acto voluntario del estafador al del cartero que entrega, sin sospechar nada, la carta con la que se estafa, ¿cómo podría representar un concepto de acción de tales características una teoría de lo que una sociedad considera injusto jurídico-penal? Evidentemente existen afinidades respecto del concepto *jurídico-civil* de injusto, especialmente en cuanto a la *actio* negatoria, y respecto del concepto de perturbador del Derecho de policía. En esa implicación en otros contextos, en los que se expresan finalidades distintas, esto es, finalidades jurídico-civiles o policiales, se encuentra la vinculación del concepto causal de acción con su tiempo. Pero el hecho de que esa vinculación satisficiera a los penalistas, esto es, que fuese posible que el Derecho civil o el Derecho de policía predeterminasen el concepto penal, confirma la tesis de que hubo un paso de la teoría a la didáctica: se hace una labor de ordenación, la teoría proviene de otra parte.¹⁸

¹⁸ Esto lo demuestran algunos intentos, inspirados directa o —a través del causalismo— mediatamente en la doctrina civilista y que llegan hasta el momento actual, de hacer valer, por medio del derecho de legítima defensa, la tesis de que aquellos actos que tienden hacia el resultado deben ser combatidos como injusto (cfr. aun BAUMANN/WEBER, *Strafrecht AT*, 9ª

2. Finalismo; acción como expresión de sentido

Pronto la falta de colorido del concepto causal de acción se reblandeció tímidamente mediante la introducción de elementos subjetivos del injusto,¹⁹ en la medida en que el Derecho positivo los contenía. Pero tales modificaciones fortuitas en todo caso podían ser un indicio de que toda esta doctrina era claramente errónea, pero no bastaban para ascenderla al rango de teoría. Esto sólo se consiguió cuando se intentó emplear el concepto de acción no sólo como categoría de clasificación, sino como un concepto destinado a comprender una parte de la realidad, y en ese sentido, como concepto filosófico.

“El ser humano es el ser que actúa. No está... ‘fijado’, esto es, sigue siendo para sí mismo un cometido —es también, con otras palabras, el ‘ser que toma postura’—. Los actos de toma de postura hacia fuera los llamamos acciones, y precisamente en la medida en que sigue siendo un cometido para sí mismo, toma postura frente a sí mismo y ‘se convierte en algo’. ... El ser humano... es *previsor*. Necesita de lo lejano, de lo que no está presente en espacio y

ed. 1985, § 21 II 1 a a; en contra, especialmente, WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, 1961, pp. 26 y ss.), pero tales construcciones nunca tuvieron relevancia alguna en la valoración práctica de la legítima defensa. La legítima defensa debe concebirse exclusivamente en un contexto de *acción*, y no en un contexto de *bienes* (estado de necesidad). Por ello, esta institución de la justificación pertenece genuinamente al ámbito del Derecho penal.

¹⁹ Fundamentales a este respecto H. A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, 1911; A. HEGLER ZStW 36, pp. 19 y ss.; M. E. MEYER, *Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, 1915, pp. 185 y ss.; E. MEZGER, GS 89 (1924), pp. 207 y ss., 259 y ss.

tiempo, vive —al contrario que el animal— en el futuro y no en el presente. Esta determinación forma parte de las circunstancias de una existencia en la que se actúa, y lo que en el ser humano es conciencia humana en sentido propio debe entenderse desde esta perspectiva.”²⁰

Este programa de Gehlen, que seguramente no tenía una intención específicamente jurídico-penal, redactado poco después de que Welzel esbozase su teoría final de la acción, puede considerarse el equivalente antropológico del finalismo: el ser humano, desvinculado de los instintos, si quiere sobrevivir, debe anticipar el futuro y configurarlo de acuerdo con sus intereses, esto es, tomar postura acerca de cómo quiere que esté configurado su mundo. El acto voluntario de contenido indiferente de los causalistas recorta la anticipación existente en la conciencia y por ello no alcanza la cualidad propia del comportamiento humano. El mismo Welzel afirmó acertadamente, un año antes de la citada manifestación de Gehlen, que una acción debe ser comprendida como “expresión de sentido”; “expresión de sentido” es aquello que Gehlen llama “toma de postura hacia fuera” y que nunca podría expresarse de manera suficiente sólo con la causalidad, que por sí misma carece de sentido.²¹

La consecuencia de concebir la acción como expresión de sentido es, como hoy en día todo estudiante sabe, la pertenencia del dolo a la acción. Welzel hablaba por ello de una teoría personal del injusto;

²⁰ GEHLEN, *Der Mensch*, 13ª edic. 1986, p. 32.

²¹ WELZEL, *ZStW* 58, pp.491 y ss., 495 y ss., 496, 503; *vid.* respecto de la “intencionalidad de sentido” en WELZEL la detallada exposición de Loos, en: *idem* (a cargo de la ed.) *Rechtswissenschaft in Göttingen*, 1987, pp. 486 y ss., 497 y s.

volveremos sobre este punto. Ahora bien, ya en este punto se plantean las objeciones: como es sabido, el dolo en Derecho penal no es igual a finalidad, esto es, igual al dolo consciente y dirigido hacia un fin, sino que dolo también es conocimiento de aquellas consecuencias de la acción que no se persiguen como meta, pero sin las cuales, así como está configurada la realidad, no puede obtenerse el objetivo en caso de ejecutar la acción. Frente a determinadas críticas, según las cuales el concepto final de acción estaría limitado a los hechos cometidos con dolo directo, Welzel contestó que la “denominación” “final” es una “abreviatura” que “no puede abarcar todos los aspectos”. Según Welzel, “el contexto de efectos anticipados de toda acción” es más amplio que “la estructura medio-fin”.²² Lo anterior sigue pudiéndose armonizar con la interpretación de la acción como “expresión de sentido”: y es que no sólo se trata de una expresión de lo que se pretende cambiar en el mundo, sino que, al contrario, también aparece en la toma de postura hacia fuera lo que para ello debe necesariamente aceptarse, precisamente como coste que quien actúa cree poder ocasionar para obtener lo que persigue.

3. Finalismo e imprudencia

Sin embargo, el resultado alcanzado —todo hecho doloso es expresión de sentido y por ello acción— no aprovecha al completo el punto de partida; también una acción imprudente es expresión de sentido.²³ Entiendo que la imprudencia es evitabilidad

²² H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed. 1969, pp. 35 y s.

²³ Discrepa WELZEL, (nota 21), p. 503.

individual.²⁴ Por consiguiente, una persona sólo se comporta imprudentemente si para *ella misma*, y no para algún tipo de persona ideal, era evitable la consecuencia de la que se trata. Una consecuencia es evitable si no se habría producido en el supuesto de que quien actúa hubiese estado motivado para evitarla, con otras palabras: son evitables las consecuencias cognoscibles, sólo que en los supuestos de hecho jurídico-penalmente relevantes lo importante no es conocerlas (en ese caso, el autor imprudente se convierte en autor doloso), sino evitarlas.

No puede disponerse de lo inevitable a través de la motivación de una persona; por ello, ésta tampoco puede tomar postura frente a ello. ¿Qué ocurre con lo evitable que no fue reconocido, esto es, con lo imprudente? La respuesta es fácil cuando quien actúa se comporta de manera indiferente frente a una consecuencia y precisamente por ello no se preocupa de si se produce o no. Esa persona esboza una realidad en la que esas consecuencias no merecen ser tenidas en cuenta a la hora de calcular los costes de la acción. En este sentido, puede que este menosprecio sea absoluto (la consecuencia carece de interés en todo contexto) o relativo, esto es, frente a un motivo de actuación al que el sujeto atribuye especial importancia. Esta falta de reflexión, por considerar que no hay nada que merezca ser tenido en cuenta, es una toma de postura: consiste en despreciar aquello que no se tiene en cuenta. Ejemplo: quien conduciendo un automóvil no se da cuenta de que está superando la velocidad máxima permitida, por-

²⁴ G. JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 34 y ss. (41 y ss.), 48 y ss.

que no le interesa si la está respetando o no, declara a través de su comportamiento que la regulación relativa a la velocidad carece de importancia.

Algo más difíciles de resolver son aquellos casos en los que la persona que actúa yerra a la hora de realizar su comportamiento, esto es, no tiene en cuenta las consecuencias por descuido. No le es indiferente lo que ha hecho; al contrario, lo lamenta y lo retiraría si pudiese. Un ejemplo: un conductor, distraído por un cartel fascinante, no se fija en un paso de peatones y lesiona por ello a un peatón. Seguro que el automovilista no desea que se le atribuya que su comportamiento significa lo siguiente: "los automovilistas están autorizados a distraerse, aunque con ello generen el peligro de que se produzca un daño". Pero en un primer momento, ésta parecía ser su toma de postura: aunque le era posible configurar la realidad *incluyendo* la atención a los peatones, escogió una configuración sin tal atención. El sujeto estaba erróneamente motivado al admitir la distracción; bien es cierto que no ha convertido el perjuicio del peatón en contenido "expreso" de su comportamiento, pero sí la distracción, y ésta era cognitivamente incompatible con la protección del peatón. El hecho de que el propio sujeto considere que su constelación motivacional se ha producido por error es la razón de que en los casos de imprudencia basada en un error la pena a imponer sea más leve,²⁵ pero ello en nada modifica la constatación que en un principio se expresó en la realidad de acuerdo con esa constelación errónea. De manera distinta a lo que ocurre en la responsabilidad por el

²⁵ G. JAKOBS, ZStW 101, pp. 516 y ss., 527 y ss.

resultado, en la que la vinculación a la desgracia significa “destino” o “maldición”, aquí significa “deficiencia del sujeto”.

La acción, por tanto, es expresión de un sentido; esa expresión de sentido consiste en la causación individualmente evitable, esto es, dolosa o individualmente imprudente, de determinadas consecuencias; son individualmente evitables aquellas causaciones que no se producirían si concurriese una motivación dominante dirigida a evitar las consecuencias. Welzel mismo, hacia el final de su obra, destacó “la perspectiva biocibernética” de su posición, aunque no pudo más que esbozar un breve esquema.²⁶ El punto de partida final, completado con la imprudencia, cuadra dentro de este esquema, pero no queda fijado en el hecho de la biocibernética, sino en el sentido de la dirección del comportamiento.

4. Necesidad de un esquema social de interpretación

Sin embargo, este estado de desarrollo de la teoría de la acción —la acción como producción individualmente evitable de un resultado y, con ello, como expresión de un sentido— hoy en día ya no es satisfactorio, y ello por dos razones. En primer lugar, al estar vinculado a la inevitabilidad de un resultado externo, no está suficientemente implicado en una concepción penal que también conoce acciones sin resultado (tentativa) y comportamientos punibles sin relación de causalidad con el resultado (hechos omisivos). En segundo lugar, la concepción, así for-

²⁶ (Nota 22), pp. 37, 131.

mulada como se ha expuesto antes, sólo contiene la parte, por así decirlo, individual-antropológica del problema, pero no la vertiente social.²⁷

Comienzo con la crítica enunciada en segundo lugar. El concepto de causación individualmente evitable de un resultado abarca algunas determinantes individuales de la configuración humana del mundo —a diferencia del mecanicismo del concepto causal de acción—. Pero una “toma de postura” o “expresión de un sentido” sólo puede comprenderse como proceso comunicativo, en el que no sólo es relevante el horizonte de quien se expresa, sino también el del receptor, y éste no dispone del esquema de interpretación del sujeto que se expresa o, si el receptor lo conoce, en todo caso ese esquema no tiene por qué ser determinante por el mero hecho de ser el esquema individual.

Un ejemplo: si un niño golpea con un pequeño martillito de madera un grueso clavo que sobresale a medias de una sólida tabla, es posible que el niño actúe dentro de un esquema de interpretación según el cual pretende hundir el clavo en la madera (aunque quizás esto sea una exageración racionalista del esquema infantil). Es posible que otro niño comparta ese esquema de interpretación. Es posible que una persona adulta se dé cuenta del esquema aplicado por el niño, pero no aceptará ni su validez para ella misma ni su validez para comunicarse con los demás, sino que lo considerará como un esquema absolutamente inválido para el tratamiento del asunto en sí, esto es, para la actividad de clavar clavos.

²⁷ WELZEL (nota 21) formuló con precisión esta discrepancia, pero no extrajo de ello las consecuencias necesarias.

Con otras palabras: la representación subjetiva del resultado sólo es relevante en el plano de la comunicación si está basada en un esquema de interpretación comunicativamente relevante. Por ello, los esquemas interpretativos de construcción infantil, los que tienen en consideración fuerzas sobrenaturales y otros similares, no caben en el contexto de las acciones socialmente relevantes.

Esto, sin embargo, no es todo, ni siquiera es lo más importante. Este esquema de interpretación comunicativamente relevante al que me refiero no es un mero derivado de la relación de causalidad y de la finalidad. De ningún modo se le atribuyen a un ser humano como su toma de postura o como su expresión de sentido todos los cursos derivados de un comportamiento, sean finales, se hayan previsto o fuesen previsibles. Al contrario, esa atribución sólo se produce si el comportamiento de la persona se entiende como condición determinante, y no sólo fortuita, del curso que lleva hasta el resultado; es mérito de los representantes de una teoría social de la acción el haber fijado esta referencia objetiva en su doctrina.²⁸ De la densa e inabarcable red de condiciones de un suceso, el esquema social de in-

²⁸ Los primeros pasos en esta dirección se encuentran en F. v. LISZT - EB. SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26ª ed. 1932, § 28 y § 30; además, W. MAIHOFFER, en P. BOCKELMANN et al. (a cargo de la ed.), *Festschrift für Eberhard Schmidt*, 1961, pp.156 y ss., 177; *idem*, *ZStW* 70, pp.159 y ss., 171; H. H. JESCHECK, *Festschrift Eb.Schmidt*, cit., pp.139 y ss., 150 y ss.; *idem* (nota 1), § 23 IV 1. Respecto de la compatibilidad de esta concepción con el punto de partida del finalismo, acertadamente, G. STRATENWERTH, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 3ª edic. 1981, n.m. 151.

interpretación destaca —si no fuese así, no podría aportar nada a la orientación en el ámbito de las interacciones— ciertas relaciones como determinantes, mientras que en las demás relaciones la persona que co-causa el resultado y el suceso se separan de tal manera que el hecho de generar esa causa no se considera relevante para el resultado; en el ámbito jurídico-penal, esto significa lo siguiente: esa causa no genera un riesgo desaprobado. A modo de ejemplo: ciertamente, el ingeniero que diseña un automóvil que después se produce en masa y el constructor de una carretera asiduamente utilizada por vehículos son causales de los accidentes mortales que se producen con esos automóviles o en esa carretera; a pesar de ello, su comportamiento, si se corresponde con los estándares de seguridad exigidos, no se considera “matar”. Esto es totalmente independiente del lado subjetivo. Aunque —permítaseme esta suposición algo absurda— el ingeniero, en un acceso de sadismo, o por no haber podido imponer en la junta directiva una idea que mejoraría la seguridad de los vehículos, tuviese la intención de producir los accidentes: de acuerdo con el esquema social de interpretación, sigue distanciado de ellos. Probablemente, eso mismo ocurra también de acuerdo con el esquema según el que se rige él mismo; que haya finalidad y que un comportamiento se considere determinante son dos cosas distintas, también en la comprensión individual.

Al contrario de lo que sugiere el finalismo, a la hora de combinar ser humano y curso causal a través de la imputación para obtener la acción humana, ello no puede hacerse utilizando exclusivamente la anticipación psicológica individual de cursos causales, ni tampoco por el mero hecho de que se

conozca generalmente la existencia de tales sucesos psicológicos individuales se produce tal combinación: esta vinculación sólo se obtiene aplicando un esquema de interpretación, y la configuración determinante de este esquema deriva de la constitución de la sociedad, y no de una comprensión exclusivamente individual. Esta misma constatación se conoce en la dogmática jurídico-penal reciente bajo la denominación poco expresiva de "imputación objetiva",²⁹ y el creador de la teoría final de la acción, Welzel, realizó los trabajos preparatorios en esta materia con su teoría de la adecuación social.³⁰ Sin embargo, y al contrario de lo que generalmente se supone, la imputación objetiva o inadecuación social no se suma al concepto de acción como fundamento complementario de la responsabilidad, sino que, precisamente, "acción" sólo es la causación *imputable*; sin ese factor normativo, considerando sólo el proceso bio-psicológico, lo que acontece pertenece exclusivamente al ámbito de la naturaleza, y ésta como tal carece de relevancia jurídica. Sólo si la acción se entiende no como elemento natural en el ámbito de la imputación, sino como concepto que, a su vez, se halla determinado por la imputación, la acción se convertirá en lo que debe ser: una toma de postura relevante en el plano de la comunicación, una expresión de sentido comunicativamente relevante.

²⁹ Cfr. la exposición sinóptica de W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988; en este contexto no es necesario determinar qué debe articularse como problema de la descripción del comportamiento y qué como problema de imputación.

³⁰ (Nota 22), pp. 55 y ss.; cfr. al respecto Loos (nota 21) pp. 502 y ss.

Welzel pretendía, como él mismo dijo, reemplazar la concepción mecanicista de los causalistas; esto, sin embargo, no podía lograrse simplemente añadiendo determinados procesos psicológicos individuales, esto es, la estructura final, la previsión o la previsibilidad; o en todo caso podía lograrse en el sentido de poner en lugar de la mecánica la psicología. Welzel, sin embargo, quería llegar a la expresión de sentido, y por ello debería haber tomado en cuenta las condiciones en las que se constituye un sentido, y para ello hubiese sido necesario al menos que avanzase desde la finalidad individual hasta un esquema de interpretación que no tendría por qué haber sido socialmente vinculante, pero que de alguna manera tendría que haber sido capaz de transmitir este sentido. Con otras palabras: la discusión que actualmente se está produciendo, bajo el nombre de la imputación objetiva, acerca de la relevancia jurídica de actos causales es la prolongación o, mejor dicho, la precisión de la controversia relativa al concepto de acción. Si Welzel hubiese integrado su teoría de la adecuación social en la teoría de la acción, habría superado medio siglo de evolución.

5. Comisión y omisión

En la definición a la que hemos llegado —que sigue siendo provisional—, actuar significa, por tanto, lo siguiente: convertirse, de manera individualmente evitable, en la razón determinante de un resultado, rigiéndose la calificación de “determinante” por un esquema social de interpretación. Una vez que se percibe que se trata de realizar una atribución y no de algo que pertenece a la naturaleza, también se resuelve el problema de la omisión. También

en la omisión tiene lugar la *atribución* de un suceso a un ser humano; en el ámbito de la omisión de pleno peso, equivalente a la comisión, esta atribución no se hace a cualquiera que pudiese haber evitado el resultado, sino exclusivamente a una persona esencialmente implicada.³¹ Estas personas esencialmente implicadas se llaman *garantes*, y esta denominación no es más que otro nombre con el que se hace referencia a un segmento de aquel ámbito que he esbozado para el delito de comisión bajo el rótulo de “*imputación objetiva*”: quien omite la salvación ante un peligro sólo responde si su abstención es determinante. Que se denomine esta “*abstención determinante*” a su vez “*acción*” (entonces también el omitente actúa, ya que su comportamiento es relevante para el resultado), o que se escoja el término más específico “*omisión*”, unificando después acción y omisión bajo el concepto “*comportamiento*”, es indiferente: en todo caso se trata de la vinculación de un ser humano con un curso que conduce a un resultado.

Esta visión paralela de la comisión y de la omisión, con independencia de que se produzca bajo el supraconcepto acción, o como me parece preferible, bajo el de comportamiento, es discutida sobre todo por un punto: se argumenta que en el delito de comisión, por regla general (a menos que se trate de un delito especial) no hace falta la concurrencia de una posición de garante, por lo que, se dice, no pueden parangonarse comisión y omisión. Tomemos al

³¹ En esto se llega a la misma conclusión que R. D. HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, pp.172 y ss.: la acción es “la no evitación evitable estando en posición de garante”.

pie de la letra esta objeción: ¿el autor por comisión no es garante de la evitación del curso que le es imputable? ¿Por qué responde entonces?

En una sociedad moderna, que en el ámbito del Derecho penal ya no conoce sistemas de responsabilidad por una situación de hecho o por el resultado como se han esbozado al principio, sólo hay dos razones³² —intentaré exponerlas muy brevemente— que entran en consideración para fundamentar la responsabilidad: en primer lugar, los seres humanos configuran la realidad y responden si la configuran en un ámbito en el que son otros los que están autorizados para configurarla. Esto conduce a la responsabilidad por arrogarse un ámbito de organización. En segundo lugar, los seres humanos viven en el marco de ciertas vinculaciones características hacia los demás, esto es, ostentan determinados roles. Producen una defraudación si abandonan su rol; esto conduce a la responsabilidad por la lesión de una institución. Puede apuntarse que cabe unificar ambos supuestos entendiendo que la separación entre los ámbitos de organización es en sí misma una institución, convirtiéndose entonces la institución en la idea rectora; esto, sin embargo, no es decisivo en este contexto, sino lo siguiente: el ser humano puede llevar a cabo una organización a través de su actividad física o haciendo que trabajen por él operarios, animales o máquinas.³³ Utilizando

³² La diferenciación que sigue es equivalente a la de delitos de dominio y delitos por vulneración de un deber; el primero en hacerla fue ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963, pp. 354 y s., 384 y ss. y *passim*; respecto del estado actual de la cuestión, *idem*, op. cit., 5ª ed. 1990, pp. 626 y ss., 651 y s.

³³ Cfr. L. PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum*, 1974, pp. 140 y ss.

un ejemplo: que alguien acelere conscientemente su automóvil, que afortunadamente perdía velocidad, (pisando el acelerador, embragando, cambiando de marcha) y así cause un grave daño, o que conscientemente no lo frene, cuando el vehículo va a gran velocidad (simplemente limitándose a observar y omitir), causando así igualmente un grave daño, son dos posibilidades que tienen exactamente el mismo significado: en ambos casos el sujeto organiza su ámbito a costa de la víctima, se arroga por tanto un ámbito de organización. Que se empleen movimientos corporales —se actúa— o no —se omite— es indiferente. Por ello puede decirse: el automovilista es garante de que el empleo de su vehículo no produzca daño alguno, y “empleo” significa que, según en qué situación, no debe acelerar (y si a pesar de ello lo hace, realiza, porque actúa, un delito de comisión) o debe frenar (y si no lo hace, realiza —“comete”— un delito de omisión, porque no hizo lo que era correcto). En el ámbito de la competencia institucional es igual de simple superar el límite entre movimiento corporal y no-hacer-nada. Utilizando de nuevo un ejemplo: un tutor vulnera sus obligaciones tanto sustrayendo codiciosamente de propia mano como no impidiendo —aunque podría hacerlo— que un tercero sustraiga; —en todo caso es garante.

Generalizando, lo que se ha expuesto en relación con organización e institución significa lo siguiente: la gracia tanto de la acción como de la omisión no está en el hecho que en un caso hay actividad corporal y en el otro no la hay, sino en algo que no pertenece al ámbito de lo fáctico-naturalista, esto es, en la atribución de determinados resultados a

una persona. Por consiguiente, todo lo que expongo en cuanto a la acción, también puede trasladarse a la omisión; en ambos casos la cuestión es la adscripción a determinados garantes, y no algo perteneciente al ámbito de la naturaleza.³⁴ Incluso la definición propuesta “actuar significa convertirse de manera individualmente evitable en la razón determinante de un resultado” también sirve para la omisión; sólo queda limitada a los movimientos corporales si se considera que éstos van implícitos en “convertirse en la razón”. Que se haga o no de este modo, sólo tiene relevancia terminológica.

6. La expresión de sentido como no-reconocimiento de la vigencia de la norma

Quien actúa se convierte de manera individualmente evitable en la razón determinante de un resultado —de donde parece poder deducirse que el autor de una tentativa no actúa—. Otra opción sería la de corregir el concepto de acción amputando el resultado y dándose por satisfecho con algún tipo de tendencia hacia el resultado —pero en ese caso, parece poder deducirse de nuevo, el resulta-

³⁴ Tampoco se refiere a la ontología o a estructuras anteriores a la sociedad; la “capacidad de actuar” en cuanto “elemento común entre acción y omisión” (ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 84; JAKOBS [nota 1] 6/31 y s.) no es más que la capacidad, si así se quiere, de determinar que un resultado se produzca o no, esto es, el dominio sobre una diferencia de resultado; pero como no aporta nada para resolver la cuestión relativa a si es imputable el resultado, sigue siendo la capacidad de crear una base para actuar, lo que es *previo* a una acción entendida como expresión de *sentido*.

do ya no forma parte de la acción—. Este dilema se resuelve investigando con mayor exactitud cuál es el sentido que expresa quien actúa. Hasta este momento, aquí se ha partido de la base de que el sentido que se expresa es la configuración de la realidad llevada a cabo a través de la acción. Sin embargo, la constatación de esta configuración de la realidad y su imputación a la persona que ha actuado no se producen por la configuración en sí, sino que se imputa —en la medida en que se trata de imputación negativa, y especialmente de imputación jurídico-penal— como ruptura del orden vigente. Cuando sin razón alguna para hacerlo un autor destruye una cosa ajena, el sentido que expresa no es solamente “prefiero destruir la cosa a dejarla incólume” (lo que prefiera el autor, en sí mismo, carece de interés jurídico-penal), sino también: “no reconozco ninguna norma que me vincule y prohíba la destrucción”, y ésta sí que es una proposición que pertenece al contexto jurídico-penal. La expresión de sentido jurídico-penalmente relevante de una acción injusta no está en la manifestación del autor acerca de cómo se imagina la configuración de la realidad, sino en la toma de postura frente a la validez de la norma que aquélla conlleva de manera inseparable: no reconoce ninguna norma que le pudiese impedir actuar, sea que no conoce la norma en cuestión, sea que la conoce, pero pretende vulnerarla (u otras posibles configuraciones del ámbito de la culpabilidad). Esta toma de postura frente a la vigencia de la norma es el sentido que interesa, el que es decisivo desde el punto de vista del Derecho penal. Por consiguiente, es esta afirmación “me está permitido” la que halla expresión a través de la

acción; la afirmación “lo hago”, sólo es la base de la proposición anterior: “lo hago, ergo me está permitido, de acuerdo con mi juicio de valor”. Hablando en términos ejemplificativos: el autor de un delito de daños niega a través de su hecho la vigencia de la norma que prohíbe dañar. Es esta falta de reconocimiento de la vigencia de la norma frente a lo que el Derecho penal, siempre que concurra culpabilidad, reacciona. Por ello, constituye el resultado específicamente jurídico-penal; en este punto aún no nos ocupamos del papel de la culpabilidad en este contexto.

7. No-reconocimiento de la vigencia de la norma y resultado externo

El concepto de acción también puede definirse en función de este resultado, y entonces la definición es ésta: no reconocer la vigencia de la norma. Formulándolo de otra manera: quien expresa que la norma en el momento actual no constituye para él una máxima de comportamiento, actúa, si lo expresa a través de un movimiento corporal; y omite, si es la omisión de determinada actividad la que conlleva la expresión. El no-reconocimiento de la vigencia de la norma puede ser completo sin que se produzca un resultado externo del delito; basta que el autor —utilizo la terminología del Derecho positivo— haya “dado principio” a la producción del resultado; este comportamiento de dar principio se produce de manera consciente en la tentativa dolosa, y en el caso de la tentativa imprudente, que *de lege lata* es impune *per se*, tiene lugar sin que exista consciencia actual de las consecuencias que —de manera evitable (¡!)— se avecinan.

Esta concepción, sin embargo, no significa que sólo tenga importancia el desvalor de acción.³⁵ Al contrario, como ya he dicho, lo decisivo es que no se reconoce la vigencia de la norma, y este no-reconocimiento, al ser un proceso comunicativo, *siempre* precisa de una *objetivación* del hecho de que el autor subjetivamente no haya tenido en cuenta la norma como máxima de comportamiento. También el movimiento corporal sin resultado delictivo externo es una objetivación; de no ser así, carecería de interés jurídico-penal. Desde esta perspectiva, el resultado externo del delito es una *ulterior* objetivación que incrementa cuantitativamente el movimiento corporal. Sin embargo, no debe considerarse el resultado como un suceso puntual, sin pasado, de la misma manera que no puede disolverse el movimiento corporal en una secuencia de puntos aislados (lo que significaría que se convertiría en una secuencia de causaciones aisladas del resultado), sin destruir su sentido. Al contrario: se trata de una secuencia que da cuerpo a un determinado sentido, desde el comienzo de la tentativa hasta la producción del resultado externo. Éste, en cuanto punto final de una secuencia, no es un resultado aislado (muerte de un ser humano), sino *corpus delicti* (realización de un asesinato). Desde esta perspectiva, la discusión acerca del desvalor de acción y del desvalor de resultado es inadecuada para captar aquello de lo que se trata: el no reconocimiento de la vigencia de

³⁵ De otra opinión, ARMIN KAUFMANN, ZStW 80, pp. 34 y ss., 50 y s.; *idem*, en: G. STRATENWERTH *et al.* (a cargo de la ed.), *Festschrift für Welzel*, 1974, pp. 393 y ss., 403; D. ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 127 y ss.

la norma que se produce a través de la expresión de sentido de una persona, pudiendo ser la objetivación más o menos intensa, esto es, cuantitativamente diferenciada. Un ejemplo: de la misma manera que un libro comienza con la afirmación de que es obra de su autor, y no deja de serlo una vez sentada esa afirmación, con la tentativa comienza la obra del autor, sin que finalice con la conclusión de la tentativa.

Entonces, ¿hay un resultado que es parte de la acción? Siempre lo es la objetivación del no reconocimiento de la vigencia de la norma. Y, más allá, ¿también pertenece a la acción un resultado externo? Algún tipo de objetivación necesariamente forma parte de la acción. El hecho de levantar bruscamente un arma por sí mismo ya es la causación de un resultado. ¿Y los demás resultados que derivan de manera evitable del movimiento corporal? Incrementan cuantitativamente la objetivación.

Formulo una conclusión provisional: acción es objetivación de la falta de reconocimiento de la vigencia de la norma, esto es, la expresión de sentido de que la norma en cuestión no es la máxima rectora. Expresión de sentido es un comportamiento que conduce o puede conducir a un resultado delictivo externo y evitable, si este comportamiento, de acuerdo con un juicio comunicativamente relevante, es o podría ser la razón determinante del delito externo. *En la secuencia inversa:* se crea de manera evitable una condición del resultado (ésta es la acción del finalismo, ampliada a la imprudencia, aunque en realidad sólo es "acción" porque tácitamente se incluye algún esquema de interpretación del sentido); esta condición es la razón determinante del resultado, o podría llegar a serlo, de acuerdo con un juicio comunicativamente relevante (así es como hay

que precisar el concepto de acción después de su desarrollo por la teoría de la imputación objetiva). Con ello, el autor expresa que la norma que se opone a su comportamiento para él no es la máxima de comportamiento rectora (ésta es la formulación de la acción como expresión de sentido); este sentido introducido en el mundo es el efecto específicamente jurídico-penal.

8. ¿Objetivación de la acción?

Se plantea la cuestión acerca de si con esta concepción de la acción, que se basa en el sentido comunicativamente relevante que se ha manifestado, la evitabilidad individual sigue cumpliendo algún fin. En el caso de Welzel fue el salto desde la mecánica de los motivos hacia el sentido lo que le condujo a la estructura final. Welzel identificaba hecho psíquico individual con sentido social. Si, sin embargo, eso no puede ser así —y ello ha sido probado por la teoría de la imputación objetiva; él mismo intuía que existían incongruencias, como demuestra que limitase la realización del tipo a los comportamientos socialmente adecuados— entonces parece ser posible concebir la imputación, como injusto, de manera objetiva, tratando el problema de si el autor podía comprender el sentido objetivo como un problema perteneciente a la culpabilidad. Entonces, acción sería todo aquello que objetivamente puede entenderse como expresión de sentido; y la cuestión acerca de si podía evitarse individualmente la expresión de ese sentido debería resolverse en el ámbito de la culpabilidad. Un ejemplo: en esta concepción, quien ejecuta un comportamiento que conlleve un riesgo desaprobado y conduzca a la

muerte de una persona, cometé un injusto de homicidio; que *él mismo* fuese consciente o pudiese haberse percatado de que estaba creando un peligro de muerte, sería un problema de la culpabilidad. Con otras palabras: el concepto de acción causal se enriquecería con la imputación objetiva y con ello pasaría de estar en un contexto mecanicista a uno de carácter social. Dolo e imprudencia serían parte de la culpabilidad. Esta solución parece justificarse por el hecho de que los seres humanos entran en contacto en la vida diaria en su condición de portadores de un rol y deben confiar en que los demás estarán en condiciones de desarrollar determinados comportamientos *standard*; así las cosas, parece que la incapacidad individual puede tener efectos exculpatorios, pero no modifica el contenido de la expectativa.

Por muy práctica que fuese tal separación —el injusto se integraría en la imputación objetiva; la imputación subjetiva tendría lugar únicamente en la culpabilidad—, no nos conduciría a un concepto *jurídico-penal* válido de injusto. Aquello que acabo de mencionar como contenido de una expectativa general, esto es, una determinada *forma* de comportamiento estandarizada, es el contenido de la expectativa de la que es garante el *Derecho civil*. Quien no alcanza el *standard* del círculo jurídico en el que se mueve de manera imputable, debe reparar el daño. Éste es el procedimiento que debe seguirse si lo que se pretende —como ocurre en Derecho civil— es garantizar la seguridad de bienes jurídicos. Incluso cabe realizar una imputación más estricta, como ocurre, por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad por fuentes de riesgo. Pero el Derecho penal no garantiza la seguridad de bienes jurídicos,

sino la vigencia de la norma. De la misma manera que un defecto corporal excluye la expectativa de que se realicen prestaciones que presuponen un cuerpo sano, o que la impericia excluye la expectativa de un comportamiento propio de una persona con experiencia, también un defecto de las facultades cognitivas excluye la expectativa de un cálculo correcto. Desde el punto de vista del Derecho penal, lo único que es contenido de la expectativa es que la norma constituya la motivación dominante, ya que el fin de la pena es el mantenimiento de la fidelidad al ordenamiento jurídico. Si se realiza algún comportamiento que difiere del *standard*, a pesar de que la norma es la motivación dominante, la razón de ello sólo puede estar en un defecto del autor; pero el Derecho penal —a diferencia de lo que ocurre en Derecho civil— garantiza exclusivamente la ausencia de defectos en los sujetos en un solo punto: en la motivación para obedecer a la norma, y no en lo que se refiere al resultado del procesamiento de esa motivación.

Y en los casos en los que se pretende garantizar *standards* cognitivos, el Derecho penal los convierte en normas: se prohíbe un comportamiento no por ser lesivo, sino porque —de acuerdo con un juicio general— podría lesionar; estos delitos se llaman de peligro abstracto. En este sentido, por ejemplo, se prohíbe *per se* la conducción de automóviles en estado de ebriedad, sin que haga falta que se constate cognitivamente el juicio de peligro correspondiente a este comportamiento. O formulándolo de otra manera: en el caso de los delitos de lesión, la ley se limita a indicar una finalidad —¡no lesiones!— y deja a cargo del ciudadano individual la selección y la aplicación de los medios comunicativamente relevan-

tes ³⁶ para la consecución del fin. Se trata de administración descentralizada, cuya efectividad, por tanto, queda limitada por los posibles defectos que aparezcan en la capacidad del autor para procesar lo que establece la norma. Si lo que se pretende es que se mantenga un determinado *standard*, éste se prescribe por separado, lo que se hace precisamente en los delitos de peligro abstracto. En esa medida, por tanto, también se produce una centralización.

Por lo tanto, la configuración externa de la acción debe interpretarse en el ámbito de la administración descentralizada (delitos de resultado) en el contexto de la representación comunicativamente relevante del administrador. Del mismo modo que esto puede tener efectos exoneradores, como por ejemplo en aquellos casos en los que el peligro no sea cognoscible subjetivamente, también puede generar responsabilidad, en los supuestos en los que precisamente el contexto es el que demuestra que la configuración de la acción es generadora de un riesgo no permitido: así sucede en la tentativa que externamente se halla configurada de tal manera que parece inocua. Hablando en términos ejemplificativos: quien no puede saber que las viandas que sirve están envenenadas, no comete injusto alguno, pero quien sabe ³⁷ que, de acuerdo con un juicio comunicativamente relevante,

³⁶ Dicho muy a grandes rasgos, se trata de una situación interpretada razonablemente; más exactamente G. JAKOBS, en: G. DORNSEIFER *et al.* (a cargo de la ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 271 y ss., 277 y ss. (cfr. la traducción castellana de este trabajo recogida en el presente tomo [nº 8] [n. del t.]).

³⁷ Y debe saberlo; respecto de los conocimientos especiales, cfr. JAKOBS (nota 36).

podrían estar envenenadas, comete una tentativa, aun cuando en realidad no lo estén.

9. ¿Injusto personal?

¿Y qué es lo que aporta la conclusión que hemos obtenido al concepto de injusto? La expectativa —y sólo por ello es una expectativa normativa— no se refiere al comportamiento del ser humano como existe *de facto*, sino al ser humano como debe ser, esto es, estando motivado de manera dominante hacia el cumplimiento de la norma. Por consiguiente, en el marco de esta motivación, la persona es imaginada como portadora de un rol, esto es, como ciudadano perfecto. Si, partiendo de esta constatación, volvemos a dirigir nuestra atención ahora a la evitabilidad individual como parte del injusto, obtenemos el siguiente resultado: *en su punto de partida, la evitabilidad no es individual, sino objetiva*. No hay nada que sea evitable porque en el autor se presenten cualesquiera fenómenos psíquicos, sino porque, si nos lo imaginamos con la motivación de un ciudadano perfecto, el autor evitaría. Cuando la motivación (que debe imaginarse como perfecta) conduce a un ejercicio de la dirección del aparato psicofísico real que conllevaría que no se ejecutase el comportamiento, entonces ese comportamiento es evitable. En esta situación, dolo e imprudencia individual son las formas en las que se manifiesta un déficit de motivación dominante hacia el cumplimiento de la norma; son, por lo tanto, el déficit *objetivo* de motivación para el cumplimiento de la norma, prolongado hasta penetrar en la realidad de lo individual y determinado en función del criterio del buen ciudadano. O formulándolo de nuevo: *dolo e imprudencia no fundamentan el injusto en su condición de hechos psíquicos individuales, sino como expresión de un defecto, determi-*

nado según criterios objetivos, que se manifiesta en el individuo. Lo subjetivo-individual, esto es, el dolo como hecho psíquico, por tanto no *fundamenta* el injusto, sino que sólo es un *indicio* de la existencia de una falta (determinada objetivamente) de motivación para cumplir la norma. Si, como hoy es habitual, al hablar de "persona" se hace referencia a la individualidad autónoma, "injusto personal" ³⁸ es una denominación errónea para lo anterior. Sólo utilizando la antigua concepción de persona, como máscara o rol, podría hablarse del injusto personal; ya que, como se ha expuesto, se trata de la expresión individual de un déficit determinado objetivamente; *este déficit es el soporte del injusto*. Toda la dirección de la acción únicamente tiene un significado indiciario; indica que falta lo único que se garantiza por medio del Derecho penal: disposición para cumplir la norma. Por consiguiente, no es cierto que la dirección del comportamiento no tenga función alguna en el ámbito de lo injusto: se la aprehende por medio de indicios.

IV. LA CULPABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA ACCIÓN

Si para la valoración de un comportamiento, por lo tanto, lo decisivo no es la naturaleza, ni lo físico ni lo psíquico, sino el sentido, ¿no sería adecuado volver (también) en este ámbito a la teoría de la imputación de Hegel, ³⁹ de manera que se elimine la sepa-

³⁸ WELZEL (nota 22), p. 62.

³⁹ G. F. W. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 113 y acotación: "La manifestación de la voluntad como voluntad subjetiva o moral es acción. ... Sólo la manifestación de la voluntad moral es acción".

ración entre injusto y culpabilidad, siendo una acción igual a una acción culpable? Para poder decidir sobre esta cuestión, pretendo formular en primer lugar cuál debe ser el tenor literal de la norma que vulnera el autor. Limitándome a los delitos de lesión, la norma en el concepto causal de acción es: no causes lesiones. En el caso de la teoría final de la acción, ampliada por la imprudencia, la norma es la siguiente: no emprendas nada que de manera evitable pudiera lesionar. Y si, de acuerdo con la concepción que aquí se defiende, la lesión se entiende como proceso de imputación, como expresión de un sentido en un esquema objetivo de interpretación, la norma debe ser formulada como sigue: no emprendas nada que en el esquema de interpretación válido signifique lesionar. Nos queda por analizar si quien lesiona, como arriba hemos definido, actuando de manera evitable, pero inculpable, emprende algo que signifique lesionar.

Este análisis puede conducir a dos resultados contrapuestos (aparte de sus formas mixtas). Por un lado, puede seguir manteniéndose que el inimputable, o quien se encuentra en un error de prohibición inevitable, o en un estado de necesidad exculpante, o en general quienes actúan sin culpabilidad, también emprenden algo que significa lesionar; esto es, también aquel autor que se encuentra en una especial situación psíquica o un especial contexto externo que impide que de su comportamiento se extraigan consecuencias válidas en una situación normal. Para esta concepción también actúa el sujeto inculpable. Sin embargo, por otra parte, puede pensarse que el conflicto social que supone un hecho exculpado se resuelve cognitivamente, y no normativamente, porque se considera que el autor

no es competente para modificar las condiciones de comportamiento (generadas objetivamente) que le afectan; dicho de otro modo, el conflicto se reconduce a enfermedad, error, miedo, y queda explicado *con esto*. Desde esta perspectiva, en un primer momento parece que el autor está expresando un sentido; un análisis más exacto, sin embargo, demuestra que la razón determinante es algo que excluye la existencia de un sentido: enfermedad u otra fuerza.

Ambos puntos de vista son posibles. El hecho de que sea el primero de ellos el que se aplique actualmente de manera casi unánime apenas tiene razones convincentes. En primer lugar, se vinculan consecuencias de carácter aparentemente sistemático al juicio de injusto, como por ejemplo en cuanto a la regulación de la participación o para la aplicación de algunas causas de justificación. Esta razón es completamente formal; estas instituciones deberían disponer de una sistemática *propia*. En segundo lugar, se argumenta que es evidente que la persona inculpable no está autorizada a matar o coaccionar o conducir en estado de embriaguez. Pero hay muchas otras cosas para las que no está autorizada sin que ello tuviese relevancia jurídico-penal: la seguridad y el orden públicos y la integridad del mundo de los bienes jurídicos, regulada por el Derecho civil y el Derecho de policía, y también la existencia de derechos excepcionales, no tienen nada que ver con la finalidad de la pena, que es la de estabilizar la vigencia de la norma. Y no puede negarse el hecho de que en los casos de exculpación no se lleva hasta sus últimas consecuencias el carácter normativo de la expectativa, optándose en cambio por asegu-

ramientos de carácter cognitivo.⁴⁰ Queda como último argumento uno de naturaleza lógica, algo pálido, pero claro, como suele ocurrir con este tipo de argumentos: se aduce que en todo caso la falta de culpabilidad por imposibilidad de conocer o cumplir la norma presupone que ésta exista como tal con independencia de su cognoscibilidad o de la posibilidad de cumplirla, por lo que aquello que es contrario a la norma, el injusto, puede también existir independientemente. Este argumento es correcto. Al menos algunos preceptos pertenecientes al ámbito de la culpabilidad, concretamente los que se refieren al injusto, no pueden incluirse en la norma, sino que constituyen un ámbito de metarreglas. Es por esta razón por la que la separación entre el injusto como vulneración de la norma y el carácter culpable del injusto como obligación de responder por la vulneración es una necesidad lógica. Y en este sentido, para caracterizar esta distinción, aquello que es común a todos los tipos de injusto puede denominarse acción *de injusto*. No pretendo dirigir mi

⁴⁰ La expectativa normativa se redefine en una expectativa cognitiva cuando la "vulnera" un inimputable. Por consiguiente, frente a esas personas sólo existe de manera provisional. Si la desigualdad de la persona es conocida ex ante, ni siquiera se plantea la expectativa normativa: que se afirme que una persona aquejada de ataques de furia, encerrada en un hospital y evidentemente enferma mental puede defraudar expectativas normativas evidencia una comprensión (al menos) algo extraña de lo que es la sociedad. Desde el punto de vista del Derecho penal, el injusto sin culpabilidad (se formula la expectativa normativa, pero luego se redefine) y la falta de injusto (la expectativa ni siquiera se plantea) son equivalentes al menos en la medida en que no se expresa un sentido, sino que es naturaleza lo que concurre.

argumentación contra la necesidad de mantener el concepto de injusto como concepto auxiliar para la determinación de la culpabilidad.

Sin embargo, que se constate que es necesario mantener el injusto como escalón valorativo preparatorio del juicio de culpabilidad no implica que sea en este nivel en donde cristalice la función del Derecho penal, como ocurría en la responsabilidad por el resultado con la causalidad como curso determinado por el destino. Formulándolo como pregunta: ¿es precisamente el injusto la perturbación social que debe ser eliminada específicamente por el Derecho penal? Si así fuese, el Derecho penal debería reaccionar frente a todo injusto —lo cual, sin embargo, no ocurre en los casos de ausencia de culpabilidad—. Lo que aquí se pretende no es fundamentar la necesidad de la culpabilidad como presupuesto de la responsabilidad, sino desarrollar el concepto de acción en el Derecho penal culpabilístico que tenemos; por consiguiente, sea cual fuere la razón de que en una concepción moderna la pena presupone culpabilidad, en todo caso puede decirse que en el marco de tal concepción no existe una lesión de la vigencia de la norma jurídico-penalmente relevante sin culpabilidad, esto es, que la finalidad de la pena no cristaliza en la vulneración de la norma —que puede producirse sin culpabilidad— como injusto, sino en la culpabilidad. Desde esta perspectiva, formulándolo como norma, detrás de la norma de comportamiento hay otra norma (ésta, sin embargo, no tiene que ser cognoscible) con el siguiente tenor: ¡no seas culpable! Sólo quien vulnera la norma de comportamiento siendo responsable, esto es, siendo culpable, vulnera *esta* norma, y en *esta* vulneración de la norma es en donde cristaliza la finalidad de la pena,

porque es esta vulneración de la norma la que constituye la lesión de la vigencia de la norma.

En todo caso, quien se limita a la vulneración de la norma de comportamiento se queda a medio camino. *Y ello es así porque el injusto no produce por sí mismo la pena, sino que jurídico-penalmente es un mero concepto auxiliar. Por ello, un concepto de acción que almacene el programa completo del Derecho penal debe ser ampliado hasta la culpabilidad. Acción es convertirse a sí mismo en culpable;* formulándolo de otro modo: acción es la asunción culpable de la competencia por una lesión de la vigencia de la norma. Este concepto de acción —y sólo éste— es más que un concepto auxiliar jurídico-penal, es el concepto de aquel comportamiento que hace necesaria la imposición de una pena. Los conceptos que se ubiquen por debajo de este nivel acaso abarcan situaciones provisionales. Sólo si se extiende el concepto hasta la culpabilidad, adquiere un contenido vinculante desde el punto de vista del Derecho penal.

Como conclusión a este respecto: la acción, en cuanto “asunción culpable de la competencia por una lesión de la vigencia de la norma”, es la acción en un Derecho penal de culpabilidad. La versión ampliada, “acción como asunción competencia por una lesión de la vigencia de la norma”, también abarca la acción en un Derecho penal de responsabilidad por el resultado, y la versión aún más amplia, “acción como convertirse en competente por una lesión de la vigencia de la norma”, además abarca la responsabilidad por una situación de hecho. Las razones de la competencia en cada caso —situación de hecho determinada por el destino, efectos del destino, culpabilidad en la comprensión moderna— y el concepto de lesión de la vigencia de la norma pueden ser muy

diversos, pero la construcción normativa siempre es la misma: se vincula una lesión de la vigencia de la norma con una persona y se compensa mediante una pena que se impone a esta persona. De esta manera, el concepto de acción se convierte en la llave maestra del Derecho penal de distintos sistemas sociales.

V. SOBRE LA MATERIALIDAD DEL CONCEPTO DE ACCIÓN

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, la acción ha incorporado la evitabilidad y la culpabilidad. La acción y la imputación de la culpabilidad —y ésta a su vez presupone la imputación del injusto— son lo mismo. El comportamiento, en cuanto suceso psico-físico, debe ser objetivamente imputable, evitable y culpable. Pero, ¿de qué comportamiento se trata? ¿Acaso no hemos estado hablando hasta ahora sólo en un sentido formal de aquello que emprende la persona que actúa? De ninguna manera ello es así; el concepto de acción siempre se materializa de modo derivado cuando se reconoce la necesidad de un esquema social de interpretación. No hay imputación objetiva a la hora de soñar o dar un paseo (¡mientras no se omita algo que debía hacerse!), sino sólo en el caso de un comportamiento socialmente relevante. La imputación objetiva elimina a modo de filtro todos aquellos comportamientos que no perturban socialmente —también aquello que puede imputarse positivamente: no es ésta la imputación de la que aquí se trata—. Lo que queda es lo que crea riesgos no permitidos, esto es, lo que causa una lesión de la vigencia de la norma en caso de concurrir evitabilidad y culpabilidad. A modo de ejemplo: el hecho de que se pueda ejecutar en la propia vi-

vienda la acción jurídico-penal de un homicidio, pero no la acción jurídico-penal de cantar canciones populares, deriva de la configuración de la sociedad que desarrolla para lo uno reglas jurídico-penales de imputación, mientras que si se establecen para lo otro reglas de imputación, desde luego no son jurídico-penales. A diferencia de lo que ocurría con el concepto de acción de Welzel, que por ser ajeno a la sociedad (aunque no fuese voluntario ese desligamiento) también abarcaba cualesquiera actos finales, en el marco del concepto de acción que aquí se defiende, únicamente son relevantes actos que responden a unas determinadas características. Desde el punto de vista del Derecho penal, la acción siempre y en todo caso sólo es algo socialmente inadecuado. Por supuesto que también existen reglas de imputación socialmente relevantes para aquello que es socialmente adecuado, pero éstas pertenecen a otro ámbito, y su funcionamiento no tiene por qué ser paralelo (probablemente allí tenga más importancia el resultado, esto es, estas reglas permanezcan en un escalón evolutivo más antiguo).

El concepto de acción que aquí se defiende es material en su relación con una determinada sociedad. Bien es cierto que fija de manera insuficiente de *qué* sociedad se trata, y por ello, su carácter material es derivativo; pero al menos está claro *que* se trata de la sociedad, y no de peculiaridades individuales.

Capítulo III

La prohibición de regreso en los delitos de resultado*

Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión

SUMARIO: I. Esbozo del problema. II. Crítica de las propuestas de solución existentes. 1. Adecuación social. 2. Prohibición de regreso. 3. Principio de confianza. 4. Teoría del fin de la norma. III. Causalidad e imputación. 1. Fundamentos. 2. Fórmulas. 3. Ejemplos. 3.1. El ámbito de la prohibición de regreso. 3.2. Ampliación al dolo. 3.3. El ámbito del "instrumento" no doloso. 3.4. El ámbito del principio de confianza. 3.5. El ámbito de la teoría del fin de la norma.

* Título alemán: *Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*; publicado en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 89 (1977), pp. 1 a 35.

Traducción de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid), con algunas modificaciones introducidas por el autor para la versión castellana.

I. ESBOZO DEL PROBLEMA

De acuerdo con la concepción más habitual hoy en día, en el ámbito de los delitos de resultado por comisión, la causalidad evitable (esto es, la causalidad que es objeto de dolo o imprudencia) constituye siempre, en un doble sentido, fundamento de la responsabilidad: se sostiene por un lado que si no concurre la causalidad evitable del comportamiento, no se responde del resultado,¹ y, por otro, que ésta constituye siempre uno de los elementos de la imputación, esto es, uno de los presupuestos de la responsabilidad. Esta última afirmación constituye el objeto de este trabajo. De acuerdo con esta concepción, es posible que el comportamiento causante del resultado esté permitido en virtud de circunstancias especiales, que se haya cometido sin culpabilidad, o que se halle exculpado por concurrir circunstancias especiales, pero nunca es insuficiente por sí mismo para generar responsabilidad. Se afirma, por tanto, que no existe una causa-

¹ Esta afirmación es discutida en el ámbito de la participación; cfr. a este respecto SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, 1972, pp. 49 y ss., 160 y ss., con referencias; respecto de la situación en los supuestos de desistimiento, cfr. LENCKNER, *Gallas-Festschrift*, 1973, pp. 281 y ss., 290 y s.; GRÜNWARD, *Welzel-Festschrift*, 1974, pp. 701 y ss., 708.

ción evitable del resultado que no pueda ser elemento de imputación en el delito de resultado, sino que, por el contrario, de no concurrir permisos especiales y siempre que sea culpable, todo comportamiento que causa el resultado de modo evitable debe conllevar responsabilidad, y ello *aunque este comportamiento se vea mediado por el de otras personas*.² Se sostiene así que la causación evitable siempre atañe al causante.

Para esta doctrina, en el laberinto de las causas individuales no hay pasadizos prohibidos al regreso de la responsabilidad. Esto no se fundamenta con la consideración de que una imputación de tal amplitud es necesaria, sino más bien afirmando que es posible. Se sostiene que la libertad de acción, que es lo que corre peligro de asfixiarse de llevarse a la práctica de modo estricto esta concepción, puede contraponerse a esta extensión de la responsabilidad, de modo que al menos resulta un riesgo permitido.

La concepción que brevemente se ha esbozado sufre, como tendremos ocasión de observar al analizarla más detenidamente, de una especie de hipertrofia de imputación que es hija del prejuicio naturalista según el cual, concurriendo el mismo grado de evitabilidad, la equivalencia de causas conlleva necesariamente equivalencia de imputación. Bien es cierto que este prejuicio puede explicarse por las necesidades de la protección de bienes, pero sigue siendo un prejuicio, ya que con la protección de bienes aún no entra en consideración aquello que es específicamente jurídi-

² Respecto de las teorías que se diferencian de esta concepción habitual, cfr. *infra* II.

co-penal en la imputación, ni mucho menos queda trasladado al plano dogmático.

Por el contrario, en el ámbito de los delitos de resultado de omisión impropia, resulta evidente que el equivalente de la causación evitable, esto es, la capacidad de evitación, no comporta la imputación del resultado si no se constata la existencia una relación específica del sujeto con el suceso que es capaz de modificar. El no-salvamento evitable no siempre atañe al sujeto capaz de salvar.

Esta "generosidad" se puede soportar en el ámbito de la omisión porque en las situaciones que allí se dan es más fácil fundamentar de manera aceptable que el conflicto³ pueda resolverse sin contar con el sujeto capaz de evitar, que sostener en el ámbito de la comisión que se pueda alcanzar la solución dejando de lado al causante de la lesión evitable. Un peatón que da un traspies estando el suelo helado, y al que otro peatón no ayuda a evitar la caída, ha tenido mala suerte (no era previsible que el suelo estuviese helado), no tuvo cuidado (la helada era previsible), o es víctima de la Administración responsable de las vías públicas, etc. Por el contrario, la explicación de que el segundo peatón habría tenido que prestar ayuda y la fundamentación de que éste era su deber y tenía que asumirlo, probablemente no baste para aclarar el suceso. Sin embargo, si el primer peatón ha sufrido la caída a causa del comportamiento de un tercero, parece que en primer lugar habrá que investigar este comportamiento para comprobar si es imputable, y si se obtiene un

³ Fundamental respecto del procesamiento de defraudaciones: LUHMANN, *Rechtssoziologie I*, 1972, pp. 53 y ss.; *idem*, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, 2ª edic. 1972, pp. 251 y ss.

resultado positivo, ello impide que se impute a la propia víctima. No pretendo analizar aquí cuál es la razón de la actual configuración de esta diferencia;⁴ ya con la mera contraposición de ambos campos se advierte que la cadena de fundamentación de la imputación es más larga en la omisión que en la comisión: en la omisión, la imputación jurídico-penal es una de las posibles soluciones del conflicto, respecto de la cual siempre es necesario fundamentar de modo positivo que es plausible y que debe llevarse a cabo. En la comisión, por regla general, ya no se investigan ni la plausibilidad de la solución ni la posibilidad de solucionar el conflicto de otra manera. Dicho de otro modo: en el ámbito de la omisión, la finalidad de la imputación jurídico-penal puede determinar el contenido de la imputación, mientras que en la comisión este contenido se halla petrificado.

⁴ Respecto de las propuestas de solución de ENGISCH, en función de la cantidad de energía a emplear (*Gallas-Festschrift*, 1973, p. 173) y en función de la medida de la limitación de libertad (MSchrKrim. 30, p. 423), cfr. la crítica, a mi modo de ver plenamente acertada, de SAMSON (*Welzel-Festschrift*, 1974, p. 586). Sin embargo, la solución de SAMSON tampoco es satisfactoria. SAMSON considera que el deber de incrementar las posibilidades de supervivencia de un bien (norma de mandato) constituye un deber de solidaridad, que sólo puede justificarse de modo excepcional, y que el deber de omitir la disminución de posibilidades de supervivencia (norma de prohibición), por el contrario, es el deber de respetar el *status quo* (*op. cit.*, p. 595). Sin embargo, este *status quo* se determina sin el sujeto que actúa. Si se incluye al sujeto que actúa junto a su plan de acción real, la destrucción del bien se halla implícita en el *status quo*—del mismo modo que sucede en el delito de omisión—. Al pretender SAMSON dejar fuera de consideración el hecho, incorpora con ello subrepticamente al sistema la omisión de todas las acciones que lesionen a otras personas, esto es, la solidaridad ilimitada.

En lo que sigue, se pretende tener en cuenta para la comisión la finalidad de la imputación jurídico-penal, y ello en un ámbito en el que los contenidos petrificados de la imputación, la causalidad y la evitabilidad, conducen a soluciones que deben ser corregidas: en el ámbito de la prohibición de regreso. Para clarificar el problema, enunciaré en primer lugar algunos ejemplos⁵ en los que al menos no resulta evidente que deba responderse del resultado. Todos estos casos se configuran de tal modo que el resultado se producirá *con certeza* y ello es conocido o cognoscible; por consiguiente, la solución no puede estar en un riesgo permitido.

1. Los magistrados que dirigen un proceso en el que se juzga a los miembros de un grupo terrorista tienen conocimiento de la amenaza de asesinar a un político si siguen adelante con el proceso. Lo hacen y un político es asesinado.⁶

2. El ama de llaves de un estafador lava y plancha los cuellos de sus camisas; etc. O un deudor satisface su deuda, aunque conoce que el acreedor quiere utilizar el dinero para preparar un delito; etc. O el jefe de un taller de reparaciones le devuelve a petición del cliente su automóvil, que ya no puede ser reparado y se encuentra en un estado totalmente inadecuado para participar en el tráfico. El cliente conduce a pesar de los defectos, produciéndose el daño correspondiente. O el empleado de una gasolinera llena el depósito de gasolina de un vehículo cuyas ruedas están gastadas; etcétera. O un asesino no sólo adquiere del farmacéu-

⁵ Vid. más casos *infra* III, 3.

⁶ Un caso análogo constituye la base de la sentencia BGHSt 7, pp. 268 y ss., en lo que se refiere a la comisión; cfr. además SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, p. 155.

tico un insecticida para utilizarlo como veneno, sino que compra al panadero una pieza de bollería en la que quiere administrar el veneno, lo que hace con las consecuencias correspondientes. O un fabricante de elementos eléctricos suministra sus productos, de buena calidad, a una empresa que los usa para fabricar unos aparatos cosméticos nocivos para la salud y que sólo pueden ser distribuidos por medio de engaño; etcétera.

3. Un observador minucioso comunica a su amigo en un local de mala reputación, en el que también están a la escucha maleantes, determinadas oportunidades de cometer delitos, que él, sin embargo, no quiere aprovechar, y sin pretender con ello inducir a nadie; etcétera.⁷

4. Un sujeto que desprecia a un determinado partido prende fuego a una bandera de un determinado color. Un miembro de ese partido sufre graves quemaduras al intentar, corriendo un riesgo desproporcionado, salvar el paño sagrado.⁸

⁷ Ejemplo tomado de SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, 2ª edic. 1975, 14/126 (aunque refiriéndose a la imprudencia); cfr. los conocidos casos de inducción a desistir de un plan de salvamento haciendo afirmaciones ciertas, *vid.* al respecto ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 200; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª edic. 1969, p. 56; cfr. además los casos en los que se causa un plan delictivo informando verazmente de una determinada situación o haciendo posible que se tenga conocimiento de una situación; respecto de esto último, cfr. STRATENWERTH, *Strafrecht*, 1971, n.m. 931.

⁸ Un caso análogo aparece en BGHSt 17, pp. 359 y ss.; cfr. respecto de este problema, ROXIN, *Honig-Festschrift*, 1970, pp. 142 y s.; *idem*, *Gallas-Festschrift*, 1973, pp. 246 y s.; ROXIN-SCHÜNE-MANN-HAFFKE, *Strafrechtliche Klausurenlehre*, 2ª edic. 1975, pp. 138 y ss.; SCHÜNEMANN, *JA* 1975, pp. 721 y s.

II. CRÍTICA DE LAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN EXISTENTES

Respecto del ámbito que acabo de esbozar de manera aproximativa, se discuten propuestas de solución que van más allá del esquema de causalidad más evitabilidad: adecuación social, prohibición de regreso, principio de confianza y teoría del fin de la norma.

1. Adecuación social

Es posible constatar con bastante rapidez que la solución no puede hallarse en la adecuación social de los comportamientos. Es imposible determinar cuáles son las “modalidades de comportamiento... [que] rompen gravemente el marco de los órdenes históricamente generados de la vida social”⁹ sin fijar la medida en la que debe tenerse en cuenta el respectivo contexto al interpretar el comportamiento. Si el comportamiento se contempla de manera aislada, en la mayoría de los casos deberá considerarse socialmente adecuado, por la simple razón de que en el ámbito de los delitos de resultado, el comportamiento, si se le priva de su referencia al resultado, carece de toda vinculación a algo delictivo, esto es, no resulta posible constatar que esté prohibido, y también es completamente insulso en relación con el criterio de los “órdenes históricamente generados”. Si, por el contrario, se amplía el contexto a tener en cuenta al menos hasta las circunstancias de cuya presencia cabe deducir la producción del resultado (y sólo entonces tiene interés jurídico-penal el concepto de adecuación social), en los casos que no están estereotipados (y por tanto no pueden ser resueltos a través del riesgo permitido) falta toda con-

⁹ WELZEL, op. cit. (nota 7), p. 55.

creción mínimamente clara de dicho orden, de modo que en este contexto, el concepto de adecuación social no aporta nada a la averiguación de los principios de la imputación, pero tampoco impide llegar a una determinada conclusión. Refiriendo esto a los ejemplos en los que se puede llegar a discutir la adecuación social (1-3), lo anterior significa lo siguiente: por supuesto, 1) dirigir un procedimiento penal, 2) llevar una casa, cumplir un contrato, vender objetos de comercio corriente, producir piezas intactas de determinados aparatos y 3) informar que se puede aprovechar el descuido de otras personas para cometer un delito, son actividades socialmente adecuadas en todos los sentidos. Sin embargo, el juicio acerca de si estas modalidades de comportamiento siguen siendo socialmente adecuadas en aquellas situaciones en las que de manera cognoscible conllevan graves consecuencias, requiere instrumentos más diferenciados y no se puede llevar a cabo a través del concepto de adecuación social, que sólo es correcto en un pequeño núcleo.

2. Prohibición de regreso

La teoría de la prohibición de regreso, de acuerdo con su comprensión habitual, pretende recortar ya en el tipo objetivo (de autoría) las ampliaciones que la teoría de la equivalencia de condiciones introdujo en el tipo objetivo de los delitos de resultado,¹⁰ mientras que sus detractores consideran precisamente que tal proceder es incompatible con "la esencia de la teoría de la equivalencia de condiciones".¹¹ Ahora bien, antes de

¹⁰ Con respecto a la situación legal y de la dogmática anteriores, cfr. NAUCKE, *ZStW* 76 (1964), pp. 432 y ss.

¹¹ JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 2ª edic., 1972, p. 210, nota 14.

formular esta crítica habría que fundamentar en primer lugar que la determinación de la tipicidad en los delitos de resultado deba referirse necesariamente a causaciones en el sentido de la teoría de la equivalencia de condiciones,¹² puesto que el ámbito social en el que se trata de resolver conflictos no es, con seguridad, genuinamente idéntico al de la causación conforme a la teoría de la equivalencia. Cuando en la antigua teoría de la prohibición de regreso se habla de una interrupción del nexo causal,¹³ cabe entender esto como una metáfora de que las condiciones establecidas conforme a la teoría de la equivalencia no se trasladan plenamente al tipo objetivo como presupuestos de la imputación;¹⁴ por consiguiente, al hacer una crítica a la teoría de la prohibición de regreso, lo único decisivo es determinar si esta limitación es útil desde la perspectiva de la imputación, y no si puede llevarse a cabo sin modificar la teoría de la equivalencia de condiciones,¹⁵ ya que la teoría de la equivalencia es un vehículo de la imputación sin valor propio.

Conforme a la teoría de la prohibición de regreso, ha de renunciarse a los resultados que se obtengan con la teoría de la equivalencia respecto de aquellas condiciones en las que para la producción del resulta-

¹² Acertadamente NAUCKE, op. cit. (nota 10), p. 416.

¹³ FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 5ª edic. 1903, p. 16 (antes del § 1).

¹⁴ Claramente FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 18ª edic. 1931, antes del § 1 (pp. 14 y s.).

¹⁵ También las "ventajas decisivas de la teoría de la equivalencia" invocadas por BAUMANN, *Lehrbuch*, 7ª edic. 1975, p. 229, deben ser identificadas como ventajas de una teoría de la imputación y no de la causalidad, ya que de lo contrario no son decisivas, y, de ser así, probablemente no sean ventajas, sino un lastre.

do haya mediado la actuación dolosa y culpable¹⁶ de un tercero. Dichas condiciones no cumplen ningún tipo objetivo de autoría; por consiguiente, en caso de imprudencia, su creación es impune,¹⁷ y habiendo dolo, quedan abarcadas por las ampliaciones del tipo de autoría: los preceptos relativos a la participación.

Sin embargo, si se pretende que el límite de la imprudencia sea el límite de la prohibición de regreso, la exención de responsabilidad sólo puede fundamentarse de tal manera que no afecte por principio a toda imprudencia y a todo tipo de complicidad. La teoría de la prohibición de regreso en su concepción habitual no ha elaborado tal fundamentación ni tampoco puede elaborarla, ya que al utilizar el límite entre dolo e imprudencia y la diferenciación entre participación mediata e inmediata no llega más allá de realizar cuantificaciones dentro de la cibernética del comportamiento, en vez de determinar ámbitos de responsabilidad, como sucede con la posición de garante en el delito de omisión. Es imposible fundamentar de esta manera que todo autor imprudente detrás de un autor doloso deba ser impune, como tampoco puede fundamentarse el lado opuesto, esto es, la punibilidad de todo comportamiento doloso detrás de un hecho imprudente.

Veamos a este respecto un ejemplo de la jurisprudencia:¹⁸ en el supuesto en el que la amante le procu-

¹⁶ Esto lo defiende también respecto de la omisión ORTMANN, GA 23, pp. 279 y s.; de un modo similar OTTO, *Maurach-Festschrift*, 1972, p. 99; el efecto interruptor de la omisión al menos se toma en consideración en RG JW 1930, p. 2962.

¹⁷ Y en el marco de la fundamentación a través de la dominabilidad objetiva (LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, pp. 39 y ss., 59 y ss.; *idem*, NJW 1955, p. 1011; H. MAYER, *Strafrecht AT*, 1953, pp. 138 y s.), probablemente tampoco esté prohibida.

¹⁸ RGSt 64, pp. 370 y ss.

ra a su amante casado un veneno, puede diferenciarse perfectamente, *tanto si hay dolo como si hay imprudencia*, entre que, por un lado, este veneno sea una sustancia que, además de tener otras finalidades que el amante pueda razonablemente perseguir con su ayuda, también pueda destinarse al fin de matar a su esposa, y que, por otro, el amante no pueda hacer con la sustancia ninguna otra cosa razonable mas que cometer un asesinato; y también puede diferenciarse entre que el veneno sea una mercancía que puede obtenerse en cualquier parte y que constituya un riesgo poco corriente. No me refiero a la medida de previsibilidad¹⁹ —puede que prestando una atención mínima quede claro que es seguro que va a producirse un uso delictivo—, sino a la posibilidad, que difiere según los casos, de distanciarse de las consecuencias del hecho de haber proporcionado el veneno señalando que dichas consecuencias no forman parte del material a partir del cual debe interpretarse la acción propia, y esto, de ser así, *tanto si concurre dolo como imprudencia*.

De este modo, no es extraño que de los argumentos dogmáticos de los representantes de la teoría de la prohibición de regreso sólo pueden mantenerse aquellos elementos que no determinan la situación existente en la prohibición de regreso como situación en la que concurre una constelación de dolo e imprudencia. En lo que se refiere al argumento principal, cabe rebatirlo con relativa facilidad. Se sostiene que “no es posible considerar un hecho como la obra de la voluntad de un autor y al mismo tiempo también de un hombre de atrás”.²⁰ El

¹⁹ O al grado de seguridad de la previsión, a este respecto vid. *infra* III, 2, 3.2 y 3.3.

²⁰ H. MAYER, op. cit. (nota 17), p. 138; LARENZ, NJW 1955, pp. 1011 y s.; NAUCKE, op. cit. (nota 10), pp. 426 y ss.; LAMPE, ZStW 71 (1959), p. 615.

alcance del argumento depende de lo que se entienda por “obra de la voluntad”, y para autores hegelianos —y así debe calificarse a los representantes de esta tesis en el contexto de este argumento— la “obra de la voluntad” no es un concepto que se refiera a un suceso, sino a la conexión entre un suceso y un sujeto; no se trata de llevar a cabo una descripción de la naturaleza, sino del “derecho de la voluntad”,²¹ esto es, se trata de imputación en sentido estricto,²² con lo cual es evidente que la argumentación es circular: la imposibilidad de imputar objetivamente se fundamenta a través de la afirmación de que es imposible imputar objetivamente. Por consiguiente, por medio de este argumento ni puede negarse que esté justificado que la ley prevea la participación dolosa, ni queda fundamentada la exclusión de la imputación en los casos de causación imprudente mediata.²³

En lo que se refiere al argumento dogmático adicional —aunque más bien se trata de una tesis con el atractivo de lo inusual—, consistente en afirmar que la exclusiva punición del autor doloso puede satisfacer el fin de

²¹ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 117, 3ª oración.

²² Y en este sentido, tampoco se mantiene consecuentemente la solución propuesta en caso de que quien actúa directamente se comporte conforme a Derecho: sigue cabiendo la posibilidad de que haya autoría mediata del sujeto que causa dolosa y mediatamente (MAYER, op. cit. [nota 17], pp. 306 y s.), de modo que tampoco la imprudencia puede decaer a través de la prohibición de regreso; este aspecto —justificación por estado de necesidad— también debería haber sido discutido en la sentencia del LG Düsseldorf (NJW 1957, p. 1031) comentada por LARENZ, op. cit. (nota 17).

²³ Vid. también la crítica formulada por ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963, p. 543.

la pena,²⁴ Roxin ha formulado la objeción de que la punición de uno de los autores por “ambos hechos” infringe “el principio de responsabilidad individual”;²⁵ sin embargo, lo que se sostiene a través de este argumento no es que uno responda por los dos, sino que la situación queda resuelta respondiendo el autor doloso exclusivamente por su hecho. Por lo tanto, el argumento ha de entenderse en el sentido de que la pena impuesta al autor doloso es al menos una causa de exclusión de la pena respecto del autor imprudente; por consiguiente, rige un estricto principio de absorción respecto de hechos de autores diferentes.²⁶ Pero si la pena al autor doloso puede zanjar todo el suceso, ello se debe exclusivamente a que todo el asunto queda liquidado con esta pena. Sin embargo, si no se quiere que esto signifique que habiendo pena por un hecho doloso no es necesario ser muy minucioso con la pena por imprudencia, entonces no puede bastar con construir una causa de exclusión de la pena; por el contrario, la imputación del hecho doloso ha de resolver el conflicto en su conjunto, esto es, debe quedar excluido que pueda imputarse algo del hecho imprudente. Dicho de otro modo: el hecho de que el resul-

²⁴ H. MAYER, op. cit. (nota 17), pp. 138, 312, formulando el argumento político-criminalmente: no hay necesidad de imponer una pena adicional; cfr. también NAUCKE, op. cit. (nota 10), p. 425; LAMPE, op. cit. (nota 20), pp. 625 y s.

²⁵ ROXIN, op. cit. (nota 23), p. 543.

²⁶ La afirmación de que la pena impuesta por el comportamiento imprudente llega al límite extremo de la responsabilidad por culpabilidad (por lo tanto, sigue habiendo responsabilidad por culpabilidad) es la que sugiere que se trata de una causa de exclusión de la pena (cfr. H. MAYER, op. cit. [nota 17], p. 138). Dicho sea de paso, el argumento es incompatible con la tesis según la cual no hay obra de la voluntad. Este argumento implicaría considerables consecuencias en caso de causación directa del autor imprudente o de omisión imprudente.

tado se produzca sólo a través de un comportamiento doloso, debe —si es que existe una prohibición de regreso— excluir la imputación de la causación mediata, y esta causa de exclusión, cualquiera que sea la denominación que quiera dársele, aparece tanto en el ámbito de la imprudencia como en el del dolo, del mismo modo que la posición de garante rige en el delito de omisión respecto de todas las modalidades de evitabilidad.

Por consiguiente, el argumento de que la pena impuesta al autor doloso puede satisfacer ya plenamente el fin de la pena, es sólido solamente en la medida en que se trate de que la pena impuesta a quien (dolosamente) actúa en último lugar satisface el fin de la pena, y ello sólo en algunos casos, ya que algunos otros deben quedar para la participación, y, por consiguiente, también para la participación imprudente;²⁷ en todo

²⁷ Aun resta un argumento sistemático bastante simple y frecuentemente utilizado: los §§ 26, 27 StGB (*) requieren dolo —por consiguiente, la participación imprudente es impune—; sin embargo, de este modo no es posible rebatir que la imprudencia rija de modo uniforme para la autoría y la participación; a este respecto, ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pp. 82 y s.; llegando a la misma conclusión, GALLAS, *Materialien zur Strafrechtsreform I*, 1954, pp. 128 y s., sosteniendo que en el ámbito de la imprudencia resulta imposible diferenciar las modalidades de intervención en el hecho; sin embargo, cabe diferenciar perfectamente según el grado de dominación las modalidades imprudentes de comportamiento de varios sujetos.

* Los §§ 26 y 27 StGB se refieren a las modalidades de participación:

§ 26. "Inducción. Será penado como inductor con la misma pena que el autor quien haya determinado dolosamente a otro a la comisión dolosa de un hecho antijurídico."

§ 27. "Complicidad. (1) Será penado como cómplice quien haya prestado dolosamente ayuda a otro para la comisión dolosa de un hecho antijurídico" (*n. del t.*).

caso, el beneficio de la prohibición de regreso, si se pretende que sea algo más que un gesto bastante extraño de generosidad frente al autor con culpabilidad imprudente, no puede quedar limitado a los casos de imprudencia.²⁸ El abandono del criterio de decisión configurado por la contraposición de dolo e imprudencia no constituye una pérdida, ya que no se puede fundamentar de modo convincente que la responsabilidad del sujeto que causa de manera directa no haga decaer también la imputación a aquel cómplice doloso que no hace otra cosa que su cometido habitual, siendo su aportación desviada hacia lo delictivo por el autor; y tampoco cabe fundamentar de manera plausible por qué la responsabilidad del autor ha de hacer decaer la necesidad de imputar al sujeto que,

²⁸ A esta conclusión llega también Orro, *Maurach-Festschrift*, 1972, pp. 95 y ss. Sin embargo, su solución, que se basa en la "dominación", excluye la posibilidad de la participación. Según Orro, la dominación solamente puede ser descrita fácilmente de manera negativa: falta "cuando otra persona —libre en sentido jurídico— configura el suceso conscientemente conforme a sus propios planes o excluye a quien ha actuado antes del ámbito de influencia sobre el riesgo" (p. 97). Sin embargo, ¿por qué excluye la dominación por otro la imputación al primero? Probablemente, porque la imputación al tercero es suficiente o porque sin dominación no se genera la necesidad de llevar a cabo la imputación. En todo caso, entonces los §§ 26, 27 no pueden explicarse. Aun menos cabe sostener consecuentemente la idea de la dominabilidad si se utiliza respecto de una prohibición de regreso en un supuesto de dolo e imprudencia, como lo hacen NAUCKE, op. cit. (nota 10), pp. 428 y ss. y LARENZ, *NJW* 1955, p. 1011. Aquello que no cabe dominar concurriendo imprudencia, tampoco es susceptible de ser dominado si hay dolo, y la participación deviene imposible. Respecto de la crítica a la dominabilidad, cfr. además: RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, 1966, p. 134.

ensamblado en el contexto de comportamiento del autor, favorece la actuación delictiva y que no advierte a causa de su negligencia qué es lo que favorece y en interés de quién lo hace.

En el contexto de la determinación del deber jurídico derivado de injerencia se han desarrollado ulteriores tomas de postura respecto de la prohibición de regreso.

Rudolphi analiza la prohibición de regreso al discutir la cuestión acerca de si cabe responsabilidad por no evitar hechos dolosos ajenos.²⁹ Rechaza la prohibición de regreso por considerar que “lo único que puede ser decisivo para determinar si un único resultado de injusto puede ser imputado a varias personas... es la cuestión acerca de si ha sido... infringido, y de ser así, en qué medida,... un deber impuesto en interés de la protección de bienes jurídicos y provisto de sanciones penales”,³⁰ lo que, según Rudolphi, —y como ya argumentó Roxin³¹ anteriormente— “no puede determinarse con ayuda de deducciones llevadas a cabo a partir de conceptos abstractos y de pretendida validez general”,³² Sin pretender iniciar en este contexto —ni siquiera de manera implícita— una discusión entre tópica y sistemática, cabe de todos modos afirmar lo siguiente: existe la posibilidad, si no de deducir la prohibición de regre-

²⁹ Op. cit. (nota 28), p. 133; sin embargo, su planteamiento es demasiado estrecho desde un principio, al referirse, de acuerdo con la limitación habitual de la prohibición de regreso a los supuestos de imprudencia, solamente a la no evitación dolosa; acertadamente WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968, p. 299 nota 56.

³⁰ Op. cit., p. 134.

³¹ Op. cit. (nota 23), p. 548.

³² Op. cit., p. 135.

so de conceptos abstractos, sí de desarrollarla, con un método más complejo, partiendo del fin concreto de la pena o del Derecho penal, al que con certeza corresponde vigencia general;³³ en todo caso, los criterios en función de los cuales ha de determinarse el “deber impuesto en interés de la protección de bienes jurídicos y provisto de sanciones penales” deben ser generales, y, por lo tanto, susceptibles de ser determinados de manera general, si se quiere obtener algo más que el producto de un enjuiciamiento *ad hoc*.

Welp enuncia tal momento general, desde un punto de partida inverso al de Rudolphi, encontrándolo en la conexión entre prohibición de regreso e injerencia: la prohibición de regreso se presenta como una consecuencia de la teoría desarrollada respecto de la injerencia.³⁴ Según ésta, frente al “‘carácter necesario’ de la causación mecánica” se encuentra como “modalidad de la causación humana la motivación de la libertad ajena que se distingue por la *autorresponsabilidad* de la otra persona”.³⁵ Por lo tanto, los procesos causales se ordenan en función de aspectos de imputación. A causa de la autorresponsabilidad, todo intento de motivación desde afuera sólo es una “tentación” a la “libertad”, que *de iure* debe “estrellarse en la fidelidad al Derecho”.³⁶ Sin embargo, lo que *de iure* carece de efec-

³³ Vid. al respecto *infra* III, 1.

³⁴ Op. cit. (nota 29), p. 299; ciertamente, tanto WELP como RUDOLPHI buscan un principio común; es innecesaria la discusión acerca de cuál es el lugar adecuado para su introducción (a este respecto, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, p. 210, y también WELP, op. cit. [nota 29], p. 299, nota 56).

³⁵ Op. cit., p. 275; cursiva en el original.

³⁶ Op. cit., p. 276.

tos, *de iure* no existe, y “de este modo, quien actúa directamente” cierra a quien le ha tentado “en cierto sentido el acceso a la responsabilidad por el resultado”.³⁷ La víctima sólo puede dirigirse por su lesión contra quien ha actuado de manera directa,³⁸ y la causación mediata pasa a ser un supuesto especial del favorecimiento de un hecho ajeno, que sólo es punible en el marco de los preceptos relativos a la participación.³⁹

En los argumentos de Welp se advierte bajo el ropaje de la construcción normativa la tesis antes expuesta según la cual la imputación a quien actúa de manera directa puede resolver el conflicto, y ello refiriéndose, acertadamente, a la imputación y no a fracciones de punibilidad. Y su postura también coincide con el modelo arriba esbozado y que aquí se sostiene en la medida en que considera irrelevante para la fundamentación de la prohibición de regreso al límite entre el dolo y la imprudencia, aunque con justificación o sin ella esté dotado de efectos de Derecho positivo.

Sin embargo, la solución de Welp ni se halla fundamentada respecto de todos los casos abarcados por la prohibición de regreso ni abarca todos los casos de la prohibición de regreso.

No se halla fundamentada la total ausencia de imputación en la causación mediata. Si —para Welp— se fundamentan de distinto modo autoría y participa-

³⁷ Op. cit., p. 277.

³⁸ La afirmación de que le corresponde de todos modos a la víctima soportar el peligro de una tentación de esta magnitud (op. cit., p. 277) sólo es cierta si el material con base en el cual se determina la magnitud es seleccionado a su vez a través de un procedimiento normativo.

³⁹ Op. cit., p. 279.

ción dolosa, de todos modos el fundamento de ambas fundamentaciones puede ser común, y ese elemento común puede justificar que en el ámbito de la imprudencia se traten de manera uniforme todas las formas de participación, sin renunciar a abarcarlas en su conjunto. Dicho de otro modo: mientras el fundamento común de la imposición de penas sea idéntico para la autoría dolosa, para la participación dolosa y para la imprudencia, es posible que sus respectivos fundamentos penales concretos (esto es, las modalidades de aparición de una determinada especie, concretadas conforme a ciertos fines) difieran, sin que de ello se pueda extraer ninguna conclusión respecto del alcance de otras especies. No se puede determinar si realmente “no existe pena alguna... para la participación imprudente”⁴⁰ utilizando un procedimiento constructivo, sino sólo a través de una deducción teleológica.

En la concepción de Welp, la prohibición de regreso no abarca los supuestos de causación mediata dolosa. Según Welp, todos ellos son (al menos) casos de participación. Sin embargo, la afirmación de que los preceptos relativos a la participación deben extenderse a *todos* los supuestos de causación dolosa es tan poco evidente como lo es el paralelismo criticado por el propio Welp entre equivalencia de las causas y equivalencia de imputación. La causación mediata, en primer lugar, solamente es —y ello también en la concepción de Welp— un resultado obtenido a través de la substracción de las causaciones directas; por consiguiente, aún no supone un elemento que deba ser relevante respecto de la responsabilidad, y menos un elemento que deba adquirir sin excepción relevancia para la responsabilidad.

⁴⁰ WELP, op. cit. (nota 29), p. 283.

Las tesis de Welp, cuyo núcleo (esto es, la afirmación del carácter dominante de la imputación respecto de la causalidad) desde luego suscribo a pesar de estas objeciones, han tenido poca aceptación. Además de que se le formulan objeciones intrasistemáticas, se le reprocha a Welp que la "rígida" prohibición de regreso "abandonaría la misión de protección del Derecho penal en un punto esencial",⁴¹ o que es "incompatible con la misión fundamental de las normas jurídico-penales, es decir, la protección de bienes".⁴² Tal y como se formula, este argumento también podría dirigirse contra la tesis (superflua por indiscutida) de que no es deber de todos paralizar la tendencia del prójimo a cometer un delito a través de una *intervención activa*, igual que se ha dirigido y aún se dirige contra el establecimiento del riesgo permitido y del principio de confianza, y desde luego puede dirigirse contra la impunidad de numerosas tentativas, a pesar de existir una prohibición, y contra la impunidad de numerosas modalidades de comisión imprudentes, etc. Solamente prohibiendo todo movimiento y estableciendo la correspondiente pena, con excepción de las medidas (¡cuidadosas!) de salvamento, es cuando se llegaría al límite de lo que cabe exigir con ayuda del argumento de la protección de los bienes. Sin embargo, la protección de bienes a través de prohibiciones y penas no puede entenderse de esta manera. Bien es cierto que el hecho de la lesión del bien se halla vinculado al hecho de la causalidad. Sin embargo, no toda lesión de un bien conlleva pena, y si se impone la pena, ello no resucita el bien muerto.⁴³ Lo

⁴¹ SCHÜNEMANN, op. cit. (nota 34), p. 211.

⁴² HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, p. 305.

⁴³ Cfr. H. MAYER, *Strafrecht AT*, 1967, p. 20.

que es susceptible de ser reparado a través de la pena no tiene por qué estar vinculado al hecho de la causalidad; la imputación no es un concepto naturalista.

3. Principio de confianza

El principio de confianza se halla estrechamente vinculado a la problemática de la prohibición de regreso. Bien es cierto que el principio de confianza puede concebirse también como caso especial del riesgo permitido, y con ello como descendiente del estado de necesidad justificante,⁴⁴ pero sólo *prima facie* parece indiferente que se trate, por ejemplo, del porcentaje de errores de una máquina, o de seres humanos. Que sea soportable el porcentaje de errores de una máquina, esto es, la modalidad de uso de esa máquina que aún se encuentra dentro del riesgo permitido, depende únicamente de qué precio máximo de desgracia se pueda pagar por los beneficios a obtener. Por lo tanto, los defectos solamente pueden ser liquidados (esto es, ser considerados tolerables) a través de su compensación con los beneficios. Sin embargo, tratándose del comportamiento defectuoso de seres humanos, existe además la posibilidad de liquidación consistente en imputar a quien ha defraudado la confianza. Por consiguiente, el principio de confianza es algo más que una magnitud estadística.⁴⁵ Ha sido especialmente

⁴⁴ Cfr. las referencias en JAKOBS, *Beiheft zur ZStW*, 1974, p. 12.

⁴⁵ STRATENWERTH, *Eb. Schmidt-Festschrift*, 1961, p. 392; *idem*, *Strafrecht AT*, 1971, n.m. 1230. Abandono mi posición contraria expuesta en: *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, p. 88 y s., nota 170. Por supuesto, también el riesgo permitido, en lo que se refiere a la ponderación de consecuencias de la acción y libertad de acción, es más que una estadística.

Stratenwerth quien ha elaborado la conexión entre el principio de confianza y la posibilidad de imputar a otro: “En aquellos casos de la vida social en los que entran en contacto los comportamientos de varias personas, por regla general cada uno de los implicados debe poder confiar en que los demás se comporten conforme al cuidado debido, ya que también éstos se hallan sometidos a las exigencias del ordenamiento jurídico. Esto no tiene nada que ver con probabilidades fundamentadas de manera estadística o con reglas de experiencia; por el contrario, la experiencia nos demuestra que las infracciones del cuidado debido se producen con considerable frecuencia. Solamente el hecho de que el otro reviste el carácter de ser una persona responsable es lo que justifica la expectativa de que vaya a actuar conforme a su responsabilidad, esto es, de que vaya a cumplir con sus deberes de cuidado”.⁴⁶

Sin embargo, si se parte de esta concepción, el principio de confianza carece de límite alguno mientras el destinatario de la confianza sea responsable; la justificada expectativa de que el otro actuará conforme a su responsabilidad no puede restarse al lado fáctico, sino sólo al lado normativo. Desde este punto de vista, el principio de confianza no queda limitado ni en el supuesto —como sostiene, en cambio, la jurisprudencia— de que exista una probabilidad especialmente elevada de que se produzca un comportamiento inadecuado,⁴⁷ ni cuando concurren determinados indicios que apunten a que va a tener lugar un comportamiento defectuoso, pero que —como el hecho de que el sujeto esté distraído o que se encuentre en un estado de (modera-

⁴⁶ *Eb. Schmidt-Festschrift, ibid.* (nota 45).

⁴⁷ *BGHSt* 13, pp. 169 y ss., 173.

da) ebriedad—⁴⁸ no eliminan la responsabilidad, ni tampoco en los supuestos en los que quepa esperar que se va a cometer un hecho doloso, incluso cuando el destinatario de la confianza —que pasa a ser plenamente contrafáctica— está decidido de manera cognoscible a cometer el delito,⁴⁹ ya que sigue siendo responsable. En cuanto se fundamenta así la impunidad de la creación dolosa de una situación en la que otro sujeto se decidirá a cometer un delito,⁵⁰ pierde su fundamento la pena de la participación, ya que en la complicidad, ésta consiste en el caso de mayor intensidad en la creación de una situación en la que un sujeto puede llevar a la práctica con éxito su decisión de realizar un delito, y en parte es aún menos que eso; en todo caso, no se advierte la diferencia relevante entre que una decisión deba aún ser tomada o se mantenga tras su adopción.

Por lo tanto, la fundamentación del principio de confianza realizada por Stratenwerth solamente admite el establecimiento de límites que probablemente sean demasiado amplios. Será necesario buscar un equilibrio entre el permiso de confiar (apoyado en la estadística) establecido por la jurisprudencia y la confianza de origen normativo (abiertamente contrafáctica en casos extremos), que solamente admite autoría y quizás

⁴⁸ Ejemplos enunciados entre otros por STRATENWERTH, *Eb.Schmidt Festschrift*, op. cit. (nota 45), p. 392; *idem*, *Strafrecht* (nota 7), n.m. 1232.

⁴⁹ Difiere STRATENWERTH, *Strafrecht* (nota 7), n.m. 1239.

⁵⁰ STRATENWERTH, *Strafrecht* (nota 7), n.m. 930, 1240. - H. MAYER, op. cit. (nota 17), pp. 321 y s.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht* (nota 7), 14/104 (con referencias) y WELZEL, op. cit. (nota 7), p. 117., consideran, sin embargo, que cabe complicidad. Sin tomar una decisión (en todo caso, no hay inducción), JESCHECK, *Strafrecht* (nota 11), p. 521.

inducción. El camino a seguir ya se ha insinuado antes al hacer referencia a la sentencia del *Reichsgericht* en el caso del veneno: se tratará de la delimitación de ámbitos de responsabilidad.

4. Teoría del fin de la norma

La valoración crítica del estado actual de la cuestión aún ha de referirse a un ámbito en el que la prohibición de regreso aparece de manera encubierta:⁵¹ la teoría del fin de la norma. Se sostiene que en este campo hay un grupo de casos en los que el resultado puede imputarse a quien resulta lesionado, de modo que resulta superflua la solución jurídico-penal. Se trata del ámbito, tratado especialmente por Roxin⁵² de la asunción consciente de un peligro de autolesión para salvar bienes que el autor ha puesto en peligro de manera imputable. Un ejemplo extraído de la jurisprudencia:⁵³ el autor causa imprudentemente la infección con viruela de algunas personas, contagiándose posteriormente —como era previsible— el personal sanitario que le trata y el sacerdote de la clínica. Aquí se sostiene que la ayuda se produce conforme a una disposición legal o con base en la propia responsabilidad de quienes la prestan, por lo que las consecuencias deben ser imputadas al legislador⁵⁴ o

⁵¹ Así lo sostiene respecto de la teoría del fin de la norma acertadamente BAUMANN, *Lehrbuch* (nota 15), p. 229 nota 19.

⁵² *Vid. supra* nota 8.

⁵³ *BGHSt* 17, pp. 359 y ss.

⁵⁴ ROXIN, *Honig-Festschrift* (nota 8), pp. 142 y s.; se trata de una valoración exactamente opuesta a la contenida en *BGHSt* 3, pp. 203 y ss., 205: allí se afirma que sólo la posibilidad de un actuar subsiguiente *conforme a Derecho* atañe a quien ha actuado en primer lugar.

a quien presta ayuda, como resultado de su valentía⁵⁵ o de su riesgo profesional.⁵⁶

Ésta es la idea⁵⁷ de la prohibición de regreso —la separación de imputación y causación (evitable)— pero

⁵⁵ ROXIN, *Honig-Festschrift*, *ibid.*; *idem*, *Gallas-Festschrift* (nota 8), pp. 246 y s.

⁵⁶ ROXIN-SCHÜNEMANN-HAFFKE, *op. cit.* (nota 8), p. 140.

⁵⁷ Este argumento es apoyado por argumentos adicionales:

1) Se sostiene que en caso de existir un deber jurídico, el Estado también “participa” al establecer ese deber jurídico (ROXIN-SCHÜNEMANN-HAFFKE, *op. cit.* [nota 8], p. 140.; ROXIN, *Honig-Festschrift* [nota 8], pp. 142 y s.). Sin embargo, esta participación tiene las mismas características que la participación del salvador en una situación de estado de necesidad: se halla justificada. Del mismo modo que el establecimiento por el ordenamiento jurídico de un deber no constituye una coacción antijurídica a quien queda obligado, aunque el deber en el caso individual *ex post* demuestre ser un deber inútil, la constitución del deber de intentar minimizar un daño no supone la génesis antijurídica de las consecuencias de ese intento.

2) Se afirma que se plantea un “cálculo indigno” (ROXIN-SCHÜNEMANN-HAFFKE, *op. cit.* [nota 8], p. 140) al sujeto que debe prestar la ayuda al resolver la cuestión acerca de si debe ayudar, y al autor al determinar si debe solicitar ayuda, incluso se sostiene que se les empuja hacia el “conflicto irresoluble” (ROXIN, *Honig-Festschrift* [nota 8], p. 143) entre no hacer nada para llevar a cabo el salvamento o abocar al autor —o el autor a sí mismo— a ser sometido a pena. Este conflicto es consecuencia de la circunstancia de que en aquellos supuestos en los que las consecuencias de un comportamiento delictivo son susceptibles de ser trasladadas a otros bienes (estado de necesidad justificante), frecuentemente, desde el punto de vista exclusivo del Derecho positivo (esto es, sin consideraciones materiales respecto de este ámbito, sino como consecuencia de consideraciones materiales relativas a un ámbito de problemas heterogéneo) la máxima responsabilidad posible aún no se halla determinada antes del traslado, por ejemplo, a causa de la impunidad de la tentativa. A través de la medición de la pena, al menos no castigando más

aplicada respecto del deber legal y del riesgo profesional a casos en los que el destinatario de la imputación de la acción lesiva directa (la víctima) sólo acepta la imputación en tránsito para transmitírsela a quien ha puesto en marcha el mecanismo establecido en la ley o en las características de la profesión: al autor.

Quien crea una situación en la que terceros pueden ponerse a sí mismos en peligro, no responde de las consecuencias que el libre arbitrio de éstos (¡que son imputables!) genere en ellos mismos: tales consecuencias quedan suficientemente explicadas al ser reconducidas al arbitrio, y la génesis de este arbitrio es asunto exclusivo de quien lo ejerce; no puede, por tanto, trasladarse. Nadie aceptaría la pretensión de que respondan quienes

levemente a aquel autor que permite que la víctima (a la que en primera instancia había puesto en peligro) muera indefensa que a aquel otro autor que pide ayuda con la consecuencia de varias muertes, puede resolverse el conflicto. Además, los intervinientes probablemente sólo serán conscientes de la situación de conflicto en contadas ocasiones, ya que en los supuestos relevantes, *ex ante* siempre es más probable la reducción del daño en su conjunto que su incremento.

3) SCHÜNEMANN ha propuesto últimamente (JA 75, p. 722) imputar los daños sólo cuando se trate de acciones de salvamento debidas y solamente si concurre el presupuesto adicional de que “tenga efecto causal en sentido estricto una fuente de peligro *creada* o *dirigida* por el sujeto causante, pero *no* imputarlos cuando la responsabilidad inicial solamente consista en *entregar* a otras personas a fuentes de peligro ya existentes” (subrayados en el original) —probablemente se trate de un derivado del “dominio sobre la causa del resultado” (*idem*, op. cit. [nota 34], p. 237 y *passim*)—. La solución no llega más allá de una clasificación aparente de fenómenos, ya que las fuentes de peligro no son tales si no aparece en su ámbito algún bien: sería necesario demostrar que la diferenciación naturalista entre que el peligro llegue al bien o el bien al peligro supone también una diferencia en materia de imputación.

desencadenan el arbitrio ajeno.⁵⁸ Sin embargo, ciertamente el riesgo profesional y la obligación legal atañen en primer lugar a quien ejerce la profesión y al legislador; pero el riesgo profesional y la obligación legal, como es evidente, existen para evitar perjuicios mayores, de modo que esta imputación resuelve tanto y tan poco como la explicación de una lesión a través del estado de necesidad justificante,⁵⁹ esto es, sólo resuelve la cuestión acerca de para quien el dilema finalmente *tiene efecto*. La *génesis* del dilema, sin embargo, no puede ser adscrita al legislador o a quien ejerce la profesión; en la solución de Roxin, queda sin resolver. Más adelante se analizará cuándo debe imputarse en el grupo de casos tratado por Roxin la autolesión de la víctima al autor conforme a los principios generales del delito de comisión;⁶⁰ existe la

⁵⁸ Un argumento análogo aparece en SCHROEDER, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 1974, § 59 n.m. 202: "De otro modo, cualquiera podría convertir en autor a quien causa el peligro". A este respecto cfr. también *idem*, *Der Täter...* (nota 6), p. 198 con referencias.

⁵⁹ O —en cuanto supuesto derivado del estado de necesidad (*vid. supra* nota 44)— a través del riesgo permitido. Cuando el legislador (o la jurisprudencia) admite en el tráfico rodado un riesgo permitido, en cuanto permiso de confiar, para no restringir en demasía la libertad de actuación, aquel que se comporta de manera inadecuada no puede invocar que si se hubiese actuado desconfiadamente no hubiese tenido lugar el accidente, de modo que el asunto sólo atañe al legislador o a quien había confiado. El Derecho penal en materia de tráfico vive de lo contrario.

⁶⁰ Habitualmente se determina si el riesgo que se corre es razonable de modo análogo a como se procede en el estado de necesidad justificante; RUDOLPHI, *JuS* 69, p. 557; cfr. también DEUTSCH, *JZ* 67, pp. 642 y s., respecto de la cuestión de la indemnización jurídico-civil; además, probablemente, FRISCH, *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, 1973, respecto de la solución conforme al carácter necesario para el tráfico del comportamiento arriesgado (pp. 151 y s.), aunque realizando una ponderación de bienes demasiado naturalista; sin embargo, los casos de exigibilidad (pp. 152 y s.) son supuestos de protección penal a pesar de irracionalidad objetiva. Respecto de la ponderación de los *topoi* enunciados y de otros muchos: CRAMER, en: *Schönke-Schröder*, 18ª ed. 1976, § 15 n.m. 155 y s.; SCHÜNEMANN, *JA* 75, pp. 721 y s. —*vid.* respecto de todo esto *infra* III, 3, 3.5.

necesidad de proceder de este modo mientras la imputación a la víctima no resuelva el conflicto en su conjunto.⁶¹

III. CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN

1. Fundamentos

Como conclusión de la sinopsis crítica de algunas posturas relativas a la prohibición de regreso, cabe constatar que el recurso a la causalidad evitable en el marco de la imputación no puede tener lugar sin más en toda la amplitud de la causalidad evitable, sino que, por el contrario, ha de discutirse con mayor intensidad de lo que se ha hecho hasta el momento. Por supuesto, el hecho de que hasta ahora este problema se haya reducido a un problema de supuestos dogmáticos marginales tiene una razón; razón que se halla en el punto de partida de la protección de bienes. En primer lugar, una dogmática de imputación concebida sobre la base en la protección de bienes, o dicho de modo más genérico, sobre la base de la no producción de resultados descritos típicamente, está vinculada al momento temporal anterior a la comisión del hecho: el punto de partida está en aquello que es necesario para evitar futuros resultados; esto es, en el ámbito de la comisión: han de omitirse las causaciones. Desde esta perspectiva, ni siquiera la evitabilidad de la causación, esto es, la exigencia de comisión dolosa o imprudencia, se convierte en un límite impuesto desde afuera; en realidad, desde el punto de vista de la evitación de resultados, sería más conveniente que hubiese que

⁶¹ De no ser así, la salvación del bien que estaba en peligro en todo caso exonera al autor desde el punto de vista jurídico-positivo (impunidad de la tentativa).

omitir la causación de modo ilimitado, esto es, no sólo en el ámbito de lo evitable.⁶² La causación evitable se convierte en presupuesto de la imputación porque lo contrario, la evitación de la causación, es presupuesto de que no se produzca el resultado. Esta dogmática de imputación orientada hacia el mantenimiento de la protección, que ocupa una perspectiva *ex ante*, es una dogmática de la seguridad en sentido policial.

No procede de este modo aquella dogmática de la imputación que en vez de la hipótesis de la no producción del resultado parte del hecho de que éste se ha producido, es decir, toma como punto de referencia el momento temporal posterior a la comisión del hecho y determina retrospectivamente tanto la imputación *como la prohibición*, con base en aquello que aparezca como objeto idóneo de la reacción jurídico-penal. Dicho de otro modo: desde la perspectiva de la evitación de resultados, es consecuente prohibir las causaciones evitables hasta en sus últimas ramificaciones. Pero esto no demuestra que sea necesario establecer garantías jurídico-penales de semejante intensidad, puesto que la estabilización de un determinado orden, como nos enseña el delito de omisión, también puede llevarse a cabo sin imputar un delito a todos aquellos que eran capaces de evitar, y ello concretamente al definirse el conflicto no como consecuencia de la infracción del deber de quien podía salvar, sino como consecuencia de un mundo que no atañe al sujeto con capacidad

⁶² Al escribir ENGISCH (MSchrKrim. Biol. 1932, p. 425) que la norma formulada con independencia de la capacidad de motivación tiene "más fuerza y severidad", ello caracteriza desde luego que la incapacidad humana es tenida en cuenta a disgusto: lo fuerte y severo es aquello que en realidad sería acertado, y sólo la indulgencia puede exonerar de la dureza que ello comporta.

para salvar, aunque la configuración de este mundo deba especificarse aún con mayor exactitud y matices: bien como delito de otras personas, como destino, casualidad, o como configuración merecedora de ser modificada, aunque no precisamente con la severidad que el Derecho penal comporta, etc. Esta modalidad de solución tiene lugar cuando el sujeto capaz de salvar no es garante. El hecho de que pueda responder por omisión del socorro o por omisión de denuncia de un delito, no implica que responda del resultado, afirmación ésta que por ahora puede verse fundamentada con una remisión a las palabras iniciales (Quien omita la evitación de un resultado...) del § 13 párrafo 1º StGB,* precepto que precisamente no se creó para aquellos otros tipos.

Ahora bien, la imputación como delito tiene precisamente la finalidad de determinar, o de modo más exacto, de definir la causa de un conflicto a través de la identificación de quien causó el resultado (comisión) o de quien no evitó la producción del resultado (omisión), ya que al destinatario de la imputación, en los casos en los que la imputación es plena, no se le permite recurrir a la posibilidad —que siempre está presente— de llevar a cabo un ulterior regreso a la génesis de su voluntad, por ejemplo, en el desarrollo de su socialización.⁶³ La

* El § 13 I StGB dispone: "*Comisión por omisión. 1) Quien omita la evitación de un resultado que forma parte del tipo de una ley penal, sólo podrá ser penado conforme a esta ley si conforme a Derecho debe responder de que el resultado no se produzca, y si la omisión es equivalente a la realización del tipo legal a través de un actuar*" (*n. del t.*).

⁶³ LUHMANN, *Rechtssoziologie, I* (nota 3), p. 58; JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976 (*Recht und Staat*, cuaderno 452/453), p. 25.

imputación en cuanto delito sirve para establecer una garantía segura respecto del comportamiento de otros, “segura” en el sentido de que a pesar de la defraudación, del conflicto, no es necesario abandonar la expectativa de que se produzcan comportamientos que no defrauden, y esto supone que la expectativa de comportamiento está “estabilizada contrafácticamente”.⁶⁴ Esta estabilización tiene lugar a través de la imputación, en cuanto definición de la “causa” relevante del conflicto, mientras que la pena funciona como símbolo de la seriedad de la definición, y en todo caso opera de manera indirecta como medio de prevención en sentido habitual.⁶⁵

Esta modalidad de solución del conflicto sólo es necesaria cuando no es posible definir otros subsistemas distintos del autor como causa relevante del conflicto, o no cabe definirlos plenamente como tal, o cuando —con base en la planificación social— no deben ser definidos como causa relevante,⁶⁶ y significa siempre que el conflicto atañe al autor, esto es, que el autor no forma parte de aquel ámbito que posiblemente es causal o disponía de capacidad de evitación, pero en todo caso no se halla jurídico-penalmente vinculado al conflicto.

El Derecho penal no puede estabilizar como expectativa respecto del comportamiento de otros que nadie le ofrezca a otro la posibilidad de desviar los efectos del comportamiento propio hacia un resultado delictivo. Esto no significaría otra cosa que esperar que

⁶⁴ LUHMANN, *Rechtssoziologie*, I (nota 3), p. 43.

⁶⁵ JAKOBS, *op. cit.* (nota 63), p. 10.

⁶⁶ *Vid.* el ejemplo enunciado respecto de la comisión y de la omisión al principio, en la parte I, texto correspondiente a las notas 3 y 4.

casi ningún comportamiento tenga lugar, ya que prácticamente todo puede convertirse en una pieza funcional de algún plan delictivo. Sólo puede tenerse la expectativa de que nadie complete (de manera evitable) las condiciones de un curso delictivo. Esto significa en primer lugar (¡pero no solamente!) que en el delito de comisión producen una defraudación aquellos comportamientos que (de manera evitable) generan directamente⁶⁷ el resultado. (*Definición:* en lo que sigue, la voluntad de realizar el comportamiento que de modo evitable lesiona directamente se denomina *plan delictivo*, con independencia de que el resultado delictivo se conozca o sólo sea cognoscible.) En el campo de los comportamientos que de manera evitable causan el resultado mediatamente, la cuestión decisiva es la de determinar si el comportamiento debe adscribirse al plan delictivo en cuanto raíz de la defraudación, o si se puede distanciar del plan delictivo, es decir, si se trata de un comportamiento que está al menos tan lejos del plan delictivo como el mundo, en general no exento de otras causas de conflicto distintas de la planificación delictiva. Por ejemplo: si nadie puede esperar que deje de producirse un robo porque quien lo quiera llevar a cabo no disponga de un vulgar destornillador, ¿por qué ha de estabilizarse entonces la expectativa de que nadie venda un vulgar destornillador a un sujeto que de manera cognoscible se halla determinado a llevar a cabo un robo? Cuando amenace un daño mayor del que constituye un hecho de estas ca-

⁶⁷ Esto es, de manera que el resultado ya no puede ser evitado por otra persona en cumplimiento de un deber de evitación del resultado; sin embargo, no pretende resolverse aquí si siempre es preciso imputar a quien lesiona directamente o si, por el contrario, existe un "deber de regreso por encima del último".

racterísticas, este tipo de acción puede ser extremadamente insolidario —pero esto ya afecta a la analogía con el § 330 c StGB* y no se refiere a la responsabilidad derivada del resultado.

Por consiguiente, en los casos en los que concurre un comportamiento que no es directamente lesivo, es necesario averiguar cuándo hay razones para que el plan del otro ataña a quien causa de manera mediata. Ahora bien, todo plan es el esbozo de una determinada configuración del mundo, y cuando actúan varias personas, sea de modo ensamblado o sea apoyándose respectivamente en la actuación del otro, puede que concurren *distintos* esbozos, y ha de determinarse si *uno* de esos esbozos puede constituir la definición válida de todo el conjunto de actuación. En todo caso, un conjunto de actuación que finaliza en un plan delictivo no es *eo ipso* un contexto delictivo, puesto que la configuración que el último en actuar quiera dar al mundo sólo atañería siempre a los demás si a todos atañese todo aquello en lo que se pueda influir (a través de una omisión), y esta última afirmación nunca se ha fundamentado de otro modo que a través del dogma de la evitación de resultados (dogma limitado a los delitos de comisión y que ni siquiera en este ámbito puede mantenerse sin fisuras):⁶⁸ es decir, que nunca ha sido fundamentado desde la perspectiva del fin de la pena.

Si la garantía jurídico-penal de la norma ha de garantizar seguridad de expectativas, la pena debe reaccionar frente a un comportamiento que no pueda

* El § 330 c StGB vigente en el momento de redactarse el presente trabajo se corresponde con el § 323 c actual (omisión de socorro) (*n. del t.*).

⁶⁸ Vid. *supra* II.

ser interpretado como compatible con el modelo de mundo esbozado por la norma. Esto, en primer lugar, sucede siempre cuando una determinada configuración de un ámbito se halla adscrita como cometido a una persona y la configuración concreta se aparta del plan: en el ámbito de los garantes, conforme a los principios del delito de omisión impropia. Aquí, el garante no tiene ninguna posibilidad de retirarse; ha de responder de la configuración de este sector del mundo, le está adscrito. La situación es distinta cuando es un no-garante quien comete; éste puede generar efectos derivados en ámbitos que le son ajenos, pero ha de poder demostrarse que estos efectos derivados pertenecen aún a su interpretación del mundo para que sea precisamente él quien haya defraudado la expectativa. En el ámbito que es específico de la comisión, debe ser posible interpretar la actuación como esbozo contrario a la norma con base en el curso lesivo, de donde quiera que provenga y a donde quiera que vaya; el contexto de interpretación está limitado solamente en el ámbito de los garantes. En todo caso, se trata de interpretar qué es lo que el comportamiento "lleva adentro" de esbozo de realidad. Solamente si se toma como elemento esencial este "significado expresivo"⁶⁹ del comportamiento, la pena en cuanto "posibilidad(des) de expresar que se mantiene la expectativa a pesar de la defraudación"⁷⁰ se refiere a la misma base que el comportamiento defraudador.

Si la garantía jurídico-penal se refiere a que las expectativas son resistentes frente a las defraudaciones, ello no significa que deba regir la garantía de que

⁶⁹ LUHMANN, *Funktionen...* (nota 3), p. 256.

⁷⁰ LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 1969, p. 235; *idem*, *Rechtssoziologie I* (nota 3), pp. 58 y ss.

todos omitan cualquier tipo de comportamiento que tiene efecto causal, de que incluso se omitan aquellos comportamientos que sólo causan en sentido naturalista, pero no tienen el significado de causar. Y ello es así puesto que tal comportamiento puede ser distanciado del plan delictivo y no defrauda, sino que es parte de un mundo que inevitablemente contiene causas de lesiones y que sólo recibe de otras personas con plan delictivo su configuración defraudadora, configuración cuya irrelevancia respecto de la seguridad de expectativas ha de garantizar y garantiza el Derecho penal a través de la imputación al autor del plan delictivo.⁷¹

⁷¹ Se advierte con especial claridad que la imputación a otro puede resolver el conflicto al analizar la configuración de la responsabilidad por el actuar precedente: la contrariedad a deber del comportamiento previo es una metáfora de la imposibilidad de imputar el conflicto a otro, sea con o sin pena, o de resolverlo sin imputación alguna. De este modo, sólo se exonera al responsable del local en la medida en que se va gravando al cliente (BGHSt 19, pp. 152 y ss.), y la exoneración finaliza cuando el cliente, estando absolutamente ebrio, ya no puede ser gravado (*ibid.*, p. 155), y quien se defiende después de haber sido objeto de un ataque queda liberado de la posición de garante porque “la defensa frente al atacante ... fue provocada y generada por el comportamiento antijurídico del atacante” (BGHSt 23, pp. 327 y s., 328); por lo tanto, el atacante tiene él mismo la “culpa” de su dilema, el conflicto se le adscribe a él mismo (de modo análogo al exceso en la legítima defensa y a la “causación” del estado de necesidad exculpante; a este respecto cfr. JAKOBS, op. cit. [nota 63], pp. 20 y ss. con referencias). O: quien ha creado una situación que previsiblemente será modificada de manera antijurídica por “terceros responsables”, de modo que se convierta en una situación de peligro, en caso de producirse un daño puede remitirse a la responsabilidad de los otros (BGHSt 3, pp. 203 y ss., 205). La formulación que aparece en esta sentencia es la formulación de una prohibición de regreso: “Quien actúa conforme a Derecho no

2. Fórmulas

Para resolver la cuestión acerca de cuándo se trata todavía de una actuación en un mundo cuyas defraudaciones no tienen que ser resueltas jurídicopenalmente y cuándo ya se trata de una actuación en un mundo que defrauda con consecuencias jurídicopенales, se proponen antes de la discusión de ejem-

está obligado a contar con la posibilidad de que con base en la situación de hecho creada por él lícitamente, el comportamiento antijurídico de terceros responsables pudiese generar un peligro; de otro modo, se le impondría una responsabilidad por culpabilidad ajena, responsabilidad que es ajena al ordenamiento jurídico." Esta conexión entre exoneración y gravamen también se manifiesta en la última sentencia pronunciada hasta el momento, cuando respecto de la responsabilidad del automovilista que no presta ayuda después de un accidente que ha tenido lugar a pesar de que condujo correctamente se advierte que la víctima "creó por sí sola a través de su comportamiento contrario a las reglas del tráfico de manera culpable la causa del accidente de tráfico y con ello del peligro en el sentido del § 221 StGB(*)" (BGHSt 25, pp. 218 y ss., 222). Por lo tanto, con esto no queda resuelto cuál es la decisión a tomar cuando se trata de pura desgracia, es decir, cuando *ambos* se han comportado correctamente. Dicho sea al margen: tampoco queda prejuzgada la cuestión acerca de si es tolerable, de negarse la existencia de una posición de garante en el caso del daño fortuito, la diferencia existente entre las penas previstas para el aseguramiento de la solución jurídicocivil del suceso (§ 142 StGB [**]) y el aseguramiento —en supuestos extremos— de la supervivencia (§ 330 c StGB [***]).

* El § 221 StGB tipifica el delito de abandono de personas que se encuentran en una situación de desamparo.

** El § 142 StGB tipifica el delito de abandono no permitido del lugar en donde se ha producido un accidente de tráfico en el que el autor estuvo implicado.

*** El § 330 c StGB vigente en el momento de redactarse el presente trabajo se corresponde con el § 323 c actual (omisión de socorro) (*n. del t.*)

plos las siguientes fórmulas (que, desde luego, han de ser precisadas):⁷²

El comportamiento que causa de forma mediata ha de definirse a través del plan delictivo:

- a) cuando el mismo sujeto que causa mediatamente tiene que definir su actuación como parte de un plan delictivo, esto es, sólo puede motivarse por el plan delictivo, aunque —concurriendo imprudencia— el carácter delictivo del plan le sea meramente cognoscible; en este caso, quien causa de manera mediata —al igual que quien causa directamente— actúa configurando un mundo que se halla determinado por un plan delictivo, esto es, por el plan de realizar un comportamiento defraudatorio, no siendo, por tanto, ya un mundo que contiene meras causas de lesión;
- b) cuando quien causa de forma mediata adapta su comportamiento al plan de otro, siendo éste un plan que no puede estar motivado como plan no delictivo,⁷³ en este caso, el causante mediato toma como base de su comportamiento un mundo que sólo se determina por el plan delictivo; tampoco él, por tanto, permanece en el mundo que contiene meras causas de lesión;
- c) cuando quien causa de manera mediata conforme a los principios del delito impropio de omisión es garante de que no se produzcan daños

⁷² La necesidad de ser precisada afecta especialmente a la fórmula c —sólo que la “posición de garante” nunca puede estar delimitada con mayor exactitud de lo que pueda determinarse el funcionamiento del aparato de estabilización jurídico-penal—. Quede acotado que tampoco la imputación ilimitada a quien actúa de manera directa es una solución inamovible; *vid.* a este respecto en nota 67.

⁷³ Más exactamente: o se adapta a un comportamiento adaptado a su vez según la primera parte de esta fórmula, etcétera.

derivados de comportamientos delictivos en el bien amenazado (protector) o de que no se produzcan partiendo de una fuente de peligro (control); en este caso, quien actúa, ni actúa configurando un mundo con un plan delictivo, ni lo toma como base de su comportamiento, pero ha limitado su mundo a un sector demasiado reducido.

En cambio, la causación mediata está exenta de responsabilidad;

- d) si quien causa de modo mediato no es garante de la evitación de tal curso lesivo (no c) y ni actúa configurando un mundo con plan delictivo (no a) ni lo toma como base de su comportamiento (no b).

3. Ejemplos

Ha de explicarse ahora con base en unos ejemplos que tanto la causación evitable como la no evitación evitable de un resultado necesitan de una determinada razón de imputación. Queda claro desde un principio que el ámbito descrito por las fórmulas de imputación a-c abarca parte de la prohibición de regreso en sentido tradicional, parte del principio de confianza y parte de la teoría del fin de protección de la norma, pero, respectivamente, no todo, y también incluye algunos aspectos que trascienden estos institutos.

3.1. EL ÁMBITO DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESO

En la prohibición de regreso⁷⁴ en sentido tradicional, se causa imprudentemente la comisión por otro de un delito. Son casos de la jurisprudencia discutidos a este respecto, aparte 1) del supuesto arriba enun-

⁷⁴ Vid. *supra* II, 2.

ciado en el que se le consigue a otro una cantidad de veneno,⁷⁵ por ejemplo, los siguientes: 2) la madre deja sola a su hija, que acaba de dar a luz a un hijo no matrimonial; la hija mata al niño;⁷⁶ 3) el marido abandona a su esposa; ésta mata al hijo común (y se suicida);⁷⁷ 4) se construye una vivienda que corre peligro de sufrir un incendio y se alquila a personas que conocen esta situación. La vivienda se incendia por un motivo desconocido, sin que quepa excluir un hecho doloso, con la consecuencia de que mueren algunas personas.⁷⁸

En la medida en que puede argumentarse que (respecto de 1 y 4) quien posee una cosa peligrosa debe mantenerla fuera del alcance de otros, o que (respecto de 2) el bienestar de los nietos atañe a los abuelos o que el delito de un hijo atañe a sus padres, o que (respecto de 3) el bienestar de los hijos atañe a su padre, dicho brevemente, en la medida en que el autor sea garante, por supuesto queda excluida la exención de responsabilidad (fórmula c).

Desde luego, en todos estos casos ya concurriría responsabilidad conforme a los principios del delito de comisión en su concepción habitual; 1) se entregó el veneno, 2) la madre abandonó a su hija desesperada, y 3) el marido, a su esposa, sumiéndola en la desesperación, y 4) se hizo entrega de la vivienda peligrosa. Sin embargo, ello aún no fundamenta que el delito doloso ataña en algo a quien actúa imprudentemente,

⁷⁵ Vid. *supra* nota 18.

⁷⁶ RGSt 64, pp. 316 y ss.; en p. 319 formulado desde la perspectiva de la comisión (posibilitar el hecho al irse), en p. 320 desde el punto de vista de la omisión (no-evitar).

⁷⁷ BGHSt 7, pp. 268 y ss.; en la sentencia, el caso se trata como omisión.

⁷⁸ RGSt 61, pp. 318 y ss.

y de ser así, en qué medida. Es evidente que el sujeto imprudente lesiona un bien con su actuación, pero esto, como hemos demostrado, no es lo único decisivo; sino que también es determinante la posibilidad de interpretar el comportamiento imprudente en atención al plan delictivo.⁷⁹ Y en este ámbito, la teoría de la prohibición de regreso en su concepción habitual, al excluir la responsabilidad por la causación imprudente de un hecho doloso, abarca un campo en el que frecuentemente, aunque no siempre, el comportamiento imprudente no puede ser interpretado como parte de un plan delictivo porque el autor no actúa configurando un mundo en el que está planeado actuar delictivamente (por consiguiente, resulta inaplicable la fórmula *a*). Y de hecho, en los ejemplos enunciados, evidentemente el sentido, es decir, la motivabilidad de la actuación de los sujetos imprudentes, no depende del hecho ajeno. Como ejemplo contrario puede encontrarse en la jurisprudencia el caso de una participación imprudente en una autolesión (a su vez imprudente): 5) el director de una productora de cine contrata a un artista para participar en una película de acción. El artista debe saltar a un lago desde un avión que vuela a unos cincuenta metros de altura y pierde la vida al saltar.⁸⁰ Parece claro que en el ejemplo enunciado en último lugar, la acción del director carecería de motivación sin el salto del artista; aquí el autor actúa para un mundo en el que el comportamiento directamente lesivo es necesario: puede salvarlo de que responda, sin que ello pretenda resolverse aquí, la circunstancia de que se trata de una causación imprudente de una autolesión; en todo caso, la prohibi-

⁷⁹ *Vid. supra* III A.

⁸⁰ LG München II, JW 1920, p. 922.

ción de regreso en la concepción aquí desarrollada no impide la responsabilidad.⁸¹

En los ejemplos enunciados (1-4) aún puede derivarse una responsabilidad específica de la comisión del aspecto de la adaptación del propio comportamiento al plan delictivo de otro (fórmula b), esto es, del hecho de tomar en cuenta planes ajenos que sólo son susceptibles de ser motivados como planes delictivos. Esto sería posible en algunos casos, por ejemplo, si 1) el veneno sólo puede ser utilizado razonablemente por el amante para un fin delictivo, o si 2) la madre abandona la habitación a ruego de su hija y esta petición sólo puede ir dirigida a estar sola para cometer el hecho. Sin embargo, en los supuestos en los que se causa imprudentemente un hecho doloso, sucederá con más frecuencia que el hecho del autor imprudente sea ambivalente para el autor doloso; en todo caso, el autor doloso intentará evitar que ello sea de otro modo, ya que de lo contrario se expone a un riesgo incrementado de ser descubierto. Por lo tanto, la teoría de la prohibición de regreso en su concepción habitual afecta a un ámbito en el que queda excluida con frecuencia una responsabilidad específica por comisión (esto es, conforme a las fórmulas a o b).

3.2. AMPLIACIÓN AL DOLO

El diagnóstico expuesto no cambia en nada si en quien causa de manera mediata concurre dolo en vez

⁸¹ Debe decidirse de otro modo el caso enjuiciado en *BGHSt* 7, pp. 112 y ss.: en una carrera de motocicletas el conducir haciendo eses tiene precisamente la finalidad de evitar intentos de adelantamiento; que el motorista que viene desde atrás se acerque de modo arriesgado al otro que le precede haciendo eses es asunto suyo, salvo que el que ocupa la primera posición, por la peligrosidad de tal comportamiento, sea garante de conducir por la derecha (fórmula c) —lo que probablemente sea el caso.

de imprudencia, ya que la configuración del mundo para el que se actúa o que se toma como base no se ve afectada, sino solamente la consciencia de ello. Sin embargo, cambia la plausibilidad de algunas posibilidades de motivación. Concurriendo dolo puede suceder que 2) la madre abandone a su hija o 3) el marido a su mujer sólo porque la madre o el marido saben lo que hará quien es dejado solo por el hecho de ser abandonado. Si ello no es meramente un motivo sustituible para esa persona en esa situación (y entonces es un motivo sin hecho), quienes actúan lo hacen por un mundo en el que se produce la lesión (fórmula a). Pero si esto queda excluido y las personas tampoco han tomado como base de su comportamiento los planes delictivos de otros,⁸² entonces, ciertamente, causan, pero el resultado no les atañe porque las condiciones de producción del resultado no son necesarias en el mundo que configuran actuando o que toman como base. Su comportamiento puede interpretarse sin plan delictivo propio o ajeno, y son los otros los que desarrollan en una dirección delictiva los resultados del comportamiento.

Ahora bien, puede ser adecuado exigir la evitación de la causación sin imputar el resultado, precisamente como aportación de solidaridad, teniendo en cuenta que se trata de un daño grave e irreparable. Esto puede ser procedente, de la misma manera que el legislador ha considerado adecuado ordenar en situaciones de necesidad a quien se halla capacitado para evitar el daño que realice acciones de salvamento, aunque éste no sea garante de que no se produzca el resultado o

⁸² Como ya se ha descrito arriba respecto de la imprudencia al tratar la fórmula b.

que no tenga lugar el curso que conduce al resultado (§ 330 c StGB). En todo caso, no es ésta una responsabilidad derivada del delito de lesión. Probablemente quede claro el paralelismo respecto de la omisión de socorro si se reduce en los ejemplos la magnitud valorativa del bien que resulta respectivamente lesionado: ¿quién consideraría adecuado establecer una responsabilidad si (de modo análogo a 2 y 3) el marido abandona la vivienda, sabiendo que a causa de ello su mujer, enfurecida, destruirá una cosa ajena o si (de manera análoga a 4) se alquila un cobertizo del cual resulta imposible salvar los bienes en él depositados, de valor limitado, en caso de un incendio provocado? De este modo quedan resueltos también los casos planteados al principio de este trabajo para esbozar el problema:⁸³ en todo caso, no ha de responderse por la producción del resultado.⁸⁴

⁸³ Vid. *supra* I *in fine*.

⁸⁴ En algunos de los ejemplos contenidos en el segundo grupo de los supuestos enunciados en la parte I *in fine*, quien causa mediatamente actúa a requerimiento de aquél que está decidido a cometer el delito, y para éste, la acción sólo tiene sentido para la comisión del delito (especialmente en el caso en el que el empleado de una gasolinera llena el depósito de un automóvil inadecuado para participar en el tráfico). Sin embargo, en estos casos el *contenido* del comportamiento está estereotipado, y lo único que pueden hacer terceros es desencadenarlo, pero no pueden configurarlo; además, decae una eventual responsabilidad conforme a la fórmula c. Sin embargo, si el contenido se configura en atención al plan ajeno —si, por ejemplo, el panadero hace para quien quiere realizar un asesinato un determinado tipo de pan, que no está en venta normalmente, y que sólo puede servir para ocultar el veneno— no cabe duda alguna de que hay responsabilidad. Se trata probablemente de un problema residual del ámbito de la adecuación social.

3.3. EL ÁMBITO DEL "INSTRUMENTO" NO DOLOSO

Esta conclusión no se ve modificada si quien actúa directamente⁸⁵ sólo causa imprudentemente,⁸⁶ aunque el sujeto que causa mediatamente actúe dolosamente,⁸⁷ puesto que de nuevo no cambia la confi-

⁸⁵ Vid. la definición *supra* en nota 67.

⁸⁶ Esto también rige sin modificación alguna respecto de la inducción a una autolesión, sin que ello determine, sin embargo, las consecuencias derivadas de la atipicidad de la autolesión. Por lo tanto, en el caso antes referido del LG München II (*vid. supra* el texto correspondiente a la nota 80) es irrelevante quién actuase dolosa o imprudentemente, en todo caso cabe imputar al director, ya que el plan del comportamiento directamente lesivo, el plan del salto, fue lo que le motivó a realizar su comportamiento. A la inversa, en el supuesto en el que la mujer de un bebedor notorio coloca de buena fe sobre el poyete de la ventana una botella de bebida que contiene un veneno disuelto en líquido (RGSt 1, pp. 373 y ss.), con la consecuencia de que su marido bebe de la botella y muere, la muerte no puede imputarse a la mujer en concepto de comisión, ya que ni la elección del lugar para colocar la botella estaba motivada exclusivamente por la pretensión de que el marido bebiese de la botella (fórmula a) ni tuvo lugar con base en un plan de estas características de otro (fórmula b). Sin embargo, es una cuestión distinta que la mujer ocupe una posición de garantía respecto del objeto peligroso o respecto de que su marido no sufra lesiones (fórmula c).

⁸⁷ También si concurre imprudencia en todos los implicados. El caso más conocido a este respecto es el de RGSt 34, pp. 91 y ss.: en un guardarropa cae un revólver cargado del bolsillo lateral de un abrigo. Alguien cree que el arma está descargada, apunta en broma a otro y aprieta el gatillo; éste muere. La solución ha de partir no de la responsabilidad específica por una comisión, sino de la custodia insuficientemente cuidadosa de una cosa peligrosa (fórmula c). Estando configurado el supuesto de hecho de otro modo, por supuesto cabe que concorra una causación mediata imprudente que comporte responsabilidad: el propietario hace entrega del revólver, que erróneamente considera descargado, a otro, requiriéndole para que en clave de broma dispare sobre otro (fórmula a) o se lo entrega porque el otro se lo pide para el mismo fin (fórmula b).

guración del mundo para el que se actúa o que se toma como base, sino que se modifica exclusivamente el conocimiento de ello. Respecto del caso en el que concurren causación mediata dolosa y causación directa imprudente, esto es, el supuesto de una posible autoría mediata, se viene discutiendo desde hace mucho tiempo la posible responsabilidad del sujeto que causa dolosamente, especialmente cuando éste realiza una aportación más bien incidental.⁸⁸ Conforme al modelo aquí desarrollado, la solución es la siguiente: el sujeto que causa mediatamente no responde si la motivabilidad de su actuación no se halla vinculada para él mismo al acto directamente lesivo y los planes ajenos que toma como base no sólo pueden estar motivados como planes delictivos. Esta limitación se fundamenta en que la imprudencia de quien causa directamente no atañe a quien causa mediatamente mientras no actúe para ella o la tome como base, ya que el hecho de que el otro actúe imprudentemente no significa nada distinto a que se le imputa la causación como error suyo, por lo que debe decaer la imputación a quien causa mediatamente, a no ser que éste también actúe para el mundo en el que se produce el error o lo tome como base. Pero si ello es así, quien causa de forma mediata responde, aunque su aportación sea limitada. Del mismo modo que el sujeto que causa de modo directo tampoco puede exonerarse aduciendo que la causación fue para él un asunto incidental. Por consiguiente, en el conocido ejemplo en el que concurre una acción lesiva directa realizada con imprudencia, para la cual quien causa mediatamente entrega, conociendo

⁸⁸ Fundamental ROXIN, *Täterschaft...* (nota 23), pp. 175 y ss. con referencias; STRATENWERTH, *Strafrecht* (nota 7), n.m. 819.

do el error del sujeto imprudente, un instrumento,⁸⁹ es absolutamente decisivo determinar qué es lo que se entrega y en qué situación: si, por ejemplo, la entrega sólo adquiere sentido si el receptor realiza la acción directamente lesiva, porque el instrumento es inútil a otros efectos, entonces el contexto de la actuación es delictivo.⁹⁰

3.4. EL ÁMBITO DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA

La solución aquí desarrollada resuelve aquella parte del principio de confianza⁹¹ que no es un mero supuesto particular del riesgo permitido, sino consecuencia del carácter responsable del destinatario de la confianza.⁹² En la parte crítica ya se ha expuesto la problemática de este sector del principio de confianza, que consiste en que hay casos en los que la confianza ha de existir, al vincularse al carácter responsable del otro, de manera plenamente contrafáctica. Y ello puede ser el caso en el ámbito de una prohibición de regreso que —como sucede en el modelo aquí defendido— abarque también supuestos dolosos. Al argumentar Stratenwerth que si “en la vida social” entran en con-

⁸⁹ NOWAKOWSKI, *JZ* 1956, p. 549; ROXIN, *Täterschaft...* (nota 23), p. 175; STRATENWERTH, *Strafrecht* (nota 7), n.m. 819.

⁹⁰ En contra de lo sostenido por ROXIN, *Täterschaft...* (nota 23), la aportación puede quedar reducida a un “movimiento afirmativo con la cabeza” o a una “palabra acompañante”, si estas manifestaciones conducen a la génesis de la decisión de actuar del sujeto imprudente o a que ésta se mantenga, puesto que también el autor imprudente lleva a cabo —con la excepción de los comportamientos automatizados— una decisión de actuar, sólo que lo hace desconociendo las consecuencias de su acción.

⁹¹ *Vid. supra* II, 3.

⁹² *Vid. supra* el texto correspondiente a las notas 44 y 45.

tacto “los comportamientos de varias personas... por regla general cada uno de los participantes debe poder confiar en que los demás se comporten cuidadosamente, puesto que ellos también están sometidos a las exigencias del ordenamiento jurídico”,⁹³ ello no puede regir, incluso tratándose de no-garantes, en los supuestos en los que la acción propia sólo puede estar motivada para obtener un comportamiento directamente lesivo (fórmula a) o depende de los planes de otro que sólo pueden estar motivados de manera delictiva (fórmula b). Quien forja una ganzúa para alguien que va a cometer un robo, actúa de manera delictiva, con independencia de que lo que a él mismo le importe sea sólo la contraprestación a recibir o también el delito. Sin embargo, a quien toma como base o actúa para un mundo en el que no (necesariamente) se ven completadas las condiciones de la lesión, es decir, en el que no (necesariamente) aparece un comportamiento directamente lesivo, no le atañe el comportamiento erróneo del otro por el mero hecho de la causación, y la confianza es una metáfora de la delimitación de los ámbitos de responsabilidad, ámbitos que siguen estando separados incluso aunque no quepa duda alguna acerca de que se va a producir un comportamiento delictivo del “receptor de la confianza”. Por consiguiente, la “confianza” puede llegar a ser plenamente contrafáctica. No termina cuando concurre una probabilidad de que se produzca el comportamiento inadecuado,⁹⁴ ni cuando concurren determinados indicios de que va a tener lugar un comportamiento inadecuado,⁹⁵ sino

⁹³ *Eb. Schmidt-Festschrift* (nota 45), p. 392.

⁹⁴ *Vid. supra* nota 47.

⁹⁵ *Vid. supra* nota 48.

que no termina nunca y en todo caso puede superponérsele una posición de garante de quien “confía” o —con menor intensidad— un deber de solidaridad del tipo del § 330 c StGB. *La causación fuera de un contexto delictivo no es más que la creación de una situación en la que otro cometerá un delito*,⁹⁶ y esto significa algo más que una mera reducción de una eventual inducción a una complicidad:⁹⁷ significa actuar sin responder por la causalidad por el mero hecho de conocerla.

Por consiguiente, por ejemplo, y en lo que se refiere al ámbito específico de la comisión, está permitido prestar un automóvil aunque se sepa que el receptor del vehículo se embriagará por el camino, a no ser que la entrega del vehículo (fórmula a) o la petición de su entrega (fórmula b) sólo puedan estar motivadas por un recorrido en estado de embriaguez. ¿O es que acaso no puede proponerse realizar un trayecto en coche a personas de las que se sabe que suelen conducir embriagadas, al menos no cuando concurren indicios (y de ser así, ¿qué indicios distintos de los que conforman la experiencia?) de que volverán a embriagarse? Si el repartidor de bebidas bebe, ¿ya no pueden hacerse pedidos a la empresa para la que éste trabaja? Este tipo de consideraciones puede que ayuden a la protección de bienes, pero los principios del orden social son otros; y es que el hecho de que no todo atañe a todos separa a la imputación de la red de la causalidad. Ahora bien, la cuestión acerca de si a la hora de prestar un automóvil queda reducida la libertad bajo el aspecto de la responsabilidad por la fuente de peligro

⁹⁶ Vid. *supra* nota 50.

⁹⁷ En este sentido, sin embargo, SCHMIDHÄUSER y WELZEL, *op. cit.* (nota 50).

que es el vehículo, ya no es un problema específico de la comisión.

Probablemente, las consecuencias del modelo aquí desarrollado sean bastante reducidas en los supuestos en los que entran en contacto distintos participantes en el tráfico rodado mismo, que es el ámbito de aplicación principal del principio de confianza⁹⁸ (aún prescindiendo de los deberes de actuación [fórmula c] que aparecen de forma masiva en este campo). Y ello es así porque en este ámbito será difícil determinar en la práctica si alguien desarrolla el comportamiento neutral de terceros en una dirección delictiva o si alguien, por el contrario, ya ha configurado (de modo evitable) la situación de tal forma que en el supuesto en el que los terceros se comporten después confiadamente, sea imposible evitar un daño. Dicho de otro modo: no necesariamente es el que lesiona de manera directa quien comete el error más grave.⁹⁹ Así, por ejemplo, a quien conduce por una vía sin preferencia se le adscribe como asunto suyo que no haya respetado la preferencia si ello produce un accidente y el automovilista que conducía por la vía principal confiaba en que esperase; esta imputación, sin embargo, no se produce porque se haya constatado que fue el conductor proveniente de la vía sin preferencia quien puso la última condición. Por lo tanto, en este ámbito no es la prohibición de regreso la que puede liberar al conductor con derecho de preferencia del peligro de tener que quedar inmóvil por desconfianza, sino que esto sólo puede ser alcanzado a través de un permiso de lesionar, aun de lesionar de modo

⁹⁸ Vid. las referencias en CRAMER, en: Schönke-Schröder (nota 58), § 15 n.m. 210.

⁹⁹ Vid. *supra* la definición en nota 67.

directo: esto es, de un riesgo permitido; y puede que el permiso se establezca de manera generosa teniendo en cuenta que en caso de conflicto puede imputarse a otro, es decir, que existe una posibilidad diferente de resolver el conflicto.

3.5. EL ÁMBITO DE LA TEORÍA DEL FIN DE LA NORMA

En los supuestos en los que se desencadena una medida de salvamento,¹⁰⁰ destacados especialmente por Roxin respecto del fin de la norma, esta posibilidad de imputar a otro solamente concurre de modo parcial: como ya se ha expuesto, el “riesgo profesional” o la “obligación legal” son explicaciones válidas de la necesidad de exponerse a un determinado riesgo, pero no explican el surgimiento del peligro. Y lo mismo sucede en cuanto al eventual deber de tolerar, correspondiente a la “obligación legal”, que afecta a un tercero cuando el riesgo le provoca una lesión, ya sea porque le lesionen las actividades de salvamento (justificadas por estado de necesidad), ya sea porque le falten los medios de salvamento, estando él mismo en una situación de necesidad, por estar ocupados en otro lugar. Sin embargo, hay que conceder a Roxin que aquel que desencadena el riesgo, en los supuestos de imprudencia relevantes en la práctica —en la terminología aquí utilizada—, ni actúa para ni en atención a un mundo en el que hayan de completarse las condiciones de la lesión que se produce con ocasión del salvamento (por lo tanto, no hay responsabilidad conforme a las fórmulas a y b). Sólo puede haber responsabilidad en estas dos modalidades si la motivación del comporta-

¹⁰⁰ Vid. *supra* II, 4.

miento que desencadena el salvamento se halla vinculada precisamente al desencadenamiento del salvamento peligroso (fórmula a) o si el sujeto que lo ocasiona sigue un plan ajeno correspondiente (fórmula b), es decir, si alguien produce una catástrofe para darle a un tercero la posibilidad (que éste a su vez desea) de realizar maniobras peligrosas, o para obligar a quien corre el peligro a buscar una determinada salida a la catástrofe (estado de necesidad por coacción). Esto último, sin embargo, no resuelve los supuestos imprudentes relevantes en la práctica y tampoco todos los supuestos dolosos; concretamente, no resuelve aquellos casos en los que quien realiza la acción de salvamento desvía el proceso que se dirige hacia la lesión de un bien hacia otro bien (posiblemente propio), sin que ello afecte a quien ha ocasionado la situación peligrosa de la manera desarrollada en este trabajo hasta el momento. Esta desviación llevada a cabo por el salvador es aquello que Roxin denomina su "arbitrio"; en los casos en los que concurre ese arbitrio, el conflicto se resuelve imputando a quien lo ejerce, y no a quien ha generado la situación de peligro. En esta medida, no es necesario corregir las fórmulas a y b para añadirles alguna otra cosa.

Sin embargo, no siempre concurre ese arbitrio, y además se trata de un concepto extremadamente indeterminado. También conviene adoptar una actitud escéptica frente a este concepto, ya que, como se ha expuesto, las consecuencias hacia las que otros conducen el comportamiento propio no tienen por qué pertenecer, con total independencia de que se ejerza arbitrio alguno, al esbozo de mundo que rige respecto de quien actúa. El mero desencadenamiento de una causación ajena directa, esto es, la actuación de un no-garante sin vinculación a un plan delictivo propio o

ajeno, no conduce a la responsabilidad por el resultado delictivo (fórmula d). Esto, sin embargo, es distinto si la lesión no le es imputable a quien la ha causado directamente porque el Derecho le ordena la acción causante o, en caso de omisión, porque le prohíbe la evitación de la causación. En este caso, el propio Derecho selecciona la alternativa de la defraudación (tratóndose de riesgos: de la posibilidad de defraudación).¹⁰¹

A modo de ejemplo:¹⁰² el médico, al tratar a un enfermo de viruela, debe asumir determinados peligros inevitables dentro de un marco moderado o está autorizado a desencadenar, si es necesario llevar a cabo un traslado del enfermo, determinados peligros inevitables y moderados para terceros. Por consiguiente, quien crea de manera completa las condiciones de la situación de justificación o del deber de someterse a un riesgo, ha creado con ello las condiciones de la retirada de la garantía de expectativas, es decir, ha elegido un mundo en el que no rige la resistencia frente a la defraudación de las expectativas afectadas, y su elección tuvo lugar sin justificación, siendo, por ello, una toma de postura en contra de la existencia del bien, una toma de postura que desde el punto de vista jurídico carece de razón alguna; por consiguiente, es una toma de postura en contra de la norma.

Ahora bien, es fortuito que en una situación de necesidad se genere un deber de salvamento; si quien se encuentra en la situación de necesidad es capaz de ayudarse a sí mismo con seguridad, o si otros sujetos que no tienen el deber de salvar han asumido el salvamento por solidaridad, no es necesario que proceda al

¹⁰¹ Vid. a este respecto *supra* III, 1.

¹⁰² De modo análogo a BGHSt 17, pp. 359 y ss.

salvamento un sujeto en quien concurre el deber de salvar. Igualmente es casual que (por ejemplo) un garante por su presencia en el lugar de los hechos esté en condiciones de evitar. El Derecho reconoce la posibilidad de que las personas obligadas sean sustituidas por otras igualmente capaces de evitar, al no vincular el § 34 * a un deber el permiso para proceder a un salvamento con un riesgo moderado o con un daño seguro igualmente de moderada magnitud. Con independencia de cuáles sean las razones existentes para renunciar a establecer un deber de ayuda general, desde luego no es una de ellas —como demuestra el § 34 StGB— la de preservar al tercero que queda gravado moderadamente por una acción de salvamento de la defraudación que puede derivar de ese gravamen. Aunque no se establece un deber para quien salva, se obliga al tercero que sufre el gravamen moderado a tolerar; su seguridad de expectativas ya no se halla garantizada. Tampoco es posible remitirle por su defraudación a el arbitrio del salvador, ya que en la medida en que éste solamente emprende algo que el Derecho admite, emprende más de lo que está obligado a hacer, pero en todo caso hace lo correcto, y un

* El § 34 StGB dispone: "*Estado de necesidad justificante. 1)* Quien estando en una situación de peligro actual para la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico, y no pudiéndose conjurar el peligro de otro modo, comete un hecho para apartar el peligro de él o de otro, no actúa antijurídicamente si al ponderarse los intereses en conflicto, especialmente los bienes jurídicos afectados y el grado de los peligros que les amenazan, es esencialmente superior el interés preservado al interés que queda afectado.

2) Sin embargo, lo anterior sólo rige si el hecho es un medio adecuado para conjurar el peligro" (*n. del t.*).

comportamiento correcto no es una razón que explique defraudaciones.¹⁰³

Lo anterior proporciona la clave para resolver los casos en los que se lleva a cabo una autolesión, sin que concorra un deber para ello, y la autolesión constituye un sacrificio moderado para evitar graves daños ajenos o propios. Quien lleva a cabo la acción de salvamento es libre de poner en peligro o sacrificar bienes propios o, por el contrario, de dejar que el peligro siga su curso, del mismo modo que el titular de un bien que corre peligro puede apartar a quien está obligado al salvamento del intento de salvar el bien. Sin embargo, si sólo se utilizan bienes que un tercero que pretendiese salvar podría tomar justificadamente, su uso es jurídicamente correcto, aunque en el ámbito de la autolesión, al faltar el injusto, no es necesaria una determinación formal de la justificación. Por supuesto, quien se lesiona a sí mismo sigue actuando correctamente si utiliza una medida desproporcionada de bienes: puede poner en juego lo que tiene; lo que él mismo desea no puede defraudarle. Sin embargo, si asume una lesión moderada para evitar defraudaciones mayores, ello no puede explicarse suficientemente con su arbitrio, puesto que el salvador sólo sacrifica su bien para no sufrir una defraudación mayor en otro lado: actúa exclusivamente para atenuar la defraudación constituida ya en la situación de peligro. La garantía de ausencia de lesiones en general ya ha decaído con la creación de la situación de peligro.

Por consiguiente, las fórmulas a y b han de ser completadas como sigue:

¹⁰³ Con un criterio más estricto (sólo si concurre un deber):
CRAMER, op. cit. (nota 58), § 15 n.m. 156.

El comportamiento de efectos causales mediatos también ha de definirse por un plan delictivo si se crea directamente una situación en la que es inevitable de hecho o de Derecho que se produzca la defraudación de expectativas.

Sin embargo, si el salvador crea un riesgo excesivo, o un riesgo comprensible (exculpado), pero en todo caso jurídicamente incorrecto, de que se produzca una heterolesión (o la produce con seguridad), también si emplea bienes propios de manera excesiva, es decir, cuando se incrementa el riesgo de defraudación o la defraudación segura frente al potencial de defraudación ya contenido en la situación de peligro, entonces, ciertamente, el creador de la situación de riesgo también ha causado lo anterior, incluso puede que lo haya causado de manera previsible. Pero el exceso de defraudación no le afecta por el simple hecho de haber causado de modo previsible, sino que en primer lugar afecta a quien se comporta de manera jurídicamente incorrecta, y ello significa en Derecho: de modo arbitrario. De todos modos, la explicación dada a través de este arbitrio no necesariamente significa la resolución del conflicto. En primer lugar, no implica la solución del conflicto si quien ha creado la situación de riesgo es garante de la evitación incluso de acciones de salvamento arbitrarias; además, tampoco se llega a la solución del conflicto si el sujeto que actúa de modo arbitrario puede explicar de manera comprensible su voluntad o su debilidad con base en la situación de riesgo. Por consiguiente, si después de llevar a cabo la imputación a quien causa de manera directa e incorrecta, ha de recurrirse a la génesis de su plan delictivo con base en la situación de riesgo y a su

creador, del mismo modo que el § 35 StGB* no siempre asume la situación de riesgo, sino que —por ejemplo, si es el sujeto mismo quien la ha causado— la reconduce a su creador. Desde esta perspectiva, se llega fácilmente a la conclusión de que en los supuestos aquí tratados de causación mediata, por ejemplo, la responsabilidad puede diferir dependiendo de que quien se comporta de modo arbitrario sea un sujeto imputable o un niño. En general, desde este punto de vista es fácil fundamentar la vinculación de la responsabilidad del “hombre de atrás” a posibles disminuciones en la imputabilidad de quien causa directamente, y ello sin violentar la dinámica de grupo del caso. *En este ámbito, la imputación en el delito de comisión y la fundamentación de una posición de garante pasan a ser una misma tarea.* Teniendo en cuenta que tanto en el ámbito de la comisión como en el de la omisión, lo decisivo es la determinación de ámbitos de responsabilidad, ello no debería llamar la atención. Los problemas concretos de este problema forman parte de la teoría de la imputación en la autoría mediata, que no ha de desarrollarse en este lugar.

* El § 35 StGB dispone: *“Estado de necesidad exculpante. 1) Quien estando en una situación actual de peligro para la vida, la integridad corporal o la libertad, comete un hecho antijurídico para apartar el peligro de él, de un familiar o de otra persona cercana, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en la medida en que pudiese exigirse al autor, según las circunstancias, especialmente si fue él mismo quien causó el peligro o porque estaba inmerso en una relación jurídica especial, que soportase el peligro; sin embargo, puede atenuarse la pena conforme al § 49, párrafo 1º, si el autor no estaba obligado a soportar el peligro en atención a una relación jurídica especial.*

2) Si el autor supone erróneamente en el momento de cometer el hecho que concurren circunstancias que le exculparían conforme al párrafo 1º, sólo será penado si podía evitar el error. La pena ha de atenuarse conforme al § 49, párrafo 1º” (n. del t.).

Capítulo IV

Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico *

SUMARIO: *I. La parte general del problema.* 1. Panorama. 2. Protección de bienes jurídicos versus *cogitationis poenam nemo patitur*. 3. La significación del lado subjetivo. 4. La necesidad de una externalización. 5. Estandarización. 6. Resumen. *II. La parte especial del problema.* 1. Bienes jurídicos anticipados. 2. Injustos parciales. 3. ¿Un "clima" favorable al derecho como bien jurídico? *III. Derecho penal del ciudadano versus Derecho penal del enemigo.* IV. Resumen.

* Ponencia presentada al Congreso de los penalistas alemanes celebrado en Frankfurt a. M. en mayo de 1985.

Titulo alemán: *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, publicado en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) 97 (1985), pp. 751 a 785.

Traducción de Enrique Peñaranda Ramos (Universidad Autónoma de Madrid).

I. LA PARTE GENERAL DEL PROBLEMA

1. Panorama

El tema que voy a tratar designa *un problema*: el de la criminalización en el estadio previo a una lesión, pensada como ya dada, de un bien jurídico. Al citado problema dedicaré la primera y más extensa parte de mi ponencia (en este punto I). Puesto que la conclusión rezará que considerables porciones de las criminalizaciones anticipadas que se encuentran en el StGB no se pueden legitimar en un Estado de libertades, seguirá una segunda y más breve sección donde trataré de establecer si la ilegitimidad de la criminalización de conductas que tienen lugar en el estadio previo no podría ser neutralizada por la protección de bienes jurídicos anticipados (II, del 1 al 3) como la paz jurídica, la seguridad pública, un clima favorable al Derecho, etc. Se puede calificar la primera sección como la Parte General y la segunda como la Parte Especial del problema de la anticipación de la punibilidad.

Comenzaré, como he anunciado, con la Parte General del tema: el estado de la dogmática al respecto es, predominantemente, de un despreocupado positivismo. El extendido descuido con que se trata esta materia se hace visible en el instrumental conceptual de la dogmática del Derecho penal: significativamente el concepto de consumación es un concepto

formal,¹ esto es, la consumación se orienta a la formulación del tipo, no a criterios materiales, y en correspondencia con ello resulta materialmente inseguro determinar ya en términos generales qué es el estadio previo. A causa de esa determinación formal, en el asesinato es todavía estadio previo lo que en los delitos de falsificación de moneda e incluso en formas triviales de falsedades documentales es ya consumación. Pero si ya son inciertos el comienzo y el fin de un estadio previo materialmente determinado, no puede sorprender que sea todavía más incierto por dónde discurre el límite entre la conducta previa que es aún legítimamente punible y la que no puede ser ya castigada y es lícito manifestar la sospecha de que las consecuencias, a las que alude el tema marco de este congreso,² del desarrollo de la criminalidad para el Derecho penal, no consisten tanto en un abandono de principios acrisolados como en la continuidad en un estado de carencia de principios.

A título de ejemplo: en casi todos los Comentarios de la Parte General del StGB se califica la delimitación de la tentativa punible como un postulado de primer rango del Estado de Derecho. Esta declaración no produce, sin embargo, que se dedique más que unas cuantas frases obligadas a la legitimación de las sanciones *previas* al comienzo de la tentativa, por ejemplo a la punición de la preparación del delito mediante la figura de la tentativa de participación a la que se refiere el

¹ Una teoría positivista con esta orientación desarrolla FINCKE, *Das Verhältnis des Allgemeinen (Teils) zum Besonderen Teil des Strafrechts*, 1975, pp. 35 y ss.

² Nuevos desarrollos de la criminalidad y sus consecuencias para el Derecho penal.

§ 30 StGB.*³ La punibilidad de la preparación del delito a través de la figura de la tentativa de participación degrada el límite de la tentativa, en todos los delitos graves (§ 12, párrafo 1° StGB)** que son preparados en calidad de autores o de inductores por una pluralidad de personas, a la categoría de un límite relativo al marco de la pena, de importancia más bien secundaria; sin embargo, ello es aceptado como si fuese compatible con el sentido de una estricta delimitación de la tentativa punible. Valga esto como ejemplo de la mencionada "carencia de principios".

En favor de la extendida disposición a aceptar anticipaciones de la punibilidad se pueden citar varias explicaciones plausibles. Así se puede mencionar una tendencia a la subjetivización que se nutre, por su parte, de diversas fuentes: el principio de culpabilidad, la orientación al autor, la personalización del injusto. Tampoco se puede excluir que la tendencia a la anticipación fomenta de nuevo la tendencia a la subjetivización, de modo que ambas se apoyan apa-

* El § 30 StGB establece: "*Tentativa de participación*" 1) Quien intente determinar a otro a cometer un delito o a inducir a hacerlo será penado conforme a las disposiciones sobre la tentativa del delito grave. No obstante la pena habrá de ser atenuada según lo dispuesto en el § 49, párrafo 1°. Se aplicará por analogía el § 23, párrafo 3°.

2) Igualmente será castigado quien se declare dispuesto, quien acepte el ofrecimiento de otro o quien se concierte con otro para cometer un delito grave o para inducir a cometerlo" (*n. del t.*).

³ Ciertamente se pronuncian de un modo crítico al respecto KOHLRAUSCH-LANGE, 43ª ed., 1961, § 49 b, nn. mm. I a III.

** El § 12, párrafo 1°, StGB dispone lo siguiente: "1) Son delitos graves los hechos antijurídicos que están conminados con una pena privativa de libertad cuyo límite mínimo alcanza o supera el año de duración" (*n. del t.*).

rentemente de un modo recíproco y circular. Hay además argumentos preventivo-policiales en favor de esas anticipaciones. Se anticipa la consumación para conceder a la policía la posibilidad de intervenir en el momento propicio para hacerlo; pues con la anticipación de la punibilidad se amplían los límites de lo permitido para la prevención en la medida de lo permitido para la represión. Probablemente no se debe al azar que algunos notorios sectores de punibilidad anticipada se identifiquen con sectores notorios de actividad policial encubierta: delitos relativos a los estuperfacientes, a la seguridad del Estado o a la falsificación de moneda, entre otros.

2. Protección de bienes jurídicos *versus cogitationis poenam nemo patitur*

Desearía rastrear otro motivo, algo oculto y por ello tanto más difícil de controlar, que favorece las anticipaciones de la punibilidad: el principio mismo de la protección de bienes jurídicos. Este principio induce a creer en la legitimación de todo aquello que puede ser puesto en una relación positiva con el concepto de bien jurídico. Lo que con razón se pueda calificar como un ataque peligroso a un bien jurídico tiene que ser, según parece, socialmente nocivo, si se intenta definir el estado de integridad de la sociedad por la intangibilidad de los bienes jurídicos.

Tomar como exclusivo punto de partida el bien jurídico conduce sin duda al desbordamiento, porque con ello cae por completo fuera de la perspectiva la esfera jurídica del *autor*. El autor viene definido tan sólo por el hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico, con el añadido de que cabe anticipar, potencialmente sin límite alguno, el comienzo de tal peligro. El autor no tiene ninguna esfera privada, ningún ámbito para una conducta-todavía-no-socialmente-relevant

te, sino que es sólo fuente de peligro o, con otras palabras, enemigo del bien jurídico. En un consecuente desarrollo de este criterio de tomar como punto de partida la protección de bienes jurídicos, habría que combatir penalmente incluso los pensamientos peligrosos de autores potenciales o, más aún, las fuentes de las que surgen estos pensamientos peligrosos. La réplica usual, según la cual los pensamientos peligrosos no constituirían perturbación alguna de la vida social, no procede en absoluto del arsenal de argumentos que se pueden extraer de los principios de la protección de bienes, sino que tiene que ser obtenida desde fuera: una vida *social* no puede ser definida tan sólo a través de la integridad de bienes jurídicos; así no se llega más allá de un archivo museístico.⁴ Desde luego cabe guardarse, por sus evidentes efectos secundarios indeseados, de un Derecho penal que combata los pensamientos, pero se trata entonces —desde la perspectiva de la protección de bienes jurídicos— de límites externos que se marcan al criterio, incapaz de autolimitarse en ese sentido, de la protección de tales bienes.

A la definición del autor como enemigo del bien jurídico, según la cual se podrían combatir ya los más tempranos signos de peligro, si bien esto podría no ser oportuno en el caso concreto, se ha de contraponer aquí una definición del autor como ciudadano. El autor no sólo ha de ser considerado en cuanto potencialmente peligroso para los bienes de la víctima, sino que debe ser definido también, de antemano, por su derecho a una esfera exenta de control; y se va a mostrar que del *status* de ciudadano se pueden derivar límites, hasta cierto punto firmes, para las anticipaciones de la punibilidad.

⁴ Es fundamental a este respecto WELZEL, *ZStW* 58 (1939), pp. 491 y ss., 515.

Pues bien, todo el Derecho penal no totalitario reconoce un *status* mínimo del autor. En la medida en que rige el principio *cogitationis poenam nemo patitur*,⁵ hay un ámbito interno, sólo privado y no socialmente relevante, que es precisamente el ámbito de las *cogitationis*. Una razón para el reconocimiento de este ámbito interno podría depararla la dificultad o, más aún, la imposibilidad de llevar a cabo a ese respecto un control dotado de un mínimo de eficacia. Un legislador juicioso no regula nunca procesos que están fuera de sus posibilidades de control cuando cualquiera sabe que ese control no existe. Pero la razón principal podría encontrarse en un difundido naturalismo: el ser humano es definido como sujeto en la misma forma en que ha nacido, esto es, como un sistema psico-físico que tiene la piel como límite. Esta definición tampoco es absolutamente reprochable, sino que se muestra como idónea en determinados ámbitos. En este sentido, sólo se pueden obtener, por regla general, informaciones sobre los datos internos de este sistema a partir del sujeto mismo o con su colaboración. Tampoco se puede reducir aún más este sistema de un modo sensible, pues entonces resulta destruido. Y en ello puede jugar también algún papel un dato específico de la praxis jurídico-penal: con la piel como límite externo se encuentra la persona en el establecimiento penitenciario antes de volver a ser vestida. Esto no se dice sólo en términos irónicos: a partir del principio de que en virtud del mero sometimiento a prisión no se puede disponer de lo interno, de lo que está detrás de la piel, cabe desarrollar una vasta teoría de la ejecución de la pena.

⁵ ULPiano, Digesta 48. 19. 18.

Se podrían aportar otros ejemplos de que en determinados ámbitos tiene pleno sentido orientarse al sujeto definido en términos naturalistas, pero ello no puede ocultar los límites que presenta la capacidad de rendimiento de este concepto de sujeto. Referida a un sistema semejante, la regla *cogitationis poenam nemo patitur* formula el máximo de lo interno; una contracción del dedo y la elevación de una ceja son ya externas, incluso aunque se trate de muy privadas manifestaciones vitales. Para el Derecho penal un concepto de sujeto con tales consecuencias, esto es, un concepto naturalista de sujeto, resulta insertible por una sencilla razón: tal concepto atiende para la delimitación de lo interno y de lo externo a circunstancias sensibles de la naturaleza, mientras que lo que importa son referencias normativas. De ningún modo se puede establecer de una vez para siempre como qué clase de sujeto se comporta una persona, sino que ello depende de diversas circunstancias, que en todo caso no son sólo perceptibles por los sentidos. Tampoco el concepto de sujeto está fijado de un modo ontológico-sustancial. A veces el ámbito del sujeto es aún más reducido de lo que corresponde al concepto naturalista de sujeto; y así es posible que el sujeto responda, en determinadas relaciones sociales, de simples pensamientos y, por tanto, que no pueda reclamar para sus pensamientos la cualidad de algo interno; éste puede ser el caso, por ejemplo, en estrechas relaciones íntimas o en comunidades religiosas, pero también en Estados totalitarios. A la inversa sucede en un Ordenamiento de libertades. En un Ordenamiento tal y como se encuentra establecido conforme a la Ley Fundamental, una persona es

un *ciudadano*,⁶ es decir, un sistema que —aparte de su dotación psicofísica, que incluye hasta la piel— dispone de una esfera privada que consta, por ejemplo, de vestido, contactos sociales reservados, vivienda y propiedad (de dinero, herramientas, etc.). Denomino este ámbito privado la esfera civil interna. Junto a ella hay una esfera externa, a la que no sólo pertenecen los derechos de intervención en asuntos públicos, lo que aquí resulta poco relevante, sino también —y esto es lo que importa— los contactos sociales no reservados y, además, los derechos a la utilización de bienes de uso común, a la salida y entrada en el territorio, etcétera.

Me ocuparé en primer término del ámbito privado, esto es, de la esfera civil interna. Ésta es, en la relación del ciudadano con el Estado, parte del ciudadano como sujeto. Cuando el Estado se inmiscuye en el ámbito privado termina la privacidad y con ella la posición del ciudadano como sujeto; sin su ámbito privado el ciudadano no existe. Si los seres humanos produjeran y desplazaran consigo su morada al modo de la concha del caracol, sería perceptible por los sentidos que la morada pertenece a lo interno de la misma forma que el cuerpo. Pero no existe ningún impedimento para abandonar el concepto naturalista de sujeto y determinar el alcance del sistema normativamente; entonces una habitación alquilada puede ser equiparada al caparazón de un caracol.

⁶ Las esferas del ciudadano no son siempre de la misma intensidad. Por ejemplo: la desprivatización del uso común o de la creación de asociaciones podría, por regla general, destruir menos subjetividad que la desprivatización de la morada o del pensamiento. Pero también las posiciones menos intensas merecen protección, porque las más intensas sólo pueden subsistir si están recubiertas por las de menor intensidad.

Por tanto, la regla *cogitationis poenam nemo patitur* es tan sólo una de las concreciones del principio general de que los asuntos exclusivamente internos de un sujeto no pueden constituir una perturbación social. *De internis non judicat praetor*.⁷ A este respecto, lo interno carece de un límite preestablecido, cuasi natural; por dónde discurre el límite entre lo externo y lo interno es algo que se decide de un modo diferente según la concepción que se tenga de la sociedad y, dentro de una misma sociedad, según el ámbito de que se trate, pero en todo caso sin una dependencia forzosa de circunstancias perceptibles por los sentidos.

Los asuntos genuinamente públicos no pueden ser privatizados por el acuerdo de los intervinientes. Así es, por ejemplo, una conducta externa toda aceptación de ventajas que se produzca en atención a un acto relativo a la función pública, por mucho que haya sido *privatissime* querida. Como reverso de ello, tampoco está la privacidad de la esfera privada a disposición de su titular. Ciertamente éste puede comunicar lo que hace internamente (o es posible averiguarlo), pero esto no convierte su ámbito interno en un asunto público. La comunicación misma (no lo comunicado) es, en efecto, un proceso externo; tal comunicación puede ser criminalizada, bajo ciertos presupuestos aún por explorar, y, precisamente porque se trata de la comunicación y no de lo comunicado, también puede serlo cuando se comunican meros pensamientos. Dejo para más adelante este problema y vuelvo al examen del ámbito interno.

Son evidentes las consecuencias que para la anticipación de la punibilidad se han de extraer del hecho

⁷ APUD LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 1982, D 19.

de que el ámbito interno del sujeto delincuente no sólo abarque sus pensamientos, sino que comprenda su entera vida privada: así como un mero pensamiento no puede constituir ninguna perturbación de la vida en común, tampoco puede serlo cualquier conducta que se mantenga en la esfera privada, en la medida en que la esfera privada no concorra con la de otra persona y deje entonces de ser privada. Lo que, junto con sus efectos, reside todavía en la esfera en la que un ciudadano puede legítimamente oponerse a controles públicos, desde la intimidad del cuerpo hasta los contactos sociales reservados, no puede ser preparación punible, tentativa o, menos aún, consumación de un delito. Si, por ejemplo, en la ya mencionada tentativa de participación del § 30 StGB se definen acuerdos previos como delitos, incluso si se realizan en condiciones de privacidad, v. gr. por personas entre las que media amistad, se priva a los intervinientes, en esa medida, de su ámbito interno y se les trata como *enemigos* a los que no se concede el *status* de ciudadano. Ciertamente esto es útil para la protección de bienes jurídicos, pero por esta protección tiene que ceder una parte de su esfera interna. Una disminución semejante del sujeto pertenece a un Derecho penal de índole peculiar que se diferencia nítidamente del Derecho penal de ciudadanos: el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad.

Ya una mirada muy superficial al StGB pone de manifiesto que numerosos preceptos caen fuera del marco de lo que aquí se denomina Derecho penal de ciudadanos y pertenecen al Derecho penal de enemigos, en concreto todas las criminalizaciones de lo que materialmente son actos preparatorios, en la medida en que la conducta preparatoria se efectúe en el ámbi-

to privado. Junto a la ya tratada tentativa de participación, pertenecen a este ámbito algunos delitos contra la seguridad del Estado, así como la constitución de asociaciones criminales o terroristas (§§ 129 y 129 a StGB). Las repercusiones sobre el comienzo de la tentativa son evidentes. Los delitos de falsedades documentales, con inclusión de la falsificación de moneda, en sus modalidades de fabricación y de obtención de documentos falsos son como mínimo sospechosos con arreglo a la máxima de privacidad esbozada; en el caso de la falsificación de documentos (§ 267 StGB)* el descuidado trato que se da a las reglas de lo privado casa con el momento de formación del precepto: la redacción, según la cual de este delito, hasta entonces de dos actos, ya el primero, la producción del documento, basta para la consumación, procede de 1943⁸ y aún hoy es alabado porque estaría “en mejores condiciones ... de proteger el bien jurídico”,⁹ como si la protección de bienes fuese *per se* un argumento.

En relación con la tentativa de participación y con la constitución de asociaciones criminales y terroristas puede parecer que no es evidente una inclusión,

* El § 267 StGB dispone lo siguiente: “*Falsificación de documentos*: 1) Quien para defraudar en el tráfico jurídico produce un documento ilegítimo, falsifica un documento legítimo o utiliza un documento ilegítimo o falsificado será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

2) Es punible la tentativa.

3) En casos especialmente graves la pena será de privación de libertad no inferior a un año” (*n. del t.*).

⁸ Decreto de 29 de mayo de 1943, RGBl. I, p. 339. Por este decreto se amplió también hasta su extensión actual e incluso más allá la tentativa de participación.

⁹ TRÖNDLE, en *LK*, 10^a ed., antes del § 267, n.m. 14. Críticamente sin embargo H. MAYER, *Strafrecht*, 1953, p. 277.

como la efectuada aquí en principio, en el ámbito interno de un sujeto. ¿Es pues —así cabría preguntar— la constitución de bandas un asunto privado? En la medida en que con esta pregunta se insinúe que la persecución de fines antijurídicos no podría ser una cuestión privada, por ella se ve afectada no sólo la constitución de bandas, sino la concepción en su conjunto. Toda preparación de un delito se puede definir como una conducta que es no-privada, pero entonces no se tiene ya ningún motivo para detenerse ante la criminalización de pensamientos. Por esta vía todo Derecho penal se convierte en un Derecho penal de enemigos. El cuestionamiento del carácter privado de la constitución de bandas puede afectar también, sin embargo, a la circunstancia de que los miembros de la banda, por definición, traban relación unos con otros, es decir, abren recíprocamente su ámbito privado. El ámbito común que así se genera queda, no obstante, cerrado para sujetos ajenos; pues el hecho de que alguien trabase relación con otras personas no legitima ninguna intromisión pública. En la medida en que haya relaciones sociales que pertenezcan al *status* de ciudadano, esas relaciones sociales pueden ser objeto de abuso, del mismo modo que se puede hacer mal uso de otros elementos de ese *status*. La relación social preparatoria de un delito es tan genuinamente privada como cualquier otra relación y como cualquier otra conducta que recaiga en el ámbito privado.

Esta conclusión ha encontrado expresión dogmática en un ámbito parcial: las reglas de la accesoriad cuantitativa, esto es, la determinación unitaria para todos los partícipes del estadio delictivo en la coautoría y en la participación, se pueden explicar del modo más simple con el principio de que una división del trabajo del lado del autor es una cuestión interna de los in-

tervinientes. Y ello explica también sin dificultades que las reglas de la accesoriedad cuantitativa sólo rijan para personas que se encuentren respecto del bien jurídico atacado en una relación puramente negativa, que cumplan por tanto con su deber si cuidan de que su círculo de organización no tenga efectos nocivos sobre círculos de organización ajenos. En los delitos de infracción de un deber la referencia institucional impide al autor adoptar cualquier tipo de disposiciones. El que está auténticamente vinculado por un deber especial¹⁰ responde como tal no por lo que pone en obra conjuntamente con los demás intervinientes, sino inmediatamente por lo que queda a deber al bien jurídico. Ejemplo: el marido que induce al asesinato de su mujer de tal modo que al hacerlo se le va de las manos el curso del acontecimiento ha cometido una tentativa acabada a título de autor, de igual manera que constituye también una tentativa acabada si deja pasar la oportunidad de inhibir cursos causales nocivos que se han generado sin su intervención.

3. La significación del lado subjetivo

Antes de detallar la concepción aquí desarrollada sobre la distinción entre procesos internos y externos, tengo que enfrentarme a una objeción que surge probablemente de un modo natural. La objeción tiene su punto de partida en la imposibilidad de renunciar por principio y sin condiciones a la consideración de la vertiente subjetiva del hecho o de otros procesos internos y reza que en un Derecho penal de culpabilidad no podría haber ningún ámbito interno: el hecho de que los pensamientos no sean, por razones de princi-

¹⁰ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 4ª edic., 1984, pp. 352 y ss., 459 y ss. y 621 y ss.; ROXIN, en *LK*, § 25 nn.mm. 29 y ss.; JAKOBS, *Allg. Teil*, 1983, 21/115 y ss.

pio, exclusivamente internos, vendría a quedar demostrado por su relevancia para la culpabilidad. A primera vista esto parece de una corrección evidente, pues, en efecto, respecto de la exhibición forzosa de ámbitos altamente personales que se produce al comprobar la culpabilidad en el proceso, no es posible hablar ya de que lo interno se respete como interno. Si en la práctica forense se puede descubrir incluso la génesis de los pensamientos, ¿cómo sería posible suponer que pensamientos o, incluso, acontecimientos extracorporales como un acuerdo previo o la creación de una banda, son por razones de principio cuestiones privadas y, además, cuestiones exclusivamente privadas?

A esta objeción subyace un erróneo entendimiento de la función que incumbe a lo interno en la interpretación del comportamiento social; un error en el que se incurre fácilmente, ante todo, al ocuparse de la vertiente subjetiva del hecho y que por ello será tratado aquí *pars pro toto* sobre la base de una investigación de esa vertiente subjetiva. Puesto que la culpabilidad del autor constituye el fundamento para la medición de la pena (§ 46, párrafo 1º, inciso 1º StGB), el aspecto objetivo parece que tiene que atrofiarse; para convertirse en un presupuesto de la punición que se injerta desde fuera al Derecho penal de la culpabilidad. Desde esta perspectiva, la vertiente objetiva no es necesaria para fundamentar, sino para limitar el Derecho penal de la culpabilidad. O formulado de otro modo y, por cierto, en específica referencia al adelantamiento de la punibilidad: si se sigue al *Reichsgericht*, para el que “no puede admitir duda alguna” el hecho de que “en la tentativa es la voluntad delictiva el fenómeno contra el que se dirige la ley penal”,¹¹ es consecuente

¹¹ RGSt. 1, 439, 441.

conformarse para la punición por tentativa con un dolo al que se añade una "acción externa",¹² adherida a él de forma muy poco clara, y renunciar, en presencia de dolo y de una acción externa unida a él, a un *corpus delicti*, esto es, a una perturbación social perceptible. Esta temprana despedida a la doctrina de la ausencia de tipo era en parte también la despedida a la comprensión del problema de cuándo es una acción socialmente relevante la "acción externa" en la tentativa. Era una especie de privación de la ciudadanía al autor de la tentativa, pues éste quedaba etiquetado ante todo como un sistema con una vida interior peligrosa, concretamente como un enemigo del bien jurídico.

La "acción externa" pierde en el *Reichsgericht* la cualidad de ser una perturbación social en sí misma; es ya solamente el motivo extrínseco para tomar en consideración la vertiente subjetiva del hecho. La razón por la que se llegó hasta este extremo pudo ser la siguiente: la sociedad actual sólo subsiste si también se pueden realizar sin daño comportamientos complejos, pues pertenece a la ideología de esta sociedad la garantía de que exista, en la medida de lo posible, una libre selección de comportamientos, siendo en ella además necesario un comportamiento altamente diferenciado para garantizar la subsistencia de la sociedad y de sus miembros. En esta situación no se puede gobernar la conducta de éstos de un modo completo o, ni siquiera, predominantemente centralizado; más aún, no sólo el gobierno centralizado, sino ya una descripción detallada de todas las formas de comportamiento deseadas o toleradas (o, a la inversa, de todas las formas de comportamiento prohibidas) es en la práctica

¹² RGSt. I, 439, 442.

únicamente posible en los escasos ámbitos vitales que se prestan a ser estandarizados, como por ejemplo el tráfico viario. En lo demás, sólo son posibles indicaciones a modo de marco general —mediante modelos, otros estímulos, normas, etcétera—, teniendo que ser rellenado ese marco a través del autogobierno de los miembros de la sociedad. Existe, por tanto —y esto es lo que importa—, una elevada necesidad de autogobierno de dichos miembros siguiendo sólo indicaciones generales. En esta situación no hay, al margen de los pocos ámbitos de comportamiento susceptibles de una mayor estandarización, ninguna oportunidad de realizar la atribución de sentido y la valoración de un comportamiento (denomino a esto su interpretación) a partir exclusivamente de su configuración externa; más bien, es preciso tomar en cuenta para su interpretación el contexto pensado por el autor, las circunstancias en que se desenvuelve su autogobierno. Un ejemplo: sólo se puede determinar cuál es el significado de la entrada en una casa por parte de una persona ajena a la misma, sin haber sido invitada para hacerlo por el titular del derecho a la morada, si se sabe lo que aquélla “quiere” hacer en la casa; pero esto puede ser cualquier cosa desde lo malo —por ejemplo, el asesinato del dueño de la casa—, hasta lo bueno —por ejemplo, el intento de prestar auxilio en una situación de necesidad.

Gráficamente cabe expresarlo así: en el *Reichsgericht* la perspectiva va del dolo a la conducta externa, no de la conducta externa hacia lo interno. Esa perspectiva ha determinado hasta hoy la doctrina de la tentativa. Tras el fin de la doctrina de la falta de tipo no se ha desarrollado ninguna teoría más de la tentativa con cuya ayuda se puede articular el derecho a averiguar de un modo vinculante el dolo del au-

tor o, al menos, la necesidad de un derecho semejante. Todas las teorías¹³ sacan de la equivocidad de la conducta externa la conclusión de que en la interpretación del comportamiento tendría que predominar la parte subjetiva del hecho. Pero que sólo sea posible una interpretación afinada de la conducta si se considera el contexto subjetivo no significa que resulte legítimo, en relación con cualquier movimiento corporal, imponer la investigación de la parte subjetiva. Ciertamente cualquiera puede intentar interpretar por sí mismo todos los comportamientos de los demás seres humanos, aunque no podrá imponerles su interpretación como vinculante. Pero si se quiere imponer a una persona la interpretación del significado de su conducta, aquella ha de haber dado más bien una justificación para hacerlo, es decir, que esa persona tiene que haberse convertido en deudora de una explicación. Esta deuda no puede ser deducida de una conducta que el autor pueda reclamar como privada; pues, en esa medida, él mismo está exento de control. Si se quiere imponer la interpretación de la vertiente subjetiva, el autor tiene que haberse introducido en una relación cuyo control ya no puede impedir. A falta de ello, no se ha abandonado aún el ámbito de lo privado y esto significa que una consideración del aspecto interno degrada al ciudadano hasta convertirlo en un enemigo. En definitiva no hay, ciertamente, más re-

¹³ Ninguna de las teorías hoy defendidas sobre el fundamento de la pena de la tentativa postula que la perturbación sea independiente de los factores internos de un sujeto (referencias en VÖGLER, *LK*, antes del § 22 nn. mm. 36 y ss.). En esa medida arrastran todas las teorías una herencia del *Reichsgericht*, a saber, la inespecífica (si no, más aún, casual) configuración de la "acción externa".

medio que interpretar una conducta perturbadora a partir también de su contexto subjetivo, pero éste no presta ninguna ayuda en relación con la pregunta de cuándo es legítimo considerar que un comportamiento externo está necesitado de interpretación. En otras palabras, en el Derecho penal de un Estado de libertades no se trata del control de los aspectos internos, con inclusión de los motivos, sino del control de lo externo. *La pregunta acerca de lo interno sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya, en cualquier caso, perturbadores.* De acuerdo con ello, para que una conducta pueda ser punible tiene que ser entendida como una perturbación con independencia de la parte subjetiva y, de un modo más general —puesto que la parte subjetiva figuraba hasta aquí *pars pro toto*—, con independencia también de la conducta del autor en su ámbito privado.

4. La necesidad de una externalización

La aplicación de este principio del hecho a la conducta civil *externa*, cuyo tratamiento había quedado aplazado hasta aquí, no significa que lo que sea externo pueda ser valorado siempre como una perturbación, sino más bien lo siguiente: una conducta externa *que perturba* permite la pregunta acerca del contexto interno. De este modo, el paso de una frontera o el establecimiento de relaciones con una potencia extranjera¹⁴ no son ciertamente procesos exclusivamente internos, pero resultan socialmente adecuados en un Estado de libertades. Si tales formas de conducta se toman como motivo para investigar el contexto subjetivo, con la misma justificación —o, por decirlo en términos más precisos, con la misma falta de justificación— se podría tomar cualquier otro arbitrario moti-

¹⁴ Vid. al respecto *infra* II,2.

vo: se sospecha de la existencia de malos pensamientos, pero puesto que no sería legítimo valorar éstos por sí solos como una perturbación, se toma algo socialmente adecuado como pretexto. A título de ejemplo: si, de acuerdo con el § 100 StGB, se castiga por un delito de “relaciones que ponen en peligro la paz” a quien, con la intención de provocar una guerra contra la República Federal de Alemania, “establece o mantiene relaciones con un gobierno, un grupo o una organización que se hallen fuera del ámbito de vigencia espacial de esta ley o con uno de sus representantes”, ello supone, por la potencial ausencia de determinación de tales relaciones, un atentado, sólo levemente disimulado, contra el principio de no castigar pensamientos, sino hechos, pues, en contra del nombre del precepto, no son las relaciones las que resultan peligrosas para la paz, sino las intenciones del autor; en otros términos, lo que el tipo exige como “acción externa” es tan pobre en contenido como la “acción externa” en la doctrina de la tentativa del *Reichsgericht*. Una conducta que sólo llama la atención si se conoce el ámbito interno del autor nunca puede ser tratada legítimamente como delito, pues en otro caso sería únicamente lo interno el fundamento de la pena.

Ya Zachariä¹⁵ formuló de un modo impresionante, hace alrededor de 150 años, a dónde conduce la renuncia a tratar de justificar la indagación de la vertiente subjetiva: “El juez, frente a todo el que entrase en una farmacia y demandase un veneno o frente a cualquiera que comprase un arma o se hubiese procurado escalas o sogas, estaría autorizado a inquirir si esto no habría ocurrido con la intención de perpetrar un delito y a intervenir en otros muchos casos de una

¹⁵ *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, 1, Theil, 1836, p. 210.

forma escandalosa en la vida de los ciudadanos. Ciertamente quien tenga al Estado por una prisión que ha de obtener la moralidad por la fuerza y lamente de algún modo que no lleve cada hombre en el pecho un espejo que refleje y capture sus pensamientos para hacer reconocible cualquier pensamiento inmoral y poder así castigarlo, encontrará agrado en declarar punible cualquier posible indicio de la voluntad delictiva. ¡Ojalá, sin embargo, que nunca encuentren aplicación positiva semejantes principios!”.

En un Estado de libertades están exentas de responsabilidad no sólo las *cogitationis*, sino toda conducta que se realice en el ámbito privado y, además, toda conducta externa que sea *per se* irrelevante. Un ciudadano sólo se convierte en autor si desborda el marco que se acaba de indicar y se comporta de un modo perturbador, es decir, si se arroga actualmente la configuración de ámbitos de organización ajenos. Sólo si y sólo en la medida en que sea reconocible *ex re* una arrogación actual, resulta legítimo preguntar el autor cómo llegó a esta conducta y qué fin perseguía con ella, esto es, cómo hay que interpretar, por tanto, su conducta a la luz de los factores internos.¹⁶ Respec-

¹⁶ Ya de acuerdo con el Derecho actual existen casos en los que es impune un acto preparatorio, mientras que se castiga la omisión de la denuncia de tal acto (§ 138 StGB),* concretamente en el caso de la preparación en solitario. Según la concepción aquí propuesta esta disonancia se hace notar de un modo más urgente. La disonancia desaparece si la omisión de denuncia sólo se castiga en caso de que, como resultado de ella, el hecho no denunciado alcance un estadio punible.

* El § 138 bajo el rótulo “omisión de denuncia de delitos proyectados” castiga en su párrafo 1° con una pena privativa de libertad no inferior a cinco años o con pena de multa a “quien tenga noticia de un modo fidedigno del propósito” de cometer

to de esta reconocibilidad de la arrogación, conviene aclarar que se trata de algo menos que de un *dolus ex re* o de una *culpa ex re*, pues todo lo que podría significar una conducta es demasiado complejo para que se pudiese extraer la conclusión sólo de su imagen externa; pero la *necesidad* de interpretación tiene que resultar *ex re*.

No hay que entender esta necesidad de interpretación de un modo psicologicista; por tanto, esto no depende de si alguien está dispuesto a “registrar” el comportamiento externo y a esforzarse en darle una interpretación. La situación se equipara en esa medida a la que tiene lugar en el caso de lesiones completas de un bien jurídico, que tampoco constituyen una perturbación social únicamente cuando alguien las advierte y se siente perturbado. Lo decisivo es qué podría ser legítimamente “registrado” e interpretado, si alguien quiere hacerlo, y tales condiciones cumple todo lo que el autor hace salir de su ámbito privado, pero no todo lo que tan sólo quiera hacer salir de él sin conseguirlo. Expresado con un ejemplo: si el autor sirve a la víctima comida envenenada, esto es también una conducta externa necesitada de interpretación aunque nada sospechoso se pudiera notar al efectuar una prueba de la comida; pues ésta está realmente envenenada y

alguno de los delitos graves mencionados en el precepto “o de la ejecución” de los mismos, “en un momento en el que el resultado pudiese ser aún evitado, y omita denunciarlo a tiempo a la autoridad o al amenazado”. El párrafo 2° añade al catálogo de los delitos sometidos al deber de denunciar el de la constitución de asociaciones terroristas del § 129 a y el párrafo 3° conmina con pena de privación de libertad de hasta un año o con pena de multa a “quien omita por imprudencia grave efectuar la denuncia a pesar de haber tenido noticia de un modo fehaciente del propósito o de la ejecución del hecho antijurídico” (*n. del t.*).

este dato ha de tomarse como punto de partida. Pero si la comida está solamente salada porque el autor ha tomado sal por arsénico, la exteriorización del autor se mantiene dentro del marco de los errores que también cometen inocentes cocineros y entonces se puede dilucidar si el autor está capacitado para la cocina (en ese sentido su conducta está necesitada de una interpretación), pero no si pretendía matar. Y a este respecto es irrelevante si el autor antes de la exteriorización, en su ámbito privado, ha realizado manipulaciones de las que se desprende un dolo en dirección a hechos antijurídicos, pues la conducta realizada en el ámbito privado no puede ser legítimamente investigada.

Por lo que se refiere a la tentativa, se tiene que atender, *además* de al hecho de dar comienzo inmediatamente a la realización del tipo, al contenido materialmente delictivo del comportamiento, esto es, a si el autor se arroga la organización de un asunto de la víctima. A este respecto, la representación del autor de que se estaría ya arrogando algo puede descansar en un error. En tal caso falta a la tentativa su lado objetivo: el autor ha intentado dar comienzo a la realización del tipo, pero la tentativa se ha malogrado. Este entendimiento de la tentativa rehabilita algunas partes de la antigua teoría de la falta de tipo. En la tentativa —incluso si se prescinde de la conocida controversia en torno a la suposición errónea de deberes especiales en sentido estricto— no todo es subjetivamente sustituible. Una conducta que tan sólo aparece como una arrogación de organización cuando se añade la representación no objetivada del autor es socialmente insignificante y, si se la convierte artificiosamente en tentativa, se castigan representaciones, no hechos. Esto es relevante, en especial, para dos varie-

dades de error en la tentativa: para los casos de ausencia de objeto de ataque en el lugar del hecho y para los casos de utilización de medios que se reconocen ya como inidóneos en una inspección superficial. Si no se encuentra ningún objeto en el lugar del hecho, falta a la conducta un objetivo visible y lo que en caso de estar presente el objeto se puede reconocer como arrogación de organización en relación con ese objeto, puede aparecer a falta de objeto como carente de dirección e inocuo. A título de ejemplo: un golpe efectuado de repente por un paseante sobre un arbusto se interpretará de un modo diferente si de allí sale corriendo un niño herido, que si simplemente levanta el vuelo un pájaro. O bien: el lanzamiento de un tintero contra la pared de la sala de estudio se interpreta de forma distinta si no es alcanzado por poco un visitante indeseado, que si el que lo lanzó se encuentra sentado solo en la sala. De un modo análogo ocurre en los casos de utilización de medios de una inidoneidad objetivamente evidente.¹⁷ Las sopas demasiado saladas son desagradables, pero no dan motivo a nadie para dudar de la vigencia de las normas relativas a la protección de la vida.

Ciertamente, si se sabe, en los ejemplos citados, que el autor actúa con dolo (o que han tenido lugar otros acontecimientos internos significativos), se hace patente la interpretación como una conducta perturbadora; pero no importa esta interpretación a partir del conocimiento del dolo (o de otros factores internos), pues no se trata de si cabe encontrar una conducta adecua-

¹⁷ En ellos no tiene por qué obedecer el error del autor a una falta de entendimiento; el autor puede tener informaciones defectuosas en virtud de las cuales sea altamente comprensible la suposición de la idoneidad del medio.

da a un contexto subjetivo, sino de si una conducta externa permite hacer responsable al autor de su contexto subjetivo. O se reconoce un principio del hecho y entonces no todo es subjetivamente sustituible en un delito —tampoco en la tentativa—, o se renuncia al principio del hecho y esto significa desembocar en el “espejo en el pecho” que temiera ya Zachariä. La elección no debería resultar difícil. La fórmula de la tentativa del § 22 StGB* no es, por tanto, suficientemente estricta. No basta que el autor comience, de acuerdo con su representación, a arrogarse la configuración de ámbitos de organización ajenos y menos aún es suficiente un dar comienzo a la realización de tipos que supongan, por su parte, una anticipación de la punibilidad. Más bien, el autor tiene que comenzar a arrogarse una organización ajena también de acuerdo con su comportamiento externo, pues sólo a través de la conducta externa de arrogación se convierte en vinculante lo que subjetivamente quería expresarse.¹⁸

* El § 22 StGB dispone lo siguiente: “*Definición.* Comete tentativa de un delito quien, conforme a su representación del hecho, da inmediato comienzo a la realización del tipo” (*n. del t.*).

¹⁸ ¿Hasta qué punto se puede descubrir la parte subjetiva cuando el autor ha objetivado un acto de arrogación? Debería estar fuera de duda que no se pueden acumular dolos recíprocamente independientes. Por ejemplo: quien hoy coacciona no se arroga mañana un acto de sustracción. Tampoco una conexión final de concretos planes delictivos tiene que reflejarse siempre de un modo objetivo. Por ejemplo: quien hoy sustrae dinero para financiar mañana un tráfico de armas tampoco se arroga hoy más que la propiedad ajena, pues el hurto no está prohibido para prevenir el tráfico de armas. Ciertamente la conexión final puede adquirir también un aspecto externo; la injerencia en un primer bien puede estar prohibida para atajar el peligro de nuevas intromisiones en bienes jurídicos que se encuentran tras él. Así la protección de la paz de la morada tiene también la finalidad de garantizar anticipadamente los bienes que se encuentran en ella y que van desde la vida y la integridad corporal hasta la propiedad.

Aún mayores que en el caso de la tentativa son las correcciones que se han de introducir respecto de la punición de actos que, desde una perspectiva material, tienen el carácter de preparatorios, por mucho que formalmente se encuentren configurados como consumaciones. Según la concepción que aquí se mantiene, una pena sólo puede ser legitimada como pena correspondiente a un acto preparatorio —sobre otras posibles fundamentaciones de la pena seguirán luego algunas observaciones— en los pocos casos en los que el autor al efectuar la preparación opera ya de un modo significativo en un ámbito ajeno de organización, como cuando, al preparar una operación de alta traición (§ 83 StGB), se realizan instalaciones de explosivos o cuando, en el curso de una actividad como agente con fines de sabotaje (§ 87 StGB), se espía un depósito de municiones mediante un allanamiento de morada, etc. Para los actos preparatorios del § 30 StGB no podría quedar caso alguno.¹⁹ Naturalmente es perturbador

¹⁹ La necesidad de castigar precisamente los actos preparatorios citados en el § 30 es justificada, en parte, con el argumento 1) de que se podrían generar vínculos peligrosos, en parte con el argumento 2) de que al interviniente se le iría de las manos la realización del hecho y, en parte, con la acumulación de ambos argumentos; ROXIN, en *LK*, § 30 nn. mm. 6 y ss., con otras referencias. Ambos argumentos son muy pobres: 1) Si no existen antes de la promesa masivas relaciones de dependencia (extorsionabilidad, venalidad de personas), no se llegan a establecer vínculos. Que alguien intervenga en un delito sólo porque lo ha prometido, constituye probablemente un fenómeno muy raro y no fundamenta por ello la necesidad de una ampliación del tipo. Sólo es peligrosa la promesa cimentada en relaciones de dependencia; la existencia de vínculos es síntoma de estas relaciones de dependencia, no de la promesa. El § 49 a StGB, en la redacción vigente hasta 1943 (Novela de 26 de febrero de 1876 RGBl, p. 25), había tomado en cuenta la debilidad de la simple promesa, pues

saber que varias personas han concertado un delito; pero también perturba saber que alguien está reflexionado sobre la ocasión favorable para cometerlo o que alguien prepara con precisión, como autor único, su comisión; a pesar de ello, las dos variantes de actos preparatorios últimamente citadas están en todo caso exentas de pena y, por cierto, sin que ello haya conducido a consecuencias lamentables.

Si, como propongo, se tratan de la misma forma los simples pensamientos y el ejercicio de otros derechos civiles, se tienen que establecer también de igual modo los límites, teniendo en cuenta que, respecto de esto, la expresión “de igual modo” no significa: según lo que en cada caso se percibe por los sentidos. Una equiparación del tipo: “lo que está en la morada es privado al igual que lo que está en la cabeza”, no sólo sería errónea porque —bajo las condiciones de un régimen de libertades— pueden coexistir en una misma morada las esferas privadas concurrentes de una pluralidad de personas, lo que no sucede —bajo las mencionadas condiciones— en una cabeza, sino también y principalmente porque no se trata de límites espaciales o perceptibles

un comportamiento verbal sólo era punible (excepción hecha del complot para cometer un asesinato, § 49 b StGB, en su antigua redacción) si se habían ofrecido ventajas. 2) Por lo que a la pérdida de influencia del interviniente se refiere, no se advierte por qué debe gravarle el carácter más bien pasajero de su cooperación. (En relación con 1 y con 2) una consecuencia curiosa: si se hace valer la existencia de una influencia, ello tiene un efecto oneroso (la influencia es objetivación del vínculo peligrosos), pero si se renuncia a la influencia, ello tiene igualmente un efecto oneroso (el “irsele de las manos”). Como “fundamento de la pena” sólo queda que los actos preparatorios son más peligrosos que su ausencia. Pero esto no es ciertamente una peculiaridad de los casos en que interviene una pluralidad de personas.

de otro modo por los sentidos, sino de límites adecuados a los principios de la imputación. Cabe eximir de responsabilidad, sin perjuicio para la imputación, los simples pensamientos, porque se puede hacer responsable al sujeto, en la medida en que sea imputable, al transformar los pensamientos en un comportamiento corporal. En el caso de conductas realizadas en otros ámbitos no se puede desplazar tanto, por regla general, el momento decisivo para la imputación y, en concreto, no se puede posponer más cuando el autor o quien actúa como partícipe (también) para aquél no está ya en condiciones de desactivar una configuración peligrosa de su ámbito de organización. Con el fin del dominio de los sujetos termina la libertad civil, porque en otro caso sufriría la imputación. A título de ejemplo: el lanzamiento de una piedra desde el propio jardín a un transeúnte constituye ya una perturbación externa antes de que la piedra sobrevuele los límites de la finca o alcance el cuerpo de la víctima. Por tanto, lo que escapa a la capacidad de organización del autor y de los partícipes o se deja salir de su ámbito de organización no es ya, sin tomar en cuenta su situación espacial, algo meramente interno y cuando es perceptible *ex re* una perturbación, como sucede siempre en caso de objetiva peligrosidad,²⁰

²⁰ Un peligro es abstracto cuando la peligrosidad general de una determinada conducta constituye el motivo para la desaprobación de toda conducta de este tipo. *Desde el punto de vista del tipo*, el peligro abstracto es irrelevante: HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973, pp. 27 y s. Un peligro es concreto cuando un bien existente (¡perspectiva de la víctima!) se encuentra en peligro; para la determinación de este peligro, HORN, *op. cit.*, pp. 31 y ss., y *passim*, en especial p. 165, con n. 51. Ambos tipos de peligro son combinables. Ejemplos: un peligro *potencialmente concreto* se da cuando un bien sólo está presente desde una perspectiva *ex ante*, pero si hubiese estado realmente pre-

existe un motivo para imponer al autor la investigación del aspecto subjetivo de su hecho. La punibilidad de lo que no es ya dominable es la contrapartida de la exención de pena respecto de una organización exclusivamente interna.

5. Estandarización

Hasta ahora se ha tratado de anticipaciones desde el comportamiento lesivo a un comportamiento de planificación. Hay sin embargo ámbitos en los que uno no se puede orientar siguiendo tan sólo contextos individuales de planificación, sino que se tiene que estar seguro de que se cumplen ciertos *standards*, aunque esto pudiese parecer innecesario al individuo concreto según su propio contexto de planificación.²¹

sente, se habría hallado en peligro. Esta clase de peligro también se toma en cuenta en el texto. En el ejemplo del lanzamiento de la piedra concurre por tanto también un peligro si no hay en ese lugar ningún transeúnte, pero tal cosa no se hubiera podido pronosticar objetivamente *ex ante*. Para un peligro *virtualmente concreto* basta con que un bien generalmente suela estar presente. Un peligro *concreto presunto* concurre cuando un bien está presente, pero el juicio acerca de su puesta en peligro resulta de una base de valoración reducida (así ocurre en los delitos de puesta en peligro abstracto-concreta en la terminología de SCHRÖDER; SCHRÖDER, *JZ* 1967, 522 y ss.; *idem*, *ZStW* 81 [1969], pp. 18 y ss.; ampliamente al respecto HORN, op. cit., pp. 21 y ss.); la reducción puede llegar hasta tal punto que la presunción sólo se destruya cuando, por determinadas razones, sea patente que un daño se encuentra excluido (§ 326, párrafo 5° StGB)*, etcétera.

* El § 326, párrafo 5° StGB establece que "el hecho (sc. de la eliminación de residuos peligrosa para el medio ambiente) no es punible cuando por el escaso volumen de los residuos resulta patente que están excluidas consecuencias perjudiciales para el medio ambiente y, en especial, para las personas, las aguas, el aire, el suelo y los animales y las plantas útiles para el hombre" (*n. del t.*).

²¹ Vid. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, pp. 219 y s.

En favor de esta necesidad de estandarización existen diferentes razones, que son también acumulables. Así, por ejemplo, se duda en algunos ámbitos vitales de las capacidades de los ciudadanos para evitar, a través de su autogobierno, consecuencias indeseadas de sus conductas, como en el caso del falso testimonio, del perjurio, de los incendios y de la conducción en estado de embriaguez, o se trata de posibilitar decisiones masivas y homogéneas, como en el tráfico viario, de modo que uno no se puede remitir a la individualidad de los intervinientes, sino que precisa de pautas interpretativas más fácilmente manejables.

Los delitos que se caracterizan por desviaciones del *standard*, los delitos de peligro abstracto,²² com-

²² Algunos delitos contra el medio ambiente, que se consideran como delitos de peligro abstracto, en especial el § 326 StGB* (BT-Drucks. 8/2382, pp. 16 y s.; HORN, en SK, t. 2, 3ª ed., 1984, § 326 n.m. 2; LENCKNER, en Schönke-Schröder, 21ª ed., § 326 n.m. 1; *vid.* también sin embargo MAURACH-SCHROEDER, *Bes, Teil*, t. 2, 6ª ed., 1981, § 58 I 5: "valores ecológicos como bienes jurídicos autónomos"), pueden ser también interpretados como delitos de lesión. Tales delitos *lesionan la aprovechabilidad* del medio ambiente. Así como los productos alimenticios no son ya aprovechables cuando son manipulados de un modo repugnante y como los instrumentos quirúrgicos estériles no son ya utilizables cuando real o probablemente se han caído al suelo —sin que ello dependa de si han tenido lugar en esos objetos procesos biológicos, físicos o químicos perjudiciales—, tampoco el medio ambiente es ya aprovechable si se tiene que albergar la preocupación de que se haya producido algún perjuicio de carácter biológico, físico o químico, si —por tanto— no se puede actuar en la confianza de que el medio ambiente no haya sido dañado. Ciertamente se puede efectuar a menudo una conversión de este daño en el esfuerzo que la Administración ha de adoptar para aclarar la situación, pero la posibilidad de eliminar el daño no constituye un motivo para negar su producción, del mismo modo que el menoscabo de una cosa no desaparece porque sea eliminable

portan, en su conjunto, anticipaciones de la punibilidad en tanto que su consumación no depende de la lesión de un bien jurídico. Por lo demás la medida de la anticipación es, ciertamente, muy diferente.

En un primer grupo de delitos de peligro abstracto concurre un comportamiento *eo ipso* externo y perturbador; sólo se determina mediante una generalización

mediante un esfuerzo de reparación. En la medida en que los bienes sólo son aprovechables cuando se está seguro de que no se ha alterado su estado biológico, físico o químico, ya la perturbación de esta certidumbre constituye una perturbación de la aprovechabilidad y, por tanto, la producción de un daño. Ciertamente no resulta dañado el objeto de la acción, sino la relación del titular del derecho con el objeto. Pero no hay ninguna necesidad de garantizar la protección de las relaciones con los medios necesarios para el desenvolvimiento individual exclusivamente a través de la integridad y la disponibilidad de esos medios.

* El § 326 StGB dispone en sus cuatro primeros párrafos (el quinto aparece reproducido tras la nota 20) lo siguiente: "*Eliminación de residuos que ponga en peligro el medio ambiente: 1) Quien, actuando sin autorización, trate, almacene, deposite, vierta o de cualquier otro modo elimine, fuera de los lugares permitidos o desviándose de los procedimientos prescritos o permitidos al efecto, residuos que contengan o puedan producir sustancias venenosas o desencadenantes de enfermedades que constituyan un peligro común y puedan transmitirse a las personas o los animales; supongan un peligro de explosión o sean inflamables o, de un modo no insignificante, radiactivas; o sean adecuadas por su índole, condición o cantidad para contaminar o modificar de cualquier otro modo perjudicial las aguas, el aire o el suelo será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa.*

2) Del mismo modo será castigado quien no entregue residuos radiactivos a cuya entrega esté obligado por la Ley del átomo o por un reglamento promulgado en virtud de esa ley.

3) En los casos del párrafo 1° es punible la tentativa.

4) Si el autor actúa imprudentemente la pena será de privación de libertad de hasta un año o de multa" (*n. del t.*).

la realización de la tendencia a la producción de un daño. Quien realiza una determinada conducta no puede aducir en su descargo ni que la cuantía del daño ha resultado irreconocible, ni que todo ha terminado por salir bien. Así ocurre, por ejemplo, en el falso testimonio, el perjurio o el incendio de edificios habitados.

En otro grupo de delitos de peligro abstracto no sólo se determina mediante una generalización la realización de una tendencia realmente existente a la producción del daño, sino que también ha de quedar recortada la cuestión acerca de si concurre siquiera una perturbación externa. Esto sucede cuando una conducta tipificada de un determinado modo es definida como perturbadora *per se*, porque es generalmente adecuada para producir efectos externamente perturbadores. Cito a título de ejemplo: quien conduce un vehículo en estado de embriaguez no puede aducir que ha conducido de forma exteriormente correcta y que ha ejercido por tanto solamente su derecho a disfrutar del uso común (§ 316 StGB); quien efectúa en su casa cultivos de agentes patógenos o guarda en ella combustible nuclear no será atendido en su objeción de que él tiene práctica en el manejo de estos asuntos (§ 64, párrafo 2º, núm. 1 y § 19 BSeuchengG;* § 328 StGB); quien al endeudarse en exceso diezma la masa potencial del concurso, no tendrá éxito, si la crisis avanza hasta llegar a la situación de un concurso de acreedores, en su alegación de que en cualquier caso todo se habría perdido;²³ pues para

* Ley Federal de Epidemias (*Bundesseuchengesetz*) [n. del t.].

²³ Respecto de la caracterización del § 283, párrafo 1º StGB como delito de peligro abstracto cfr. TIEDEMANN, en *LK*, § 283, nn.mm. 2 y ss.; en cuanto a la conexión entre la acción típica y la "condición objetiva de punibilidad", *idem*, antes del § 283, nn.mm. 87 y ss., y *BGHSt*, 28, 232, 234.

estos delitos de peligro abstracto es suficiente que el tipo de comportamientos que en ellos respectivamente se describe opere en alguna ocasión en sentido arrogatorio. Esta perturbación externa constatada mediante una generalización quita su privacidad a lo que en otro caso sería un comportamiento interno.

Los dos grupos de delitos de peligro abstracto que se acaban de citar se caracterizan por el hecho de que la conducta peligrosa ha sido completamente realizada. No se trata de la posibilidad dolosa o imprudente de un delito futuro; más bien, resulta irrelevante en qué contexto de planificación se encuentra la conducta para el autor o para un partícipe; está en todo caso concluida porque no ha de venir más tarde ninguna conducta plenamente delictiva. Los dos grupos mencionados de delitos de peligro abstracto no se caracterizan, en consecuencia, por una anticipación de la punibilidad que contravenga las reglas generales; esta anticipación no es mayor que en la tentativa acabada y es, por tanto, la más reducida posible. Su característica es, más bien, la generalización de la efectividad externa a toda conducta de un determinado tipo.

Ciertamente con ello solamente se ha resuelto lo relativo a un sector de los delitos de peligro abstracto. Mayores dificultades depara otro sector que supone una anticipación que va más allá de las reglas generales. En él se criminaliza una conducta que no sería peligrosa en absoluto o sólo lo sería en una medida muy limitada sin un comportamiento sucesivo y a su vez de carácter delictivo. Así la producción sin permiso de armas de carga automática (§ 52 a WaffG)* no

* Ley de Armas (*Waffengesetz*), en su redacción de 8/3/1976 (n. del t.).

constituye un injusto porque las armas se puedan disparar por un descuido o incluso por sí solas. Por tanto, la conducta incriminada es, en sí misma, preparación del delito a título de autor o tentativa de complicidad y, en todo caso, no está ya completa por sí sola.

Se trata de una clase de delito problemática: tan evidente como es, por una parte, que con la conducta puede dar comienzo un curso causal peligroso, lo es, por otra, que la realización del peligro sólo es inminente por hechos que quizá no hayan sido aún proyectados y que en todo caso no pueden valorarse, según las reglas generales, como una perturbación externa. Expresado con un ejemplo: quien se procura un arma, se encuentra, como mucho, en el estadio preparatorio de un delito que se haya de cometer con ella y, a pesar de esto, incluso un Estado de libertades difícilmente tendrá que tolerar que ciudadanos particulares hagan acopio en sus casas de rifles automáticos. En esta situación, hay dos cuestiones que están necesitadas de justificación: en primer lugar, cuándo se puede responder, desviándonos de las reglas generales, por el peligro de un comportamiento *futuro*, propio o ajeno, y, en segundo lugar, cómo se ha de limitar esta responsabilidad para que no contravenga el principio del hecho.

Por lo que atañe a la primera cuestión, voy a citar—como supuestos principales y sin pretensión de exhaustividad— dos ámbitos (no nítidamente delimitados) en los que cabría fundamentar de un modo plausible una responsabilidad por el peligro de una conducta futura.

a) El primer ámbito afecta a contactos sociales a los que cualquiera está llamado, pero en los que una persona razonable sólo se puede aventurar, si no hay indicios en contra o, incluso, si hay indicios a favor de

que el curso causal se saldará sin daño. Si la situación indiciaria estuviese controlada en todo caso concreto, sufriría la fluidez de la ejecución, que es para ambas partes provechosa; por ello tiene que renunciar el oferente a un fragmento de su privacidad y permitir la comprobación pública de ese fragmento. Ejemplos: quien elabora productos alimenticios para el público o el comercio tiene que permitir que se controle si ello acaece con materiales aptos para el tráfico y en condiciones higiénicas, etc. (§§ 8 y ss. y 51 LMBG,* en relación con los reglamentos correspondientes); quien convoca una reunión no puede armar a los integrantes de su servicio de orden y quien frecuenta una reunión no puede hacerlo armado (§§ 24 y 27 VersammlG);** quien quiere conducir un automóvil en el tráfico viario tiene que permitir que se compruebe si domina las reglas correspondientes.

b) En el segundo ámbito se trata de que determinados objetos, que no pueden ser utilizados nunca privadamente para fines legales o que, a lo sumo, sólo pueden serlo en contadas ocasiones, constituyen prototipos de instrumentos delictivos (entendidos en sentido amplio). Probablemente resulta imposible calcular si y cómo se llega en el caso concreto al empleo delictivo de estos instrumentos *sceleris* y en todo caso perjudicaría la seguridad cognitiva que se precisa para la vigencia de las normas que se permitiera la libre producción y el libre comercio de tales objetos. Preci-

* Ley sobre el tráfico de productos alimenticios, tabaco, cosméticos y otros artículos de primera necesidad (*Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz*) del 15/8/1974 (n. del t.).

** Ley sobre reuniones y desfiles (*Versammlungsgesetz*), en su redacción del 15/11/1978 (n. del t.).

samente por la incalculabilidad de su uso, la eventual inocuidad de aquel que produce o adquiere esos instrumentos presta como máximo tan sólo una garantía pasajera de que nada malo ocurra; siempre queda la probabilidad de que en cualquier momento se pueda llegar a la comisión de un delito. Ejemplos de ello proporcionan las infracciones contra los preceptos de la Ley de armas, la producción o adquisición de dinero falso y también delitos más bien recónditos como el de la formación de bandas armadas (§ 127 StGB). En todo caso a la producción de la actividad es inherente la tendencia al daño.

Puesto que la faceta normativa de la vigencia de la norma no puede jugar a discreción en contra de la faceta cognitiva, se tendrán que aceptar también en un Estado de libertades tales fundamentaciones u otras semejantes para la reducción del ámbito privado en favor del establecimiento de controles públicos, sin que por ello se puedan considerar globalmente legitimados, sin embargo, los delitos de peligro abstracto.

Prescindiré de los detalles a ese respecto y me ocuparé de la cuestión de si se puede delimitar esta responsabilidad hasta el punto de que sea conciliable con el principio del hecho. La respuesta depende de cuál sea el fundamento de la responsabilidad. Si constituye el injusto únicamente la conducta en su abstracta peligrosidad, la criminalización supone desde luego para el ciudadano una gravosa reducción de su privacidad, pero no se ve afectado el principio según el cual se ha de separar un ámbito interno de otro externo; pues con esta restricción sólo se puede criminalizar razonablemente una conducta que *sin consideración de los proyectos actuales* del autor no pueda ser ya tolerada. La conducta incriminada queda excluida como posibilidad de configuración vital privada para

cualquiera, con independencia de su respectivo contexto interno y, en especial, del contexto de sus proyectos. El aspecto exterior de la conducta perturba *per se*, no por su contexto interno.

Si no se respeta esta abstención del contexto interno, ello conduce a la punición de autores peligrosos, de enemigos, no de hechos peligrosos. Expresado con un ejemplo: la prohibición de presentarse armado en reuniones públicas se puede fundamentar todavía (como se acaba de hacer) por el peligro general del porte de armas en una concurrencia numerosa de personas; incluso si el sujeto armado lo hace con la mejor intención, puede ocurrir un accidente u ocasionarse un daño a alguien por la intervención delictiva de terceras personas. La pena conminada en el § 27 VersammlG, más bien leve, da a entender que no se ha de tratar de más que de este abstracto peligro. La prohibición del llamado armamento pasivo sólo tiene sentido, por el contrario, si se da por supuesto en el pasivamente armado un dolo de cometer infracciones. Pero quien castiga por hechos futuros, no tiene ya ningún motivo para dejar impunes los pensamientos. Si se irrumpe en la organización interna que el autor todavía domina, es inconsecuente detenerse ante la más importante fuente de todos los peligros que proceden de seres humanos. O lo uno o lo otro; sólo una teoría insustancial concilia ambas posibilidades.

También si el dolo no se da simplemente por supuesto, sino que se constata o incluso, como en la falsificación de moneda, resulta *ex re*, es inadmisiblesu consideración a la hora de determinar el injusto del delito; pues el autor no se ha arrogado más que la ejecución de un comportamiento abstractamente peligroso; la arrogación de una lesión está aún pendiente. Castigar ya, pese a ello, por la arrogación de una le-

sión, significa penar, con ocasión de una conducta abstractamente peligrosa, por meros planes delictivos. La conducta abstractamente peligrosa sólo puede ser legítimamente definida como perturbación externa por la incalculabilidad de los posibles cursos de daño; si se la interpreta en el concreto contexto interno, se produce una intromisión en un fragmento de privacidad respecto del cual el autor no está obligado a dar explicaciones. Si se permite tal intromisión, desaparecen todos los límites para las anticipaciones de la punibilidad y se puede incriminar sin más cualquier conducta preparatoria. El hecho de que alguna conducta preparatoria no sea abstractamente peligrosa carece de importancia, pues la peligrosidad existente en el contexto de los planes del sujeto es por supuesto una peligrosidad distinta que la peligrosidad abstracta. En conclusión, una peligrosidad abstracta puede ser solamente pretexto, no razón, para imponer al autor la constatación del contexto de sus planes.

Algunos ejemplos: la producción de documentos ilegítimos sólo puede ser castigada si es abstractamente peligrosa sin consideración del dolo del autor; esto podría resultar plausible únicamente en concretos grupos de casos, como los de la falsificación de moneda o de títulos valores o también los de la producción u obtención de algunos documentos en blanco, como los impresos de los pasaportes. La pena sólo puede ser en correspondencia con ello la de un delito de peligro abstracto; la equiparación que *de lege lata* se produce con el supuesto del uso de tales objetos indica que se castiga el dolo de ese uso y no la abstractamente peligrosa arrogación en que consiste la falsificación. Admito que estos delitos constituyen casos límite, no sólo por el evidente *dolus ex re*, sino más aún porque a causa del abuso de un nombre ajeno o incluso de un *copyright*

se presentan como un asunto objetivamente ajeno y, por tanto, como una modalidad espiritualizada de arrogación de una organización. Más clara es la situación en el caso de la preparación de un delito de uso de explosivos o de materiales radiactivos (§ 311 b StGB).* Quien se procura combustible nuclear o sustancias explosivas ejecuta una conducta abstractamente peligrosa y nada más; el hecho de que planee alguna otra cosa pertenece a su ámbito interno; la consideración del contexto de su planificación no es, por tanto, correcta. De un modo aún peor enmascara la ley una pena por meros pensamientos en el caso del ataque al tráfico aéreo (§ 316 c, párrafo 2º, StGB),** en donde la acción de procurarse un arma de fuego se toma como ocasión para hacer responsable al autor de su intención de efectuar la agresión. Para la crítica basta probablemente realizar una remisión a la polémica de Zachariä²⁴ sobre la compra de escalas con intención de cometer un hurto. En delitos de esta índole se abusa de la posibilidad de definir, por su peligrosidad

* El § 311 b StGB castiga con penas privativas de libertad de seis meses a cinco años o de uno a diez años, según la gravedad del delito propuesto, a quien para preparar su comisión "produzca, procure para sí o para otro, custodie o ceda a un tercero combustible nuclear, otras sustancias radiactivas, explosivos o los dispositivos específicamente necesarios para la ejecución del hecho" (*n. del t.*).

** El § 316 c, párrafo 3º, dispone lo siguiente: "Quien para preparar un delito del párrafo 1º (sc. actos de piratería aérea y otros atentados al tráfico aéreo) produzca, procure para sí o para otro, custodie o ceda a un tercero armas de fuego, explosivos u otras sustancias o dispositivos destinados a la provocación de una explosión o de un incendio será castigado con pena privativa de libertad de seis meses a cinco años" (*n. del t.*).

²⁴ Como en nota 15.

dad, como conducta externa un comportamiento en sí mismo interno, pues tal comportamiento no es desprivatizado por su general peligrosidad, sino por el contexto de planificación en que se encuentra, como lo indican, no en última instancia, los marcos de pena previstos. La desprivatización se produce a fin de tener un pretexto para poder acceder a *otro* aspecto interno, concretamente al contexto de los planes del sujeto. Despojar de ese modo al sujeto de su esfera privada no corresponde ya al Derecho penal de ciudadanos, sino al Derecho penal de enemigos.

6. Resumen

Por razones de tiempo no puedo repasar todos los preceptos problemáticos del StGB, pero espero que ello sea innecesario porque el principio de mi crítica a las anticipaciones de la punibilidad es muy simple: la regla generalmente reconocida de que no es legítimo hacer responder a un sujeto de sus meros pensamientos es demasiado angosta para el Derecho penal de un Estado de libertades. Sin un comportamiento externo perturbador no se puede hacer responder a un sujeto de lo que le es interno, abarcando lo interno el entero ámbito privado, no sólo los pensamientos. La ley puede recortar, ciertamente, del ámbito privado lo que corresponde a un comportamiento abstractamente peligroso, pero esto tiene que suceder sin tomar en cuenta el contexto de planificación del sujeto.

II. LA PARTE ESPECIAL DEL PROBLEMA

1. Bienes jurídicos anticipados

Concluyo así las observaciones sobre la Parte General de este tema y llego a la segunda sección, en la que desearía tratar de un modo muy sucinto el problema de si una conducta, que no puede ser legí-

timamente criminalizada en su cualidad de acto preparatorio de la lesión de determinados bienes jurídicos, no merece sin embargo su criminalización por la lesión de bienes jurídicos situados delante de aquellos o en sus flancos. En otras palabras, si bien el comportamiento delictivo no se puede anticipar discrecionalmente a la lesión de un bien jurídico, quizá resulte posible anticipar la propia lesión de un bien jurídico. En este punto no se está pensando en rebajar el ataque al bien jurídico de la lesión a la puesta en peligro, sino en un fraccionamiento del bien jurídico. Se puede fragmentar el injusto correspondiente al estadio de la lesión en diversos injustos parciales y, renunciando a la completa reunión de todos los injustos parciales, definir el injusto del hecho por algunos fragmentos de injusto producidos precozmente o, incluso, por uno solo de ellos. Esto ocurre, por ejemplo, con la protección de la "paz jurídica" en las amenazas²⁵ (§ 241 StGB); y en el caso de la conminación de delitos (§ 126, párrafo 1º, StGB*)

²⁵ STREE, NJW 1976, 1177, 1182; STURM, JZ 1976, 347, 351; otras referencias en ESER, en Schönke-Schröder, § 241, n.m. 2.

* Aquí y en adelante se traduce como delito de "amenazas", de acuerdo con la terminología usual en España para la infracción correspondiente, el previsto en el § 241 StGB (*Bedrohung*), en cuyo primer párrafo se castiga con pena privativa de libertad de hasta un año o de multa a "quien amenace (*bedroht*) a otro con la comisión de un delito dirigido contra él o contra una persona que le sea próxima". En cambio, se traduce como "conminación de delitos" la expresión *Androhung von Straftaten* en el delito del § 126 StGB, cuyo párrafo 1º castiga con pena privativa de libertad de hasta tres años o de multa a "quien de una manera apta para perturbar la paz pública conmina (o amenaza: *androht*)" con la comisión de cualquiera de los delitos graves que se enumeran en el precepto. Con el término "conminación" se trata no sólo de distinguir este supuesto del anterior, sino también de expresar la tendencia a su difusión que debe presentar el comportamiento amenazante en el segundo caso para que muestre la aptitud requerida para perturbar la paz pública (*n. del t.*).

la ley menciona la "paz pública".²⁶ También en la aprobación de la comisión de delitos (§ 140, núm. 2, StGB) se cita la "paz pública" y, según una opinión extendida al respecto, esa paz resultaría lesionada cuando se crea un "clima" en el que pueden prosperar delitos de la misma índole que el que ha sido objeto de aprobación.²⁷ Entre otras cosas, también se trataría de la protección de un clima en las normas que sancionan la instigación contra sectores de la población y la apología de la violencia, así como la incitación al odio racial²⁸ (§§ 130 y 131 StGB), y además en la norma dirigida contra la incitación a una guerra de agresión²⁹ (§ 80 a StGB). En la norma contra la provocación pública a la comisión de delitos (§ 111 StGB) se eleva a la categoría de objeto de protección —al menos junto a algún otro bien jurídico— la "paz interna"³⁰ y finalmente se encuentra también la "paz pública", en su variante de integridad del orden y la seguridad públicas, concretamente en

²⁶ Aquí se encuentran ya interpretaciones que tienden hacia esa protección de un clima que en seguida se menciona en el texto; LENCKNER, en *Schönke-Schröder*, § 126, n.m. 9: se hace hincapié en la "tendencia a cometer infracciones del Derecho".

²⁷ Así BGHSt, 22, 282, 286, adhiriéndose a *Schönke-Schröder*, 13ª ed., 1967, § 140, n.m. 1; *BGH NJW* 1978, 58 y s.; ahora es opinión dominante: referencias en HANACK, en *LK*, § 140, n.m. 1.

²⁸ BGHSt, 29, 26, 28 (respecto del § 130 StGB); *Dreher/Tröndle*, 42ª edic., 1985, § 130, n.m. 2; VON BUBNOFF, en *LK*, § 131, n.m. 2, en relación con § 130, n.m. 5; LENCKNER, en *Schönke/Schröder*, § 130, n.m. 5.

²⁹ KLUG, *Festschrift für Jeschek*, 1985, pp. 583, 595.

³⁰ *Dreher-Tröndle*, § 111 n.m. 1; VON BUBNOFF, en *LK*, § 111 n.m. 5; *Lackner*, 15ª edic., 1983, § 111 n. 1; ESER, en *Schönke-Schröder*, § 111 n.m. 1.

las normas contra las asociaciones criminales y terroristas³¹ (§§ 129 y 129 a StGB).

En los delitos con un injusto meramente parcial no se infringen las normas principales (las normas de los delitos de lesión), sino normas de flanqueo cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales. Para poder enjuiciar la legitimidad de estas normas de flanqueo, es necesario echar un vistazo a las condiciones de vigencia de las normas. Una norma es eficaz si presta lo que ha de prestar: aseguramiento de las expectativas. Para ello es necesario que la norma sea reconocible *ex ante* como estable por el potencialmente afectado. La vigencia de la norma no es, por tanto, sólo una relación entre norma y autores potenciales, los únicos a los que normalmente se designa como destinatarios de la norma, sino también una relación entre la norma y los potencialmente afectados. La vigencia de las normas es una cuestión con múltiples facetas, en la que el aspecto relativo a los potencialmente afectados no es sólo el aspecto del autor formulado negativamente, sino que tiene un contenido positivo, concretamente el de la confianza en la norma.

Si se acepta el enunciado de que la vigencia de la norma no sólo depende de la conducta de los autores potenciales, sino también de lo que esperan los afectados, resulta evidente que la vigencia de la norma puede verse dañada no sólo por quebrantamientos de la norma, entendidos en su sentido habitual, sino también por cualquier menoscabo de la confianza de los

³¹ *BGH NJW* 1966, 312; LENCKNER, en Schönke-Schröder, § 129 n.m. 1; VON BUBNOFF, en *LK*, § 129 n.m. 1. Esta es la opinión dominante; de otra opinión RUDOLPHI, en *SK*, § 129 n.m. 2, en todo caso con referencias.

afectados, cualquiera que sea la vía por la que esto ocurra.

2. Injustos parciales

Materialmente se reconoce esto con carácter general, como se puede observar en el hecho de que algunas normas de flaqueo estén completamente fuera de discusión; en particular, las normas sobre las amenazas (§ 241 StGB) y la perturbación de la paz pública mediante la conminación de delitos (§ 126 StGB). Estas normas se pueden fundamentar del modo siguiente: la confianza en la norma no existe, al menos por lo que respecta a la protección de bienes jurídicos importantes, sin una base cognitiva. Por ejemplo, la conciencia de tener el Derecho de nuestra parte en la medida en que lleguemos a ser víctimas de un homicidio no es un fundamento idóneo para efectuar un plan de vida, si no existe la conciencia de que ese homicidio será probablemente evitado. Con otras palabras, las garantías normativas operan en efecto también de un modo contrafáctico, pero solamente respecto de un riesgo que no es claramente mayor de lo que lo son los riesgos ubicuos; si el riesgo se aparta drásticamente de la media, la garantía normativa por sí sola no ofrece seguridad en las expectativas. De este modo, en los tipos mencionados de las amenazas y de la conminación de hechos delictivos, la conducta injusta consiste en una drástica elevación del riesgo desde la perspectiva del afectado. Esta conducta es injusta, porque dificulta, al menos, la vigencia de la norma para el afectado. No ofrece ninguna dificultad, por tanto, concretar el concepto algo difuso de "paz pública", que menciona el § 126 StGB: es la vigencia de las normas correspondientes en cada caso desde la

perspectiva del afectado; nada tiene ello que ver con la protección de un "clima" o de bienes análogamente nebulosos.³²

El autor no se arroga en estos delitos la configuración de la relación entre la víctima y el bien jurídico, sino la que existe entre la víctima y la norma principal. Un injusto semejante se puede divisar también en alguno de los actos preparatorios tratados anteriormente en la Parte general, que en esa cualidad de actos preparatorios no podrían ser legítimamente sancionados con una pena. Si la norma principal no ha sido quebrantada todavía, porque falta aún a ese respecto una perturbación externa, puede existir ya, sin embargo, la lesión de una norma de flaqueo, y ello, en efecto, porque el autor da a entender que próximamente tendrá lugar una perturbación externa, al menos si sus planes tienen éxito. Se trata de casos en los que el autor hace públicos sus actos preparatorios reales o supuestos o, al margen de ello, los ejecuta de tal modo, que pueden ser percibidos sin intromisión alguna en su vida privada. Así se produce ya una lesión de la norma de flaqueo si el autor compro-

³² Puesto que no se trata de la seguridad de los bienes, sino de la seguridad jurídica, la ley también acoge acertadamente, tanto en las amenazas del § 241 StGB, como en las del § 126 StGB la simulación de que sería inminente la comisión de un hecho antijurídico, pero no la advertencia engañosa de que se avecinaría una catástrofe natural, aunque un anuncio semejante a las víctimas potenciales puede colocarlas en una situación de temor no menor que la suposición de que sería inminente la comisión de un delito. También puede ser digna de protección la conciencia de una simple seguridad de los *bienes*, pero su perturbación constituye solamente un menoscabo de la seguridad *jurídica*, objeto exclusivo de protección de los citados preceptos, en la medida en que se quebrante una *norma* de flaqueo.

mete en los preparativos a una persona que es representante de lo público. Quien, por ejemplo, se declara, ante el arzobispo de París o ante un *quivis ex populo*, dispuesto a cometer un delito, no ha preparado con ello ciertamente de un modo punible el delito, pero ha atacado la base cognitiva de la vigencia de la norma por medio de un comportamiento externo y puede ser penado *por ello*. Finalmente, no puede apelar a su privacidad, por lo que atañe al quebrantamiento de la norma de flanqueo, quien conspira con una persona que no tiene derecho al respeto de su privacidad frente a este Estado, por ejemplo con el representante de una potencia extranjera, como sucede en el caso de la actividad como agente de una traición o como agente secreto (§§ 98 y 99 StGB) —lo que sin embargo no legitima los marcos penales de estos delitos—. Todo esto rige por igual, según la concepción que aquí se mantiene, tanto para los actos preparatorios reales, como para los fingidos, en correspondencia con la regulación de las amenazas y de la conminación de delitos (§§ 241, párrafo 2°, y 126, párrafo 2°, StGB).*

Con el injusto parcial de la perturbación de la paz jurídica, esto es, con el menoscabo de la vigencia de la norma desde la perspectiva del afectado, se puede explicar también el aspecto no accesorio de la responsabilidad por una provocación pública a la comisión de delitos

* El párrafo 2° del § 241 StGB extiende la punición prevista en el párrafo 1° (*vid. supra* la n. del t. inmediatamente posterior a la n. 25) a “quien, en contra de su propia convicción, simule frente a otro que sería inminente la realización de un delito dirigido contra él o contra una persona que le sea próxima”. El párrafo 2° del § 126 efectúa una extensión equivalente respecto del delito previsto en su párrafo 1° (*n. del t.*).

(§ 111, párrafo 2°, StGB).*,³³ Si la provocación no tiene resultado, falta un injusto correspondiente al acto prepa-

* El § 111 StGB dispone lo siguiente: "*Provocación pública a la comisión de delitos: 1)* Quien provoca públicamente, en una reunión o mediante la difusión de escritos (§ 11, párrafo 3°), a la comisión de un hecho antijurídico, será castigado como un inductor (§ 26).

2) Si la provocación queda sin resultado, la pena será de privación de libertad hasta cinco años o de multa. La pena no puede ser más grave que la que esté prevista para el caso de que la provocación produzca resultado; es aplicable el § 49, párrafo 1°, núm. 2°" (*n. del t.*).

³³ Para la provocación pública a la comisión de delitos se ha de exigir como presupuesto —al igual que para cualquier forma de intervención psíquica— que el interviniente aporte una contribución que posibilite imputarle la conducta delictiva desarrollada (adicionalmente) por terceras personas. Esto sucede cuando el sentido objetivo de la manifestación del interviniente depende de que el destinatario se comporte delictivamente. Falta por tanto una intervención psíquica en aquellas manifestaciones de opinión o indicaciones efectuadas a personas no subordinadas cuyo sentido se agota en la transmisión de una información, de modo que queda como asunto del receptor lo que éste haga de ella. Ejemplo: quien hace saber que se debería moler a palos en el mismo sitio a los que profanan los cementerios, a los ladrones de tiendas, a quienes se comportan como gamberros en el tráfico rodado, a los polizones, etc., sólo comete una provocación pública a la comisión de delitos si comunica esto no únicamente como una opinión, sino como un programa de coordinación: JAKOBS, *Allg. Teil*, 24/17. Como peligro especial de la provocación pública se indica que ella vendría a dar lugar a acciones que no serían calculables; en parte se añade a ello todavía que también sería peligroso el hecho de que el provocador perdería su influencia en el desarrollo de los acontecimientos, VON BUBNOFF, en *LK*, § 111 n.m. 5, con referencias. El argumento citado en primer lugar sólo atinaría si el círculo principal de destinatarios de la norma constase de personas que de manera más o menos ingenua suministran ideas a una masa. Sin embargo sus destinatarios primarios probablemente sean demagogos muy capaces. Tampoco el

ratorio, por no concurrir la arrogación de una organización ajena, pero ello no excluye la responsabilidad del autor por la publicación y, en consecuencia, por el efecto amenazante de su comportamiento.³⁴ Un efecto intimidatorio pueden mostrar también, según la configuración del caso, la instigación contra sectores de la población (§ 130 StGB), así como la incitación al odio racial (§ 131, 2ª alternativa StGB) o a una guerra de agresión (§ 80 a StGB); en esa medida no se trata de protección de un clima, sino de la protección de seguridad cognitiva.³⁵

argumento de la pérdida de influencia explica nada: una masa, ¿es más peligrosa con un influyente demagogo o sin él? (*vid. ya supra* n. 19, respecto del § 30 StGB). La solución podría venir dada por una inversión de los argumentos anteriores: es peligroso estimular la disposición a la motivación que existe ya de un modo latente; pero esto sólo es posible si se la calcula en un cierto sentido. Y más peligrosa que un simple impulso momentáneo respecto de esa disposición resulta siempre la influencia sostenida hasta que la coordinación se ha perfeccionado. Pero incluso la provocación pública más peligrosa produce por sí sola únicamente una cosa: la perturbación de la base cognitiva de la confianza en la norma. A esto se ha de orientar también la interpretación de lo que significa "provocar"; no tiene que ser interpretado de un modo tan estricto como el "determinar" de la inducción (el inducido hace depender su decisión de la del inductor: *vid. JAKOBS, Allg. Teil, 22/22*).

³⁴ Por ello es acertado que el marco de pena previsto para las provocaciones del § 111, párrafo 2º StGB, esté vinculado sólo de un modo mediato al establecido para la lesión de la norma principal (ampliamente al respecto DREHER, *Festschrift für Gallas*, 1973, pp. 307 y ss.). No se podría justificar en cambio que vaya más lejos que el del § 126 StGB.

³⁵ El efecto intimidatorio puede ser presumido; ello conduce (también en esa medida) a la puesta en peligro abstracto (*supra* I, 7). Pero la presunción no se puede dirigir contra un "clima" futuro, sino tan sólo contra el menoscabo de la seguridad cognitiva; con otras palabras, no cuentan las dudas sobre la legitimación de una norma, lo que cuenta es la duda sobre la seguridad de los bienes.

Por último —y, de acuerdo con su importancia práctica, probablemente de un modo principal— se puede captar con ayuda de la perturbación de la paz jurídica algo de la cooperación en asociaciones criminales o terroristas. Ello vale ante todo para aquellas amenazas que son hechas públicas por la asociación y que son demasiado difusas para ser captadas por los tipos de las amenazas o de la conminación de delitos, como sucede cuando se anuncia la prosecución de una actividad terrorista, lo que puede significar muy diversas cosas que oscilan entre el asesinato, la detención ilegal con exigencia de alguna condición o los incendios. Pero también sin un anuncio semejante se puede hacer patente por las acciones de la asociación (al igual que de cualquier banda³⁶ o aun de un autor único de delitos en serie) que cabe entender las acciones aisladas como parte de una organización continuada. Ciertamente las operaciones futuras sólo resultarán *ex re*, en la mayoría de las ocasiones, de un modo muy difuso, pero por la seriedad que demuestran los hechos ya ejecutados puede ser considerable el efecto intimidatorio.³⁷ Puesto que toda conducta que es fomentada por el grupo fomenta simultáneamente la credibilidad de la amenaza, se puede fundamentar en tales casos un injusto del favorecimiento de la asociación.

³⁶ Con respecto a la posibilidad de tomar en cuenta la peligrosidad del modo de ejecución (así BGHSt, 8, 206, 208, para el contrabando en cuadrilla) en los delitos que son *ejecutados* por una banda, *vid.* SCHILD, GA 1982, pp. 55 y ss., 63 y s., y 75 y s.

³⁷ Algo equivalente rige para la profesionalidad y la habitualidad, en la medida en que se trate en estas características de elementos del tipo de injusto; sobre tales características en cuanto elementos de la culpabilidad —en la configuración de una infidelidad habitual hacia el Derecho— no se ha hecho con ello ningún hallazgo. Respecto de la profesionalidad *vid.*, STRATENWERTH, *Festgabe für Schultz*, 1977, pp. 88 y ss., 105 y s.

Sin embargo no se trata en esos supuestos de un injusto de la preparación, sino únicamente del injusto parcial de una perturbación de la paz jurídica. El autor se arroga actualmente tan sólo la configuración de la base cognitiva de la vigencia de la norma. En la medida en que la paz "pública" o "interior" o adjetivada de otro modo no sea un sinónimo de esta paz jurídica, sólo se puede constatar un ataque contra ella si, con lesión del principio del hecho, se despreja el ámbito privado del autor y se lo castiga por una conducta que sólo será externa en el futuro, esto es, si se define al autor como enemigo. En la medida en que se haya de evitar esto, la pena por la conducta incriminada tiene que ser adecuada a la circunstancia de que se trata de una pena por el quebrantamiento no de una norma principal, sino de una norma de flanqueo, del mismo modo que el marco penal de las amenazas o de la conminación de delitos (§§ 241 y 126 StGB) no alcanza la severidad del previsto para la participación intentada o para la constitución de asociaciones criminales o terroristas.

3. ¿Un "clima" favorable al derecho como bien jurídico?

En una consideración de conjunto, la protección de la paz jurídica sólo autoriza repoblaciones en los márgenes de la preparación que no pueden modificar en gran medida la tala masiva que aquí se ha efectuado en su mismo núcleo, tanto más cuando el injusto de la perturbación de la paz jurídica únicamente puede ser un injusto parcial en relación con el injusto del quebrantamiento de la norma principal. Este dato, que debería ser evidente en el Derecho penal de un Estado de libertades, tampoco puede ser eludido mediante tipos dirigidos a la protección de un clima. A primera vista estos tipos parecen ser algo correspondiente a los tipos dedicados a la protección de la paz

jurídica, pues una cantidad media, aproximadamente, de seguridad cognitiva es una condición necesaria, pero no suficiente, de la vigencia de la norma; a la vigencia de la norma pertenece además que la norma sea aceptada en la discusión pública y no sea puesta en cuestión permanentemente por cualquiera. Expresado en términos drásticos: si un autor es penado por su conducta y, simultáneamente, es recompensado por ella con una orden del mérito o copiosamente obsequiado por algún particular, podría resultar como saldo que no se logre más que lo que se lograría si hubiese faltado cualquier reacción. Parece por tanto imperiosa la necesidad de un tipo relativo a la recompensa y aprobación de delitos (§ 140 StGB);* tipo éste que desearía tratar como ejemplo de todos los delitos de protección de un clima.

En una segunda consideración se muestra, no obstante, que la protección de la seguridad cognitiva en los tipos de las amenazas y de la conminación de delitos sólo aparentemente puede ser equiparada con la protección de una valoración sin contradicciones en el tipo de la recompensa y la aprobación. En los delitos de amenazas y de conminación de delitos el autor se impone a la víctima y así tiene éxito el hecho: en virtud de la violencia realmente existente o de su si-

* El § 140 StGB dispone lo siguiente: "*Recompensa y aprobación de delitos*: Será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o pena de multa quien:

1. recompense o;
2. apruebe públicamente, en una reunión o por medio de la difusión de escritos (11, párrafo 3°), de una forma adecuada para perturbar la paz pública, uno de los hechos antijurídicos mencionados en el § 138 párrafo 1°, números 1 a 5 o en el § 126, párrafo 1°, números 1 a 6, después de que hayan sido cometidos o intentados de un modo punible" (*n. del t.*).

mulación, no queda a la víctima la posibilidad de orientarse racionalmente del mismo modo que si no estuviese afectado por dicha violencia; *las amenazas y la conminación de delitos son arrogaciones actuales de organización. Por el contrario, el que recompensa y aprueba el delito se arroga en efecto una propia valoración, pero no una organización ajena.* Normalmente esta falta de consecuencias imputables se oculta con la frase de que el que recompensa y aprueba tendría que responder de una consecuencia *sui generis* del hecho, concretamente de haber creado un “clima” espiritual en el que podría proliferar la realización de hechos consecutivos³⁸ y éstos, es decir, las infracciones de las normas principales, producirían entonces privaciones coactivas de derechos. Esta interpretación del § 140 StGB como norma de protección de un clima³⁹ sugiere una responsabilidad por las consecuencias que no se puede justificar. Recompensa y aprobación de delitos sólo pueden tener consecuencias nocivas si alguien se deja impresionar por ellas; pero la cuestión de si es éste el caso constituye en principio, es decir, excepción hecha de niños u otras personas que se encuentran en una situación de inferioridad, un asunto propio de cada uno, puesto que no se ha empleado ningún medio coactivo. Del mismo modo que es, en principio,

³⁸ Como en nn. 27 y 28.

³⁹ La suposición de una parte de la doctrina de que lo que se protegería aquí es el sentimiento de seguridad jurídica de la población (HANACK, en LK, § 140 n.m. 1) rebaja aún más el empeoramiento del clima a simple sospecha del mismo: algunas personas piensan que habría otras que extraerían de la opinión del autor la conclusión de que se debería infringir el Derecho (cosa que el autor mismo no ha supuesto, pues en otro caso se trataría ya del § 111 StGB).

asunto de cada uno si, de afirmaciones del tipo de que la situación sería tan desesperada que habrían actuado correctamente todas las personas que hubiesen emigrado o se hubiesen suicidado, saca la conclusión de emigrar o suicidarse, así depende también de uno mismo si, ante la recompensa o aprobación de una determinada conducta, sacude incrédulo la cabeza o comienza crédulamente a construir bombas. Más aún, la garantía jurídica de que en la comunicación pública sólo se puedan transmitir recomendaciones legales transformaría esa comunicación en una concesión: lo que en ella se puede hacer público está ya dado de antemano y quien da a entender que disiente, se comporta ya delictivamente.

La prohibición de la recompensa y de la aprobación es una prohibición de articular una falta de respeto al ordenamiento jurídico. Una prohibición semejante oprime la articulación de la realidad, tan pronto como —con buenas o malas razones— se falte realmente al respeto del ordenamiento jurídico.⁴⁰ Si las razones de esa falta de respeto son de poco peso —como en la *cause célèbre* relativa al delito del opúsculo “Cómo empezó todo”—,⁴¹ no se necesita, en esa medida, ninguna prohibición. La conducta sólo puede ser peligrosa cuando las razones convencen; y el peligro aumenta con el poder de convicción. Cuanto más convincente, tanto más intensamente delictivo: una conclusión probablemente sorprendente. Esta conclusión pier-

⁴⁰ GRÜNWARD en LÜDERSSEN *et al.* (eds.), *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, t. II, 1980, pp. 489, 503 y s.; FETSCHÉ, *op. cit.*, pp. 506 y ss.; *vid.* también HASSEMER, *Festschrift für Wassermann*, 1985, pp. 325, 348 y s.

⁴¹ M. BAUMANN, *Wie alles anfing*; al respecto BGH NJW 1978, 58 y s.

de no obstante su carácter chocante si se rebasa el tipo del § 140 StGB y no se pone la conducta en referencia con delitos *ya cometidos*, sino que se interpreta como participación en hechos futuros. Entonces —como en el caso de cualquier participación psíquica— no es inhabitual que una aportación irresistible represente una contribución delictiva de especial intensidad delictiva. Pero, en el caso del tipo del que hablamos, la referencia a hechos futuros no es, en la medida en que llegue siquiera a tener lugar, la obra de quien da la recompensa o efectúa la aprobación, sino una aportación propia de los destinatarios. Según el tipo, lo único que interesa es la toma de posición del autor respecto de delitos *ya cometidos*. Cuando los destinatarios de las manifestaciones del autor desborden este contexto, el autor sólo tendría que responder de ello si hubiera colocado a los destinatarios en una situación de inferioridad o hubiese cooperado al menos en la selección de un contexto diferente. Desde luego, en el caso de que alguien hable del pasado, pero deje claro, guiñando un ojo, que es en el futuro en lo que está pensando, no se precisa de un tipo relativo a la recompensa y a la aprobación de delitos, pues ya la inducción, el conjunto de la participación psíquica y la provocación pública a la comisión de delitos (§§ 26 y s. y 111 StGB) captan tal comportamiento.⁴² El tipo de la recompensa y la aprobación descansa por tanto o bien en la necesidad de una pena de sospecha o bien en la confusión de la manifestación de una opinión hostil hacia el bien jurídico con un quebrantamiento del Dere-

⁴² Para ello tiene que concurrir más que la provocación a delinquir en el futuro de un modo análogo, pues una simple provocación no da, según su sentido objetivo, ningún estímulo; más detalladamente al respecto *supra* respecto del § 111 en n. 33.

cho. En cualquiera de los casos, el fundamento no resiste en un régimen de libertades.

No es preciso dar más detalladas explicaciones acerca de que las objeciones citadas contra la posibilidad de conciliar la norma que sanciona la recompensa y la aprobación con la Constitución de un Estado de libertades valen también, de un modo plenamente correspondiente, contra todos los demás delitos de producción de un clima y, por tanto, también frente a la instigación contra sectores de la población y la apología de la violencia⁴³ y frente a la incitación al odio racial (§§ 130 y 131 StGB), así como frente a la incitación a una guerra de agresión (§ 80 a StGB), en la medida en que estos delitos no sirvan a la protección de la juventud o no tengan un contenido de injusto de intimidación (de ello ya se habló *supra* —II, 2—) o en la medida en que no sean simples desgloses⁴⁴ de otros

⁴³ Es digno de resaltar de qué modo tan abierto las personas que intervinieron en el proceso legislativo quisieron con la norma contra la apología de la violencia no sólo dirigir a través de la protección de bienes jurídicos la actitud valorativa de los ciudadanos, sino ejercer la protección de bienes jurídicos mediante la dirección de su actitud valorativa: en la exposición de motivos del Proyecto (BT-Drucks, VI/3251, p. 6) se habla abiertamente del “fin de proteger al individuo en su desarrollo de la asunción de formas de comportamiento o actitudes agresivas”; y un poco más tarde se aclara que ello se refiere “también a adultos”. Si se toma como máxima general esta protección de las posibilidades de desarrollo mediante el reforzamiento que les otorga el Derecho penal, se abren campos absolutamente ilimitados para efectuar criminalizaciones.

⁴⁴ El § 80 a StGB pertenece al ámbito amplio del § 111 StGB, al igual que el § 130 StGB en su variante de la incitación al odio racial. El § 130 es también una sección de la injuria colectiva (con una reducción de los requisitos exigidos en cuanto a la

delitos, lo que ciertamente sucede en parte. Tales objeciones son válidas con independencia de la respuesta que se dé a la pregunta de si se puede establecer entre exposición y ejercicio de la violencia una correlación positiva, pues aunque tal correlación exista, es tan poco plausible deducir de ello que tal correlación incumba al que efectúa la exposición de la violencia, como deducir del poder de convicción de una recompensa o aprobación de un delito que los hechos consecutivos incumben a quien dio la recompensa o efectuó la aprobación.

Si, por consiguiente, el autor de los delitos de producción de un clima tiene en sí derecho a realizar la conducta incriminada, aunque ésta pueda tener un carácter no precisamente provechoso para la sociedad, para la legitimación de estos delitos sólo queda el camino de exigir al autor que, por la magnitud del daño que se cierne, renuncie como un sacrificio especial al ejercicio de su derecho, esto es, que realice una contribución de carácter solidario para la eliminación de una situación de necesidad no dominable de otro modo, en un sentido hasta cierto punto correspondiente a la responsabilidad por el § 323 c StGB, re-

determinabilidad del colectivo). De un hecho semejante a las injurias se trata en el caso OLG Koblenz, StrVert., 15 y ss., con reseña en contra de GIEHRING, StrVert., 1985, 30 y ss.; una educadora de una parroquia colgó junto a otras obras de jóvenes de la misma edad, en un "espacio reservado para grupos juveniles", un collage de un joven de quince años con la inscripción "todos los soldados son asesinos a sueldo". El § 193 StGB [que contiene una causa de justificación específica para las injurias realizadas en salvaguardia de legítimos intereses (*n. del t.*)] rige también para estas secciones desgajadas de las injurias: ¿qué éxito promete tener una educación de jóvenes, si a sus manifestaciones malogradas sucede del modo más presto la censura?

lativo a la omisión de socorro, a la que tendrían que asimilarse sin duda los marcos penales (de los §§ 130, 131 y 140 StGB). Por cierto, una fundamentación semejante de los delitos productores de un clima contiene simultáneamente una declaración de quiebra del régimen de libertades; pues un Ordenamiento que regula por principio y sin alternativas la valoración que los ciudadanos han de realizar de la violencia o de la comisión de delitos no es ya un régimen de libertades. Del paralelismo establecido con la omisión de socorro se deriva solamente la modalidad de la prestación a realizar —un sacrificio especial—, pero no la legitimación para la exigencia de tal prestación: la norma que sanciona la omisión de socorro exige una acomodación a una situación de necesidad que sólo llega a ser requerida *en casos aislados*; en las normas que protegen un clima se trata por el contrario de una acomodación del comportamiento que se ha de producir *por principio* en determinados ámbitos. La justificación de la protección del clima sólo se puede realizar en relación con tiempos de crisis o, más precisamente, en relación con tiempos de crisis de *legitimación*,⁴⁵ en los que se tiene que tolerar una suspensión pasajera de la libertad a fin de asegurar de un modo tanto más intenso su restablecimiento. Pero incluso entonces se trata sólo de normas con un período de vigencia estrictamente limitado. Así se podría haber legitimado en los primeros años tras la finalización del dominio nacional-socialista una prohibición de aprobar los actos de violencia del nacional-socialismo.

⁴⁵ SCHERER, *Gesetzgebung im Belagerungszustand*, en BLANKENBURG (ed.), *Politik der inneren Sicherheit*, 1980, pp. 120 y ss., describe acertadamente la conexión de las "prohibiciones de simpatía" y de las "prohibiciones de articulación" con crisis de *legitimación*.

Se objetará que esta crítica radical de los delitos productores de un clima pasa por alto los problemas de estabilidad de las sociedades modernas. No discuto que también estas sociedades tienen una necesidad de que se garanticen los valores; la comunicación, esto es lo que significa la sociedad, solamente es posible sobre la base de un consenso valorativo.⁴⁶ Lo único que pongo en duda es que sea necesario o razonable cubrir esta necesidad por medio del Derecho penal. Que los delitos productores de un clima no casen en el Derecho penal de un Estado de libertades no significa que la correspondiente conducta sea deseable o al menos socialmente neutral, sino tan sólo que tal conducta no tiene ningún efecto coactivo y que, por ello, tampoco se debería reaccionar contra ella con la coacción del Derecho penal.

III. DERECHO PENAL DEL CIUDADANO VERSUS DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Para concluir la exposición de mis ideas, que probablemente suenen algo liberales a la antigua usanza, acerca de un intento de definir los límites de la actividad del Estado,⁴⁷ me permito efectuar una observación sobre lo contrario del Derecho penal de ciudadanos, esto es, sobre el Derecho penal de enemigos. Con ello no me

⁴⁶ LUHMANN, *Rechtssoziologie*, t. I, 1972, p. 67; *idem*, *Grundwerte als Zivilreligion*, Archivio di Filosofia, fasc. 2, 1978, 51 y ss., 68.

⁴⁷ W. VON HUMBOLDT, *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*, 1792, en especial las partes X (leyes de policía) y XIII (leyes criminales). La apelación a aspectos parciales del minimalismo de HUMBOLDT respecto del Derecho penal no significa la asunción de su minimalismo respecto del Estado en su conjunto.

propongo relativizar todas las afirmaciones anteriores mediante la recomendación de que el Estado no se atenga a las mencionadas ataduras cuando resulte oportuno. Las ataduras son constitutivas para el Estado de libertades; quien las desata, abandona tal modelo de Estado. La existencia de un Derecho penal de enemigos no es signo, por tanto, de la fortaleza del Estado de libertades, sino un signo de que en esa medida simplemente no existe. Ciertamente son posibles situaciones, que quizá se dan incluso en este momento, en las que normas imprescindibles para un Estado de libertades pierden su poder de vigencia si se aguarda con la represión hasta que el autor salga de su esfera privada. Pero incluso entonces el Derecho penal de enemigos sólo se puede legitimar como un Derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente. Los preceptos penales a él correspondientes tienen por ello que ser separados estrictamente del Derecho penal de ciudadanos, preferiblemente también en su presentación externa. Así como la regulación de la incomunicación no ha sido, acertadamente, incorporada a la StPO* (otra cuestión es si ha sido bien ubicada en la EGGVG),** el Derecho penal de enemigos tiene que ser también separado del Derecho penal de ciudadanos de un modo tan claro que no exista peligro alguno de que se pueda infiltrar por medio de una interpretación sistemática o por analogía o de cualquier otra forma en el Derecho penal de ciudadanos. El Código penal, en su actual configuración, oculta en no pocos puntos el desbordamiento de los límites que corresponden a un Estado de libertades.

* *Strafprozeßordnung* (Código de procedimiento penal) (n. del t.).

** *Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz* (Ley de Introducción a la Ley de organización de los Tribunales) del 27/1/1887 (n. del t.).

IV. RESUMEN

1) *Parte General* (criminalizaciones de conductas en el estadio previo)

- a) Cuanto más intensamente se optimice la protección de bienes jurídicos, tanto más se define al autor como *enemigo*, sin un *ámbito interno* (I, 2).
- b) El principio *cogitationis poenam nemo patitur* designa un ámbito interno, que está delimitado, sin embargo, de acuerdo con criterios naturalístico-sensibles y, por ello, casuales para el Derecho penal (I, 2).
- c) El ámbito interno se tiene que orientar en un régimen de libertades al *status* del autor en cuanto *ciudadano* (I, 2).
- d) Sin una conducta que sea tanto *externa*, como *perturbadora* (esto es: una conducta que se arrogue una organización ajena), no existe razón alguna para efectuar una indagación vinculante del contexto interno del autor y, en particular, del aspecto subjetivo de su conducta (principio del hecho) (I, 3 y 4).
- e) Lo no dominable no es interno (I, 4).
- f) Para la legitimación de los delitos de peligro abstracto hay que distinguir: aa) si se presume que la conducta típica daría lugar *per se* a un peligro *indominable* (ejemplo: la conducción en estado de embriaguez) o bb) si se trata del peligro de daños futuros, que son por su parte aún *dominables* (ejemplo: la falsificación de documentos, en sus variantes de producción de documentos ilegítimos y de falsificación de documentos legítimos (I, 5).
- g) Los delitos de peligro abstracto de la clase citada sub f), bb) sólo son conciliables con el prin-

cipio del hecho si se atiende al peligro general de la *conducta*, no al peligro del específico *contexto de planificación* en el que la conducta se encuentra (I, 5).

2) *Parte Especial* (criminalización de la lesión de bienes jurídicos anticipados).

a) La vigencia de las normas puede ser menoscabada por el *anuncio* de su futuro quebrantamiento; un anuncio semejante infringe una norma de flaqueo (II, 1 y 2).

b) La infracción de normas que protegen un *clima favorable al Derecho* no constituye la arrogación de una organización ajena (II, 3).