

CLAUS ROXIN

Sistema del hecho punible/2

Ilícito y justificación

coordinación general

Gabriela E. Córdoba

Cecilia Incardona

Daniel R. Pastor

Eugenio C. Sarrabayrouse

3

obras selectas de Claus Roxin



hammurabi

JOSE LUIS DEPALMA ♦ EDITOR



© Copyright by
editorial hammurabi s.r.l.

Talcahuano 481 - 4º piso
C1013AAI - Buenos Aires - Argentina
Tel.: (54-11) 4382-3586 — líneas rotativas —
E-mail: info@hammurabi.com.ar - www.hammurabi.com.ar

- twitter.com/hammurabi_srl
- facebook.com/libreriahammurabi
- youtube.com/libreriahammurabi

Producción integral



concept design

de **Fernando Lucas Depalma**
Tel.: 4382-2080 — líneas rotativas —

Esta edición se terminó de imprimir
en el mes de marzo de 2015
en «Docuprint S.A.»
Tacuarí 123, Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito de ley 11.723
Derechos reservados
Prohibida su reproducción total o parcial

Impreso en Argentina / Printed in Argentina

ISBN: 978-950-741-684-2 (rústica)

Roxin, Claus

• **Sistema del hecho punible/2. Ilícito y justificación**

1ª edición, Buenos Aires, **Hammurabi**, 2015

726 ps., 23 x 16 cm.

«colección obras selectas de Claus Roxin I 3» — coordinación Gabriela E. Córdoba - Cecilia Incardona
Daniel R. Pastor - Eugenio C. Sarabayrouse

ISBN: 978-950-741-684-2

1. Derecho Penal. I. Título

CDD 345

Fecha de catalogación: 27/2/2015

• Índice general

— § 1 —

El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania

I. Antecedentes	19
II. El giro hacia la configuración del sistema sobre la base de orientaciones normativo-teleológicas	21
III. El sistema político-criminal funcionalista	22
a) El injusto jurídico-penal	22
b) Culpabilidad y responsabilidad jurídico-penal	29
c) Resumen y adición	34
IV. La concepción del Derecho penal de Jakobs basada en la teoría de siste- mas	35
a) Descripción	36
1. Daños a la vigencia de la norma en lugar de lesión de bienes jurídi- cos	36
2. El rechazo de un injusto sin culpabilidad	37
3. La determinación de la culpabilidad a partir de las necesidades so- ciales	38
b) Crítica	39
1. El delito como daño a la vigencia de la norma en lugar de como le- sión de un bien jurídico	39
2. ¿Supresión de la distinción entre injusto y culpabilidad?	42
3. ¿La atribución de culpabilidad desde la perspectiva de la orienta- ción a los fines?	44
V. Panorama	45

— § 2 —

*Acerca del desarrollo más reciente en el debate
sobre el bien jurídico*

I. Introducción	51
II. Acerca de la pregunta por una derivación histórica del concepto de bien jurídico crítico de la legislación	54
III. Acerca de la legitimación constitucional de un concepto de bien jurídico crítico de la legislación	57
IV. Acerca del problema de la certeza y eficiencia suficiente de un concepto de bien jurídico personal fundado constitucionalmente	60
V. Acerca de la disparidad histórica y cultural del comportamiento penalmente relevante	66
VI. ¿Tiene un concepto de bien jurídico crítico de la legislación solamente una relevancia político-criminal o también una relevancia constitucional? ..	68
VII. ¿El principio de protección de bienes jurídicos también tiene un significado dogmático?	71
VIII. ¿El principio de protección de bienes jurídicos encaja también con los bienes jurídicos colectivos [der Allgemeinheit]?	72
IX. ¿El principio de protección de bienes jurídicos puede resolver la problemática de los delitos de peligro abstracto?	76
X. ¿Se puede reemplazar el requisito de la lesión de bienes jurídicos por los criterios de lesión de derechos o intereses?	77
XI. ¿Se pueden defender opiniones que rechazan totalmente el concepto de bien jurídico?	81
a) La reducción del Derecho penal a los delitos de comportamiento ..	81
b) ¿Daño a la validez de la norma en vez de lesión de bienes jurídicos? ..	83
XII. ¿Un Derecho penal moderno tiene que cruzar los límites del principio personal de protección de bienes jurídicos?	84
a) La protección de los medios de subsistencia de generaciones futuras ..	84
b) La protección de la diversidad de especies	86
c) ¿Las dos ampliaciones propuestas del concepto de bien jurídico desacreditan el concepto global que limita el Derecho penal a la protección de bienes jurídicos?	87

— § 3 —

*El concepto de bien jurídico como instrumento
de crítica legislativa sometido a examen*

I. Introducción	93
II. ¿Tiene el Derecho penal como fin la protección de bienes jurídicos o la confirmación de la vigencia de la norma?	95

III.	¿Es posible un concepto de bien jurídico que ofrezca rendimiento práctico en la crítica de la legislación?	98
a)	La caracterización de una concepción del bien jurídico crítica de la legislación	98
b)	Tal concepto de bien jurídico ¿es demasiado indeterminado para hacer posible una limitación del Derecho penal?	99
1.	La relevancia de la concepción del bien jurídico para la solución de problemas jurídicos actuales	100
2.	El carácter necesariamente abstracto de los principios jurídicos supremos	105
3.	El reconocimiento de un ámbito de configuración crítico hacia la legislación no devalúa el concepto de bien jurídico	107
4.	El principio de subsidiariedad como complemento imprescindible del pensamiento del bien jurídico	110
IV.	¿Refuta la necesidad de delitos de mera conducta la idea fundamental de una teoría del bien jurídico crítica hacia la legislación?	112
V.	Bien jurídico, política criminal y Constitución	119
a)	Sobre la relevancia político-criminal del pensamiento del bien jurídico	120
b)	Bienes jurídicos y Constitución	121

— § 4 —

Problemas de la imputación objetiva

I.	Introducción	133
II.	Argumentos de Maiwald a favor de un concepto desprovisto de valoración de la imputación objetiva	135
a)	La necesidad de un avance gradual hacia el sistema de formación ..	136
b)	La necesidad de separar el juicio de la antijuridicidad de su objeto ..	136
c)	El deseo de evitar la confusión de criterios heterogéneos de valoración	136
III.	Crítica del concepto de una imputación objetiva desprovista de valoración	137
a)	¿Puede darse la imputación objetiva y la valoración del suceso causal en dos pasos seguidos sucesivos?	138
b)	¿Se puede legitimar una imputación objetiva normativizada mediante la necesidad de separar el juicio de la antijuridicidad de su objeto? ..	143
c)	La teoría de la imputación objetiva orientada al principio del riesgo, ¿es un “crisol amorfo para los muy distintos puntos de vista de la valoración” sin “valor cognitivo”?	144
IV.	Otras objeciones	147
a)	La objeción por gran vaguedad	147
b)	La objeción de que la imputación objetiva no sería «objetiva»	149
c)	La objeción de circularidad de la escala del riesgo	149
d)	La objeción de que en la imputación objetiva no habría espacio para los hechos dolosos	150

e) La objeción de que los presupuestos de la conducta típica no serían un problema de la imputación	151
f) La objeción de que la disminución del riesgo no impide la imputación del resultado	153
V. Conclusión	156

— § 5 —

Injerencia e imputación objetiva

I. Imputación objetiva en la imprudencia, en el dolo y en la complicidad ..	159
a) En la imprudencia	159
b) En el hecho doloso	161
c) En la complicidad	161
II. La posición de garante por injerencia	162
III. Limitaciones de la posición de garante por injerencia	165
a) No hay posición de garante si la acción precedente no ha creado ningún riesgo jurídicamente relevante para la víctima	167
b) No hay posición de garante si la acción precedente se mantiene dentro del riesgo permitido	167
c) No hay posición de garante si falta una relación final de protección entre la acción precedente y el resultado inminente	171
d) No hay posición de garante si el peligro provocado por la acción precedente radica únicamente en el ámbito de responsabilidad de quien provocó el peligro	173
e) No hay posición de garante si la creación de peligro está justificada por legítima defensa	175
f) Afirmación de una posición de garante si la acción precedente está justificada por estado de necesidad	177
g) Afirmación de una posición de garante si en un delito permanente justificado se suprime posteriormente el presupuesto de justificación ..	178

— § 6 —

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

.....	183
-------	-----

— § 7 —

Observaciones sobre la adecuación social en el Derecho penal

.....	205
-------	-----

— § 8 —

***Acerca del consentimiento
en el Derecho penal***

I. Sobre el estado actual de la teoría del consentimiento	223
II. El consentimiento como causa de exclusión del tipo	230
III. Tipos sin posibilidad o con posibilidad limitada de un consentimiento ..	243
IV. Declaración, objeto, momento y revocación del consentimiento	252

— § 9 —

***El consentimiento provocado por engaño
en el Derecho penal***

-----	259
-------	-----

— § 10 —

***Consentimiento, autonomía de la personalidad
y bien jurídico típico***

I. Introducción	287
II. Las razones centrales para el efecto excluyente de la tipicidad del consentimiento	289
a) La realización del tipo como lesión del (o sea amenaza para el) bien jurídico	289
b) La ausencia de todas las características de justificación en el consentimiento	291
c) La actuación propia y actuación de un tercero querida por el titular del bien jurídico no justifican una diferencia socialmente relevante dentro del marco de la libre disposición	292
d) La falta de la imputación objetiva en un accionar abarcado por el consentimiento	292
III. Los argumentos centrales de la solución de justificación	293
a) El argumento del texto en su tenor literal	294
b) El argumento de colisión	297
IV. Soluciones en base a distinciones	299
V. La concepción de Amelung	301
a) El argumento de las lagunas de protección	302
b) El reproche de la extensión de la punibilidad	307
VI. Conclusión	310

— § 11 —

**La polémica en torno a la heteropuesta
en peligro consentida**

I. Introducción	315
a) El caso del río Memel («Memel-Fall»)	316
b) El caso del sida («Aids-Fall»)	316
c) El caso de la furgoneta («Kleintransporter-Fall»)	317
d) El caso del autosurfista («Auto-Surfer-Fall»)	317
e) El caso de la prueba de aceleración («Beschleunigungstest-Fall») ..	317
II. ¿Es necesario distinguir la heteropuesta en peligro consentida de la coope- ración a una autopuesta en peligro?	318
III. La delimitación de la heteropuesta en peligro consentida respecto de la coo- peración a una autopuesta en peligro dolosa	322
IV. ¿Se ha de tratar la heteropuesta en peligro como un caso de consentimien- to?	325
V. La solución de la imputación	331

— § 12 —

Defensa necesaria provocada

I. Planteo del problema	345
II. El <i>actio illicita in causa</i>	350
a) El fundamento de la causa ilícita	352
b) La justificación <i>in actu</i>	355
c) Autoría y participación	357
d) La tentativa	360
III. El abuso del derecho como límite del poder de defensa en el caso de una si- tuación de defensa necesaria culpable	363
a) La provocación intencional	365
1. El comportamiento provocador está jurídicamente prohibido	366
2. El comportamiento provocador es objetivamente conforme a Dere- cho	368
3. El comportamiento provocador es ilegítimo	374
4. El comportamiento provocador es contrario a valores social-éticos ..	379
b) La provocación dolosa	381
c) La producción imprudente de una situación de defensa necesaria que dé una provocación culpable	387
— La provocación imprudente	387
d) La provocación culpable	391
IV. Consideraciones generales	393

— § 13 —

***Las «restricciones ético-sociales» al derecho
de legítima defensa***

I. Objetivo de este trabajo	405
II. Principios de protección y de defensa del Derecho como fundamento del derecho de legítima defensa	407
III. La fundamentación legal de las restricciones ético-sociales, su constitu- cionalidad y la unidad teleológica de sus orígenes	416
IV. La agresión no culpable o con culpabilidad notablemente disminuida ..	420
V. La agresión provocada culpablemente por el agredido	425
VI. La agresión insignificante	436
VII. Agresiones en el marco de relaciones de garante	443
VIII. Resumen	447

— § 14 —

***Desde qué momento una agresión es actual
y provoca una defensa necesaria***

.....	451
-------	-----

— § 15 —

***El estado de necesidad defensivo desencadenado
por seres humanos***

.....	467
-------	-----

— § 16 —

***La situación análoga al estado de necesidad:
¿una causa de exclusión del injusto penal?***

.....	509
-------	-----

— § 17 —

Acerca del consentimiento presunto

.....	537
-------	-----

— § 18 —

La calificación jurídico-penal de la corrección paterna

I. El Derecho vigente y su trasfondo histórico	573
--	-----

II.	La problemática político-social de la regulación legal	574
III.	Las distintas propuestas de solución de la doctrina y el resultado según el Derecho vigente	575
IV.	Observación de política jurídica y consideraciones <i>de lege ferenda</i>	581

— § 19 —

***Las causas de justificación y de exculpación y su delimitación
de otras causas de exclusión de la pena***

I.	Introducción	587
II.	La idea fundamental de la delimitación entre justificación y exculpación	589
III.	Cuestiones controvertidas en la explicación de la justificación y la exculpación	591
	a) El principio de la justificación	591
	b) El principio de la exculpación	592
IV.	La significación práctica de la diferenciación entre antijuricidad y culpabilidad	594
	a) La importancia de la doble vía	595
	b) La importancia para la punibilidad de la participación	595
	c) La importancia para el derecho de legítima defensa	597
	d) La importancia para el tratamiento del error	599
V.	Intentos por relativizar la diferencia entre injusto y culpabilidad	600
	a) La teoría unitaria en el estado de necesidad	600
	b) La teoría de Maurach de la responsabilidad por el hecho	601
	c) La teoría del espacio libre de Derecho	604
	d) La teoría de las causas de exclusión del injusto penal	607
VI.	Causas de exculpación y de exclusión de la pena	611
VII.	Resumen	617

— § 20 —

***¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal
en casos excepcionales?***

.....	621
-------	-----

— § 21 —

***El derribo de aeronaves secuestradas
para salvar vidas humanas***

I.	Introducción	639
II.	¿Existe algún deber de sacrificar la vida propia para salvar otra?	642

III. En el caso de secuestros de aeronaves con peligro para personas en tierra firme, ¿puede fundarse una excepción a la regla de la falta de deber de sacrificio?	644
a) La solución de la ponderación	644
1. La ponderación cuantitativa (numérica)	645
2. La ponderación cualitativa según la duración de la vida en expectativa	648
3. La comunidad de riesgo entre las víctimas y las personas salvadas como presupuesto adicional de justificación en el marco de la ponderación cuantitativa o cualitativa	652
4. El requisito adicional de las chances de salvamento desequilibradas	654
5. El requisito de justificación de un curso dañoso idéntico	655
6. La necesidad de límites deontológicos a las injerencias estatales	656
b) La suposición del estado de necesidad defensivo justificante	659
c) Ámbito liberado del Derecho y otras construcciones similares	663
d) La suposición de un estado de necesidad estatal justificante o un estado de excepción	664
IV. Valoración de la situación y prognosis	667
V. La exclusión de responsabilidad jurídico-penal en casos extremos	669

— § 22 —

Otras causas de justificación y exculpación

I. El derecho de corrección	678
II. La orden antijurídica vinculante	681
III. La autorización administrativa	684
IV. La defensa de intereses legítimos	688
V. El hecho cometido por motivos de conciencia	691
VI. La exclusión supralegal de la culpabilidad	695

— § 23 —

¿La tortura como salvamento?

I. Introducción	701
II. ¿Puede estar permitida la tortura como salvamento?	705
a) La solución de la ponderación	706
b) La teoría de la diferenciación	709
c) La solución de la minimización	713
d) La solución intermedia	714
III. ¿Hubo en el caso «Daschner», en absoluto, una situación de legítima defensa?	716
IV. ¿Cómo debe valorarse esta conclusión desde la perspectiva jurídico-política?	718

*El nuevo desarrollo de la dogmática
jurídico-penal en Alemania* * **

* Título original: «Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland», en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (158-12), 2011, ps. 678-695.

Traducción de **RICARDO ROBLES PLANAS** e **IVÓ COCA VILA**
(Universitat Pompeu Fabra), publicada en «Indret», 29/10/12.

** Este artículo se corresponde con el discurso pronunciado por el Prof. CLAUS ROXIN el 30/5/09 con motivo del 60 aniversario de la Sociedad Japonesa de Derecho Penal en Tokio, a invitación de su miembro permanente, el Prof. MAKOTO IDA. En el mismo, el Prof. ROXIN presenta de forma crítica los rasgos fundamentales de los dos desarrollos del sistema jurídico-penal post-finalistas que mayor repercusión internacional han alcanzado. El primero es el sistema por él mismo desarrollado y fundamentado político-criminalmente, el segundo, el elaborado por el Prof. JAKOBS, basado en la teoría de sistemas

(I)

ANTECEDENTES

El Código Penal japonés de 1907 está influido en gran medida por el Derecho penal alemán. Esta circunstancia ha llevado a la ciencia del Derecho penal japonesa a mantener un contacto permanente con la alemana. Ésa es también la razón por la que hoy tengo el honor de poder hablarles acerca del nuevo desarrollo de la dogmática penal alemana.

La última concepción alemana del sistema que encontró una amplia recepción en Japón es la teoría final de la acción. Su creador, HANS WELZEL, presentó él mismo en Japón en el año 1966 las ideas fundamentales de su concepción¹ y no pocos colegas japoneses adoptaron parcial o totalmente sus puntos de vista². Con todo, la teoría final de la acción no se ha impuesto ni en Japón ni en Alemania.

¹ WELZEL, "Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre", *JuS* 1966, p. 421 y ss.

² Sobre el desarrollo de la dogmática penal japonesa y la valoración desde Japón de la doctrina alemana, véase, entre otros, FAKUDA, "Die Beziehungen zwischen der deutschen und der japanischen Strafrechtswissenschaft", en HIRSCH - WEIGEND, *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, p. 57 y ss.; HIRANO, "Deutsche Strafrechtsdogmatik aus japanischer Sicht", en HIRSCH - WEIGEND, *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, p. 81 y ss.; IDA, "Welche neuen praxisrelevanten Ergebnisse bringen die gegenwartig zum materiellen Strafrecht diskutierten neuen systematischen Konzepte?", en *Krise des Strafrechts und*

En Alemania ya no supone un tema de discusión actual, sino más bien forma parte ya de la historia de la dogmática. Hoy en día, ya ningún joven penalista alemán se describiría a sí mismo como finalista.

Aun así, la doctrina final de la acción ha dejado tras de sí hondas y perdurables huellas en la dogmática jurídico-penal. En este sentido, supuso en contraposición con la precedente época del pensamiento sistemático del Derecho penal en Alemania, la así llamada teoría causal de la acción, un avance esencial, en la medida en que, en vez de un mero nexo lógico-causal —la *condicio sine qua non*—, recurrió a una categoría antropológica para la fundamentación de la responsabilidad penal: el poder configurador de los acontecimientos mediante la finalidad humana. El consecuente reconocimiento del dolo como parte del tipo subjetivo y la comprensión de que el injusto penal se compone no sólo de un desvalor del resultado, sino también del desvalor de la acción, son todavía hoy en Alemania planteamientos absolutamente dominantes. Las consecuencias prácticas de este pensamiento han influido igualmente en dos puntos esenciales de la nueva Parte General del Código Penal alemán de 1975. La distinción entre error de tipo y error de prohibición y su tratamiento absolutamente divergente —mientras que el error de tipo excluye el dolo, en el error de prohibición éste subsiste y sólo cuando el error es invencible conduce a la exclusión de la culpabilidad—, fueron introducidas por la teoría de la acción final y asumidas por el legislador alemán (§§ 16 y 17, *StGB*). Lo mismo puede decirse respecto de la decisión del legislador de que sólo quepa la participación en un hecho doloso (§§ 26 y 27, *StGB*); ello se corresponde con la tesis de que la participación presupone un hecho principal típico y que este hecho incorpora el dolo.

No pretendo ahora retomar nuevamente la larga discusión acerca de la teoría final de la acción, pues la ciencia japonesa ha participado de forma activa en esta discusión y los argumentos que se han intercambiado en Alemania son también ya conocidos en Japón. Simplemente

der Kriminalwissenschaften?, HIRSCH (ed.), 2001, p. 137 y ss.; YAMANAKA, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Japan*, 2008 (inédito; véase ahora: ídem, *Strafrechtsdogmatik in der japanischen Risikogesellschaft*, 2008).

quiero señalar de forma resumida los que a mi parecer son los tres motivos fundamentales por los que la teoría de la acción final, pese a sus éxitos y ventajas en conjunto, no se ha impuesto. En primer lugar, los delitos imprudentes no pueden ser explicados a partir de la finalidad del actuar del autor, puesto que el resultado típico precisamente no está sujeto al control final del autor. En segundo lugar, la teoría de la acción final fracasa también en los delitos omisivos, dado que el omitente no controla ningún curso causal, sino que precisamente lo que se le reprocha es el no intervenir en un curso causal que tiene lugar con independencia de él. Y en tercer lugar, cabe objetar frente a la teoría de la acción final que, como es sabido, de circunstancias ontológicas, esto es, del mero ser (*Sein*), ya sea la causalidad o la finalidad, no cabe derivar ningún deber (*Sollen*). Así las cosas, el cómo debe tratarse, por ejemplo, el problema del error en Derecho penal no puede fundamentarse a partir de la finalidad, sino sólo a partir de valoraciones jurídico-penales, que dicho sea de paso, han conducido al rechazo general de la teoría de la culpabilidad defendida por los finalistas, la así llamada teoría estricta de la culpabilidad.

Una lesión de la integridad física provocada en legítima defensa putativa es castigada como un hecho imprudente, incluso cuando el autor ha controlado en toda su dimensión el ataque al cuerpo de la víctima.

(II)

EL GIRO HACIA LA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA SOBRE LA BASE DE ORIENTACIONES NORMATIVO-TELEOLÓGICAS

Por consiguiente, las concepciones actualmente dominantes en la doctrina del Derecho penal alemán no orientan su sistema a realidades ontológicas previas como la causalidad o la finalidad, sino a los cometidos y finalidades del Derecho penal. Se habla así de proyectos funcionalistas del sistema. Mientras que el causalismo y el finalismo compartían una base común consistente en su dependencia a fundamentos ontológicos, las teorías funcionalistas coinciden en su punto de partida normativo. Sin embargo, a partir de aquí, toman caminos muy distintos que con el transcurso de los años se han alejado todavía más.

En lo que sigue quiero presentar las propuestas sistemáticas, que, tanto en Alemania como a nivel internacional han encontrado una especial resonancia: el primero es el sistema fundamentado político-criminalmente que yo mismo he desarrollado, el otro, es el elaborado por mi colega de Bonn, JAKOBS, el concepto del Derecho penal orientado a la teoría de sistemas. Pese a que ambas teorías, en lo que a sus consecuencias se refiere, se han dado a conocer con detalle en Japón, hasta donde alcanzo, no han sido todavía objeto en la doctrina del Derecho penal japonés de una presentación conjunta y acabada. Posiblemente esto obedezca a que ambos autores únicamente han logrado presentar sus ideas tal y como hoy las conocemos tras un largo desarrollo. En mi exposición parto de las últimas versiones de ambos sistemas. El hecho de que no pueda ocuparme de las particularidades y lo haga únicamente de las ideas fundamentales es consecuencia inevitable de la limitación de tiempo de mi conferencia.

(III)

EL SISTEMA POLÍTICO-CRIMINAL FUNCIONALISTA

Aquí se trata de analizar mi propia teoría, cuya formulación comencé en 1963 y con la que sólo ahora he alcanzado un punto final provisional. Mi punto de partida es que el injusto penal debe derivarse de la función del Derecho penal, por el contrario, la culpabilidad como categoría del sistema debe derivarse del concreto fin de la pena que se impone. La función del Derecho penal y el fin de la pena a imponer no son lo mismo, puesto que el Derecho penal se dirige con sus preceptos interpellando y ofreciendo protección a todos los ciudadanos. La pena concreta, por el contrario, afecta primariamente sólo al delincuente y frente a la comunidad únicamente tiene efectos mediatos.

a — El injusto jurídico-penal

¿Cuál es por lo tanto el fin del Derecho penal desde donde poder derivar la estructura del injusto? Dicho de la forma más sencilla posible: la función del Derecho penal reside en asegurar a los ciudadanos una vida en común pacífica y libre, bajo la salvaguarda de todos los dere-

chos humanos reconocidos internacionalmente. Esto se deduce de los principios de nuestra Constitución, pero también de los fundamentos teórico-estatales de la democracia. Estos fundamentos se remontan a la Ilustración europea y a la noción de *contrato social* que en ella se desarrolla, por el que los ciudadanos, como portadores del poder estatal, instituyen un gobierno al que le transfieren el monopolio de la violencia, en la medida en que ello es necesario para garantizar su seguridad y libertad. Por lo tanto, el Estado no puede todo aquello que querría, sino que únicamente puede establecer prohibiciones cuando sean necesarias para la seguridad y la libertad de las personas. La prohibición de expresar la propia opinión libremente o de la práctica religiosa, pero también, por ejemplo, la discriminación legislativa de determinados grupos de población, no están por ende permitidas, pues dichas limitaciones no son necesarias para garantizar la seguridad y libertad.

Llamamos bienes jurídicos a aquellas realidades imprescindibles para una vida en común, pacífica y libre de las personas. Por lo tanto, bienes jurídicos son, por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la autodeterminación sexual, la propiedad, el patrimonio y también los así llamados bienes jurídicos de la colectividad, como la moneda, una administración de justicia incólume o la incorruptibilidad del portador de funciones estatales. Sin estas realidades no sería posible en nuestras modernas sociedades actuales una vida en común pacífica y libre y a la vez respetuosa con todos los derechos civiles.

Siguiendo esta idea, la misión del Derecho penal basada en la teoría del Estado es la protección de bienes jurídicos. No obstante, se debe todavía ir más allá y afirmar que el Derecho penal nunca ha tenido la función de proteger todos los bienes jurídicos de forma absoluta. El Derecho penal, como la más grave de las sanciones estatales, debe más bien únicamente intervenir allí donde los medios estatales más leves, como las sanciones jurídico-civiles, las prohibiciones del Derecho público, el uso de sanciones administrativas u otras medidas político-sociales no son suficientes para garantizar la paz y la libertad. En pocas palabras, lo anterior puede expresarse señalando que la misión del Derecho penal es la protección subsidiaria de bienes jurídicos.

De lo anterior se derivan para mi concepción del Derecho penal dos conclusiones centrales, de las cuales, una de ellas concierne a la activi-

dad legislativa y la otra a la dogmática jurídico-penal. Desde un punto de vista político criminal, la doctrina de la protección subsidiaria de los bienes jurídicos determina que no sólo deben ser garantizados los antes mencionados derechos y libertades de igualdad de trato, sino también que no son aceptables preceptos penales puramente morales o directamente paternalistas, puesto que dichas conductas no lesionan ningún bien jurídico ajeno. Los actos homosexuales o las conductas sexuales desviadas entre hombres adultos no deben castigarse, ya que habiendo consentido todos los participantes no se menoscaba la convivencia humana y por consiguiente no se lesiona bien jurídico alguno. También el consumo de medicamentos nocivos o drogas no debería ser penado, en la medida en que con ello no se menoscaban los bienes jurídicos de terceros. No obstante, no deseo proseguir con estas cuestiones de política criminal, sino que me limitaré a la dogmática como objeto de mi conferencia.

En este punto, el resultado decisivo de la concepción político-criminal de injusto por la que abogo consiste en que nos acaba llevando a la teoría de la imputación objetiva, que es hoy un elemento fundamental de la teoría general jurídico-penal. Si se contempla la protección subsidiaria de bienes jurídicos como la función del Derecho penal derivada de los fundamentos de la Constitución y uno se pregunta cómo el ordenamiento jurídico puede garantizar dicha protección, sólo cabe aquí una única respuesta: para cumplir la misión de proteger los bienes jurídico-penalmente protegidos debe prohibirse la creación de riesgos no permitidos para tales bienes e imputar al autor de la acción típica la realización de tales riesgos en un resultado lesivo para un bien jurídico. Por ejemplo, quien como conductor no observa las reglas jurídicamente preestablecidas del tráfico crea un riesgo no permitido para la vida y la integridad física de los otros participantes en el tráfico. Si de ese modo se produce un accidente mortal dicho riesgo se ha realizado y lo sucedido se le imputa al conductor como una acción homicida.

La existencia de una acción típica (en mi ejemplo: una acción homicida) no depende por lo tanto ni de la causalidad ni de la finalidad, sino de la realización de un riesgo no permitido, puesto que causalmente también ha contribuido el constructor del coche, que pese a ello, obviamente, no ha cometido ninguna acción homicida. Aun cuando se siga la

extendida doctrina en Japón de la teoría de la adecuación, la afirmación de la causalidad es evidente, puesto que los accidentes de tráfico mortales, tal como prueba la estadística de accidentes, no suceden al margen de toda previsión. Aun así, el fabricante de coches no realiza una acción homicida. Del mismo modo, es evidente que la finalidad no puede ser criterio alguno para la determinación de una acción homicida, puesto que el accidente mortal provocado por una infracción de las reglas de circulación no ha sido “finalmente” provocado, pero aun así constituye una acción homicida. Por otro lado, el vendedor de coches con mala voluntad que desea que su odiado comprador sufra un accidente mortal con el coche, aun cuando acaezca efectivamente ese resultado, no ha llevado a cabo ninguna acción homicida, pues el umbral del riesgo permitido no ha sido rebasado.

No obstante, mis consideraciones deben evidenciar todavía algo más que la mera superioridad de la doctrina de la imputación objetiva frente a los planteamientos de la construcción del sistema causalista y finalista. En Japón, por ejemplo, donde esta teoría ha encontrado un importante eco y es cada vez más atendida por la jurisprudencia, es discutida en lo esencial como una mejora de la teoría de la adecuación tradicionalmente aquí seguida. El que ésta, *de facto*, ofrece unos resultados más precisos que la teoría de la adecuación ha sido ya puesto de relieve mediante mi ejemplo del fabricante de automóviles. Pero su origen no reside en modo alguno en la teoría de la adecuación o en cualquier otra teoría causal, sino en su derivación desde el principio de protección de bienes jurídicos, que, por su parte, encuentra su fundamento en la función del Derecho penal basada en la teoría del Estado.

Por supuesto que la teoría de la imputación objetiva no se agota en el resumen esquemático según el cual la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un riesgo no permitido. Al contrario, ésta ha sido desarrollada extensivamente por la ciencia alemana hacia un sistema de imputación general, en el que criterios como creación del riesgo, disminución del riesgo, riesgo permitido, fin de la protección de la prohibición de creación de riesgos y realización del riesgo, se conforman a su vez como elementos teóricos independientes. El hecho de que la contribución a la autolesión responsable o a la auto-puesta en peligro responsable no sea imputable también se sigue de los fundamentos

de esta teoría, pues la contribución a una autolesión no supone lesión alguna de bienes jurídicos ajenos.

En este contexto no es posible una explicación más detallada de todas las consecuencias de la teoría de la imputación. No obstante, pueden consultarse en mi *Manual*³ y han sido objeto en Japón de una elaboración todavía más extensa a través de las múltiples contribuciones que YAMANAKA le ha dedicado a esta teoría⁴. Sus exposiciones no son una mera recepción de las teorías alemanas, sino que progresan de forma independiente. Por eso mismo, me parece necesaria la traducción a la lengua alemana, de como mínimo, su amplia monografía sobre el tema publicada en el año 1997.

Todavía en el coloquio de Derecho penal germano-japonés que tuvo lugar en 1988 en Koln, HIRSCH⁵ sostuvo la opinión de que la dogmática jurídico-penal alemana no habría concebido desde la teoría de la acción final ninguna novedad esencial y que, en especial, la teoría de la imputación objetiva debía ser rechazada. Hoy en día, en Alemania esto se contempla de forma distinta. Entretanto, el propio HIRSCH se ha aproximado a esta teoría⁶. FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER, que en tanto discípulo de MAURACH proviene de la escuela finalista, escribió en el

³ El primer tomo de mi *Manual*, en cuyo § 11 se trata en profundidad la imputación objetiva, se encuentra también disponible en lengua japonesa; t. I, 2003; t. II, 2009. [N.del T.]: En lengua española, está disponible el t. I, ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1997, trad. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña - Díaz García Conlledo - de Vicente Remesal.

⁴ YAMANAKA, *Kausalität und Zurechnung im Strafrecht*, 1984; ídem, *Die Lehre von der objektiven Zurechnung im Strafrecht*, 1997. Y a modo de resumen, en el artículo "Die Lehre von der objektiven Zurechnung in der japanischen Strafrechtswissenschaft", en *Gedachtnisschrift für Wasek* (Polonia), todavía pendiente de publicación. Aquí aparecen igualmente presentados los posteriores trabajos de YAMANAKA sobre el tema.

⁵ HIRSCH, "Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundsätzlicher Sicht", en *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, HIRSCH - WEIGEND (eds.), 1989, nº 2, p. 65 y ss.

⁶ HIRSCH, "Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts", en *FS-Lampe*, DÖLLING (ed.), 2003, p. 523.

año 2003⁷, que desde “Mediados de los años ochenta la teoría de la imputación objetiva es reconocida en todos los grandes tratados y comentarios del Derecho penal alemán”. Ésta “tanto en lo que a su significado principal se refiere como a su consideración en el extranjero se ha situado en el lugar de la teoría de la acción final”. Y HENDRIK SCHNEIDER escribió en su trabajo de habilitación del año 2004⁸, que mi artículo de 1970⁹, en el que fue desarrollada por primera vez esta teoría en su versión moderna, habría “provocado realmente en la literatura jurídico-penal un cambio de paradigma”. Si se toma en cuenta que esta teoría es únicamente un fragmento de una concepción más amplia, que ya no deriva la estructura del injusto de fundamentos ontológicos, sino del fin del Derecho penal, no cabe negarle a un juicio como éste un cierto fundamento.

Pese a que la teoría de la imputación objetiva está ya formulada en sus grandes trazos, todavía hoy se le descubren nuevos ámbitos de aplicación. En este sentido, desde hace algunos años el así llamado consentimiento hipotético constituye en Alemania un gran tema de discusión. Su importancia radica en el ámbito de las intervenciones médicas curativas. Una intervención curativa está —según la jurisprudencia alemana— únicamente justificada cuando el paciente, tras una explicación sobre los posibles peligros y efectos secundarios, otorga su consentimiento. Si dicha explicación no tiene lugar el médico puede ser castigado por la lesión corporal. ¿Qué sucede por el contrario cuando se puede establecer con seguridad (por ejemplo, a través de la consulta al paciente), que habiéndose dado la preceptiva explicación, el paciente habría otorgado su consentimiento? Si así fuera, no se habría realizado en el caso concreto el riesgo de una injerencia corporal

⁷ SCHROEDER, “Die Genesis der Lehre von der objektiven Zurechnung”, en *FS-Androulakis*, KARRAS (ed.), 2003, p. 668.

⁸ SCHNEIDER, *Kann die Einübung in Normenerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus*, 2004, p. 271.

⁹ ROXIN, “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht”, en *FS-Hönig*, BARTH (ed.), 1970, p. 133 y ss.; ídem, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 123 y ss.

contra la voluntad del paciente. Si se traslada —como nuestra jurisprudencia hace— la teoría de la imputación objetiva al consentimiento debe rechazarse en este caso la existencia de una lesión corporal. El médico que simplemente se ha olvidado de llevar a cabo la explicación queda impune. Si la ha omitido intencionadamente, responde por una tentativa inidónea de lesiones.

No puedo ocuparme con detalle de las múltiples controversias que se han suscitado en relación con el consentimiento hipotético¹⁰, simplemente quiero al respecto advertir que la teoría de la imputación objetiva cada vez más va siendo utilizada en ámbitos que eran impensables en el momento de su aparición. Así, por ejemplo, se intenta actualmente su traslación a todas las causas de justificación¹¹. Cuando, por ejemplo, en una situación de legítima defensa el agredido dispara al agresor y le alcanza sin que el disparo en la situación concreta fuera todavía necesario, aquél será en principio castigado por una lesión. Si con posterioridad se comprueba que una espera no habría servido y que el disparo era el único medio de salvación al que poco después debería haber recurrido, el riesgo de una precipitada e innecesaria lesión corporal no se ha realizado y el autor sólo puede ser castigado por una tentativa de lesiones. Sigue siendo todavía una tarea del futuro formular de manera completa una teoría de la imputación en el ámbito de las causas de justificación.

Desde un punto de vista político-criminal la teoría de la imputación también resulta fructífera. De ella se desprende, por ejemplo, que una tentativa sólo debería ser castigada razonablemente cuando mediante una observación *ex ante*, ésta crea realmente un riesgo no permitido, esto es, es peligrosa. La regulación del Código Penal alemán que, en principio, castiga también la tentativa inidónea no peligrosa es desde un punto de vista objetivo inadecuada¹². La crítica que la doctrina ja-

¹⁰ Mi *Tratado* contiene una exposición detallada al respecto, véase, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. I, § 13, nros. marg. 119-134.

¹¹ Véase al respecto, también con detalle, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. I, § 14, nros. marg. 113-115.

¹² Con detalle, sobre esto mismo, véase ROXIN, "Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs", en *FS-Jung*, MÜLLER - DIETZ (ed.), 2007, p. 829 y ss.

ponesa viene realizando desde hace ya tiempo a la excesiva subjetivización de la dogmática alemana¹³ resulta en este ámbito fundada. Por ello, la teoría de la imputación objetiva lleva a cabo una contribución a una mayor objetivización de la teoría del injusto jurídico-penal.

b — Culpabilidad y responsabilidad jurídico-penal

Al injusto se vincula, tanto en la concepción germana como en la nipona, la categoría de la culpabilidad. Según mi concepción, ésta se deriva de los fines de la imposición individual de la pena y precisa, en mi opinión, de una ampliación en aras de acoger puntos de vista preventivos, puesto que la sanción depende no únicamente de la culpabilidad, sino también de las necesidades preventivas.

Mi punto de partida es que el fin de la pena sólo puede ser preventivo, esto es, la pena sólo puede estar dirigida a la evitación de futuros hechos delictivos. Dado que el Derecho penal es un instrumento de ordenación y control social, éste puede únicamente perseguir fines sociales. Una teoría retributiva, en la que la imposición y la medida de la pena fueran independientes de las necesidades sociales no encontraría legitimación alguna.

Así, pues, la pena debe perseguir fines preventivos, tanto especiales como generales. Debe estar configurada de la mejor forma posible con vistas a que el reo no vuelva a delinquir, lo que se consigue más fácilmente mediante una ejecución penal que se esmere en la reinserción jurídico-penal del autor, esto es, en su resocialización. No obstante, la pena debe influir también sobre la colectividad, fomentando su conciencia jurídica y mostrándole las consecuencias de las conductas punibles.

Esta concepción de la pena orientada a la prevención en un doble sentido experimenta no obstante una limitación decisiva, dado que, según mi opinión y la absolutamente dominante en Alemania, toda pena encuentra su límite en la culpabilidad del autor. Quien actúa sin culpabilidad no puede ser castigado (ya sea, por ejemplo, por padecer el

¹³ Al respecto, HIRANO, en HIRSCH - WEIGEND, *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, p. 81 y ss., con especial referencia a la tentativa; NAKA, "Der Strafgrund des Versuchs", en HIRSCH - WEIGEND, *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, *passim*.

sujeto una enfermedad mental o por encontrarse aquél inmerso en un error de prohibición invencible) y tampoco puede la magnitud de la pena sobrepasar la medida de la culpabilidad. El principio conocido como “principio de culpabilidad” forma parte de los mismos fundamentos del Derecho penal alemán y según el *BVerfG*¹⁴ emanaría de la garantía de la dignidad humana, que está consagrada en la Ley Fundamental, Constitución alemana (art. 1º).

Además, el principio de culpabilidad cumple con lo que llevan a cabo la teoría del bien jurídico y de la imputación objetiva en la categoría del injusto: establece un límite a la potestad estatal de castigar y conserva frente a los intereses de seguridad del Estado y en favor del ciudadano un espacio adecuado de libertad personal. En la medida en que la pena se corresponda con su culpabilidad, el ciudadano puede estar seguro de que si es inocente no va a ser penado y de que, aun no siéndolo, no va a ser penado de forma más severa de lo que se corresponde con su culpabilidad.

Desde un punto de vista filosófico el principio de culpabilidad se fundamenta en la doctrina de KANT, según la cual el Estado no puede instrumentalizar a sus ciudadanos como objetos al servicio de los fines estatales, sino que debe tratarlos como personas, como sujetos en Derecho. De aquí se deriva que toda persona pueda únicamente ser responsabilizada por el Derecho penal según la medida de su responsabilidad. Por el contrario, la consecuencia adicional de la doctrina kantiana de que la pena sólo puede ser entendida como retribución a la culpabilidad no la comparto por los argumentos ya señalados.

La insistencia en el principio de culpabilidad no es en absoluto algo evidente —el Derecho penal inglés, por ejemplo, desconoce el principio de culpabilidad¹⁵—, pero en mi opinión, de acuerdo con los principios

¹⁴ Véase simplemente, *BVerfGE* 20, p. 331; 45, p. 228; *BVerfG NJW* 2004, p. 2073. Esta problemática es tratada con detalle en ROXIN, “Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, en *FS-Volk*, HASSEMER (ed.), 2009, p. 601 y ss.

¹⁵ Sobre el Derecho inglés informa detalladamente el escrito de habilitación de SAFFERLING, *Vorsatz und Schuld. Subjektive Taterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*, 2008. Al respecto, véase mi recensión, *ROXIN, JZ* 2008, p. 988.

de un Estado de Derecho, resulta indispensable. Subrayo esto porque en Alemania, JAKOBS —como más adelante expondré— ha abandonado en su mayor parte el efecto protector del principio de culpabilidad.

El problema de la libre voluntad, que está indisolublemente unido con el concepto de la culpabilidad y que actualmente en Alemania ha sido nuevamente traído a discusión desde un punto de vista determinista por los representantes de las neurociencias, lo resuelvo en un sentido compatibilista, como en Japón ha hecho ya hace décadas HIRANO¹⁶: cuando un hombre es “asequible normativamente”, esto es, puede orientarse en principio por las normas, entonces, el hecho que lleva a cabo sin coacción y que se corresponde con sus deseos le es imputable a su acción libre, aun cuando aquél esté condicionado por las estructuras de su cerebro. Una determinación de este tipo no descarta la libertad de la voluntad, puesto que una decisión que no estuviera condicionada sería casual (*Zufällig*) y precisamente por eso mismo, no imputable a su autor. Aquí únicamente puedo esbozar mi opinión en sucintas palabras, quiero no obstante dejar claro que la cuestión de qué efectos tienen sobre el concepto de culpabilidad en Derecho penal la moderna investigación cerebral pertenece al grupo de los problemas fundamentales más vastamente discutidos actualmente en Alemania¹⁷.

Cuando, en consonancia con la opinión que yo defiendo, la pena se hace depender de su necesidad preventiva, así como de la culpabilidad del autor y su medida, se establece una doble limitación a la pena. Ésta no puede superar el umbral de la culpabilidad, pero tampoco sobrepasar lo preventivamente necesario. Así las cosas, la pena puede, por ejemplo, cuando es deseable por razones de resocialización, mantenerse por debajo del umbral de la culpabilidad, o incluso se puede renunciar a ella por completo, cuando dicha pena no sea preventivamente necesaria.

Bajo mi punto de vista, algunas de las así llamadas causas de exculpación establecidas en el Código Penal alemán deben ser interpreta-

¹⁶ HIRANO, en HIRSCH - WEIGEND, *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, p. 87; ídem, *Willensfreiheit und strafrechtliche Schuld*, 1963.

¹⁷ Con detalle, en ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. I, § 19, nros. marg. 36-50.

das no como situaciones en las que falta la culpabilidad, sino como casos en los que no existe la necesidad preventiva de sanción penal. Cuando, por ejemplo, alguien salva su vida o su salud a costa de otro, o cuando se excede por la ofuscación, el miedo o el pánico en la defensa frente a un ataque, de acuerdo con el Derecho penal alemán, queda impune (§§ 35, 33, *StGB*). Esto se basa, en contra de la doctrina mayoritaria, no en que haya actuado sin culpabilidad, pues el ser humano puede y debe también resistir peligros. No obstante, el legislador renuncia a una pena porque estos autores no precisan de resocialización y porque ante este tipo de situaciones extremas la población es indulgente con la fragilidad humana, de modo que no existe una necesidad preventivo general de la sanción penal.

Por consiguiente, lo novedoso de mi concepción es que la categoría del delito posterior al injusto, llamada "culpabilidad", en realidad no se compone sólo de la culpabilidad, sino de un segundo requisito adicional: la necesidad preventiva de sanción. Por ello, denomino a la categoría "responsabilidad" y la hago dependiente de la misma manera de los dos elementos, de la culpabilidad del sujeto y de la necesidad preventiva de sanción.

Esto puede igualmente tener consecuencias prácticas para el Derecho positivo. Únicamente quiero aclarar esto último de forma muy breve en relación con los dos supuestos problemáticos más discutidos, acontecidos en los años 2004 y 2005. El primer caso es el así llamado "caso de la tortura" que tuvo lugar en Frankfurt¹⁸. Un jefe superior de la policía de Frankfurt había forzado a un secuestrador mediante la amenaza de tortura a desvelar el lugar en el que había ocultado a su rehén. Con ello, pretendía salvar la vida de la víctima, lo cual no consiguió, porque había ya fallecido con anterioridad. Esta amenaza de tortura constituía una coacción (§ 240, *StGB*), dado que, no sólo el Derecho alemán, sino también multitud de prescripciones internacionales vinculantes prohíben sin excepción la tortura. La conducta era igual-

¹⁸ He ahondado nuevamente en el problema jurídico ampliamente discutido de la tortura: ROXIN, "Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?", en *FS-Eser*, JÖRG (ed.), 2005, p. 461 y ss.; además, ídem, "Rettungsfolter?", en *FS-Nehm*, GRIESBAUM (ed.), 2006, p. 205 y ss.

mente culpable, pues el jefe superior de la policía conocía la regulación al respecto y podía haber actuado de otro modo, tal y como su asesor le había recomendado.

Pero, ¿existe realmente una necesidad preventiva de sanción? Si se toma en consideración que el autor quería salvar una vida humana y que actuó de acuerdo con su conciencia y no por estímulos criminales, cabe la posibilidad de tomar en consideración una causa de exclusión de la responsabilidad supralegal, puesto que en este tipo de supuestos trágicos no se debe reaccionar necesariamente con una pena. El Tribunal¹⁹ que conoció del caso no reparó en una solución como la propuesta, sin embargo llegó a una solución parecida a través del recurso a una mera “amonestación” (§ 59, *StGB*), esto es, a través de la sanción más leve que el Derecho penal alemán conoce, de contenido más bien simbólico.

El segundo caso concierne al legislador alemán. En el año 2005, tras el ataque al *World Trade Center* el 11/9/01, promulgó la así llamada Ley de Seguridad Aérea (*Luftsicherheitsgesetz*), que autorizaba en este tipo de supuestos el derribo de aviones secuestrados por terroristas cuando el ministro de Defensa así lo ordenara²⁰. De este modo, el Estado sacrificaría las vidas de pasajeros inocentes con el fin de salvar la vida de otras personas que, de lo contrario, habrían muerto al estrellarse el avión secuestrado contra un rascacielos. El *BVerfG* declaró nula la ley en febrero de 2006²¹, fundamentando su decisión en que el homicidio de pasajeros supondría una conculcación de la dignidad humana. Personalmente pienso que es acertado. El Estado no tiene ningún derecho a acabar con la vida de personas que se han comportado plenamente conforme a Derecho.

Pero, ¿debe castigarse realmente a un piloto de la defensa aérea cuando en un caso como éste derriba el avión secuestrado matando así a sus ocupantes, quienes de todos modos habrían perdido la vida, pero

¹⁹ LG Frankfurt *NJW* 2005, p. 692; véase también *BVerfG*, *NJW* 2005, p. 657.

²⁰ El texto legal ha sido publicado en *Leipziger Kommentar zum StGB (LK)*, 12ª ed., 2006, n° marg. 252. En los nros. marg. 252a-254 se expone con detalle el estado de la discusión (RÖNNAU).

²¹ *NJW* 2006, p. 751 y ss.

salvando de ese modo la vida a un gran número de personas? Ciertamente el piloto carga con la culpa por la muerte de los pasajeros, puesto que podría haberse comportado de forma distinta. Pero una cierta culpa existiría también cuando no hubiera salvado a las personas que gracias al derribo del avión podría haber salvado. También en este tipo de situaciones sin salida, situaciones límite que se sustraen a una regulación legal, quizás puede ser útil —al menos en casos de decisiones en conciencia— la idea de una exclusión de la responsabilidad supralegal por ausencia de necesidades preventivas. No obstante, en ambos casos deberían todavía trabajarse específicamente los detalles de los presupuestos de la exclusión de la responsabilidad supralegal teniendo en cuenta la problemática de los hechos realizados por motivos de conciencia.

c — Resumen y adición

En resumen, puede afirmarse que: mi teoría del delito se diferencia de las anteriores épocas del desarrollo del sistema, especialmente, en que la sistematización no se sigue de criterios ontológicos (causalidad o finalidad), sino de los fines político-criminalmente determinados y que desde esta perspectiva, el injusto se amplía mediante la teoría de la imputación objetiva, como la culpabilidad lo hace mediante la introducción de necesidades preventivas de castigo hasta derivar en una teoría de responsabilidad. Todo lo anterior no constituye meras construcciones teórico-abstractas, sino que —como he intentado poner de relieve mediante algunos ejemplos— gracias a éstas se explican, y en algunos casos incluso se ofrecen, una multitud de soluciones razonables a concretos problemas jurídicos.

No dispongo del tiempo necesario para poder ocuparme de otros elementos influyentes de mi edificio teórico. No obstante, quisiera como mínimo dedicar unas palabras a la teoría de la participación, sobre la que de manera tan especial he influido. Las tres formas de participación punible (autoría, inducción, complicidad) presuponen todas ellas la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, de modo que las teorías generales de la imputación objetiva sólo sirven para excluir algunas contribuciones causales que no son siquiera consideradas como

conductas de complicidad. Para la determinación de la autoría se precisa pues una forma de imputación especial adicional. Aquí ha encontrado una gran resonancia internacional la teoría del dominio del hecho²², teoría de la que siguiendo a WELZEL y a otros autores me ocupé ampliamente y que en recientes sentencias ha sido también utilizada por la Corte Penal Internacional²³. La figura jurídica —que yo mismo acuñé— de la “autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder”, ha sido, según la opinión de muchos intérpretes, incorporada incluso al Estatuto de la Corte Penal Internacional²⁴, que en su art. 25, III, a) considera autor mediato a quien comete el hecho “a través de otra persona” (*«through another person»*) y agrega que esta forma de autoría es independiente de la responsabilidad por la acción inmediata (*«regardless of whether that other person is criminally responsible»*).

(IV)

LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO PENAL DE JAKOBS

BASADA EN LA TEORÍA DE SISTEMAS

Entre los recientes esfuerzos por lograr una nueva orientación del sistema del Derecho penal, la doctrina de JAKOBS ha hallado también un importante eco internacional, especialmente en Latinoamérica. Tal doctrina parte, al igual que hago yo, de un principio normativo: “La dogmática penal de corte ontológico quiebra y, en verdad, de forma más radical de lo que nunca se ha constatado conscientemente”, se lee ya en el prólogo de la primera edición de su Tratado²⁵. Pero mientras yo ba-

²² En 2006 se ha publicado la 8ª ed. de mi libro *Tatertschaft und Tatherrschaft*. [N. del T.]: En lengua española está traducida la 7ª ed.: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2000.

²³ Me remito únicamente a una nueva sentencia del 30/9/08 (nº ICC-01/04-01/7, nº 480-553: *«Control of the crime approach»*) sobre la situación en el Congo.

²⁴ Detalladamente, KREG, “Claus Roxins Lehre von der Organisationsherrschaft und das Völkerstrafrecht”, GA 5 (2006), ps. 304 y ss., 307.

²⁵ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, prólogo. También en la 2ª ed., 1991, aparece publicada nuevamente esta frase.

so mi sistema en finalidades político-criminales, JAKOBS, renunciando a ello, ve el fin del Derecho penal únicamente en la estabilización del contenido de la norma desde fundamentos de la teoría de sistemas. No puedo abordar esta teoría en sus particularidades, pero deseo presentar tres de sus consecuencias especialmente importantes, todas ellas mucho más radicales que las propuestas que yo he formulado. A ellas conectaré mis críticas.

a — Descripción

1 — Daños a la vigencia de la norma en lugar de lesión de bienes jurídicos

El primer fundamento de la dogmática penal sostenida por JAKOBS afirma que la misión del Derecho penal no es la protección de bienes jurídicos, sino el mantenimiento y confirmación de la vigencia de la norma. Un artículo de JAKOBS publicado en Japón contiene el programático título:²⁶ “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?” y en el mismo se sostiene con firmeza la segunda alternativa. De acuerdo con esta concepción²⁷, el autor afirma “la no vigencia de la norma para el caso en cuestión”, mientras la pena expresa “la insignificancia de esa afirmación” y con ello confirma la vigencia de la norma. La “prestación del Derecho penal” consiste para JAKOBS²⁸ en “contradecir, a su vez, la contradicción de las normas que reflejan la identidad de la sociedad. El Derecho penal confirma, por tanto, la identidad social” y ello con independencia de cualquier efecto empírico en la realidad social: “en particular la confirmación de la identidad no es empíricamente aprehensible, pues ésta no es consecuencia del proce-

²⁶ JAKOBS, “Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?”, en *FS-Seiji Saito*, SHIBASHI (ed.), 2003, p. 780 y ss. (17 y ss.). [N.del T.]: La versión española, traducida por Cancio Meliá fue publicada bajo el título “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en JAKOBS, *El sistema funcionalista del derecho penal*, 2000, ps. 43-60.

²⁷ JAKOBS, “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropaischem’ Prinzipiendenken”, *ZStW* 107 (1995), p. 843 y ss. (849).

²⁸ JAKOBS, *ZStW* 107 (1995), p. 894.

so, sino su significado”²⁹. Plásticamente se formula en el citado trabajo japonés³⁰: “sociedad es desde el punto de vista de la teoría de sistemas (...) comunicación. Lo social por ejemplo en un homicidio no es la lesión del cuerpo de la víctima o la eliminación de su conciencia, sino la afirmación objetivizada y concluyentemente contenida en el hecho de no tener el deber de respetar el cuerpo o la conciencia. Mediante esa afirmación se pone en cuestión la norma: delito es desobediencia de la norma”. Y de la forma más resumida posible³¹: “El hecho es daño a la vigencia de la norma; la pena es su contrarrestación”. Se trata aquí, en expresión de SCHÜNEMANN³², de un “normativismo libre de empiria”: para el Derecho penal un homicidio no consiste en la aniquilación de la vida humana, sino en la desatención de la norma. El daño consiste en esa desatención y no en la destrucción de la vida.

2 — El rechazo de un injusto sin culpabilidad

La teoría del delito como daño a la vigencia de la norma conduce a una segunda tesis que es sostenida con creciente intensidad por JAKOBS³³ y sus discípulos: la renuncia a la distinción entre injusto y culpabilidad. Si de lo único que se trata en el delito es de la desautorización de la vigencia de la norma, éste presupone un autor que actúa culpablemente. El hecho del enfermo mental, por ejemplo, no supondría una perturbación de la vigencia de la norma, sino una consecuencia “del ser humano como ser natural, no como un participante competente en la comunicación que dice cosas con sentido”³⁴. En la misma línea

²⁹ JAKOBS, *ZStW* 107 (1995), p. 845.

³⁰ JAKOBS, en *FS-Seiji Saito*, SHIBASHI (ed.), 2003, ps. 765 (32), 766 (33).

³¹ JAKOBS, en *FS-Seiji Saito*, SHIBASHI (ed.), 2003, p. 762 (35).

³² SCHÜNEMANN, “Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft”, en *FS-Roxin*, SCHÜNEMANN (ed.), 2001, p. 1 y ss. (14).

³³ JAKOBS, por primera vez, en su trabajo *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992. Las tomas de postura ulteriores han sido recogidas por GRECO, “Wider die jüngere Relativierung von Unrecht und Schuld”, *GA* 156 (2009), p. 636, n° 6.

³⁴ JAKOBS, *ZStW* 107 (1995), p. 864.

se han manifestado sus discípulos. LESCH dice lo siguiente³⁵: “El injusto penal es la propia culpabilidad” y “la culpabilidad es el injusto penal”. Y para PAWLIK³⁶, “Bajo el dominio de un concepto de delito, en el que en un primer plano se encuentra la contradicción por parte del autor de la voluntad general, no hay sitio alguno para un injusto no culpable como categoría general del delito”.

3 — La determinación de la culpabilidad a partir de las necesidades sociales

La tercera novedad central de la concepción del delito de JAKOBS reside en que su noción de culpabilidad, a la que —de acuerdo con sus premisas de teoría de sistemas— equipara con el injusto, no se determinaría a partir de la constitución psíquica del autor, sino de acuerdo con las necesidades sociales de prevención general. Él sólo permitiría una disculpa (*Entschuldigung*), cuando el conflicto resuelto mediante la infracción de una norma pudiera ser resuelto de una manera distinta al castigo penal. JAKOBS aclara esto último a través de un ejemplo al que ya se ha aludido antes en multitud de ocasiones³⁷: “Así, únicamente cabría plantearse la exculpación de los delincuentes sexuales cuando la medicina hubiera conseguido presentar fórmulas para su tratamiento”. Según su opinión, la escasa capacidad de comportarse conforme a Derecho de un delincuente habitual tampoco aminoraría su culpabilidad, porque no podría tolerarse el que “la alta intensidad de delincuencia sea remunerada con la indulgencia”³⁸. En resumen, lo anterior significa que: “La autonomía se atribuye como capacidad en el caso de que sea funcional y sólo puede faltar cuando existe la posibilidad de abordar el conflicto de otra manera”³⁹. Todavía en su última pu-

³⁵ LESCH, *Der Verbrechensbegriff Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999, p. 205.

³⁶ PAWLIK, “Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter? Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht”, en *FS-Otto*, DANNECKER (ed.), 2007, p. 133 y s. (147).

³⁷ JAKOBS, *Schuld und Pravention*, 1976, p. 11.

³⁸ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, ps. 17-26.

³⁹ JAKOBS, *Schuld und Pravention*, 1976, p. 12.

blicación que data del año 2008 afirma⁴⁰, “que en el juicio de culpabilidad sólo se individualiza (esto es, se exculpa o incluso se atenúa), cuando no se daña la función de ordenación de la norma”. En pocas palabras: la incapacidad de culpabilidad sólo se concede al delincuente cuando no existe ninguna necesidad preventivo general que a ello se oponga.

b — Crítica

Estas osadas tesis no dejan demasiado margen para la dogmática del Derecho penal tradicional. No obstante, debo admitir que no puedo estar de acuerdo con ninguna de las tres tesis aquí descritas de tal concepción sistemática⁴¹.

1 — El delito como daño a la vigencia de la norma en lugar de como lesión de un bien jurídico

En primer lugar, en lo que a la comprensión del delito como daño a la vigencia de la norma se refiere, no puedo estar de acuerdo ni con la tesis de que el hecho típico estaría suficientemente caracterizado como

⁴⁰ JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3ª ed., 2008, p. 107.

⁴¹ La reciente literatura alemana ofrece una multitud de estudios, la mayoría de ellos críticos, sobre la concepción *jakobsiana*. Entre otros, STÜBINGER, “Nicht ohne meine Schuld! Kritik der systemtheoretischen Reformulierung des Strafrechts am Beispiel der Schuldlehre von Günther Jakobs”, en *Kritische Justiz: Vierteljahresschrift für Recht und Politik* (26), 1993, p. 33; SCHÜNEMANN, “Zum gegenwertigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland”, en *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, GIMBERNAT - SCHÜNEMANN - WOLTER (eds.), 1995, p. 49 y ss. (50 y s.); ídem, “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”, *GA* 1995, p. 201 y ss. (217 y ss.); ídem, en *FS-Roxin*, SCHÜNEMANN (ed.), 2001, p. 1 y ss. (13 y ss.); FABRICIUS, *Was ein Lehrbuch lehrt ...: eine exemplarische Untersuchung von Jakobs Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 1998, *passim*; PUPPE, “Strafrecht als Kommunikation”, en *FS-Grünwald*, SAMSON (ed.), 1999, p. 469 y ss.; HÖRNLE, “Das Unwerturteil und der Schuldvorwurf- Inhalte und Adressaten”, en *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, HEFENDEHL (ed.), 2005, p. 105 y ss.; SACHER, “Systemtheorie und Strafrecht”, *ZStW* 118 (2006), p. 547 y ss.; STRATENWERTH, “Sachlogische Strukturen”, en *FS-Jakobs*, PAWLIK (ed.), 2007, p. 663 y ss.; SCHNEIDER, *Kann die Einübung in Normenerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus*, 2004, p. 271.

ataque a la vigencia de la norma, ni con la idea de que un castigo sólo sirve a la confirmación de la vigencia de la norma y de que ese fin se consigue en todo caso simplemente a través de la mera imposición del castigo. El daño a la vigencia de la norma, como JAKOBS caracteriza el delito, carece de todo contenido empíricamente aprehensible, pues es una pura adscripción. Un hecho no descubierto o incluso un robo descubierto pueden no desestabilizar la vigencia de la norma como hecho socio-psicológico. Tampoco el ladrón pretende poner en cuestión la vigencia de la norma, sino apropiarse de una cosa ajena. Con mayor motivo, en la imprudencia inconsciente, en tanto que fenómeno real, no se trata de un cuestionamiento de la norma, sino de la creación de un riesgo para un concreto bien jurídico.

Incluso cuando los delitos son idóneos para desestabilizar la confianza normativa de los ciudadanos —lo que sin embargo no resulta decisivo para JAKOBS—, los daños jurídico-penalmente relevantes no residen en el desconcierto (*Verunsicherung*) de los ciudadanos, sino en el concreto perjuicio a la víctima y a su bien jurídico-penalmente protegido: esto es, en la destrucción de la vida humana o en la lesión a la integridad corporal, del derecho a la autodeterminación sexual, en la propiedad, etcétera.

En pocas palabras: cuando se separa el hecho típico de la realidad social y se disipa en una mera adscripción de significado se suprime la dimensión real de la criminalidad. De esta forma, no puede cumplirse la función de control del Derecho penal.

Lo dicho vale igualmente para la concepción de la pena en la teoría de JAKOBS. Si ésta únicamente tiene sentido en la medida en que viene a confirmar la vigencia de la norma que el autor a través de su pública contradicción cuestionó, cabe preguntarse por qué es necesaria la imposición de una pena y su cumplimiento. Pues, una desaprobación pública del hecho típico expresaría la contradicción de manera igualmente clara. JAKOBS había atribuido inicialmente a la pena la función de “ejercicio en la fidelidad al Derecho” y con ello le otorgaba a la pena una función preventivo-general. Gracias a esto, JAKOBS obtuvo una gran repercusión. El hecho de que posteriormente abandonara este punto de vista y quisiera en su lugar atribuirle a la pena tan sólo una función simbólica en tanto que confirmación de la vigencia de la norma, en un

sentido completamente hegeliano, como negación de la negación del Derecho, ha sido fuertemente criticado. Posiblemente ha sido PUPPE quien ha mostrado un rechazo más categórico⁴²: “Una sociedad que no se compromete para lograr, al menos parcialmente, la observancia fáctica de sus normas, sino que solamente aprovecha el motivo que le otorga la infracción de la norma para llevar a cabo un ritual de auto-reconocimiento de que las normas continúan vigentes se vuelve inverosímil, cuando no ridícula”.

JAKOBS ha cedido parcialmente ante esta crítica y se ha formulado a sí mismo la cuestión⁴³: “¿Por qué se elige precisamente el infligir dolor^[44] como símbolo y no otra cosa. Pues téngase en cuenta que ya el fallo condenatorio constituye una contradicción del delito. ¿Por qué es necesario, además, un dolor producido por la pena?”. Su respuesta es que la confirmación de la norma⁴⁵, si es que debe ser “patrón de conductas”, tendría que “estar sustentada cognitivamente”, esto es, “no podría ser demasiado probable el que (...) nos convirtiéramos en víctimas de un delito. Por ejemplo, nadie llevará a cabo un paseo nocturno en solitario a través de un parque con total tranquilidad por el mero hecho de que no *debe* en modo alguno ser robado o incluso apaleado, sino que, muy al contrario, para que emprenda ese paseo, debe poder también asumir que con una alta probabilidad no *va a ser* tratado de esa forma”. Esto culmina en la tesis resumida siguiente: “El dolor sirve a la seguridad cognitiva de la vigencia de la norma; éste es el fin de la pena, así como la contradicción frente al cuestionamiento de la vigencia a través del delito es su significado”.

Sin embargo, la función cognitiva de la pena —que va más allá de la confirmación normativa— es entendida exclusivamente como compensación retributiva de la culpa. En su última publicación⁴⁶ JAKOBS sigue afirmando que sólo se legitima aquella pena, “que equilibra los

⁴² PUPPE, en *FS-Grünwald*, SAMSON (ed.), 1999, p. 472.

⁴³ JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 26.

⁴⁴ Con esto, alude al sufrimiento inherente a la pena.

⁴⁵ JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 29.

⁴⁶ JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3ª ed., 2008, p. 114.

daños que específicamente ha causado el autor responsable de la infracción de la norma y nada más”. No se trata de impedir que el infractor de la norma cometa otros hechos, tampoco de disipar la tendencia de otras personas a la infracción de normas. Y en la ya citada publicación japonesa⁴⁷, afirma que con la imposición de la pena “se conseguiría siempre el fin de la pena: la configuración de la sociedad está confirmada: el que además se den efectos psíquico-individuales o psicológico-sociales —intimidación, ejercicio de la fidelidad al Derecho u otros adicionales— no es, para el fin de la pena, esencial.”

En mi opinión, aquí subsiste todavía, también en la última versión de la concepción del fin de la pena de JAKOBS, una contradicción insalvable. Pues, la suposición de que a través de la mera adición merecida de “dolor penal” las normas conservan su “función de patrón de conductas” y los hechos delictivos pueden ser evitados, contradice el estado del conocimiento en la criminología. Si JAKOBS no considera que la resocialización, el ejercicio de la fidelidad al Derecho, el aseguramiento y la intimidación conforman las genuinas funciones del Derecho penal, siguiendo con su ejemplo, no podrá salir a pasear tranquilamente por el parque municipal. Y con ello, el Derecho penal no habría alcanzado su fin.

Además, personalmente advierto todavía una segunda contradicción en la concepción global de JAKOBS. Si para él la pretensión de la pena no se limita a la confirmación simbólica de la vigencia de la norma, sino que, sobre todo, se trata del aseguramiento cognitivo y de garantizar a través del Derecho penal una vida libre de peligros en sociedad, resulta que la tarea última del Derecho penal es precisamente la que según su opinión no debería ser, esto es, la protección de bienes jurídicos. Con ello, el antagonismo entre el cumplimiento de las normas y la protección de bienes jurídicos se desvanece. Así, pues, mediante este nuevo giro de la teoría de JAKOBS, veo confirmada mi propia concepción.

2 — ¿Supresión de la distinción entre injusto y culpabilidad?

Tampoco puedo estar de acuerdo con la supresión de la distinción entre injusto y culpabilidad que JAKOBS y su escuela proponen. En la

⁴⁷ JAKOBS, en *FS-Seiji Saito, SHIBASHI* (ed.), 2003, p. 763 (34).

primavera de 1966, en unas conferencias en Japón, WELZEL afirmó lo siguiente⁴⁸: “Veo en la descomposición del delito en los tres elementos tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad el progreso dogmático más importante de las últimas dos o tres generaciones”. Ahora, este avance debería ser revertido.

Alo anterior, en primer lugar, cabe objetar que aun asumiendo la premisa según la cual el hecho típico sería exclusivamente lesión de la vigencia de la norma y la vigencia de la norma sólo podría ser dañada a través de un comportamiento culpable, la consecuencia de que no existiría un injusto no culpable resulta igualmente débil.

Pero incluso dejando también al margen esto último, con la identificación del injusto y la culpabilidad⁴⁹ se equiparan cuestiones materiales esencialmente dispares. Una cosa es que un comportamiento esté prohibido bajo pena como lesión de un bien jurídico y otra muy distinta que la infracción de esa prohibición esté castigada con pena en todos los casos. La prohibición o mandato jurídico-penal se dirige a todos los ciudadanos como llamada a comportarse⁵⁰ conforme a Derecho y por esa razón debe separarse de la culpabilidad, porque todo hecho típico presupone que se ha informado a los ciudadanos sobre las prohibiciones y les han sido dadas unas pautas de comportamiento. Por lo tanto, la objeción de que nadie debería estar obligado más allá de su capacidad no es concluyente. El ordenamiento jurídico puede y debe imponer deberes sin contemplar a la persona, mientras se preocupe de que nadie sea castigado sólo por no poder cumplir adecuadamente su deber. El enfermo mental homicida también infringe la prohibición de matar. Simplemente, no puede ser reprochado por ello.

La tesis según la cual no existe un injusto no culpable contraviene además de múltiples formas la ley. El Código Penal alemán distingue claramente entre hechos, que son “no antijurídicos” (§§ 32, 34, *StGB*) y

⁴⁸ WELZEL, *JuS* 1966, p. 421.

⁴⁹ Esta cuestión es tratada con detalle y de forma convincente por GRECO, *GA* 2009, p. 636 y ss.

⁵⁰ Al respecto, HÖRNLE, en *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, HEFENDEHL (ed.), 2005, p. 114.

otros, que son cometidos “sin culpabilidad” (§§ 17, 20, *StGB*). Frente a los ataques no culpables cabe defenderse, frente a los ataques conforme a Derecho no (§ 32, *StGB*). Aquellos que niegan la posibilidad de un injusto no culpable no pueden refutar esto último y con ello se confirma lo acertado de la distinción que niegan. Al mismo tiempo, el hecho de que las reglas sobre medidas de seguridad se conecten con el injusto y las penas con la culpabilidad, hace ineludible la división entre ambos niveles del delito. Del mismo modo, la regulación de la teoría de la culpabilidad —según la cual en caso de ausencia inevitable de comprensión de la ilicitud se excluye la culpabilidad— presupone la distinción entre injusto y culpabilidad, pues el legislador parte de la base de que en estos casos el autor ha realizado un injusto penal.

La separación entre injusto y culpabilidad tiene además en el Derecho vigente un gran valor explicativo, pues de ella resultan una multitud de resultados prácticos. La tesis de que no existe un injusto no culpable, por el contrario, no aporta ventaja práctica alguna y destruye la claridad lograda por el legislador a través de la expresa separación entre injusto y culpabilidad.

3 — ¿La atribución de culpabilidad desde la perspectiva de la orientación a los fines?

La tercera tesis nuclear de JAKOBS, según la cual la culpabilidad no se determinaría a partir de las capacidades individuales del autor, sino en función de los mandatos legislativos conforme a finalidades, no la comparto. Ambos estamos de acuerdo en que aun dándose la culpabilidad es todavía posible una exculpación (una exclusión de la responsabilidad en mi uso del lenguaje), cuando razones preventivas facultan una renuncia a la pena. Pero JAKOBS pretende también castigar allí donde el autor no tenía ninguna posibilidad de comportarse conforme a Derecho, pero de acuerdo con el sentido de las funciones de ordenación la norma todavía es “útil” (*Zweckvoll*).

Le he objetado a JAKOBS desde hace tiempo que con ello precisamente se consigue aquello que el Derecho penal debería evitar: que la pena no se haga depender de circunstancias que radican en el autor, sino de necesidades socialmente afirmadas. Esto conduciría a una instrumentalización del sujeto que violaría la dignidad humana. En este

punto JAKOBS ha replicado lo siguiente⁵¹: “Cuando nuevamente se aduce contra la concepción aquí presentada que una comprensión como ésta de la culpabilidad supondría la instrumentalización del ciudadano penado, se pasa con ello por alto que se trata sólo de una descripción de las condiciones de funcionamiento de la sociedad; una descripción no instrumentaliza, sino que expone con claridad en el mejor de los casos una instrumentalización desde antaño existente”.

De hecho, de acuerdo con el Derecho vigente una instrumentalización como la descrita no puede acaecer. Y de hecho, tampoco tiene lugar, pues el *BVerfG* controla enérgicamente que el principio de culpabilidad sea observado de manera estricta por todos los tribunales⁵². Quien atribuye la culpabilidad al autor según las necesidades sociales en vez de hacerlo según las capacidades personales sacrifica con ello una de las barreras fundamentales que se oponen al ejercicio estatal de violencia en interés de la libertad del ciudadano. Y este sacrificio es además innecesario, porque en los extraordinarios casos en los que el derecho de injerencia estatal como consecuencia de las obligadas necesidades de protección se impone al principio de culpabilidad (por ejemplo, en los casos de internamiento de enfermos mentales peligrosos), son de aplicación reglas legalmente preestablecidas como el internamiento en un hospital psiquiátrico.

(V)

PANORAMA

Con esto llego al final de mi exposición. Me he ocupado con cierto detalle de las contribuciones formuladas por JAKOBS y por mí mismo al desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania, pues son las dos únicas concepciones del delito post-finalistas influyentes en la discusión internacional. No lo he hecho tampoco a modo de informe neutral, sino a través de una discusión crítica. Pues, cuando se pretenden

⁵¹ JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, 1993, ps. 29/30.

⁵² Con detalle, ROXIN, en *FS-Volk*, HASSEMER (ed.), 2009, p. 601 y ss.

comprender las actuales discusiones en Alemania se debe poder comprender cómo las distintas posiciones se enfrentan a modo de réplica y contrarréplica. Es muy deseable que también la ciencia del Derecho penal japonesa tome parte en esta disputa y quizá se encuentren en mi exposición algunos puntos de vista a los que para ello asirse.

No quiero ocultar que en los últimos tiempos han aparecido también algunos jóvenes autores con novedosos diseños del sistema. Así, TONIO WALTER⁵³ ha presentado en el año 2006 el así llamado “sistema post-finalista”, en el que igualmente se rechaza un injusto sin culpabilidad y se asigna a los fundamentos de exclusión de la responsabilidad (así los llamo yo) una categoría propia, como “reglas de oportunidad” al margen del injusto culpable. SINN⁵⁴ ha intentado desarrollar en el año 2007 un sistema del delito sobre el fundamento de las teorías del poder sociológicas. Así, todo comportamiento delictivo se interpreta como un abuso de poder. Sostiene también la tesis de que no existiría ningún injusto no culpable, puesto que sólo un hombre que actúa culpablemente podría cometer un injusto en la medida en que abusase de su poder.

Estos son, por principio, intentos deseables de avanzar hacia nuevos mundos de la dogmática. Sin embargo, considero las tesis de ambos autores —como mínimo— problemáticas. Así, por ejemplo, WALTER⁵⁵ apoya su negativa al injusto independiente de la culpabilidad sobre la base de que “un inimputable no podría cometer un injusto, las manifestaciones de un enfermo mental significan para el Derecho lo mismo que el sol y la lluvia”, pero en ese caso, esto es completamente incompatible con el hecho de que el Derecho conecta las consecuencias arriba suficientemente explicadas con acciones contrarias a Derecho no culpables, mientras que el sol y la lluvia no traen consigo ninguna consecuencia jurídica. E igualmente, el que, tal y como quiere SINN, to-

⁵³ WALTER, *Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, 2006, *passim*.

⁵⁴ SINN, *Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten. Zurechnung und Freistellung durch Macht*, 2007, *passim*.

⁵⁵ WALTER, *Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, 2006, p. 116.

das las formas de manifestación de comportamientos punibles —por ejemplo, también la imprudencia inconsciente— se expliquen como abusos de poder, se me hace difícil de aceptar, igualmente debe negarse que no puedan darse abusos de poder no culpables. Una tiranía, lo sigue siendo aun cuando el tirano sea un demente⁵⁶. Aquí, por cuestiones de espacio, no puedo seguir analizando todos estos aspectos. De todos modos, tampoco resulta necesario, pues la crítica a ambas obras en Alemania, hasta el momento, se muestra contraria y en cualquier caso, no han alcanzado todavía influencia a nivel internacional.

Lo que nos deparará el futuro está por ver. Pero toda mi esperanza reside en que, en un trabajo conjunto con nuestros colegas japoneses, pero también con otros profesores de Derecho penal de todo el mundo, alcancemos con el paso del tiempo una dogmática del Derecho penal internacional que suponga una aportación esencial en favor de un Derecho universal común y contribuir así al entendimiento entre los pueblos.

⁵⁶ Así, GRECO, GA 156 (2009), p. 636 y ss. (664).

*Acerca del desarrollo más reciente
en el debate sobre el bien jurídico **

* Título original: «Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte»,
en *Festschrift für Winfried Hassemer*, FELIX HERZOG - ULFRID NEUMANN (comps.),
C. F. Müller, Heidelberg, 2010, ps. 573-597. Traducción de ANNA E. M. RICHTER

(I)

INTRODUCCIÓN

¡La idea del bien jurídico como criterio crítico de la legislación vive! Luego de que una discusión sumamente controvertida (con participación decidida de WINFRIED HASSEMER) tuviera lugar en las primeras décadas de la posguerra, y sin que se lograran resultados seguros¹, llegó un silencio científico. Veinticinco a treinta años más tarde autores muy conocidos, como STRATENWERTH², HIRSCH³ y JAKOBS⁴, declararon el concepto de bien jurídico crítico de la legislación como imposible y también como no acertado⁵.

¡Y he aquí! Los seguidores del concepto de bien jurídico crítico de la legislación tomaron el desafío con pasión notablemente combativa.

¹ Hoy en día, las monografías de aquella época todavía son actuales e importantes: JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten*, 1957; SINA, *Die Dogmengeschichte des Begriffs „Rechtsgut“*, 1962; MARX, *Zur Definition des Begriffes „Rechtsgut“*, 1972; AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972; HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens - Ansätze zu einer Praxisorientierten Rechtsgutslehre*, 1973.

² STRATENWERTH, *FS-Lenckner*, 1998, p. 377 y ss.

³ HIRSCH, *FS-Spinelli*, 2001, p. 425 y ss.

⁴ JAKOBS, *FS-Saito*, 2003, p. 17 y ss.

⁵ He discutido con los tres en *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, HEFENDEHL (ed.), 2005, p. 135 y ss. (145 y ss.).

HASSEMER⁶, un pionero del por él llamado pensamiento del bien jurídico crítico frente al sistema⁷, dice⁸: “La prohibición de un comportamiento, que no se puede remitir a un bien jurídico, sería terrorismo de Estado”. SCHÜNEMANN⁹ predice “un gran futuro (...) a la idea de la protección del bien jurídico” y ve en ello “la roca dura del pensamiento liberal y con ello de la justicia”. En KAIAFA - GBANDI¹⁰ leemos: “La doctrina de la ciencia penal alemana sobre el bien jurídico como elemento fundamental, que no sólo justifica, sino principalmente limita la punibilidad, significa (...) uno de sus más importantes legados para la cultura europea del Derecho”. Para HEFENDEHL¹¹, a continuación de SCHÜNEMANN, “la verdadera ampliación de la teoría del bien jurídico [es] incluso inminente”. Yo también me he esforzado en reinstaurar la “protección del bien jurídico como tarea del Derecho penal”¹² y de defenderla contra los adversarios de este concepto.

Una reactivación del pensamiento del bien jurídico también ha sido promovida por el hecho de que el *Harm Principle*, que se discute en el

⁶ Nombro aquí solamente su tesis de habilitación, citada en la nota 1; además, el artículo „Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre“, en HASSEMER, *Strafen im Rechtsstaat*, 2000, p. 160 y ss.; la última versión de su concepto de bien jurídico se encuentra en el *Nomos-Kommentar*, 2ª ed., 2005, anterior al § 1 (junto con U. NEUMANN), nº marg. 108-195.

⁷ Prefiero hablar de un concepto de bien jurídico crítico de la legislación, porque con él no se quiere indagar nuestro “sistema” entero (la Constitución incluida), sino la legislación penal. En cuanto a la cuestión sustancial, empero, no se da ninguna diferencia.

⁸ *Die Rechtsgutstheorie*, HEFENDEHL - VON HIRSCH - WOHLERS (eds.), 2003. Aquí: HASSEMER, p. 57 y ss. (p. 64).

⁹ SCHÜNEMANN (nota 8), p. 133 y ss. (ps. 133, 154).

¹⁰ KAIAFA - GBANDI, en *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, ESER - HASSEMER - BURKHARDT (eds.), 2000, p. 261 y ss. (p. 263).

¹¹ HEFENDEHL (nota 8), p. 286 y ss. Además, ídem (nota 8), p. 119 y ss. También la tesis de habilitación de HEFENDEHL sobre „*Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*“ está comprometida con el pensamiento de la protección del bien jurídico.

¹² Así el título (provisto de un signo de interrogación) de mi contribución en la antología mencionada en la nota 5. También mi *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. I, se dedica detalladamente al pensamiento de la protección del bien jurídico.

Derecho penal angloamericano y que fue desarrollado ya en 1859 por JOHN STUART MILL, ha obtenido recepción en la discusión alemana. ANDREW VON HIRSCH ha contribuido de manera determinante a ello¹³. Se basa en la idea de que solamente el daño de otros (*harm to others*) debe ser sujeto a pena, es decir, por ejemplo, no la mera autolesión o meras inmoralidades. El iusfilósofo norteamericano FEINBERG ha elaborado ampliamente el enfoque, que coincide en sus consecuencias a menudo con las de la teoría del bien jurídico¹⁴, de modo que de esta manera se le dispensa “imprevistamente ayuda (...) del campo jurídico angloparlante” a una teoría personal del bien jurídico¹⁵.

El más reciente desarrollo de la discusión viene flanqueado por innumerables monografías, de las que nombro, en una selección rigurosa, solamente los autores y títulos de aquellos trabajos a los que me referiré más adelante: K. A. PAPAGEORGIOU¹⁶, STÄCHELIN¹⁷, WOHLERS¹⁸, HEFENDEHL¹⁹, HÖRNLE²⁰, ANASTASOPOULOU²¹ y GRECO²². Estas obras discuten la posibilidad de un concepto de bien jurídico crítico de la legislación bajo todos los aspectos imaginables (en parte aceptándolo, en parte criticándolo) y enriquecen de manera determinante nuestro conocimiento del problema, que al principio era muy selectivo.

¹³ Aquí remito solamente a su contribución en la antología mencionada en la nota 8, p. 13 y ss.: *Der Rechtsgutsbegriff und das „Harm Principle“*.

¹⁴ FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, 4 ts., 1984-1988.

¹⁵ HEFENDEHL - VON HIRSCH - WOHLERS, GA 2002, 2 (introducción). Más detalladamente acerca de la discusión del *Harm Principle* en Alemania mi manual *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. I, § 2, n° marg. 123 y ss.

¹⁶ K. A. PAPAGEORGIOU, *Schaden und Strafe*, 1994.

¹⁷ STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1998.

¹⁸ WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts - zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte*, 2000.

¹⁹ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002.

²⁰ HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005.

²¹ ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, 2005.

²² GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, 2009.

Como es de esperar no es posible ocuparse de todo ello detalladamente en una contribución de dimensiones limitadas a un libro homenaje. Empero, procuraré intentar desarrollar algunas ideas que han surgido al ocuparme de la extensa literatura indicada. También me parece posible dejar de lado algunos puntos de disputa, antes ardorosamente disputados, por considerarlos resueltos a través del debate más reciente. En esta tarea me considero como un compañero de armas de WINFRIED HASSEMER, el venerado homenajeado, a quien la teoría del bien jurídico personal le debe algo decisivo.

(II)

ACERCA DE LA PREGUNTA POR UNA DERIVACIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO CRÍTICO DE LA LEGISLACIÓN

Se han empleado muchos esfuerzos en darle a una teoría del bien jurídico, que debe ponerle límites al poder estatal, una consagración histórica, derivándola o de la teoría del daño social de la Ilustración o de la concepción de BIRNBAUM quien, en el siglo XIX²³, había acuñado la expresión "bien jurídico" en el ámbito penal.

Las dos derivaciones, empero, sólo de manera muy limitada son útiles como soporte de una teoría de bien jurídico que limita el Derecho penal. Es cierto que BECCARIA quería limitar la potestad penal estatal a comportamientos socialmente dañinos, y su traductor alemán, HOMMEL, confirmó esta tesis con insistencia y dedujo de ello con gran audacia la hoy todavía no reconocida impunidad del incesto entre hermanos²⁴: "Casarse con su hermana es un pecado para los cristianos pero no es un hecho antijurídico. Pues, crimen o hecho antijurídico sólo se llama aquello por lo cual ofendo a alguien" (con "ofender" se entiende

²³ BIRNBAUM, *Archiv des Criminalrechts*, 1834, t. 15, p. 149 y ss.

²⁴ HOMMEL, *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen*, Hommelische Vorrede, Berlin, 1966, p. 15.

según el uso del idioma de entonces lo que hoy llamamos “dañar”). “Nada más que esto es el objeto de las leyes penales de la sociedad civil. Algo puede ser infame, puede ser pecaminoso y sin embargo no constituir crimen alguno. Ser humano, ciudadano y cristiano son tres conceptos diferentes”.

Es cierto que WILHELM VON HUMBOLDT en sus *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen* (1792) también estableció el requisito de que el Estado no debe con la penalización “perseguir ninguna otra finalidad que la seguridad de los ciudadanos”. Por eso, sólo se debería prohibir o limitar aquella acción “cuyas consecuencias ofenden los derechos de otros, i.e., reducen su libertad o su posesión sin o en contra del consentimiento, o cuando es probablemente de temer algo semejante”²⁵. El escrito de HUMBOLDT, publicado como libro recién en 1851, es una de las fuentes de inspiración para la obra *Über die Freiheit* de JOHN STUART MILL (*On Liberty*, 1859). Allí se expresa con toda franqueza²⁶ “que el único fin, por el que legítimamente se puede ejercer coacción contra la voluntad de un miembro de una comunidad civilizada, es éste: prevenir el daño a otros”²⁷. Por otra parte, MILL es el padre intelectual del *Harm Principle*, de modo que entonces esta concepción y un concepto de bien jurídico que recurre a la teoría del daño social del siglo XVIII tienen raíces comparables en la historia del pensamiento.

Por supuesto, una teoría moderna del bien jurídico crítico de la legislación sólo se puede referir a los autores nombrados y no a “la Ilustración” por antonomasia, especialmente porque MILL tiene que ser clasificado dentro del mucho más tardío liberalismo del siglo XIX y el escrito de HUMBOLDT tenía alguna resonancia también en aquel tiempo. La reciente investigación sobre la Ilustración ha mostrado que esta época contenía muchas tendencias contrarias y que en absoluto se la puede entender continuamente como un movimiento de pensamiento

²⁵ Citado aquí según la edición de RECLAM, ps. 153, 128.

²⁶ Edición de RECLAM, p. 16.

²⁷ STRATENWERTH advierte las relaciones entre HUMBOLDT y JOHN STUART MILL (nota 8), p. 255.

liberal-individualista²⁸. Entonces, una teoría de bien jurídico crítica de la legislación sólo podrá referirse a precursores puntuales de los tiempos del pensamiento iluminista e individualista y no al concepto de sanción presente en una época entera. Para la fundamentación de un concepto moderno de bien jurídico parece ser más prometedor, como se habrá de exponer en adelante, recurrir a ideas fundamentales teórico-estatales de la Ilustración, en los que se basa también nuestra Constitución.

Como AMELUNG²⁹ ya demostró hace décadas, tampoco la teoría del bien jurídico de BIRNBAUM fue desarrollada con el objetivo de poner límites al poder punitivo estatal. A través de su crítica a la teoría de FEUERBACH del crimen como “violación del derecho” BIRNBAUM quería más bien incluir precisamente los delitos contra la religión y la honestidad en el ámbito de lo punible. De la misma manera, la posterior historia dogmática del concepto de bien jurídico tampoco muestra una tendencia clara hacia la limitación de la punibilidad en términos de causación de un perjuicio socialmente dañino. El “concepto de bien jurídico metódico”³⁰ desarrollado en los tiempos de Weimar por HONIG, GRÜNHUT y SCHWINGE, que reduce el bien jurídico a la voluntad de la ley y aún hoy tiene la opinión probablemente predominante de su parte, no le concede al concepto de bien jurídico ninguna tarea de limitación de la pena.

Dejando de lado algunos precursores, se puede decir entonces que recién después de la Segunda Guerra Mundial la idea de limitar al legislador en su facultad de sancionar con ayuda del concepto de bien jurídico ha acabado siendo un tema relevante de la discusión político-reformista. En este sentido, JÄGER lo ha aplicado (en 1957) a los “deli-

²⁸ Más detalladamente acerca de eso, GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, 2009, p. 322 y ss., quien analiza la línea moderna de la Ilustración.

²⁹ AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, p. 39 y ss.; también en (nota 8), p. 159 y ss.

³⁰ Más detallado en mi manual *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. I, § 2, n° marg. 4, 5.

tos contra la honestidad”. Retomé la concepción de JÄGER en mi libro sobre dominio del hecho (1963)³¹. El proyecto alternativo de la Parte General (1966), co-redactado por mí, deliberadamente limitó el fin de la pena a la “protección de los bienes jurídicos” (§ 2, párr. 1º). Nuestro proyecto alternativo posterior sobre “delitos sexuales” (1968) que influyó decisivamente la reforma legal de 1973, se limita, pues, programáticamente, a la “penalización del comportamiento socialmente dañino y grave”³². Una verdadera historia dogmática del concepto de bien jurídico crítico de la legislación comienza entonces recién después de la Segunda Guerra Mundial.

(III)

ACERCA DE LA LEGITIMACIÓN CONSTITUCIONAL DE UN CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO CRÍTICO DE LA LEGISLACIÓN

En virtud de esto he dicho desde hace mucho que para la discusión actual no depende de si y hasta qué punto un concepto de bien jurídico crítico de la legislación se puede atribuir al Derecho penal de la Ilustración o a BIRNBAUM y la teoría de bien jurídico del siglo XIX. Lo decisivo sería que hoy este concepto ha asumido la tarea de la limitación liberal de la pena³³. Esta consideración fue retomada por KAIAFA-GBANDI³⁴ y WITTIG³⁵ y me parece que aún hoy está vigente. Como consecuencia podemos concebir el concepto de bien jurídico, de contenido bastante difuso en su desarrollo histórico, según los fines que debe cumplir hoy.

Sin embargo, eso no nos exonera de la obligación de concebir un concepto de bien jurídico crítico de la legislación basado en los fundamen-

³¹ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 413 y ss. (ahora 8ª ed., 2006).

³² P. 9. Esta idea fundamental está impresa en negrilla en el texto.

³³ ROXIN, *Lehrbuch zum Allgemeinen Teil* (nota 12), § 2, nº marg. 6.

³⁴ KAIAFA-GBANDI, en *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, ESER - HASSEMER - BURKHARDT (eds.), 2000, p. 263.

³⁵ WITTIG (nota 8), p. 239.

tos del ordenamiento jurídico vigente. Esto en virtud de que no le podemos poner límites al legislador por el mero hecho de que eso corresponde con nuestras propias ideas político-criminales. La única instancia, que está por encima del legislador, es la Constitución. A ella tiene que reconducirse entonces una limitación de intervención penal si pretende ser algo más que la expresión de una opinión personal.

Como es sabido, nuestro Tribunal Constitucional Federal nunca ha reconocido una lesión del bien jurídico como requisito para la penalización jurídicamente válida, aunque varias veces ha tenido la ocasión para ello. Así, en las decisiones sobre la constitucionalidad de la sanción de la homosexualidad entre adultos³⁶, de la tenencia de *cannabis*³⁷ y del incesto entre hermanos³⁸. También las monografías de LAGODNY³⁹ y APPEL⁴⁰, dedicadas a la relación entre Constitución y pena, no han podido encontrar una vinculación de la legislación penal con la protección de bienes jurídicos. Si uno sólo se basa en que una ley penal, para mantener su constitucionalidad, tiene que ser apta para un fin legítimo justificable de manera bastante discrecional, y además necesaria y adecuada en el sentido del principio de proporcionalidad⁴¹, entonces la existencia de una lesión del bien jurídico no resulta importante. Esto en virtud de que se ignora su importancia para la legitimidad del fin perseguido.

Empero, esa importancia se hace visible cuando uno recuerda la tarea del Derecho penal en el Estado constitucional europeo moderno: debe asegurar la convivencia pacífica y libre de sus ciudadanos, como *ultima ratio*, preservando todos los derechos fundamentales. Si se parte de esta tarea, se tiene que considerar como "bien jurídico" a todo aquello que es indispensable para su realización. En consecuencia, constituyen bienes jurídicos la vida, la integridad corporal y sexual, la

³⁶ BVerfGE 6, p. 389 ss.; 36, 41 y ss.

³⁷ BVerfGE 90, p. 145 y ss.

³⁸ NJW 2008, p. 1137 y ss.

³⁹ LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996.

⁴⁰ APPEL, *Verfassung und Strafe*, 1998.

⁴¹ Así el "esquema de verificación" de LAGODNY (nota 8), p. 83.

libertad, el patrimonio, etcétera, pero también —en tanto bienes jurídicos comunes—, por ejemplo, una justicia que funciona, una moneda no falsificada o un medio ambiente indemne, sin los cuales una vida segura desde el punto de vista de la salud y el derecho tampoco es posible.

En sentido jurídico-histórico, semejante comprensión del bien jurídico se puede deducir de la concepción del contrato social, desarrollada por los teóricos estatales de la Ilustración, según el cual los ciudadanos sólo le otorgan un poder sancionatorio al Estado en la medida en que es necesario para la aseguración de una convivencia pacífica y que preserva sus derechos humanos. Dado que la Constitución alemana, como la mayoría de las constituciones europeas, se basa en estos fundamentos históricos, son más bien los logros teórico-estatales de la Ilustración, antes que los conceptos penales de aquellos tiempos, que no son verificables de forma concluyente en esa época, en los que hoy en día tiene que fundarse una comprensión del bien jurídico constitucionalmente consolidado.

Lo expuesto no es una opinión especial, sostenida sólo por mí, sino una opinión a menudo defendida en la literatura más reciente, que por eso mismo debería ser incluida por el Tribunal Constitucional en sus reflexiones. Así, por ejemplo, SCHÜNEMANN⁴² pretende encontrar la justificación de un principio de protección de bienes jurídicos crítico de la legislación “en las ideas fundamentales de una limitación del derecho penal deducida de la idea del contrato social”, “como se ha consolidado desde hace aproximadamente 250 años una y otra vez y en nuestros tiempos (...) y que tiene que revelar ahora su máximo poder de impacto”. Se encuentra en la misma línea WOHLERS⁴³ cuando habla del interés de los miembros de la sociedad “en la garantía de las condiciones básicas necesarias para el despliegue de su libertad individual” y cuando HEFENDEHL⁴⁴ interpreta también los bienes jurídicos para la protección de condiciones previas estatales como requisito para la autorrealización del individuo en la sociedad moderna. Especialmente deci-

⁴² SCHÜNEMANN (nota 8), p. 137 y s.

⁴³ WOHLERS, GA 2002, p. 15 (16).

⁴⁴ HEFENDEHL, GA 2002, p. 21 (25).

dido, en el sentido que aquí persigo, se expresa STERNBERG-LIEBEN⁴⁵. Al Derecho penal corresponde la tarea de “prestar su contribución a la aseguración de los requisitos personales de desarrollo: derecho penal como medio para proteger como *ultima ratio* a aquellas circunstancias que se presentan como requisitos y condiciones personales de desarrollo”. Él define el “bien jurídico penal”, por ende, como “una circunstancia real lesionable (...) que se presenta en la situación histórica como requisito y condición de desarrollo personal”.

Eso corresponde en gran parte a mi propia definición⁴⁶, según la cual se entiende con “bienes jurídicos” “todas las circunstancias u objetivos”, “que son necesarios para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal fundado en estos objetivos”. Esto termina en un “concepto personal de bien jurídico”, como lo han desarrollado MARX⁴⁷, HASSEMER⁴⁸ y HOHMANN⁴⁹, según el cual bienes jurídicos comunes o públicos sólo son aceptables en la medida que por último sirvan para las condiciones de vida de particulares. Y converge todavía con una teoría liberal del daño social, como la que encontramos históricamente pre-formada en BECCARIA, HOMMEL, W. v. HUMBOLDT y MILL. Así las cosas, sólo donde hay un daño real comprobable, las condiciones de existencia y desarrollo de los seres humanos pueden ser perjudicadas.

(IV)

ACERCA DEL PROBLEMA DE LA CERTEZA Y EFICIENCIA SUFICIENTE DE UN CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO PERSONAL FUNDADO CONSTITUCIONALMENTE

Una de las objeciones principales en contra de un concepto de bien jurídico del tipo expuesto consiste en que éste sería demasiado impre-

⁴⁵ STERNBERG-LIEBEN (nota 8), p. 67.

⁴⁶ ROXIN, *Lehrbuch zum Allgemeinen Teil* (nota 12), § 2, n° marg. 7.

⁴⁷ MARX, *Zur Definition des Begriffes „Rechtsgut“*, 1972.

⁴⁸ HASSEMER, *Strafen im Rechtsstaat*, 2000, p. 160 y ss.

⁴⁹ HOHMANN, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, 1991.

ciso. Ya por eso tendría que fracasar el intento de convertir la lesión de un bien jurídico en un requisito para la punición y de esa manera poner un límite a la facultad de intervención del Derecho penal. Así enumera, por ejemplo, STRATENWERTH⁵⁰ numerosas definiciones del bien jurídico, localizables en nuestros manuales y comentarios. De su disparidad y vaguedad a menudo abstracta sacó la conclusión de que la tarea de encontrar una definición de bien jurídico aceptable sería “imposible de realizar”. También FRISCH⁵¹ sostiene que ante la “relatividad, amplitud y vaguedad de la noción ‘bien jurídico’ (...) el balance de éxitos del *topos* es más bien modesto”.

Esta opinión casi se puede denominar como dominante, pero no obstante no es correcta. En primer lugar, en lo que concierne a la diversidad de las definiciones de bien jurídico, hay que tener en cuenta que la mayoría de los autores de ninguna manera tenían la intención de formular un concepto de bien jurídico crítico de la legislación, sino que parten de un “concepto de bien jurídico metódico”⁵², según el cual cualquier fin de la ley crea un bien jurídico. Entonces, desde este punto de vista, intentaron encontrar algo que sea común a todos los tipos. Por supuesto, esto solamente puede dar como resultado una definición de una vaga amplitud.

En cambio, un concepto de bien jurídico como el aquí favorecido posee un rendimiento considerable⁵³: excluye tanto un puro moralismo (por ejemplo, la punibilidad de la homosexualidad entre adultos, actos sexuales con animales, etcétera) porque con ello no se perjudican las posibilidades de desarrollo de nadie, como un paternalismo duro (como la punibilidad de la autolesión, de la tenencia de drogas para el consumo —§ 29 de la ley sobre estupefacientes [*BtMG*]— o la participación en la autopuesta en peligro voluntaria y responsable). Todos

⁵⁰ STRATENWERTH, *FS-Lenckner*, 1998, p. 378.

⁵¹ FRISCH (nota 8), p. 217.

⁵² Véase en nota 30.

⁵³ Aquí me doy por satisfecho con una enumeración esquemática y remito para los detalles a las exposiciones de mi *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. I, § 2, nº marg. 13-50.

estos casos carecen de una intervención en los bienes jurídicos de otros. La idea de bien jurídico tampoco permite la protección pura de sentimientos, en la que se amenaza con pena la generación de imágenes indeseadas (como de la pornografía, § 184, inc. 1º, nº 6 del *StGB* o de actos sexuales, § 183a, *StGB*). Tampoco la infracción de tabúes (como el incesto entre hermanos, § 173, inc. 2º del *StGB*, o la negación de hechos históricos, § 130, inc. 3º, *StGB*) resulta un objeto del Derecho penal. En todos estos casos no se daña ni un tercero ni algo público en el sentido indicado. El hecho de que alguien pueda sentirse desagradablemente afectado por tales comportamientos no es suficiente para la legitimación de una sanción penal. “El no ser molestado en la propia concepción de valores morales personales no forma parte de los requisitos de desarrollo de la persona. Semejantes perturbaciones del estado de ánimo han de ser soportados (...) en una sociedad desarrollada de manera pluralista como la nuestra”⁵⁴.

Tampoco constituyen bienes jurídicos a proteger las abstracciones no concretas como la perturbación de la paz pública que aparece en numerosas normas penales⁵⁵. En la misma línea, no castigan una lesión de bienes jurídicos las leyes penales simbólicas que antes que impedir primordialmente daños sólo pretenden demostrar una declaración del legislador a favor de ciertos valores u objetivos. Finalmente, también son inadecuados para la justificación de normas penales los llamados bienes jurídicos aparentes [*Scheinrechtsgüter*]. Se trata de nociones generales como la “salud pública” o la “capacidad de rendimiento del sector asegurador”, que solamente se derivan de la adición de lesiones de diferentes bienes jurídicos concretos y procuran justificar una pena que no se puede deducir de actos lesivos concretos.

En lo anterior sólo ha sido posible una enumeración superficial de las limitaciones a la pena que se pueden obtener de un concepto de bien jurídico personal, deducido de las tareas del Derecho penal. Pero ya semejante esbozo refuta la afirmación que se escucha a menudo de los

⁵⁴ STERNBERG-LIEBEN (nota 8), p. 75.

⁵⁵ Un análisis fundamental de este tema presta la monografía de HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005.

escépticos del bien jurídico de acuerdo con la cual el concepto de bien jurídico sólo cabría para aquellos tipos en los que —como en el homicidio, el hurto o la estafa— la necesidad de penar de todas maneras sería indiscutida, mientras que no aportaría resultados de gran valor informativo en los casos difíciles y extremos. Los ejemplos enumerados muestran, empero, que un concepto de bien jurídico crítico de la legislación aporta fundamentos de argumentación racionales justamente en circunstancias en donde la necesidad de penar es controvertida. Por el contrario, una renuncia a este instrumento de conocimiento lleva a arbitrariedades sin orientación alguna.

Esto expresa precisamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que rechaza un comportamiento que lesiona bienes jurídicos como requisito de la punición y de esa manera ha justificado (erróneamente) la pena en tres casos especialmente discutidos: en los ya mencionados casos de la homosexualidad entre adultos (BVerfGE, 6, p. 389 ss.), en la tenencia de cantidades mínimas de productos de *cannabis* (BVerfGE, 90, p. 145 ss.) y en la punición del sexo entre hermanos (NJW 2008, p. 1137 ss.).

Dentro del marco de este trabajo no es posible analizar estas sentencias detalladamente. Pero tampoco es necesario, porque la implausibilidad de estas resoluciones ya fue analizado hace tiempo por numerosos comentadores. Hoy en día, las relaciones homosexuales entre hombres son reconocidas institucionalmente incluso por el Estado, de modo que la tesis del BVerfGE 6, p. 389, según la cual ellas infringirían la “ley moral” [*Sittengesetz*] y que no se podría “comprobar claramente que su castigo carece de algún interés estatal”, hoy en día tiene que presentarse como incomprensible. La resolución sobre *cannabis* fue refutada en sus justificaciones por numerosos autores⁵⁶. Y la sentencia sobre incesto fue criticada en su voto en disidencia por WINFRIED HASSEMER (el único catedrático penal entre los miembros del tribu-

⁵⁶ Aquí sólo remito a NESTLER, en *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN FRANKFURT A.M. (ed.), 1995, p. 72 y ss.; WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts - zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte*, 2000, p. 187 y ss.; SCHÜNEMANN (nota 8), p. 145 y ss.

nal), así como también por las opiniones doctrinarias de GRECO⁵⁷ y HÖRNLE⁵⁸.

Quisiera agregar tan sólo algunas palabras más en lo que concierne a la resolución sobre incesto dictada en 2008. Me interesa hacerlo en virtud de que aquí por primera vez se incluye la disputa sobre la posibilidad de un concepto de bien jurídico crítico de la legislación en las reflexiones del tribunal. Sin embargo, esto ocurre de una manera confusa y contradictoria.

Al principio se sostiene⁵⁹: “El Derecho penal se usa como *ultima ratio* de la protección de bienes jurídicos cuando una determinada conducta, más allá del hecho de estar prohibida, es de manera especial socialmente dañosa y resulta insoportable para la convivencia ordenada de los seres humanos y por eso su impedimento es especialmente urgente”. Esto se podría interpretar en los términos de la opinión aquí sostenida. Sin embargo, poco después, sin tomar en cuenta los criterios alegados, se sostiene que sería tarea del legislador “determinar los bienes que se tienen que proteger con los medios del derecho penal (...). Esta facultad no puede ser coartada invocando bienes jurídicos supuestamente existentes o ‘reconocidos’ por instancias más allá del legislador. Encuentra su límite más bien (...) sólo en la Constitución misma ...”. El concepto de la protección de bienes jurídicos no provee “restricciones de contenido que necesariamente tendrían que adoptarse en el Derecho constitucional”⁶⁰.

Aquí se abandona totalmente el contenido crítico del concepto de bien jurídico, porque el tribunal ignora que sí se pueden deducir límites de este tipo para la facultad estatal de sanción basándose en la Constitución.

Al fin y al cabo, el fallo no excluye del todo repercusiones penales y en un punto incluso constitucionales de un concepto de bien jurídico

⁵⁷ GRECO, ZIS 5, 2008, p. 234 y ss.

⁵⁸ HÖRNLE, NJW 2008, p. 2085.

⁵⁹ NJW 2008, p. 1138.

⁶⁰ La opinión sostenida en mi manual se menciona expresamente como “a.A.”. [N. del E.]: Traducción de “a.A.”, “otras opiniones”.

crítico de la legislación. Más bien adopta parcialmente una posición neutral-expectante. Esto vale en dos sentidos.

Dice la resolución⁶¹: “Aquí no es de juzgar cuál aporte podría prestar el concepto de la protección de bienes jurídicos para la política jurídica y para la dogmática del Derecho penal”. De esta manera se ocupa de un asunto sobre el que habrá que volver (en VI). Finalmente sostiene incluso⁶² que podría quedar pendiente “si es firme la distinción entre normas penales, que solamente se basan en conceptos morales, y normas que se basan en la protección de bienes jurídicos (...) y si, en caso afirmativo, las normas penales del primer tipo son constitucionalmente objetables”.

Posteriormente el tribunal intenta basar la constitucionalidad de la norma penal en una conexión entre historia cultural y consideraciones de protección. La punición se justificaría “en la unión de fines penales que tienen por trasfondo una convicción ahora como antes vigente del merecimiento de la pena del incesto”. La disposición penal sería un “instrumento para la protección de la autodeterminación sexual, de la salud de la población y sobre todo de la familia”.

Empero, eso es un intento inadecuado para sostener la norma penal. En efecto, la “convicción social del merecimiento de pena” a menudo se basa precisamente en concebir el ámbito sexual en base a prejuicios tenaces, como demuestra contundentemente el ejemplo de la homosexualidad, que todavía los autores del Proyecto de 1962 estimaron como “un comportamiento especialmente reprochable en sentido ético y vergonzoso según la convicción general”⁶³. Es precisamente la tarea del concepto de protección de bienes jurídicos poner tales convicciones populares a prueba y de indagar críticamente su legitimidad.

A su vez, parece claro que los “bienes de protección” [*Schutzgüter*] añadidos por el Tribunal Constitucional —autodeterminación sexual, salud de la población, familia— no pueden justificar la punición. La “autodeterminación sexual” no resulta ofendida por actos voluntarios

⁶¹ NJW 2008, p. 1138.

⁶² NJW 2008, p. 1140.

⁶³ E 1962, BT-Drucks. IV/650, p. 376.

de personas adultas. La "salud de la población" no resulta afectada en absoluto; y que puntos de vista eugenésicos no legitiman la punición resulta obvio después de las experiencias del tiempo nazi. Tampoco se puede aceptar la idea de que la familia resultaría perjudicada si, como es el caso, dos hermanos se conocen recién siendo adultos y nunca habían tenido una familia común (por no agregar que un comportamiento dañino para la familia de todos modos tiene que quedar fuera del ámbito de intervención estatal porque concierne la zona central del plan de vida privado). Finalmente, es obvio que la "unión" de tres objetos de protección, cada uno por sí inadecuado, no puede legitimar la punición.

El caso demuestra entonces que sólo un concepto de bien jurídico consecuente da resultados claros, mientras que una comprensión ecléctica y teóricamente no aclarada de la facultad estatal de sancionar, como aparece en la resolución citada, no puede dar soluciones convincentes. No obstante, por lo menos la resolución mantiene abierta la posibilidad de ulteriores discusiones sobre un pensamiento de bien jurídico crítico de la legislación.

(V)

ACERCA DE LA DISPARIDAD HISTÓRICA Y CULTURAL DEL COMPORTAMIENTO PENALMENTE RELEVANTE

No es extraño que se niegue la utilidad de un concepto de bien jurídico crítico de la legislación con el argumento de que las ideas sobre aquello que tiene que ser sancionado serían histórica y culturalmente tan diferentes que no podría ser concebido un concepto uniforme de bien jurídico. De hecho la historia penal enseña que en los siglos pasados muchos comportamientos eran punibles, cuya penalización hoy parece absurda e incomprensible, tal como al revés hoy algunas cosas son punibles que antiguamente en gran medida estaban permitidas (como los daños ecológicos y muchos delitos económicos). Un resultado similar surge si se echa un vistazo a grupos étnicos extranjeros (por ejemplo, al Derecho islámico) en donde se sancionan muchas cosas que aquí naturalmente son permitidas. Así, STRATENWERTH⁶⁴ advierte que en el

⁶⁴ STRATENWERTH (nota 8), p. 256.

Derecho islámico “la libertad individual no tiene cabida”. Más bien sería “la vinculación existencial del ser humano a DIOS (...) la norma que rige toda la realización en la vida”. Con eso pretende refutar la utilidad de un concepto de bien jurídico crítico de la legislación.

Pero la objeción se disuelve si se toma en cuenta⁶⁵ que el concepto de bien jurídico aquí defendido no es independiente del tiempo y la cultura, sino que reúne las condiciones de existencia y desarrollo de los seres humanos bajo el dominio de la Constitución y bajo las circunstancias reales y sociales actuales de nuestro país. Puede que en otra parte rechazar la fe o una crítica al profeta sea amenazada con la muerte, pero esto no puede constituir una lesión de un bien jurídico en un país en el que la libertad de expresión y de creencia están constitucionalmente garantizadas. De modo que incluso una pena clemente tiene que quedar excluida desde el principio.

Y para demostrarlo en un ejemplo histórico: JAKOBS, por caso⁶⁶, sostiene que sí se puede ver la homosexualidad como lesiva para bienes jurídicos si se trata, por ejemplo, de una “sociedad marcada por la jerarquía de hombres” como en el ejército prusiano, en donde relaciones sexuales “del tipo que por principio quebranta jerarquías” habrían surtido un efecto dañino para la sociedad. De esto se sigue que las condiciones de funcionamiento de una antigua jerarquía militar prusiana no pueden explicar bajo las condiciones actuales que el comportamiento homosexual sea una lesión de un bien jurídico (independientemente de que de esta manera también en el pasado una sanción se podría haber justificado como máximo en el ámbito de jerarquías militares). A la inversa, tierra, aire y agua recién pudieron ascender a bienes jurídicos cuando el desarrollo técnico e industrial les posibilitó a los seres humanos destruir los medios de subsistencia naturales de la población.

La existencia de un bien jurídico depende entonces de requisitos variables. Pero eso no cambia nada el hecho de que la exigencia de una lesión de un bien jurídico puede dar directivas concretas a la legisla-

⁶⁵ Algo ya notado por HASSEMER en su tesis de habilitación en 1993 (véase nota 1).

⁶⁶ JAKOBS (nota 4), p. 26.

ción penal en una situación histórica dada y en el ámbito de un ordenamiento constitucional cuidadosamente formado.

(VI)

**¿TIENE UN CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO CRÍTICO
DE LA LEGISLACIÓN SOLAMENTE UNA RELEVANCIA POLÍTICO-CRIMINAL
O TAMBIÉN UNA RELEVANCIA CONSTITUCIONAL?**

Sin embargo, no debe negarse que el legislador tiene un gran margen de acción en la decisión de la pregunta si quiere poner un comportamiento bajo pena. Esto no vale solamente para el problema de si un bien jurídico debe ser protegido por el Derecho penal u otras reglamentaciones jurídicas o por medidas político-sociales⁶⁷. La resolución sobre el incesto se atiene perfectamente a Derecho cuando dice⁶⁸ que el legislador sería “en principio libre en la decisión acerca de si quiere defender un determinado bien jurídico cuya protección le parece fundamental con los medios del Derecho penal y, dado el caso, cómo lo quiere hacer”. Lo que hay que extraer de esto es que la teoría de bien jurídico no dice cuáles lesiones de bienes jurídicos deben ser impedidas con los medios del Derecho penal, sino cuáles comportamientos no pueden ser sancionados por la falta de una lesión de bienes jurídicos.

A su vez, también en la decisión de la pregunta si un comportamiento en realidad tiene un carácter lesivo de bienes jurídicos o, siendo una mera molestia, queda excluido del ámbito de protección del Derecho penal⁶⁹, se le habrá de conceder un margen de discrecionalidad al legislador. Si, por ejemplo, el § 167 del *StGB* (que amenaza con pena las molestias en un funeral), se puede considerar o no como protector de bienes jurídicos, depende de si el hecho de que un individuo pueda participar de funerales en una forma digna forma parte de las condi-

⁶⁷ Véase más detalladamente ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. I, § 2, n° marg. 95 y ss.

⁶⁸ *NJW* 2008, p. 1138.

⁶⁹ FEINBERG en cambio quiere en cierta dimensión, en la obra nombrada en la nota 14, sancionar también molestias, reconociendo junto al *Harm Principle* un *Offence Principle*.

ciones de una convivencia liberal y pacífica en nuestra sociedad. En tal caso los perjuicios en términos de molestias pueden ser protegidos con los medios del Derecho penal.

Sobre esto quizás se pueda discutir, pero existen buenas razones a favor de ello, de manera que en el reconocimiento conveniente al legislador de un margen de decisión se puede considerar la norma penal del § 167 del *StGB* compatible con el principio de protección de bienes jurídicos. Pero tampoco se puede objetar el hecho de que el legislador ha dejado impune, por ejemplo, el “estorbo en fiestas de cumpleaños”. Precisamente en los tipos que ponen bajo pena un “comportamiento gravemente indecente” los argumentos referidos a bienes jurídicos que cuentan en favor y en contra de la punibilidad serán en efecto importantes en sentido político-criminal⁷⁰, pero sólo raramente podrán justificar la inconstitucionalidad de una norma.

Los defensores de un concepto de bien jurídico crítico de la legislación se dirigen entonces en primer lugar al legislador y formulan postulados político-criminales sin pretender necesariamente en sus propuestas (que dependiendo el caso varían según el autor) que esto goce de poder vinculante a nivel constitucional.

Los defensores de esta concepción lo han puesto de manifiesto muy claramente. Así, SCHÜNEMANN⁷¹ habla de una “directiva normativa”. STERNBERG-LIEBEN dice⁷²: “bien es verdad, que las reglas constitucionales le son impuestas al Parlamento por la Constitución, pero ellas son (...) en muchos casos no jurídicamente exigibles. Por eso son capaces de surtir efectos más bien a modo de exigencias político-criminales dirigidas a un ordenamiento penal estructurado racionalmente”. Y también en mis obras⁷³ se puede leer que los resultados deducidos del concepto de bien jurídico son “en la mayoría de los casos (...) postulados político-criminales, fundados constitucionalmente, que el legisla-

⁷⁰ Un rico material de ideas ofrece la tesis de habilitación de HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005.

⁷¹ SCHÜNEMANN (nota 8), p. 137.

⁷² STERNBERG-LIEBEN (nota 8), p. 79.

⁷³ *Lehrbuch zum Allgemeinen Teil* (nota 12), § 2, n° marg. 94.

dor tiene que tener en cuenta, pero que no lo obligan". Entonces, en este sentido ni siquiera es incorrecto cuando el Tribunal Constitucional por principio insiste en la prevalencia de la decisión legislativa.

Sin embargo, es otro argumento el que resulta válido cuando en una norma penal no se encuentra en absoluto un objeto de protección que resista a una revisión racional. Justamente ése es el caso en los ya mencionados tipos penales, de los que se ha ocupado detalladamente el Tribunal Constitucional (lo que seguramente no fue casual): la homosexualidad entre adultos, la tenencia de narcóticos para el consumo propio y el incesto entre hermanos. El fracaso de todos los intentos de fundamentación, atestiguado por numerosos comentadores, muestra que aquí se ha pasado el límite de la constitucionalidad.

A favor de eso habla también otro punto de vista. Es que la improcedencia de una amenaza penal en estos casos no sólo es defendible apelando a un argumento "consecuencialista", *i.e.*, no sólo se deriva de la circunstancia de que no es evidente que existan consecuencias que lesionen bienes jurídicos ajenos. En los tres casos también hay razones "deontológicas" para la impunidad, *i.e.*, razones "absolutas", independientes de la pregunta por las consecuencias. En efecto, el legislador interviene a través de la sanción en la "zona central del plan de vida privado", que está sustraído para todo caso de la injerencia del Estado⁷⁴.

Precisamente, el Tribunal Constitucional ha sostenido de manera excelente esta teoría de "zona central", por última vez y de manera más eficaz en su sobresaliente sentencia sobre la "vigilancia secreta en gran escala"⁷⁵. Es cierto que en las tres resoluciones citadas el Tribunal Constitucional niega que exista una intervención en tal zona central a través del castigo. Pero incorrectamente: no se puede negar el hecho de que expresiones de la sexualidad humana, que no dañan a nadie en contra de su voluntad, pertenecen al ámbito más estricto del

⁷⁴ GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, 2009, p. 349 y ss., quiere sustentar el principio de la protección de bienes jurídicos solamente sobre esta base. Aunque considero que esto es algo restringido, el autor lo desarrolla de manera excelente.

⁷⁵ BVerfGE 109, ps. 279-391; más detalladamente ROXIN, *FS-Böttcher*, 2007, p. 159 y ss.

plan de vida privado y lo mismo vale para el carácter privadísimo del consumo de drogas.

El punto de partida constitucional para la improcedencia de semejantes normas penales es la prohibición de exceso que se deriva del principio de proporcionalidad. Esta idea ya fue expuesta por STÄCHELIN⁷⁶, y HASSEMER⁷⁷ ha perfeccionado este concepto de manera contundente: “El bien jurídico penal se integra sin más con la prohibición constitucional de exceso. De manera tal que se puede decir que la reconstrucción penal de la prohibición de exceso sin la idea del bien jurídico no sería posible de ninguna manera”⁷⁸. En vista de ello esta idea no requiere aquí de más agregados. Pero sí queda por lamentar el hecho de que el autor citado no ha podido coronar su trabajo, por lo demás sumamente eficaz, a nivel del Tribunal Constitucional, logrando el reconocimiento de su concepción en el caso de incesto. Tuvo que conformarse, en cambio, con un voto especial en disidencia que —no obstante— va a desempeñar un gran rol en la futura discusión de la problemática.

(VII)

¿EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS TAMBIÉN TIENE UN SIGNIFICADO DOGMÁTICO?

Como se indicó antes, en su resolución sobre incesto, al Tribunal Constitucional también le parecieron posibles repercusiones dogmático-penales del principio de protección de bienes jurídicos, pero no se pronunció al respecto. De hecho ya existen notables consecuencias de ese tipo, que aquí sólo pueden tocarse de manera breve. Los trabajos de sistematización en la Parte Especial son reconocidos y no requieren más discusión. Su principio central consiste en la clasificación de los delitos según el bien jurídico respectivamente lesionado (aunque puede que

⁷⁶ STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1998, p. 163 y ss.

⁷⁷ HASSEMER (nota 8), p. 59 y ss. (p. 60).

⁷⁸ Véase también HASSEMER, *FS-Androulakis*, 2003, p. 217 y ss.: “el principio de protección de bienes jurídicos [encajaria] sin dejar juntas en la tradición constitucional de la prohibición de exceso”. Muy parecido también BOTKE, *FS-Lampe*, 2003, p. 217 y ss.

esta clasificación no se haya hecho siempre de manera consecuente y coherente). No puede negarse que el principio de interpretación teleológica “según el bien jurídico protegido” constituye un criterio central de interpretación (aunque no el único), aunque el análisis de los actos lesivos a menudo llevará a limitaciones ulteriores en la interpretación.

No obstante, la potencia dogmática del concepto de bien jurídico consiste sobre todo en su conexión con la teoría de la imputación objetiva. Si la tarea del Derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos, entonces esta protección sólo puede ser conseguida a través de la legislación amenazando con pena la creación de un riesgo ilícito para bienes jurídicos protegidos penalmente y atribuyéndole al autor como un acto típico la realización de tal riesgo. También la no-tipicidad de la participación en la autolesión y auto-puesta en peligro responsable —con sus extensas consecuencias de punibilidad— se basa en la idea de que la tarea del Derecho penal sólo consiste en el impedimento de la lesión de bienes jurídicos ajenos.

Dado que el principio de la imputación objetiva, derivado de la idea de bienes jurídicos, tiene además consecuencias extensas no sólo para la determinación del acto típico, sino también para el consentimiento y consentimiento hipotético, para las causas de justificación y para el tratamiento adecuado de la tentativa inidónea, el rendimiento dogmático de un sistema penal construido sobre la protección de bienes jurídicos es muy alto. Hay que reservarse para una ocasión posterior una explicación más detallada al respecto.

(VIII)

**¿EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS ENCAJA
TAMBIÉN CON LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS
[DER ALLGEMEINHEIT]?**

Habrà que contestar afirmativamente esta cuestión, como últimamente han confirmado de manera notable los trabajos de WOHLERS⁷⁹,

⁷⁹ WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts - zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte*, 2000.

HEFENDEHL⁸⁰ y ANASTASOPOULOU⁸¹. Una administración de justicia que funciona, un cuerpo de funcionarios libre de corrupción y cohecho, una moneda intacta, un sistema fiscal justo y un medio ambiente incólume, tienen un significado esencial para las posibilidades de desarrollo del individuo en una sociedad, y por eso no van en absoluto en contra de un concepto de bien jurídico personal. Lo confirmará cualquiera que haya echado un vistazo a otros países en los que estos bienes jurídicos no son protegidos lo suficientemente.

Sin embargo, las peculiaridades de estos bienes jurídicos requieren de un análisis que recién en los últimos diez años ha comenzado a intensificarse y que en esta exposición general no puede abordarse en detalle. Aquí sólo me permitiré la pregunta de si en la búsqueda de “peculiaridades” no se exagera un poco. Tengo dudas acerca de si realmente se necesitan construcciones especiales de bienes jurídicos para los delitos colectivos, como lo postulan WOHLERS y HEFENDEHL al hablar de “delitos cumulativos” y “bienes jurídicos de confianza”.

La construcción de los delitos cumulativos desarrollada primero por KUHLEN⁸² en el ejemplo de la contaminación de aguas (§ 324, *StGB*) se basa en la idea de que aunque una contaminación individual restringida bien puede ser inofensiva, sí sería necesaria la sanción para impedir que todos o muchos actúen de esa manera (caso contrario llevaría a graves daños ecológicos). Esta consideración se puede aplicar a un sinnúmero de delitos relacionados con bienes colectivos, argumentando que actos de corrupción, falsos testimonios, usos de dinero falso, fraudes fiscales, etcétera, no perjudican el funcionamiento del aparato del Estado en la medida en que son aislados, pero que un aumento de tales delitos, esperable para el caso de que no se amenacen con pena, sí podría lograr este efecto.

Sin embargo, esta concepción se expone a la objeción según la cual el autor es castigado por el comportamiento de otros (*ex iniuria ter-*

⁸⁰ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002.

⁸¹ ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, 2005.

⁸² KUHLEN, GA 1986, p. 389 y ss.

tii)⁸³. Una lesión de un bien jurídico, que solamente se da como resultado de la combinación de numerosos actos (que además son hipotéticos e imprecisos en su dimensión) de otras personas, no es suficiente para significar una lesión de un bien jurídico, siendo ella un acto singular. Además, el requisito de efectos cumulativos⁸⁴ realísticamente esperables, impuesto por los defensores de esta teoría, apenas es aplicable a la mayoría de los delitos colectivos. Difícilmente se puede suponer que aquel que paga con un billete falso sólo debería ser castigado según § 147 del *StGB*, si realísticamente es de esperar que muchos otros llevarían adelante una conducta similar.

La solución correcta me parece que consiste en la comprensión de que también en los bienes jurídicos colectivos existe una lesión de bienes jurídicos en cada acto típico (independientemente de lo que hacen los demás). Quien modifica perjudicialmente las cualidades de aguas, daña el medio ambiente; quien, siendo funcionario, se deja corromper, daña el funcionamiento adecuado de la administración pública, etcétera. No es necesario que el ecosistema o la administración del Estado como conjunto (o el sistema monetario o tributario) estén afectados.

La opinión contraria ignora que esto tampoco es tan diferente en los bienes jurídicos individuales. Se castiga una bofetada como lesión física, incluso cuando la condición corporal general de la víctima no se ve menoscabada. Y también existe un perjuicio patrimonial consumado en el sentido del delito de fraude cuando se trata de un monto pequeño e insignificante para el patrimonio global de la víctima.

Por eso le doy la razón a SCHÜNEMANN⁸⁵ quien dice en referencia a los delitos medioambientales, de los que partió la discusión, que “el problema del perjuicio a menudo sólo insignificante de los bienes jurídicos ecológicos” habría sido “innecesariamente exagerado en la dis-

⁸³ Una crítica minuciosa da ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, 2005, ps. 178-194. Más detalles también ya en mi *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. I, § 2, n° marg. 80-83.

⁸⁴ Más detalladamente ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, 2005, p. 183 y ss.

⁸⁵ SCHÜNEMANN (nota 8), p. 153.

cusión hasta ahora, dado que siempre ha sido conocido en la criminalidad patrimonial, pero nunca se lo ha tomado como motivo para dudar de la protección penal del patrimonio. En este caso se trata más bien de un caso totalmente normal de delincuencia menor, para cuya solución por consiguiente es posible remitirse a los conceptos generales”.

Algo semejante vale para el *constructo* de los “bienes jurídicos de confianza” desarrollado por HEFENDEHL⁸⁶. Según este enfoque, para el caso, por ejemplo, de los delitos de falsificación de dinero y de los delitos cometidos por funcionarios públicos, la confianza en la seguridad del dinero y en la incorruptibilidad del funcionario debería ser un componente central del bien jurídico protegido⁸⁷. Pero tal menoscabo de la confianza probablemente no se podrá verificar en el caso concreto. Ante el perjuicio real de las operaciones monetarias y de la acción administrativa, este menoscabo de la confianza no es necesario para la declaración de una lesión de bienes jurídicos y otro tanto vale para la construcción de la categoría de delitos cumulativos.

El hecho de que la lesión de bienes jurídicos deba ser trasladada en gran parte a la psique del ciudadano (como una pérdida de confianza), descontando el procedimiento de perjuicio real, también es una idea extraña. ANASTASOPOULOU indica de manera precisa⁸⁸: “En primer lugar, el Derecho penal no protege (...) estados de ánimo psíquicos de los sujetos de derecho. El fundamento de la existencia personal no es la confianza en determinadas conexiones de funcionamiento, sino su funcionamiento mismo”. Además, HASSEMER⁸⁹ opina fundadamente, que la “confianza”, al igual que la “paz jurídica”, se encontraría en “un nivel demasiado alto, demasiado abstracto, que no podría ser objeto de la protección penal”.

⁸⁶ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, ps. 124 y ss., 255 y ss.

⁸⁷ Acerca de la crítica ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, 2005, p. 177 y s.; AMELUNG (nota 8), p. 172; mi *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. I, § 2, n.º marg. 84/85.

⁸⁸ ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, 2005, p. 178.

⁸⁹ HASSEMER (nota 8), p. 300.

(IX)

**¿EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS
PUEDE RESOLVER LA PROBLEMÁTICA DE LOS DELITOS
DE PELIGRO ABSTRACTO?**

No obstante, en los delitos de peligro, la eficiencia del principio de protección de bienes jurídicos llega a sus límites. Sin embargo, el concepto de bien jurídico conserva su valor. Puede mostrar que la punición, por ejemplo, de la mera preparación de la estafa de seguros (§ 265, *StGB*) no se puede justificar reemplazando el bien jurídico del patrimonio de las diferentes compañías de seguros con el “bien jurídico ficticio” de la eficiencia del sector asegurador y declarando a este último como abstractamente puesto en peligro a través de tales actos preparativos. Sin embargo, el concepto de bien jurídico como tal no impide que el legislador proteja bienes jurídicos en fases tempranas del peligro, en la medida que la relación con el bien jurídico sea reconocible de manera suficientemente clara.

Por eso, en las muy diferentes estructuras de los delitos de peligro abstracto tienen que ser desarrollados criterios independientes acerca de la limitación de la punición, como también lo han realizado con cierto éxito las monografías de ZIESCHANG⁹⁰, WOHLERS⁹¹, HEFENDEHL⁹² y ANASTASOPOULOU⁹³. Esto no puede ser investigado más detalladamente en esta exposición de problemas limitada al debate de bienes jurídicos, especialmente porque los diferentes autores tampoco están de acuerdo en todos los puntos y porque aún está pendiente una recepción acabada de sus resultados por parte de la dogmática penal.

No obstante, algunas cosas pueden considerarse firmes. Así, difícilmente se puede negar la legitimidad de los “delitos de peligro concreto” (ejemplo paradigmático: conducir en estado de ebriedad, § 316, *StGB*), desarrollados por ZIESCHANG a continuación de su profesor

⁹⁰ ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, 1998.

⁹¹ WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts - zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte*, 2000.

⁹² HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002.

⁹³ ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, 2005.

HIRSCH⁹⁴, mientras que una penalización de meras preparaciones de delitos, ejercida bajo el manto del peligro abstracto, requiere una evaluación muy diferenciada, para la que, por ejemplo, los “criterios de imputación justa” [*Kriterien fairer Zurechnung*]⁹⁵, desarrollados por VON HIRSCH y WOHLERS, contienen pautas que deberían ser ulteriormente exploradas y seguidas.

Se demuestra entonces que WOHLERS y HEFENDEHL tienen razón al insistir una y otra vez que el concepto de bien jurídico no es suficiente en todos los casos para la legitimación de normas penales, agregando que se tienen que desarrollar limitaciones de penalización adicionales relativas a “estructuras delictuales” especiales (delitos de preparación y de peligro). Esto no relativiza el rendimiento del principio de bien jurídico, pero sí muestra su necesidad de complemento apelando a aspectos estructurales-delictuales.

(X)

¿SE PUEDE REEMPLAZAR EL REQUISITO DE LA LESIÓN DE BIENES JURÍDICOS POR LOS CRITERIOS DE LESIÓN DE DERECHOS O INTERESES?

Una opinión⁹⁶ común que todavía persiste quiere reemplazar la “lesión de bienes jurídicos” como requisito del comportamiento punible por la necesidad de la lesión de un derecho subjetivo. Como es sabido, esta opinión se remonta a FEUERBACH⁹⁷ y se basa en el hecho de ser más liberal que la teoría de bien jurídico⁹⁸. De hecho, cuando BIRN-

⁹⁴ HIRSCH, *FS-Arthur Kaufmann*, 1993, p. 545 y ss.

⁹⁵ VON HIRSCH - WOHLERS (nota 8), p. 200 y ss.

⁹⁶ Su defensor más decidido es NAUCKE, véase, por ejemplo, *KritV* 1993, p. 135 y ss. (137).

⁹⁷ Acerca de la teoría de lesión de derechos de FEUERBACH véase AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, § 3, p. 28 y ss.

⁹⁸ Un análisis detallado de ello en GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrechtstheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, 2009, p. 303 y ss.; además STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1998, p. 45 y ss.; HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, p. 70 y ss.

BAUM⁹⁹ contrapuso el concepto de bien jurídico a la teoría de lesión de derechos de FEUERBACH, lo hizo entre otras cosas para poder concebir la blasfemia, el incesto y otras infracciones morales (que difícilmente se pueden interpretar como lesión de derechos subjetivos) como tipos penales¹⁰⁰.

Sin embargo, la cuestión no depende de este punto, porque, como se expuso al principio, el concepto de bien jurídico moderno ya no recurre a BIRNBAUM y al desarrollo siguiente dogmático-histórico, sino al "concepto del contrato social bajo la idea directriz de la posibilidad del libre desarrollo del individuo asegurada por el Estado"¹⁰¹. De acuerdo a este punto de vista, las infracciones morales y religiosas en todo caso no constituyen lesiones de bienes jurídicos.

Tendencialmente las dos concepciones van en la misma línea en cuanto a los límites de la punición. Pero se tiene que reconocer que el concepto de lesión de bienes jurídicos en su versión moderna concibe mejor el requisito mínimo central de la punición legal que el que recurre a la necesidad de la lesión de un derecho subjetivo. Esto en virtud de que la pregunta por la lesión de un derecho subjetivo a menudo no ayuda. Retomando un ejemplo anteriormente discutido: se puede debatir durante mucho tiempo sobre si existe un derecho subjetivo a la celebración de funerales sin molestias (§ 167a, *StGB*). Pero esto tampoco es un problema sensato. El legislador no se podrá basar en esto, sino que tendrá que referirse a la pregunta sobre si la garantía de funerales dignos es un requisito de la convivencia pacífica y libre de acuerdo a la Constitución.

El concepto del derecho subjetivo también es, por un lado, preocupantemente vago y, por otro, demasiado limitado como para incluir todos los comportamientos que merecen una pena. Así, le extraña a HÖRNLE¹⁰²

⁹⁹ BIRNBAUM, *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge (Nueva Serie), 1834, t. 15, p. 149 y ss.

¹⁰⁰ Más detalladamente AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, § 3, p. 43 y ss.; SCHÜNEMANN (nota 8), p. 140, con resultados de interpretación no del todo idénticos.

¹⁰¹ Así la formulación en SCHÜNEMANN (nota 8), p. 141.

¹⁰² HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, p. 71, nota 304.

que FEUERBACH quiera sancionar la blasfemia como lesión de derechos, a saber, como ataque contra el honor de la iglesia. Los defensores de esta teoría nunca han resuelto según cuales normas se tienen que determinar los derechos subjetivos, sobre todo en los bienes jurídicos colectivos [*Rechtsgüter der Allgemeinheit*]. Además, por ejemplo, los delitos de peligro abstracto y delitos de preparación no se pueden concebir como lesión de derechos subjetivos. Por supuesto, los defensores de esta opinión ven esto precisamente como una ventaja fundamental de su teoría. Querer eliminar estos delitos completamente del Derecho penal, en vez de someterlos a un tratamiento que diferencia según las estructuras delictuales, es una pura utopía y además tampoco es deseable.

Cabe agregar que el legislador tiene que poder crear nuevas normas penales cuando “nuevas condiciones de la coexistencia humana vuelven vulnerables ulteriores condiciones de vida de los seres humanos”¹⁰³. El perseverar en los derechos subjetivos que siempre han existido no posibilita ninguna reacción al cambio de las condiciones de vida.

Finalmente hay que tener en cuenta que el crimen no se puede comprender correctamente si sólo se ve en ello una lesión de un derecho. El ladrón no puede usurpar el “derecho” del despojado en su patrimonio. Pero sí puede lesionar la potestad dispositiva del propietario y con ello el bien jurídico real encarnado en la propiedad. Del mismo modo el asesino no le quita a su víctima el derecho a la vida, sino la vida misma¹⁰⁴.

Con el concepto de delito como lesión de intereses pasa algo parecido a lo que ocurre con la teoría de la lesión de derechos. Aquí se puede hablar de una variante de la teoría del bien jurídico, porque algunos de sus defensores interpretan la lesión de bienes jurídicos como una lesión de intereses. Incluso HASSEMER, el precursor del concepto personal de bienes jurídicos, define el bien jurídico como un “interés humano que necesita protección penal”¹⁰⁵. También HÖRNLE (para quien una

¹⁰³ STACHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1998, p. 46.

¹⁰⁴ Ya lo reconoció BIRNBAUM; véase AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, § 3, p. 44.

¹⁰⁵ HASSEMER - NEUMANN, *Nomos-Kommentar* (nota 6), antes de § 1, n° marg. 144.

“comprensión personal del bien jurídico (...)” indica la dirección correcta”¹⁰⁶) aboga —siguiendo a K. A. PAPAGEORGIOU¹⁰⁷— por considerar los “intereses de seguridad” como aquello que tiene que ser “protegido con medios penales”¹⁰⁸.

Pero —mi venerado amigo HASSEMER me perdone esta crítica— el referirse a un interés “que merece protección” no deja entrever cuáles intereses merecen protección y en virtud de qué razones. Precisamente esto es decisivo para un concepto de bien jurídico crítico de la legislación. Y el concepto del “interés de seguridad” bien concibe un aspecto importante, pero sin embargo es demasiado incompleto, porque el interés en el libre desarrollo de la personalidad tiene el mismo rango bajo el gobierno de la Constitución. Además, con la categoría de protección de intereses de seguridad difícilmente se pueden captar muchos bienes jurídicos ya reconocidos. Este tipo de problemas se muestra, por ejemplo, cuando, por caso, HÖRNLE¹⁰⁹ sostiene que las cuestiones relativas a la moneda [*Währungswesen*] serían imprescindibles para “los intereses de seguridad de cada particular”. Frente a esto cabe sostener que los casos en que se menoscaba o afecta la moneda, o en el caso de un pago con dinero falso, es mucho más indicado considerar como perjudicadas las posibilidades de desarrollo de la personalidad que la seguridad personal.

Además, el criterio de la lesión de intereses al igual que el de la lesión de derechos no es un objeto de punición adecuado, porque no se puede lesionar el interés, sino solamente el bien al que se dirige¹¹⁰. Cuando alguien me pega, obviamente mi interés en mi integridad corporal sigue existiendo. En último término la teoría de lesión de derechos y la teoría de lesión de intereses tienen como déficit el no tener en cuenta que los objetos de protección del Derecho penal no representan

¹⁰⁶ HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, p. 68.

¹⁰⁷ K. A. PAPAGEORGIOU, *Schaden und Strafe*, 1994.

¹⁰⁸ HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, p. 78.

¹⁰⁹ HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, p. 87.

¹¹⁰ Acercando, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 30.

nada ideal, sino algo real, por lo que además se sigue que también el llamado concepto de bien jurídico ideal tiene que ser rechazado¹¹¹.

(XI)

**¿SE PUEDEN DEFENDER OPINIONES QUE RECHAZAN
TOTALMENTE EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO?**

Es necesario echar un vistazo a aquellas teorías que rechazan el principio de protección de bienes jurídicos pero basándose en una perspectiva diferente. En la discusión actual hay dos de ellas.

**a — La reducción del Derecho penal a los delitos
de comportamiento**

STRATENWERTH¹¹² ha desarrollado la tesis según la cual “no la lesión de determinados bienes jurídicos, sino solamente el desacato de normas de comportamiento fundamentales relativas al consenso básico o fundamental de una sociedad [tendría cabida] como razón para la punición”¹¹³. No existirían “otros delitos que no fueran delitos de comportamiento”. Dependería de la “norma de comportamiento como parte del consenso básico normativo, en el que se constituye la nación (...) como tal”¹¹⁴. Lo que decide sobre la cuestión es: “La posición fundamental reconocida socialmente y por el legislador (...) de querer mantener una determinada norma o por otra parte de simplemente no querer un comportamiento”¹¹⁵.

Esto puede, sin embargo, objetarse¹¹⁶. Primero, justamente en comportamientos cuyo merecimiento de pena es controvertido, no existe

¹¹¹ Más detalladamente ROXIN, *Lehrbuch zum Allgemeinen Teil* (nota 12), § 2, n° marg. 66 y s. siguiendo a AMELUNG (nota 8), p. 167.

¹¹² STRATENWERTH (nota 8), p. 255 y ss., 299 y s.

¹¹³ Así el resumen acertado en HEFENDEHL (nota 8), p. 286.

¹¹⁴ STRATENWERTH (nota 8), ps. 257, 256.

¹¹⁵ STRATENWERTH (nota 8), p. 300.

¹¹⁶ Véase ya mi discusión con STRATENWERTH (nota 5), p. 147 y s., y en mi manual sobre la Parte General, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. I, § 2, n° marg. 117 y ss.

un “consenso básico” en una sociedad multicultural y liberal, sino solamente un sinnúmero de opiniones diferentes, de las que no se puede deducir un resultado claro. Eso lo muestran precisamente casos actuales como el incesto entre hermanos o la generación a pedido de lesiones sadomasoquistas. Soluciones justificadas racionalmente aquí sólo se pueden lograr con ayuda del principio de protección de bienes jurídicos, que milita en ambos casos en favor de una impunidad (como ahora también ha reconocido el BGH para el último caso)¹¹⁷.

Hay que darle entonces la razón a STRATENWERTH cuando dice¹¹⁸ “que queremos vivir en un Estado en el que las personas no sean perseguidas y discriminadas por su credo religioso o su pertenencia étnica”. Pero la razón para la punibilidad de tal persecución y discriminación no consiste en un “querer” indiscriminado no susceptible de ser fundamentado en base a razones ulteriores, sino en el hecho de que las persecuciones religiosas y las discriminaciones étnicas constituyen lesiones graves de bienes jurídicos porque infringen las reglas fundamentales de una convivencia pacífica y liberal.

Precisamente ha ocurrido frecuentemente en la historia, y no es raro que tenga lugar hoy en países supuestamente democráticos, que los miembros de confesiones religiosas divergentes o minorías étnicas sean sometidos a normas penales discriminatorias en base a una “convicción popular” (fácilmente manipulable). Solamente el principio de protección de bienes jurídicos puede explicar la falta de legitimación jurídica de semejantes decisiones¹¹⁹.

Por eso tampoco sigo a HEFENDEHL¹²⁰, cuando considera que en principio una lesión de bienes jurídicos es requisito para la punibilidad, pero quiere hacer una excepción para el caso de la “violación a concepciones de valor y conducta homogéneos arraigados en la sociedad aun-

¹¹⁷ BGHSt. 49, p. 166.

¹¹⁸ STRATENWERTH (nota 8), p. 256.

¹¹⁹ Contra una “excitación indignada” del público como razón para sancionar correctamente también WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts - zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte*, 2000, p. 269 y ss.

¹²⁰ HEFENDEHL (nota 8), p. 128.

que no haya daño". Puede que de vez en cuando, aunque rara vez, todavía existan semejantes conceptos homogéneos. Como sea, en el caso de ausencia de daño no existe una razón para penar a quienes se desvían.

Sin embargo, STRATENWERTH tiene razón en el sentido de que a menudo la decisión sobre si amenazar algo con pena no depende del "querer" de la población total, sino más bien de la mayoría parlamentaria. Así, fundamentó también su tesis "mediante el ejemplo de la corrupción en forma de ayudas monetarias posteriores y de la 'gratificación' [*Anfüttern*]* y corrupción de titulares de cargos extranjeros". Sin embargo, la aseguración de condiciones de competencia transparente y justa resulta un elemento de una vida económica liberal y por ello sí tiene un carácter protector de bienes jurídicos. Empero, dado que el legislador tiene, como se dijo antes (VI), un espacio de movimiento considerable al momento de evaluar, aquí hay diferentes soluciones posibles. Pero esto no cambia nada el hecho de que sea necesaria una lesión de bienes jurídicos como requisito mínimo para la punibilidad.

***b — ¿Daño a la validez de la norma en vez
de lesión de bienes jurídicos?***

Según la opinión de JAKOBS¹²¹, el Derecho penal no protege bienes jurídicos sino la validez de la norma. El delincuente refuta la norma y la pena tiene el significado "de que la afirmación del autor sería irrelevante y la norma seguiría vigente de manera inalterada"¹²². "Bajo este punto de vista el fin de la pena siempre está logrado con la ejecución de la pena. La configuración de la sociedad resulta confirmada"¹²³.

Pero esta construcción, que conjuga premisas sistemático-teóricas, la concepción de la pena de HEGEL, y consideraciones sobre la preven-

* [*N. de la T.*]: No existe equivalente directo en castellano para este término. Se refiere al intento de cohecho, corrupción o soborno de un funcionario a quien por un tiempo prolongado se le hacen llegar pequeños regalos, atenciones, etcétera, sin que sea explícito que se pretende una contraprestación correlativa.

¹²¹ JAKOBS, *FS-Saito*, 2003, p. 17 y ss.

¹²² JAKOBS, *GS-Hung*, 2003, p. 42.

¹²³ JAKOBS, *FS-Saito*, 2003, p. 34.

ción general positiva, sólo de manera aparente elimina el concepto de bien jurídico¹²⁴. En efecto, mantener la validez de la norma sólo por ella misma no puede ser el fin de la pena. Más bien, este mantenimiento tiene que servir para la preservación de los bienes jurídicos protegidos por la norma.

Entretanto, JAKOBS mismo lo ha reconocido¹²⁵ cuando advierte que no sería suficiente imputarle su acto a un autor como su falta, sino que esta certeza normativa solamente podría orientar el comportamiento si viene “cognitivamente acompañada”, *i.e.*, no debería ser “demasiado probable que cuando alguien ejerce sus derechos corra el riesgo de convertirse en víctima de un crimen”. Pero si, según ello, el Derecho penal no sólo debe confirmar la validez de la norma, sino también debe garantizar seguridad, entonces ejerce protección de bienes jurídicos, como también JAKOBS consecuentemente tendría que reconocer.

(XII)

¿UN DERECHO PENAL MODERNO TIENE QUE CRUZAR LOS LÍMITES DEL PRINCIPIO PERSONAL DE PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS?

Según mi opinión, esto es necesario en dos formas y es legitimado por la Constitución¹²⁶.

a — La protección de los medios de subsistencia de generaciones futuras

Será necesario asegurar la posibilidad de vida de futuras generaciones a través del mantenimiento del medio ambiente —de ser necesario también con los medios del Derecho penal—¹²⁷. Puede que en muchos ámbitos la destrucción del clima y el envenenamiento de agua

¹²⁴ Véase ya mi discusión con JAKOBS (nota 5), p. 148 y ss., y en mi *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. I, § 2, n° marg. 109 y ss.

¹²⁵ JAKOBS, *Staatliche Strafe; Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 28 y s.

¹²⁶ Véase ya mi *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. I, § 2, n° marg. 51 y ss.

¹²⁷ Véase ya mi *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. I, § 2, n° marg. 57 y ss.

y tierra no afecte de forma determinante a la generación actual e incluso incrementa su bienestar al agotar los recursos naturales de la tierra (por ejemplo, al talar los bosques, vaciar los mares pescando). Pero visto a largo plazo puede que la tierra se convierta en inhabitable o que la posibilidad de desarrollo de generaciones futuras sea notablemente perjudicada.

Hoy en día, esta comprensión es un patrimonio común y sus consecuencias penales tampoco han pasado desapercibidas del todo. Ya en 1993 STRATENWERTH exigió de manera enfática la “aseguración del futuro con medios del Derecho penal”¹²⁸, y SCHÜNEMANN declara la protección del futuro humano orientada ecológicamente como una tarea principal del Derecho penal¹²⁹.

Sin embargo, en sus posiciones frente a la teoría de bien jurídico los dos autores toman caminos diferentes. Mientras que STRATENWERTH quiere prescindir totalmente del concepto de bien jurídico y aboga en favor de normas de conducta referidas al futuro “sin referencia a intereses de las personas”¹³⁰, SCHÜNEMANN quiere extender el contrato social a generaciones futuras y convertir la obligación de la preservación del medio ambiente en una “norma fundamental universal”¹³¹.

Me parece que la solución de SCHÜNEMANN satisface mejor las exigencias de las circunstancias, pues en la construcción del contrato social no se trata de un contrato real, sino de un modelo de pensamiento fundado teórico-constitucionalmente. Dado que la Constitución dice expresamente (art. 20): “El Estado protege los medios naturales de subsistencia también con responsabilidad frente a generaciones futuras...”, constitucionalmente es realmente necesario extender la protección de bienes jurídicos a generaciones futuras. Puesto que incuestionablemente aquí también se trata de la protección de bienes jurídicos

¹²⁸ STRATENWERTH, *ZStW* 105 (1993), p. 679 y ss.

¹²⁹ SCHÜNEMANN, en *Das Menschenbild im weltweiten Wandel der Grundrechte*, SCHÜNEMANN - MÜLLER - PHILIPPS (eds.), 2002, p. 3 y ss.

¹³⁰ STRATENWERTH, *ZStW* 105 (1993), p. 692.

¹³¹ SCHÜNEMANN, en *Das Menschenbild im weltweiten Wandel der Grundrechte*, SCHÜNEMANN - MÜLLER - PHILIPPS (eds.), 2002, ps. 15, 12.

cos y puesto que en el concepto de bien jurídico no está necesariamente instalado a nivel conceptual una limitación a la generación actualmente viva, aquí no se trata de una renuncia, sino de una ampliación de este concepto, que en su legitimidad pertinente difícilmente es discutible.

b — La protección de la diversidad de especies

Se llega a un terreno más difícil cuando uno considera también, como yo lo considero correcto, la preservación de la información genética de las diversas especies (de los animales y plantas, incluidas determinadas reservas ecológicas) como una posible tarea del Derecho penal. Indudablemente la preservación de la naturaleza a menudo está relacionada con necesidades de vida humanas, porque contribuye fundamentalmente al enriquecimiento de nuestra existencia. Un mundo, en el que la mayoría de los animales y plantas están exterminados al servicio de la expansión industrial, ofrecería una cualidad de vida considerablemente disminuida. En este sentido, muchas medidas de protección de la naturaleza —también con la intervención del Derecho penal— todavía se pueden conciliar con un concepto personal de bien jurídico.

Pero siguen existiendo casos en los que la conservación de determinadas especies de animales o plantas ya no se puede explicar alegando necesidades humanas, sino solamente con el fin de la conservación de la naturaleza por sí misma. Si se trata de mantener las condiciones de vida de una rara especie de murciélagos o sapos, una especie de plantas que no es de utilidad para los seres humanos o un biotopo —todo ello son fines para los que nuestros protectores de la naturaleza eventualmente luchan apasionadamente—, entonces hay que admitir que las condiciones humanas de vida no son afectadas considerablemente por la conservación o destrucción de tales ámbitos naturales, en los que la mayoría apenas se fija. Como es sabido, también la protección de animales, sobre todo la punibilidad del maltrato de animales (§ 17 de la Ley de Protección Animal), le fue reprochado al concepto de bien jurídico desde siempre como un cuerpo extraño no integrable y ha sido usado para su refutación.

No obstante, creo que también en este aspecto una ampliación del principio de protección de bienes jurídicos es pertinente. Esto en vir-

tud de que el ser humano es el rey de la creación en el sentido de único ser vivo que puede asegurar y destruir su perpetuación. De ello surge una responsabilidad especial: sólo el ser humano puede mantener la variedad de la naturaleza. La cosa es un poco diferente en el caso de la protección de animales en sentido estricto, es decir, en la punibilidad del maltrato de animales. Aquí, la ampliación del concepto de bien jurídico a la sensación de dolor de los animales se explica en virtud de una solidaridad entre criaturas. Se puede tener compasión con animales maltratados en la misma medida que con seres humanos. Por eso la ley sobre la protección de animales hablaba antes de los animales de cierta complejidad como "hermanos ajenos", para de esta manera incluirlos en la protección de bienes jurídicos.

Luego de que el legislador constitucional también se haya declarado expresamente en favor de que el Estado proteja "también (...) los animales" (art. 20a, GG), me parece que la ampliación del concepto de bien jurídico a la naturaleza y sus formas de manifestación también está justificada por el enfoque constitucional. Desde luego eso no significa que las intervenciones en la naturaleza deberían sin excepción estar amenazadas con pena. Pues, como en casi todos los bienes jurídicos, si y hasta qué punto poner bajo pena intervenciones en la fauna y flora o en el ecosistema, depende de la discrecionalidad del legislador, la que depende a su vez de múltiples ponderaciones. Pero si le parece necesario, el concepto de bien jurídico, en la forma ampliada aquí propuesta, no significa un obstáculo. Por supuesto, las amenazas penales serán la excepción en este ámbito, puesto que normalmente las normas administrativas y multas serán sanciones suficientes.

c — ¿Las dos ampliaciones propuestas del concepto de bien jurídico desacreditan el concepto global que limita el Derecho penal a la protección de bienes jurídicos?

Se podría defender la opinión de que se abandona el principio en conjunto si se permitiera, con respecto a las dos alternativas expuestas, la aplicación del Derecho penal para proteger cuestiones que no afectan las condiciones de existencia y desarrollo individuales. Pues, si se admiten dos excepciones, entonces no habría ninguna razón para rechazar una autorización ulterior de penalizaciones en otros casos.

Sin embargo, esta conclusión sería falsa por cuatro razones.

1. En la destrucción de los medios de subsistencia de generaciones futuras tanto como en la exterminación de animales y plantas o en el daño persistente de elementos de la naturaleza hay un daño efectivo y grave, mientras que los comportamientos que el concepto de bien jurídico excluye del alcance del Derecho penal precisamente carecen de una lesión a terceros. Se trata, pues, de casos cualitativamente diferentes.
2. Los dos bienes jurídicos mencionados (medios de subsistencia de generaciones futuras y diversidad de especies) tienen relaciones estrechas con los intereses y necesidades de los seres humanos actuales, aun cuando su daño no perjudica sus condiciones de vida.
3. Los dos objetos de protección tienen una base explícita en la Constitución (teniendo que entender la protección de los animales como *pars pro toto* de una protección general de la naturaleza que nos está encomendada). Lo que recibe protección constitucional puede ser protegido, como un bien especialmente valioso, también con los medios del Derecho penal —como *ultima ratio*—. En cambio, los comportamientos que son excluidos del Derecho penal por el concepto de bien jurídico, precisamente, *no* son objetos de protección autorizados por razones teórico-constitucionales.
4. La inclusión de los objetos de protección mencionados en un concepto ampliado de bien jurídico resulta necesario y lícito, porque se basa en los desarrollos de las últimas décadas, que recién ahora han entrado totalmente en el campo visual de la humanidad. El Derecho penal no debe ignorar el cambio de la situación mundial, sino que tiene que integrarlo en sus conceptos.

Todas estas consideraciones dan una posición privilegiada a las dos excepciones (mejor dicho: ampliaciones del concepto de bien jurídico) que aquí sostengo, que evita una desintegración de la concepción.

Con eso llego al final de mi estudio. No ha sido mi propósito decir una palabra concluyente. Más bien quería examinar los numerosos pro-

blemas actuales de la teoría de bien jurídico en una especie de balance provisional desde mi punto de vista actual y quería mostrar dónde hoy en día son posibles algunos acuerdos y dónde hay que seguir discutiendo. Todavía se requerirán muchas aclaraciones. En ello habrá de tallar de manera decisiva WINFRIED HASSEMER, quien ha marcado la teoría de bien jurídico en puntos importantes y a quien le dedico este artículo con felicitaciones por su cumpleaños número setenta.

*El concepto de bien jurídico
como instrumento de crítica
legislativa sometido a examen **

* Título original: «Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand» (manuscrito). El texto constituye una versión ampliada de la conferencia dictada por el autor el 20/6/12 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Traducción de **MANUEL CANCIO MELIÁ**, en «Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología» (en línea), 2013, nº 15-01

(I)

INTRODUCCIÓN

Desde hace más o menos diez años, la cuestión de si es posible poner límites al poder punitivo del Estado limitándolo a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos vuelve a ser objeto de una viva discusión en Alemania¹. HEFENDEHL² ha registrado la reciente evolución habida hasta el año 2006. Después, el debate ha adquirido aún mayor relevancia por el hecho de que el Tribunal Constitucional Federal³ afirmó en el año 2008 que del principio del bien jurídico no cabe deducir límites para la facultad de criminalización del legislador. En 2010⁴ tomé posición ampliamente sobre la reciente evolución del debate sobre el bien jurídico, insistiendo en que ha de mantenerse la función crítica de la legislación para el pensamiento del bien jurídico.

¹ Un impulso importante para ello estuvo en una conferencia celebrada en el año 2002 sobre "La teoría del bien jurídico", cuyas ponencias y discusiones se publicaron en una obra colectiva editada en 2003 por HEFENDEHL - VON HIRSCH - WOHLERS. Este tomo se publicó también, ampliado, en 2007 en España. La discusión continuó en el año 2004, y las ponencias y las discusiones de ese segundo encuentro han sido publicadas por VON HIRSCH - SEELMANN - WOHLERS bajo el título *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien der Strafbegründung*.

² HEFENDEHL, *GA* 2007, p. 1 y ss.

³ BVerfGE 120, p. 224 y ss.

⁴ ROXIN, *FS-Hassemer*, p. 573 y ss.

También en el extranjero, la cuestión de si el cometido del Derecho penal puede determinarse a través de la protección de bienes jurídicos encuentra gran interés y un eco en el que intervienen muchas voces distintas. Así, por ejemplo, escribe BACIGALUPO⁵ que en Italia y España “se atribuye al bien jurídico una función de legitimación decisiva”. Esta afirmación se ve confirmada por el hecho de que entre los escritos dedicados a mi persona en el año 2011, ROMANO⁶, POLAINO NAVARRETE⁷ y GIMBERNAT⁸ se han ocupado de la función del bien jurídico en Derecho penal. También en Grecia la cuestión se discute ampliamente. Mientras ANDROULAKIS⁹ niega al principio de la protección de bienes jurídicos toda fuerza limitadora de la punibilidad, KAIAFA-GBANDI¹⁰ opina que “la teoría de la ciencia del Derecho penal alemana acerca del bien jurídico como elemento esencial que no sólo fundamenta la punibilidad, sino, sobre todo, la limita, constituye (...) uno de sus legados más importantes para la cultura jurídica europea”.

Es cierto que el concepto de bien jurídico es irrelevante, por ejemplo, en Francia o los Estados Unidos de América. Sin embargo, el penalista norteamericano DUBBER¹¹ subraya, al menos, que sería “positivo que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia en los Estados Unidos se refirieran a un concepto de bien jurídico sistemáticamente unitario”. Por otra parte, el *harm principle*¹², desarrollado en el Derecho

⁵ BACIGALUPO, *FS-Jakobs*, 2007, p. 1 y ss.

⁶ ROMANO, “Scientia Universalis”, en *FS-Roxin*, 2011, p. 155 y ss.

⁷ POLAINO NAVARRETE, en *FS-Roxin*, 2011, p. 169 y ss.

⁸ GIMBERNAT, “Festgabe für Claus Roxin zum 80. Geburtstag”, *GA* 2011, p. 284 y siguientes.

⁹ ANDROULAKIS, *FS-Hassemer*, 2010, p. 271, haciendo referencia a MANOLEDAKIS en cuanto representante del “pretendido concepto de bien jurídico de función crítica” (p. 272, n.º 3).

¹⁰ KAIAFA-GBANDI, en *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, ESER - HASSEMER - BURKHARDT (eds.), 2000, p. 261 y ss. (263).

¹¹ DUBBER, *ZStW* 117 (2005), p. 485 y ss. (516/517).

¹² Más en detalle ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, § 2, n.º marg. 123 y ss.

penal angloamericano —esto es, la limitación de la sanción jurídico-penal a modalidades de comportamiento que generen un daño— es próximo al principio de protección de bienes jurídicos.

La actualidad del tema y lo extraordinariamente debatido —hoy como ayer— de todas las cuestiones que lo atañen justifican volver de nuevo sobre la cuestión del bien jurídico. En todo caso, como es natural, no es mi deseo reiterar anteriores manifestaciones, por lo que me limitaré en lo esencial a entrar en debate con sugerencias y críticas formuladas sobre todo en la bibliografía más reciente que demandan una toma de posición.

Para ello, me planteo cuatro cuestiones:

1. ¿Tiene el Derecho penal, como cuestión de principio, un cometido de protección (de bienes jurídicos), o sólo ha de confirmar la vigencia de la norma?
2. Si se piensa que el objeto del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, ¿cómo cabe determinar el concepto de bien jurídico de tal modo que ofrezca resultados concretos?
3. ¿Queda refutada la teoría del bien jurídico por la necesidad de infracciones de mera actividad (delitos de protección de sentimientos)?
4. El postulado de que el Derecho penal debe quedar limitado a la protección de bienes jurídicos ¿sólo tiene relevancia político-criminal, o depende de él —al menos en algunos casos— también la constitucionalidad, y, con ello, la validez jurídica de un precepto penal?

(II)

¿TIENE EL DERECHO PENAL COMO FIN LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS O LA CONFIRMACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA NORMA?

El primer presupuesto de un reconocimiento de la función limitadora del Derecho penal del pensamiento de la protección de bienes jurídicos está, como es natural, en que se reconozca que la protección de bie-

nes jurídicos es el cometido del Derecho penal. Ya este punto de partida no es pacífico. JAKOBS¹³ y sus discípulos sostienen la opinión de que el Derecho penal no protege bienes jurídicos, sino la vigencia de la norma. Así, por ejemplo, lo relevante de un homicidio para el Derecho penal no es “la lesión de la carne de la víctima o la extinción de su consciencia, sino la afirmación, contenida de modo concluyente y objetivada en el hecho, de no tener que respetar la integridad física y la consciencia (...) Mediante esa afirmación, se pone en tela de juicio la norma. El delito, por lo tanto, es desafiar a la norma”¹⁴. En consecuencia, no se protege lo que llamamos bien jurídico, esto es, la vida como hecho empírico, sino exclusivamente la prohibición de matar (la vigencia de la norma). “El hecho es lesión de la vigencia de la norma; la pena es su eliminación”¹⁵.

Sin embargo, esta visión se apoya en un normativismo exacerbado. Ciertamente, la pena contribuye a la estabilización de la norma, aunque ello —en contra de JAKOBS— no sea su único fin. Pero la estabilización de la norma no es un fin en sí mismo, sino que está destinada a contribuir a que en el futuro no se produzcan lesiones reales, individuales o sociales (esto es, lesiones de bienes jurídicos). En consecuencia, sirve, en última instancia, a la protección de bienes jurídicos, y carecería de sentido sin ese fin.

También han formulado críticas próximas frente a la concepción de JAKOBS autores españoles. Así, MIR PUIG¹⁶ escribe: “Mientras que el concepto político-criminal de bien jurídico hace depender la legitimidad de una norma penal de que sirva a la protección de valores mere-

¹³ Remitiré tan sólo al artículo de JAKOBS en *FS-Saito*, 2003, p. 780 y ss., que lleva el título “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”; ulteriores referencias a los escritos de JAKOBS se encuentran en mi artículo en *GA* 2011, p. 678 y ss. (688-692).

¹⁴ JAKOBS, “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en *FS-Saito*, 2003, ps. 765/764 (paginación japonesa, inversa).

¹⁵ JAKOBS, “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en *FS-Saito*, 2003, p. 762.

¹⁶ MIR PUIG, *GA* 2003, p. 863 y ss. (866).

cedores de protección, la concepción de Jakobs en cierto modo invierte este punto de partida, y convierte a la norma *per se* en un objeto legítimo de protección: de instrumento, que ha de ser legitimado por su fin, la norma pasa a ser un fin legitimador por sí mismo". Objeta con razón que de este modo se pierde el efecto limitador del pensamiento del bien jurídico.

También un autor tan próximo a JAKOBS como POLAINO NAVARRETE¹⁷ argumenta en el mismo sentido cuando afirma que "el Derecho penal protege bienes jurídicos, para prevenir lesiones de precisamente aquellos bienes jurídicos mediante los cuales confirma la autoridad de la norma en cuanto elemento de la estructura social". "La norma no pretende protegerse a sí misma, sino los bienes y valores en ella contenidos"¹⁸.

El propio JAKOBS, bajo la presión de la crítica, aunque no se haya desvinculado *expressis verbis* de su tesis de que la pena sirve sólo a la confirmación de la norma, sí lo ha hecho materialmente. Ahora subraya¹⁹ que la confirmación de la norma, si se pretende que tenga un efecto "director de la conducta", ha de estar "sustentada cognitivamente"²⁰ y explica esta afirmación abstracta mediante el ejemplo de que nadie "se tranquilizará (...) al pasar de noche por el parque municipal pensando que no está permitido que se le robe o incluso se le mate, por el contrario, partirá —si es que va al parque— también de que es muy probable que no se le trate de ese modo." Esto, sin embargo, significa que el Derecho penal, para poder dirigir la conducta, persigue el fin de evitar lesiones reales de los bienes jurídicos.

Con ello, cabrá archivar la objeción deducida del efecto de estabilización de la norma que emana de la pena en contra de la tarea de la pena y del Derecho penal de proteger bienes jurídicos.

¹⁷ POLAINO NAVARRETE, en *FS-Roxin*, 2011, p. 176.

¹⁸ POLAINO NAVARRETE, en *FS-Roxin*, 2011, p. 181; también SCHEINFELD, en *FS-Roxin*, 2011, p. 183 y ss. (187), llega a la conclusión de que "no ha de reconocerse un bien jurídico-penal de la protección de la norma".

¹⁹ JAKOBS, desde su escrito *Die staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004.

²⁰ JAKOBS, desde su escrito *Die staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 29.

(III)

¿ES POSIBLE UN CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO
QUE OFREZCA RENDIMIENTO PRÁCTICO
EN LA CRÍTICA DE LA LEGISLACIÓN?

a — La caracterización de una concepción del bien jurídico
crítica de la legislación

En mi tratado²¹ se dice al respecto: “La misión del Derecho penal está en asegurar a sus ciudadanos una convivencia libre y pacífica, garantizando todos los derechos establecidos jurídico-constitucionalmente. Si esta misión es denominada, a modo de síntesis, protección de bienes jurídicos, por bienes jurídicos han de entenderse todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad”.

Esta concepción tiene —sin perjuicio de algunas diferenciaciones— desde hace tiempo reputados partidarios, a los que aquí sólo puedo referirme de modo genérico²². Además, también ha encontrado de nuevo decididos promotores en los últimos años, entre los cuales quiero mencionar especialmente a SCHÜNEMANN²³, STEINBERG²⁴, M. HEINRICH²⁵, FRISTER²⁶ y RASPAR²⁷, sobre cuyos desarrollos volveremos después.

La deducción decisiva de tal teoría del bien jurídico, de garantía de la libertad, es que las normas penales son ilegítimas cuando tienen como objeto un comportamiento que no afecte ni al libre desarrollo del in-

²¹ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, § 2, n° marg. 7.

²² Véanse las referencias en mi *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, § 2, n° marg. 7, 8, n. 21, 22.

²³ SCHÜNEMANN, *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien der Strafbegründung*, p. 18 y ss.

²⁴ STEINBERG, *FS-Rüping*, 2008, p. 91 y ss.

²⁵ M. HEINRICH, en *FS-Roxin*, 2011, p. 131 y ss.

²⁶ FRISTER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 2011, Cap. 3, n° marg. 21, 29 y ss.

²⁷ KASPAR, en su escrito de habilitación de inminente publicación, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, 2011.

dividuo ni a sus presupuestos sociales (por ejemplo, una Administración de Justicia y administración íntegras). En este sentido, dice, por ejemplo, también FRISTER²⁸: “Tanto los bienes jurídicos individuales como los bienes jurídicos de la colectividad sirven en última instancia a las posibilidades de desarrollo del individuo”. En su opinión, la diferencia estribaría tan sólo en que la lesión de un bien jurídico individual afecta inmediatamente a la posibilidad de desarrollo de un determinado ser humano, mientras que la lesión de un bien jurídico de la colectividad afecta de modo mediato a las posibilidades de desarrollo de todas las personas”. También FRISTER²⁹ deduce de esto que el espacio de configuración del legislador se encuentra limitado en la medida en que “un comportamiento que no afecte de ningún modo a las posibilidades de desarrollo de otros no debe ser valorado como injusto jurídico-penal”.

b — Tal concepto de bien jurídico ¿es demasiado indeterminado para hacer posible una limitación del Derecho penal?

Una de las objeciones más frecuentes contra un concepto de bien jurídico crítico hacia la legislación apunta a que éste sería demasiado vago, por lo que podría ofrecer un rendimiento limitado. En este sentido, DUBBER³⁰ llega a la conclusión, después de examinar distintos tipos delictivos controvertidos, de que “la teoría del bien jurídico (...) de Roxin (...) en última instancia muestra que carece en gran medida de mordiente”. Aún en el año 2011, STUCKENBERG³¹ escribe: “El *topos* ‘protección de bienes jurídicos’ persigue, ciertamente, un objetivo que es sin duda alguna deseable, el de una política criminal racional y de un Derecho penal liberal y humano, pero no es una concepción científica dotada de potencia analítica, al contrario, es más bien un instrumento para oscurecer las actitudes valorativas que están detrás, a veces difu-

²⁸ FRISTER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 2011, Cap. 3, n.º marg. 21.

²⁹ FRISTER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 2011, Cap. 3, n.º marg. 32.

³⁰ DUBBER, *ZStW* 117 (2005), p. 510.

³¹ STUCKENBERG, *GA* 2011, p. 653 y ss. (657).

sas y más bien sentidas que definidas con precisión". A estas y otras críticas similares hay muchos argumentos que oponer:

1 — La relevancia de la concepción del bien jurídico para la solución de problemas jurídicos actuales

La tesis de que la concepción del bien jurídico carecería de toda relevancia práctica esencial es errónea. Quiero mostrar que esto es así con base en seis ejemplos en los que una legislación o una jurisdicción constitucional (¡no sólo de Alemania!) hubieron de ocuparse del problema de la admisibilidad de una pena criminal, y de los cuales aún hoy cinco siguen en el centro de la discusión.

La controversia más antigua se refiere a la punibilidad de las conductas homosexuales llevadas a cabo por adultos. Éstas se encontraban amenazadas de pena en Alemania hasta el año 1969, el Proyecto de Ley del Gobierno que debía preparar un nuevo Código Penal (*Strafgesetzbuch, StGB*) pretendía mantener la punibilidad, y nuestro Tribunal Constitucional había confirmado la constitucionalidad de la criminalización³². Sin embargo, resulta evidente que tal conducta, si tiene lugar de modo consentido en el ámbito privado, no afecta a la libertad de desarrollo de nadie, no perturbando una convivencia de las personas en libertad de ninguna manera. En consecuencia, un concepto de bien jurídico crítico hacia la legislación conduce al postulado de la impunidad de los comportamientos homosexuales consentidos en personas adultas.

El legislador alemán siguió la tendencia de reforma soportada sobre todo por los redactores de los "proyectos alternativos"³³, y abolió el precepto penal en 1969. Ciertamente, algunos críticos afirman que ello fue debido no al reconocimiento de una concepción del bien jurídico crítica hacia la legislación, sino a un cambio general de las ideas sobre el merecimiento de pena de la homosexualidad. GIMBERNAT rechazó —con base en su propia experiencia, pues vivía en aquel momento en Alema-

³² BVerfGE 6, p. 389 y ss.

³³ En este ámbito alcanzó influencia, ante todo, el Proyecto Alternativo sobre Delitos Sexuales, 1968.

nia— este punto de vista con razón³⁴. Que hoy las ideas hayan cambiado es la consecuencia, y no el presupuesto de la política de reforma de aquel momento. Además, ha de tenerse en cuenta que las convicciones acerca del merecimiento de pena de un comportamiento sólo pueden experimentar cambios más o menos rápidos en aquellos casos en los que en la base de la amenaza de pena no hay un bien jurídico a proteger, sino una mera convicción moral. Tratándose de delitos contra la vida y la integridad corporal, en unas detenciones ilegales o en un hurto sería impensable que hubiera un cambio en las convicciones que condujera a la impunidad, ya que en su base se encuentran bienes jurídicos a cuya protección la sociedad no puede renunciar.

Un segundo ejemplo está en la punibilidad de la posesión de determinadas drogas para el consumo propio³⁵, un caso en el que también está ausente toda afectación de otros y cuya impunidad es demandada por ello por los representantes de un concepto de bien jurídico crítico hacia la legislación. Nuestro Tribunal Constitucional también ha tenido que ocuparse de esta cuestión³⁶, y ha mantenido la punibilidad imponiendo la condición de que se pueda prescindir de la imposición de una pena en casos de poca gravedad. Éste es un paso en la dirección correcta, pero crea una inseguridad jurídica que se hubiera evitado si se hubiera declarado nula la norma. En cambio, la Corte Suprema de la Argentina ha declarado el 25/8/09 la inconstitucionalidad de la prohibición penal del propio consumo³⁷.

Un tercer caso, que también ha ocupado al Tribunal Constitucional, se refiere a la donación de órganos *inter vivos*. De acuerdo con el Derecho alemán en materia de trasplantes³⁸, sólo es admisible entre familiares y personas que se encuentran en una estrecha relación. Por tanto, quien quiera salvar la vida de otra persona, por altruismo —en la mayo-

³⁴ GIMBERNAT, "Festgabe für Claus Roxin zum 80. Geburtstag", GA 2011, p. 286.

³⁵ § 29, párr. 1º, *Betäubungsmittelgesetz* (Ley de Estupefacientes, *BtMG*).

³⁶ BVerfGE 90, p. 145 y ss.

³⁷ Véase al respecto GRECO, en *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?*, HEFENDEHL (ed.), 2010, p. 73 y ss.

³⁸ § 37, párr. 1º, inc. 2º, *Transplantationsgesetz* (Ley de Trasplantes, *TPG*).

ría de los casos, incluso de modo anónimo— no tiene derecho a ello. El médico que extraiga un órgano infringiendo esa prohibición incurre en responsabilidad penal³⁹. Puesto que aquí también se encuentra ausente toda afectación a otro, y la donación del órgano incluso sirve específicamente a fines socialmente útiles, la criminalización carece también aquí de una legitimación a través de la protección de bienes jurídicos.

A pesar de ello, nuestro Tribunal Constitucional⁴⁰ también ha declarado admisible esta norma. En este sentido, argumenta que ciertamente, también la autopuesta en peligro es “ejercicio del derecho fundamental a la libertad”. Pero ello no cambiaría en nada el hecho de que “es un interés legítimo de bien común preservar a las personas frente a que se produzcan a sí mismas un daño personal considerable”.

Ello, sin embargo, es erróneo en su aplicación al caso concreto, y en un doble sentido. Pues por un lado, nadie querrá defender la opinión de que el Estado puede amenazar de pena una conducción de vida que resulta lesiva para la salud. Y, por otro lado, una donación de órgano, si es llevada a cabo después de un cuidadoso examen y asesoramiento médico, no supone un “daño personal considerable”. La expectativa de vida de un ser humano que sólo tiene un riñón no es inferior a la de la media de la población. La decisión del Tribunal, en consecuencia, ha sido generalmente rechazada, y posiblemente conduzca a una reforma legal.

La cuarta constelación en la que la concepción de una protección de bienes jurídicos crítica hacia la legislación se ubica en el centro de la discusión, y que últimamente ha sido la más discutida, se refiere al incesto entre hermanos. Conforme al Derecho alemán, éste se amenaza de pena⁴¹. También aquí—en caso de que los hermanos actúen libres de coacción, de modo consentido y siendo plenamente responsables— está ausente toda afectación de las posibilidades de desarrollo personales, de modo que el principio de la protección de bienes jurídicos demanda la impunidad.

Frente a ello, nuestro Tribunal Constitucional ha afirmado en el año 2008 que la norma penal es “compatible con la Ley Fundamental”,

³⁹ § 19, párr. 1º, *TPG*.

⁴⁰ BVerfGE 120, p. 224 y ss.

⁴¹ § 173, párr. 2º, inc. 2º, *StGB*.

la Constitución alemana⁴². En este caso tomó por primera vez posición respecto de un posible efecto limitador del ordenamiento penal que derive del principio de protección de bienes jurídicos, afirmando al respecto que las facultades legislativas no pueden “ser restringidas invocando los bienes jurídicos”⁴³. En su opinión, los requisitos respecto de los fines que una norma penal persigue “no pueden deducirse de la teoría jurídico-penal del bien jurídico”⁴⁴. Sin embargo, entrando en una peculiar contradicción con lo anterior, el Tribunal luego sí intenta identificar determinados bienes jurídicos protegidos por el precepto penal —la familia, la autonomía sexual y la salud genética—. Puesto que es fácil refutar esas fundamentaciones, la decisión se ha encontrado con un rechazo generalizado⁴⁵.

Un quinto problema, que también resulta altamente explosivo desde el punto de vista de la protección de bienes jurídicos, es el de la negación de hechos históricos que se castiga en determinados casos en ciertos Estados (así, por ejemplo, la negación del Holocausto o de otros genocidios). El § 130, párr. 3º del *StGB* pune la negación o la trivialización de actos de genocidio que se cometieron en la época del nacional-socialismo, cuando ello suceda de tal modo que resulte idóneo para perturbar la paz pública, y de modo público o con ocasión de una reunión. También existe una Decisión Marco de la Unión Europea del año 2007⁴⁶ que exige la punición de la aprobación pública, la negación o la trivialización grosera del genocidio, de los delitos de lesa humanidad o de los crímenes de guerra.

Frente a ello, el Tribunal Constitucional español ha declarado el 7/11/07 inconstitucional la punición de la negación del genocidio⁴⁷. Tam-

⁴² BVerfGE 120, p. 224 y ss.

⁴³ BVerfGE 120, p. 242.

⁴⁴ BVerfGE 120, p. 242.

⁴⁵ Un análisis detallado se encuentra en mi contribución en *StV* 2009, p. 544 y ss.

⁴⁶ Véase al respecto M. KRAUB, en *Leipziger Kommentar*, 12ª ed., 2009, § 130, nº marg. 25.

⁴⁷ Más en detalle GIMBERNAT, “Festgabe für Claus Roxin zum 80. Geburtstag”, *GA* 2011, p. 292 y s.

bién la punición de la negación del genocidio cometido, en opinión del legislador francés, entre 1915 y 1917 por los turcos contra los armenios, ha sido declarada inconstitucional el 28 de febrero de este año por el *Conseil d'État* francés, el máximo órgano constitucional del país, por vulnerar la libertad de opinión y suponer una intromisión inadmisible en el trabajo de la ciencia de la Historia.

Desde el punto de vista de un principio del bien jurídico crítico hacia la legislación, la punición de la aprobación de tales hechos es perfectamente legítima, pues amenaza la seguridad de los grupos de población —que aún hoy viven entre nosotros— que fueron afectados por esos hechos. Sin embargo, este supuesto en Alemania puede ser castigado ya conforme al § 130, párr. 1º del *StGB* en cuanto incitación al odio contra parte de la población.

En cambio, en la medida en que sin agitación y discriminación lo que se hace es discutir sobre hechos históricos, habrá que negar más bien la concurrencia de una lesión de un bien jurídico⁴⁸. Pues la libertad de expresión abarca también la manifestación de opiniones completamente desencaminadas. En la medida en que tales casos son objeto del debate histórico, han de ser decididos por la ciencia histórica, y no por el Derecho penal. En cambio, en la medida en que —como es el caso de los delitos violentos nacionalsocialistas— se encuentran probados, en interés del clima de opinión social es mejor refutar contundentemente tales insinuaciones, en lugar de permitirles a quienes niegan el Holocausto, o lo trivializan, travestirse de mártires o afirmar que el Estado reprime la discusión histórica con ayuda del Derecho penal.

En cuanto última disposición penal ayuna de bien jurídico quisiera mencionar el tipo penal de la pornografía juvenil, introducido en el Código Penal alemán con base en una Decisión Marco de la Unión Europea en el año 2008 (§ 184c, *StGB*)⁴⁹. Me limitaré al párrafo cuarto de este precepto, conforme al cual se pena a “quien emprenda conseguir la

⁴⁸ Más detalladamente KÜHL, en *Bochumer Beiträge zu aktuellem Strafrechtsthemen*, BERNSTEIN - ULSENHEIMER (eds.), 2003, p. 103 y ss.

⁴⁹ Respecto de los distintos elementos del precepto, que abarca cinco párrafos, véase M. HEINRICH, en *FS-Roxin*, 2011, p. 135 y ss.

posesión de escritos de pornografía juvenil, que reproduzcan un acontecer real, o quien posea tales escritos". Puesto que las imágenes equivalen a los escritos conforme a lo dispuesto en el § 11, párr. 3º del *StGB*, será punible un joven de dieciocho años si porta con consentimiento de su novia, de diecisiete años de edad, una foto de ella con connotación sexual⁵⁰. Puesto que las relaciones sexuales entre ambos son permitidas por el Derecho, no se comprende por qué no va a poder la joven permitirle a su novio realizar tal retrato íntimo, o incluso regalárselo. Con razón, MANFRED HEINRICH⁵¹ considera que ello es "sencillamente inaceptable desde el punto de vista de la protección de bienes jurídicos".

De los ejemplos descriptos —que podrían fácilmente incrementarse— deriva en mi opinión con claridad que DUBBER yerra cuando afirma⁵² que "los tipos que no superan el *test* de bien jurídico de ROXIN son exóticos u obsoletos". Todos los casos problemáticos mencionados, en contra de la afirmación transcrita, son objeto de una viva discusión, y, con excepción del último, han ocupado incluso a los tribunales constitucionales de varios países; en el caso del ejemplo del ámbito de la pornografía juvenil, la ausencia de pronunciamientos judiciales se debe probablemente sólo al hecho de que el precepto aún no ha estado en vigor mucho tiempo. Y sólo uno de los tipos mencionados es "obsoleto", en el sentido de que la criminalización del comportamiento homosexual de personas adultas ha sido derogada. Sin embargo, parece claro que no da lugar a una objeción contra un concepto crítico de bien jurídico el hecho de que en este caso, se haya impuesto en el legislador.

2 — El carácter necesariamente abstracto de los principios jurídicos supremos

En segundo lugar, a la objeción de que habría un grado demasiado elevado de indeterminación en un concepto de bien jurídico crítico hacia la legislación ha de oponerse que los principios supremos de un or-

⁵⁰ FR.-CHR. SCHROEDER, *GA* 2009, p. 217.

⁵¹ M. HEINRICH, en *FS-Roxin*, 2011, p. 135.

⁵² DUBBER, *ZStW* 117 (2005), p. 508.

denamiento jurídico no son susceptibles de ser aprehendidos en una definición apta para la subsunción, sino tan sólo caracterizan un criterio rector que ha de desarrollarse y concretarse en la materia jurídica. Mi definición de bien jurídico antes ofrecida (§ 3, *a*, al principio) únicamente pretende indicar ese criterio, y éste ha mostrado su utilidad ya en el análisis, necesariamente breve, de mis seis ejemplos.

Para alcanzar soluciones más concretas, ha de recurrirse al “esquema en tres escalones de la protección de bienes jurídicos” que recientemente ha desarrollado MANFRED HEINRICH⁵³, conforme al cual ha de examinarse respecto de cada una de las normas penales dudosas en cuanto a su legitimidad con detalle qué es lo que se pretende proteger, a quién y frente a qué. Tan sólo al final de ese análisis se alcanza la conclusión de si el comportamiento inculpa afecta al libre desarrollo del individuo o a los presupuestos sociales de éste.

La concreción del principio de protección de bienes jurídicos, además, se ve facilitada por la formulación de al menos nueve directrices que he propuesto para apoyar esa labor⁵⁴. No puedo explicarlas aquí, aunque sí al menos enunciarlas de modo sintético: las leyes penales arbitrarias, motivadas exclusivamente por la ideología o que vulneran derechos fundamentales no protegen bienes jurídicos; una conducta inmoral o reprochable no fundamenta ya como tal una lesión de un bien jurídico; la vulneración de la dignidad humana propia no es una lesión de un bien jurídico; la protección de sentimientos sólo puede ser reconocida como protección de un bien jurídico cuando concurran temores realistas de ser objeto de amenaza; la autolesión consciente, hacerla posible o auxiliarla no vulneran bienes jurídicos (ajenos); las normas jurídico-penales predominantemente simbólicas no tienen una función de protección de bienes jurídicos; los tabúes no son bienes jurídicos; los objetos de protección de tal abstracción que resulten inaprehensibles no pueden ser reconocidos como bienes jurídicos. Respecto de los bienes jurídicos colectivos, además, GRECO⁵⁵ recientemente ha

⁵³ M. HEINRICH, en *FS-Roxin*, 2011, p. 148.

⁵⁴ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, § 2, n° marg. 13-19.

⁵⁵ GRECO, en *FS-Roxin*, 2011, p. 199 y ss. (213).

elaborado una concepción convincente, conforme a la cual no está permitido “postular un bien jurídico colectivo como objeto de protección de un determinado precepto cuando la afectación de ese bien jurídico siempre implique simultáneamente la vulneración de un bien jurídico individual”.

Pienso que sobre la base de estos puntos de partida, el concepto de bien jurídico desde luego puede resultar útil en la determinación de la legitimidad de normas penales. Con razón ha dicho MIR PUIG⁵⁶ respecto del concepto de bien jurídico: “Lo cierto es que todos los principios generales necesitan de una concreción a través del debate público. Principios como los de la democracia o el principio de igualdad son tan generales que permiten concreciones completamente diferentes, pero ninguna persona razonable extrae de ello la conclusión de que fuera preferible no invocar tales principios”.

3 — El reconocimiento de un ámbito de configuración crítico hacia la legislación no devalúa el concepto de bien jurídico

La acotación de MIR PUIG muestra algo que frecuentemente no es advertido por los críticos del concepto de bien jurídico: que aquello que ha de valorarse como bien jurídico no muestra límites completamente claros, contundentes, sino que la referencia a un bien jurídico de un precepto puede estar desarrollada en mayor o menor medida. En aquellos casos en los que aún es posible mostrar la conexión con el bien jurídico, el margen de maniobra del legislador cubre tanto una criminalización como la creación de una infracción administrativa o la renuncia a toda sanción. Quisiera poner esto en claro con base en algunos ejemplos que tomaré de la bibliografía más reciente.

Así, por ejemplo, sostiene ROMANO⁵⁷, en debate con mi concepción, la opinión de que el legislador ha de mantenerse en el marco de una “política criminal orientada en atención a los bienes jurídicos”, y que una norma penal sería inadmisibile cuando “en realidad” no protege

⁵⁶ MIR PUIG, *GA* 2003, p. 866.

⁵⁷ ROMANO, en *FS-Roxin*, 2011, p. 168.

“nada de nada”. Sin embargo, cree perfectamente aceptable⁵⁸ que el legislador introduzca la “obligación de llevar casco para los motoristas o el deber de utilizar el cinturón para los automovilistas”, a pesar de que ello protege ante todo al propio conductor. “El rechazo unívoco de formas moderadas de paternalismo jurídico, nada infrecuentes en los sistemas jurídicos anglosajones, no me parece defendible”.

En cuanto a la conclusión alcanzada, doy la razón a ROMANO, pero considero que la legitimidad de un deber de utilizar cinturón o casco provisto de una sanción no puede explicarse con base en la autopuesta en peligro del conductor, sino de la posible lesión de terceros. Ahora bien, parece dudoso que los costes sociales a los que se refiere ROMANO, debidos al “tratamiento médico y las estancias en el hospital”, basten a este respecto, pues en caso de que el accidentado pague él mismo tales gastos, desaparece esta razón. Por otra parte, estas consecuencias suelen estar reguladas por el seguro de enfermedad y de accidentes. Probablemente, ningún legislador tendrá la ocurrencia de amenazar de pena un modo de vida lesivo de la salud, o la práctica de deportes peligrosos, por los costes que ello puede generar.

Sin embargo, como un conductor que no utiliza el cinturón de seguridad pierde con mayor facilidad el dominio de su vehículo que uno que sí se lo ponga, y con ello puede generar daños ajenos, queda justificado el deber de utilizar el cinturón. Esto rige incluso respecto de los pasajeros del vehículo, en la medida en que pueden ser lanzados fuera del automóvil al no usar el cinturón, causando así daños. Por otra parte, los pasajeros de un automóvil sin cinturón de seguridad, así como los ciclistas y motoristas que no lleven el casco, generan el riesgo para otros implicados en el accidente de ser penados por un homicidio imprudente o unas lesiones graves, mientras que de haberse usado cinturón o casco, no se hubiera producido lesión alguna, o al menos, una más leve. Ya la evitación del riesgo de responsabilidad de terceros tiene para éstos un carácter protector de la libertad, y, con ello, de un bien jurídico; de este modo, se les protege de afectaciones que emanan de la desidia de otros.

⁵⁸ ROMANO, en *FS-Roxin*, 2011, p. 164.

Por consiguiente, en este caso una intervención legislativa aún entra en el marco de la protección de bienes jurídicos. Sin embargo, puesto que la protección de bienes jurídicos tiene un desarrollo más débil, debido al componente paternalista de tales preceptos en comparación con los delitos que persiguen una protección “pura” de bienes jurídicos, desde el punto de vista político-criminal resulta preferible tratar estas modalidades de conducta como infracciones administrativas. En todo caso, forma parte de la discrecionalidad del legislador la previsión de una pena de multa limitada, o la renuncia a toda regulación sancionatoria. Así, por ejemplo, en Alemania hasta el momento no se ha introducido la obligación de llevar casco para los ciclistas.

La situación es similar respecto del caso, antes tratado, de la negación del Holocausto. ROMANO⁵⁹ dice: “También yo sostengo la opinión de que no resulta adecuado intentar resolver el problema del negacionismo mediante una norma penal”. Sin embargo, considera que resulta aceptable “que las modalidades de comportamiento prohibidas (aprobación, negación o trivialización de los crímenes del Holocausto) sólo fueran punibles para el caso de que desde el punto de vista temporal y espacial concurren circunstancias que pongan en concreto peligro la paz pública”.

Pienso que esto es correcto, pero lo cierto es que en tales casos concurre una clara puesta en peligro de bienes jurídicos. He demandado la impunidad sólo respecto de la “mera negación sin carácter de agitación”⁶⁰, afirmando que es adecuada la punición cuando alguien “apruebe estos asesinatos o afirme que se han inventado por parte de los judíos para escarnio de los alemanes”. Esta clase de agitación pone en peligro la libertad y seguridad de los judíos que viven en Alemania; y probablemente sean casos de estas características los que ROMANO quiere aprehender. En consecuencia, me parece que un pensamiento del bien jurídico crítico hacia la legislación tampoco en este caso resulta errado, sino que, al contrario, es lo que hace posible llevar a cabo diferenciaciones adecuadas a la materia.

⁵⁹ ROMANO, en *FS-Roxin*, 2011, p. 165.

⁶⁰ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, § 2, nº marg. 13-19.

Explicaré esto con un ulterior ejemplo: la posesión de escritos o imágenes de pornografía infantil, que resulta punible conforme al § 184b, párr. 4º, inc. 2º del *StGB*. En uno de los comentarios más importantes se afirma al respecto: “Es difícil comprender la razón de la criminalización”⁶¹. La evitación de una ulterior entrega no constituye una razón suficiente. Pues el receptor no resulta lesionado, y el grave abuso cometido contra menores que está en la producción de ese material ya ha sucedido.

Sin embargo, sí que se puede —a diferencia del caso antes tratado de pornografía juvenil— establecer una relación con el bien jurídico que legitima la penalización si se parte de que el precepto pretende evitar el fomento de la producción de pornografía infantil y los abusos que ésta comporta. Siguiendo a SCHROEDER⁶², he expuesto esto con mayor detenimiento en otro lugar⁶³, y aquí sólo puedo remitirme a la idea básica de que cabe disminuir la demanda de pornografía infantil si se castiga la adquisición. Esto —a diferencia del caso de la posesión de drogas— tiene pleno sentido, puesto que los productores no actúan en redes internacionales que resultan inaprehensibles, sino, como SCHROEDER expone, actúan de modo predominante como “pequeños empresarios” privados, y, por ello, dependen de que haya clientes dispuestos a la adquisición. Queda dentro del marco del espacio de configuración del legislador perseguir esta intención protectora de bienes jurídicos a través del Derecho penal.

4 — El principio de subsidiariedad como complemento imprescindible del pensamiento del bien jurídico

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que la necesidad de una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos no constituye, en absoluto, el único principio limitador del alcance de la criminalización. Puesto que

⁶¹ SCHONKE - SCHRÖDER - PERRON - EISELE, *StGB*, 28ª ed., § 184b, nº marg. 15.

⁶² FR.-CHR. SCHROEDER, *ZRP* 1990, p. 299; ídem, *NJW* 1993, p. 2581; ídem, *FS-Kaczmarek*, 2006, p. 570.

⁶³ ROXIN, *Libro homenaje a Eberhard Struensee*, 2011, p. 505 y ss. (527 y ss.); el estudio sólo se ha publicado en castellano.

también el Derecho civil, el Derecho público y especialmente el Derecho administrativo sancionador protegen bienes jurídicos, en los casos en los que concurre una afectación a un bien jurídico, se sigue planteando la cuestión de si su evitación debe llevarse a cabo mediante el Derecho penal u otras formas de regulación jurídica (por ejemplo, indemnización, deberes de autorización o medidas de control).

La mayoría de la doctrina opina que una amenaza de pena, en cuanto sanción más grave, sólo entrará en consideración cuando las regulaciones menos gravosas no resulten suficientes. El principio de subsidiariedad que se establece de este modo tiene un rango plenamente equivalente al principio de protección de bienes jurídicos y concurre con éste con una relevancia político-criminal al menos igual. En consecuencia, cabe caracterizar la tarea del Derecho penal como “protección subsidiaria de bienes jurídicos”⁶⁴. Por lo tanto, no hay objeción alguna al principio de la protección de bienes jurídicos en la reciente manifestación de ACHENBACH⁶⁵ en el sentido de que, teniendo en cuenta “los bienes jurídicos supraindividuales del Derecho penal económico”, la teoría del bien jurídico en este ámbito no ofrecería “criterios verdaderamente capaces de ofrecer criterios de diferenciación entre tipos penales legítimos e ilegítimos”. Él mismo se refiere al ámbito de competencia del principio de subsidiariedad al afirmar que “la teoría de las alternativas al Derecho penal para mí siempre ha sido un capítulo central del Derecho penal económico”⁶⁶.

De lo anterior deriva la necesidad de demandar una “ciencia de la subsidiariedad” autónoma, a desarrollar junto con la teoría del bien jurídico. Planteé esta demanda hace algunos años⁶⁷, refiriéndome con ello a un estudio interdisciplinario e institucionalizado de la cuestión de cuáles son los mecanismos de regulación que harían posible la pro-

⁶⁴ Con más detalle ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, § 2, nº marg. 97 y ss.

⁶⁵ ACHENBACH, *StrFo* 2011, p. 422 y ss. (425).

⁶⁶ ACHENBACH, *StrFo* 2011, p. 426.

⁶⁷ ROXIN, informe final en *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, NEUMANN - PRITTWITZ (eds.), 2005, p. 175 y ss. (183 y s.).

tección de determinados bienes jurídicos que la sociedad desea del modo más eficaz, y, al mismo tiempo, más respetuoso de la libertad posible.

Es éste un campo problemático muy complejo y, en gran medida, aún no resuelto, que aquí no puede ser tratado, pero que siempre ha de tenerse en mente cuando se trata de la limitación de la legislación penal.

Algunas de las cuestiones centrales en este ámbito son objeto de un debate particularmente intenso. Es éste el caso, por ejemplo, de la tesis de TIEDEMANN⁶⁸ de que una amenaza de pena en determinados casos puede resultar menos gravosa que un sistema de control que cerceñe de modo considerable la libertad de acción. También está necesitada de una discusión urgente la tesis, desarrollada por THEILE⁶⁹, de la “pretensión de dirección social del Derecho penal”, que en el Derecho penal económico puede conducir a la creación de nuevos bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal⁷⁰, mientras que otros quieren hacer retroceder enérgicamente al Derecho penal con ayuda del principio de subsidiariedad. Recientemente, TRENDLENBURG⁷¹ ha presentado unos amplios “estudios previos a una futura ciencia de la subsidiariedad, con base en el ejemplo del Derecho penal económico”.

(IV)

¿REFUTA LA NECESIDAD DE DELITOS DE MERA CONDUCTA LA IDEA FUNDAMENTAL DE UNA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO CRÍTICA HACIA LA LEGISLACIÓN?

Una corriente crítica deduce el rechazo frente a la teoría del bien jurídico no de su falta de idoneidad para una limitación del Derecho penal claramente definida, sino de una concepción respecto de la legitimidad de las amenazas penales completamente divergente. Su porta-

⁶⁸ Véase sobre ello ampliamente y con referencias últimamente TRENDLENBURG, *Ultima Ratio?*, 2011, ps. 172-200.

⁶⁹ THEILE, *Wirtschaftskriminalität und Strafverfahren*, 2009, p. 5 y ss.

⁷⁰ Crítico al respecto ACHENBACH, *StrFo* 2011, p. 426.

⁷¹ TRENDLENBURG, *Ultima Ratio?*, 2011.

voz en la discusión alemana más reciente es STRATENWERTH⁷², para quien “como fundamento de la criminalización” no entra en consideración “la lesión de determinados bienes jurídicos, sino exclusivamente la vulneración de normas de conducta fundamentales para el consenso básico de una sociedad”⁷³. De acuerdo con este punto de vista, lo que resulta decisivo para la criminalización⁷⁴ es “la posición fundamental, reconocida social y legislativamente, de querer mantener una determinada norma, o, por otro lado, sencillamente no desear un determinado comportamiento”.

Hay tres objeciones que plantear frente a esta posición. En primer lugar, de la circunstancia de que una mayoría de la población no esté dispuesta a tolerar una conducta que le desagrada no debe deducirse que ésta podrá ser castigada aunque no afecte a nadie en su libertad de desarrollo. WOHLERS pregunta⁷⁵, a pesar de que él mismo adopta una posición más bien crítica hacia la teoría del bien jurídico, con razón, si “una vez que se abandone el ‘dogma del bien jurídico’ podrá satisfacerse la pretensión de fundar racionalmente las normas jurídico-penales”. Y subraya con razón⁷⁶ que “una convicción no debe reconocerse como merecedora de protección solamente porque está ‘ahí’”. También SEELMANN constata⁷⁷: “La pena (...) sólo es necesaria cuando alguien ha reducido como autor el estatus de otro, de la víctima”. Por lo tanto, cabe decir que la punición de los comportamientos homosexuales consentidos entre adultos era —en contra del Tribunal Constitucional Federal— ilegítima ya en una época en la que fueron valorados por parte del Proyecto del Gobierno de 1962⁷⁸ como “conducta abominable conforme a la convicción general”.

⁷² STRATENWERTH, en HEFENDEHL - VON HIRSCH - WOHLERS (nota 1), p. 255 y ss.

⁷³ Así la síntesis en HEFENDEHL (nota 1), p. 286.

⁷⁴ STRATENWERTH (nota 72), p. 300.

⁷⁵ WOHLERS, *FS-Amelung*, 2009, p. 129 y ss. (138).

⁷⁶ WOHLERS, *FS-Amelung*, 2009, p. 137.

⁷⁷ SEELMANN, *FS-Jung*, 2007, p. 897.

⁷⁸ Bundestags-Drucksache IV, 650, 376.

En segundo lugar, en nuestra actual sociedad multicultural es imposible hallar, faltando una afectación de un bien jurídico, un “consenso fundamental” acerca de la necesidad de pena de un determinado comportamiento. Esto lo muestran ya los seis ejemplos mencionados antes (§ 3, b, 1) en los que si bien el legislador ha mantenido en la mayoría de los supuestos la criminalización de infracciones de mera conducta huérfanas de bien jurídico, su tratamiento es extremadamente controvertido.

Finalmente, en tercer lugar, resulta imposible un “consenso fundamental” acerca de la punibilidad de comportamientos que no afectan a bienes jurídicos, desde un principio, también porque el consenso fundamental en nuestra sociedad va más bien en dirección de que todos tienen derecho a desarrollar su personalidad con base en sus preferencias personales, en la medida en que ello no afecte al desarrollo de otro, o a los presupuestos jurídicos de éste. WOHLERS⁷⁹ lo ha expresado con gran acierto: “En las sociedades que se sustentan sobre los valores del pluralismo y del individualismo normativo, el consenso normativo fundamental va en dirección de que compiten diversas concepciones acerca del bien en el mercado de ideas, libre de injerencia estatal, debiéndose limitar el Estado a garantizar las condiciones que constituyen el marco dentro del cual ese mercado puede funcionar”.

La posición de STRATENWERTH ha encontrado un nuevo partidario en VOLK⁸⁰, quien añade un argumento extraído de la teoría de los fines de la pena. Invoca el fin de la pena de la prevención general positiva y hace referencia⁸¹ al “efecto de confianza” por mí constatado, que se genera “cuando el ciudadano observa que el Derecho se impone”, y al “efecto de pacificación que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza por razón de la sanción de la vulneración del Derecho”.

VOLK deduce de ello que “el fin del Derecho penal es la protección de sentimientos. La confianza, tranquilizar a una conciencia jurídica agitada, no son otra cosa que sentimientos. Esta teoría sobre los fines de

⁷⁹ WOHLERS, *FS-Amelung*, 2009, p. 139.

⁸⁰ VOLK, en *FS-Roxin*, 2011, p. 215 y ss.

⁸¹ VOLK, en *FS-Roxin*, 2011, p. 220.

la pena no es compatible sin más con las teorías del bien jurídico. Hay pocas cosas que inquieten más a la gente que vulnerar un tabú”. Por ello, no quiere⁸² —en esta medida, con alguna diferencia respecto de STRATENWERTH— abandonar el concepto de bien jurídico, sino ampliarlo, extendiéndolo hacia los sentimientos.

En este sentido, se muestra partidario de “abrir” el concepto de bien jurídico, considerando “un cometido estatal legítimo” el de “proteger también tabúes, expectativas éticamente fundadas, ‘sentimientos’”. Ahora bien, no desea reclamar “de modo automático” una protección jurídico-penal para tales sentimientos. Tan sólo pretende trasladar la fundamentación de la legitimidad de la intervención penal “a otro lugar, esto es, a la proporcionalidad o subsidiariedad”. “Una ventaja, y no la menor, sería la armonización con la teoría de los fines de la pena, que apunta a la consciencia social y quiere reforzar ‘sentimientos’”. De modo similar se pronuncia ANDROULAKIS⁸³ en su defensa de un “principio de indignación”.

Hay dos argumentos que abogan en contra de este razonamiento.

En primer lugar, el fin de la prevención general positiva no es el de alcanzar un efecto de confianza y de pacificación respecto de cualesquiera sentimientos y expectativas. El ciudadano sólo debe poder confiar en que se garanticen su seguridad y los presupuestos institucionales de ésta, y en que le está permitido hacer todo aquello que no afecte de manera indebida la libertad de desarrollo de otros. De hecho, una protección jurídico-penal que fuera más allá de esas expectativas y esos sentimientos no generaría efecto pacificador alguno, ya que limitaría la libertad de acción de otros, provocando así conflictos sociales.

En segundo lugar, un traslado de la fundamentación que tomara como punto de gravedad no la ausencia de una afectación al bien jurídico, sino la subsidiariedad y la proporcionalidad, transformaría un postulado político-criminalmente claro (“deben ser impunes las modalidades de conducta que no afecten a un bien jurídico”) en supuestos de gran inseguridad acerca de la decisión a tomar. Pues se entablarían in-

⁸² VOLK, en *FS-Roxin*, 2011, p. 224.

⁸³ ANDROULAKIS, *FS-Hassemer*, 2010, p. 279.

terminables discusiones acerca de cuándo una protección jurídico-penal de sentimientos —una vez que ésta se ha admitido— resulta desproporcionada, y cuándo puede ser sustituida, en su caso, por otra reglamentación jurídica, o cuándo cabe prescindir por completo de mecanismos de protección.

Otros autores, a pesar de que profesan un pensamiento del bien jurídico que excluye una protección generalizada de los sentimientos, sostienen que sí ha de reconocerse su validez en casos excepcionales o en supuestos específicos que van más allá de legítimas necesidades de seguridad.

En este sentido, HEFENDEHL, uno de los más importantes valedores del concepto de bien jurídico crítico hacia la legislación⁸⁴, es partidario de admitir excepcionalmente que se amenace de pena la vulneración “de convicciones valorativas y relativas a la conducta, enraizadas en la sociedad y homogéneas, aunque ello no genere un daño”.

Es cierto que de este modo cabe explicar de manera más o menos plausible un tipo penal como el del maltrato de animales, que siempre ha sido un problema para la teoría del bien jurídico⁸⁵. Sin embargo, GIMBERNAT⁸⁶ ha objetado con razón frente a HEFENDEHL que entonces, “también quedaría justificada la prohibición penal de la homosexualidad con tal de que en una determinada sociedad exista el sentimiento mayoritario de que ese comportamiento es reprochable”. El propio HEFENDEHL confirma esta objeción cuando justifica la descriminalización de la homosexualidad en que⁸⁷ ésta tuvo lugar en un momento en el que ya no existía “un ‘dominio social’ respecto del rechazo de esa modalidad de conducta”.

Sin embargo, la función liberal del pensamiento del bien jurídico estriba precisamente en que protege a las minorías también contra una situación de dominio de opinión de la mayoría. También ha de tenerse en cuenta que la opinión pública relativa a si son soportables o repro-

⁸⁴ HEFENDEHL (nota 1), 2003, p. 128.

⁸⁵ Cfr. sobre esto además a continuación la discusión con GIMBERNAT.

⁸⁶ GIMBERNAT, “Festgabe für Claus Roxin zum 80. Geburtstag”, GA 2011, p. 289.

⁸⁷ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 57.

chables determinadas conductas que no afectan a bienes jurídicos, especialmente tratándose de cuestiones que atañan a las ideas políticas, religiosas o sexuales, es cambiante y susceptible de manipulación. Sobre esta base no se puede fundar una política jurídico-penal racional.

Recientemente, GIMBERNAT ha emprendido un intento muy original de llegar a un tratamiento diferenciado de la protección de sentimientos en el marco de la teoría del bien jurídico⁸⁸. Se declara expresamente partidario “de la teoría del bien jurídico” y coincide en todas las conclusiones con la posición por mí defendida. Sin embargo, en algunos casos acude como fundamento a la suposición de que sería lícito proteger “sentimientos legítimos” como bienes jurídicos.

En este sentido, el “malestar”⁸⁹ que produce tanto en España como en Alemania el maltrato de animales sería un sentimiento legítimo, de modo que “la prohibición general de prácticas crueles contra animales” estaría justificada. Su legitimidad derivaría de que un Convenio europeo del año 1986 establece la obligación de “respetar” a todos los vertebrados, “teniendo en cuenta de manera adecuada su capacidad de sufrimiento y de memoria”⁹⁰. Desde la perspectiva alemana cabría añadir que también el art. 20a de la Ley Fundamental proclama la protección de los animales.

En el caso de la criminalización —que existe en ambos países— de la “perturbación de la paz de los difuntos” (§§ 167a, 168, *StGB*), en opinión de GIMBERNAT sería “el malestar o la indignación que provocan los actos de profanación de tumbas el bien jurídico protegido por estos tipos”⁹¹, pues el “respeto a los difuntos” sería una modalidad de la “libertad ideológica o religiosa (también de la ideología atea)”.

⁸⁸ GIMBERNAT, “Festgabe für Claus Roxin zum 80. Geburtstag”, *GA* 2011, p. 284 y siguientes.

⁸⁹ GIMBERNAT, “Festgabe für Claus Roxin zum 80. Geburtstag”, *GA* 2011, ps. 288/289.

⁹⁰ GIMBERNAT, “Festgabe für Claus Roxin zum 80. Geburtstag”, *GA* 2011, ps. 289/290.

⁹¹ GIMBERNAT, “Festgabe für Claus Roxin zum 80. Geburtstag”, *GA* 2011, ps. 289/290.

Finalmente, desde su punto de vista, los deberes de hacer uso del casco o del cinturón de seguridad, cuya vulneración en España da lugar a una sanción administrativa, no “protegen la vida y la salud de los infractores, sino el comprensible y legítimo sentimiento que acongoja a los ciudadanos cuando sube el número de las víctimas del tráfico rodado ...”⁹².

En cambio, desde su punto de vista, por ejemplo, el castigo de la homosexualidad, de la blasfemia o de la “mentira de Auschwitz” serían erradas, porque los sentimientos de indignación provocados son ilegítimos. La razón de la ilegitimidad estaría en que a esos sentimientos se oponen los derechos, constitucionalmente reconocidos, a la actividad sexual⁹³, así como a la libertad de manifestación y opinión.

Es éste un punto de partida extremadamente interesante, y merece aprobación en cuanto a la referencia a las decisiones valorativas tomadas en la Constitución. Sin embargo, está en cuestión si son realmente “sentimientos” lo que constituye el objeto de protección.

Desde luego, parece claro que la prohibición del maltrato de animales no pretende, como objetivo prioritario, respetar nuestros sentimientos, sino ahorrar sufrimientos innecesarios a los animales⁹⁴. Todas las regulaciones jurídicas de la protección de animales se refieren a la protección de los animales, y no a una finalidad de preservar a las personas frente a la zozobra. Si las cosas fueran de otro modo, un maltrato que se produjera sin llegar a conocimiento público, y que a nadie escandalizaría, debería ser impune. Puesto que los animales están protegidos por convenios europeos y por el Derecho constitucional alemán, no tengo inconveniente para considerar su capacidad de sufrimiento el bien jurídico protegido. Si reconocemos a los animales superiores, con los que podemos comunicarnos y cuya experiencia del dolor es equivalente a la nuestra, como parte merecedora de protección de nuestro mundo vital, resulta simplemente coherente enjuiciar su su-

⁹² GIMBERNAT, “Festgabe für Claus Roxin zum 80. Geburtstag”, GA 2011, p. 292.

⁹³ GIMBERNAT, “Festgabe für Claus Roxin zum 80. Geburtstag”, GA 2011, p. 289.

⁹⁴ Cfr. GRECO, *FS-Amelung*, 2009, p. 3 y ss. (15): “El tipo del maltrato de animales protege al animal, no a nosotros”.

frimiento, cuando es provocado por seres humanos, como vulneración de un bien jurídico⁹⁵.

Desde luego, de este modo, una teoría del bien jurídico puramente antropocéntrica se amplía —de una manera muy limitada, pues la protección de los animales es mínima en comparación con la protección de la que disfrutaban los seres humanos— a una teoría del bien jurídico “creacionista”, esto es, se protege a los animales en cuanto “cógenes en la creación”. Sin embargo, el marco antes mencionado, en el plano europeo y constitucional, lo justifica. GIMBERNAT⁹⁶ rechaza tal concepción aduciendo que “los animales no poseen bienes jurídicos subjetivos”; lo cierto es, sin embargo, que la afectación a un bien jurídico no presupone necesariamente la lesión de derechos subjetivos, como muestran, por ejemplo, los delitos contra el medio ambiente.

También ha de considerarse que un tratamiento respetuoso hacia los difuntos es parte de una vida digna de un ser humano en nuestra sociedad. La profanación de una tumba o un trato denigrante e insultante de un cadáver afectan negativamente a la convivencia y a los derechos de la personalidad subsistentes del fallecido. Las reacciones emocionales tan sólo suponen el reflejo de estas afectaciones. Y respecto del deber de usar casco y cinturón de seguridad, ya he intentado exponer en qué medida quedan protegidos bienes jurídicos reales.

Por consiguiente, desde mi punto de vista, en los casos mencionados, los legítimos sentimientos de indignación de terceros no son el bien jurídico mismo, sino sólo una justificada reacción a su lesión.

(V)

BIEN JURÍDICO, POLÍTICA CRIMINAL Y CONSTITUCIÓN

Aunque se parta —como he intentado exponer— de que una teoría del bien jurídico crítica hacia la legislación ofrece conclusiones lo suficientemente claras, lo cierto es que sigue siendo una cuestión de máxi-

⁹⁵ Para GRECO, *FS-Amelung*, 2009, lo decisivo está en que los animales estarían necesitados de protección debido a su limitada capacidad de autodeterminación.

⁹⁶ GIMBERNAT, “Festgabe für Claus Roxin zum 80. Geburtstag”, *GA* 2011, p. 289.

ma controversia la de cuáles son los efectos de una criminalización de modalidades de conducta que no supongan una afectación a un bien jurídico. Los partidarios del principio del bien jurídico no han sido capaces de poner suficientemente en claro si el postulado de la afectación a un bien jurídico supone una directriz político-criminal a ofrecer al legislador, pero que no lo vincula, o si, en cambio —y, en su caso, bajo qué presupuestos—, la falta de conexión con un bien jurídico puede conducir a la ineficacia de una disposición penal. Que la segunda alternativa no está completamente desencaminada desde un principio lo demuestra ya el hecho de que los tribunales constitucionales en Alemania, España y Argentina se han ocupado de tales preceptos, y que los tribunales extranjeros han llegado en los casos antes expuestos a una declaración de nulidad.

a — Sobre la relevancia político-criminal del pensamiento del bien jurídico

Yo mismo he afirmado⁹⁷, coincidiendo con la mayoría de los representantes de la teoría del bien jurídico⁹⁸: “los partidarios de un concepto de bien jurídico crítico hacia la legislación se dirigen (...) ante todo al legislador, planteando postulados político-criminales, sin pretender respecto de sus propuestas (...) que éstas resulten jurídico-constitucionalmente vinculantes en todos los casos”.

Esta clase de relevancia político-criminal de la teoría del bien jurídico con frecuencia es reconocida también por autores que rechazan de plano que exista una vinculación del legislador a las conclusiones por ella alcanzadas. Así, por ejemplo, dice DUBBER⁹⁹ al mostrarse partidario de la recepción del concepto de bien jurídico en América del Norte: “Incluso aunque se llegara a la conclusión de que el concepto de bien jurídico no se funda en la Constitución, y, por ello, carece de mordiente destructivo en un moderno Estado de Derecho democrático, puede ju-

⁹⁷ ROXIN, *FS-Hassemer*, p. 584 y s.

⁹⁸ Cfr. sólo mis referencias a SCHÜNEMANN y STERNBERG-LIEBEN en ROXIN, *FS-Hassemer*, p. 585, nros. 71, 72.

⁹⁹ DUBBER, *ZStW* 117 (2005), p. 516.

gar un papel constructivo en una teoría general del Derecho penal, cumpliendo, más allá de ello, una función de directriz —si bien no vinculante— para el legislador y los tribunales”.

No debe infravalorarse la función político-criminal de la teoría del bien jurídico. Así, por ejemplo, cuando el legislador alemán redujo —al menos, en cuanto tendencia— los antiguamente llamados delitos contra la honestidad, desde las reformas de 1969/1973, a los ataques “contra la autodeterminación sexual” (§ 174 y ss., *StGB*), el concepto de bien jurídico crítico hacia la legislación promovido por los Proyectos Alternativos desempeñó un importante papel. También en otras controversias tratadas ante el Tribunal Constitucional (por ejemplo, en el Derecho de drogas o de trasplantes, o en el caso del incesto entre hermanos) podría suponer un apoyo esencial para el legislador.

b — Bienes jurídicos y Constitución

La ulterior cuestión de si un precepto penal puede llegar a ser inválido si no protege un bien jurídico es resuelta de modo muy divergente. Así, aún hoy no es infrecuente que se niegue toda vinculación para el legislador. Así, por ejemplo, BACIGALUPO¹⁰⁰ considera que las deducciones del principio del bien jurídico que he propuesto son “correctas desde el punto de vista de la política legislativa”. “Sin embargo, es claro que ninguna teoría sobre el objeto de protección del Derecho penal dispone de un criterio que fije los límites de la limitación de la libertad mediante el Derecho penal en una sociedad fundada en ésta”¹⁰¹. “Los bienes jurídicos penalmente protegidos son una creación del legislador”.

De modo similar, recientemente sostiene STUCKENBERG¹⁰² que “en la medida en que se quiere prescribir desde la perspectiva científica al legislador cuáles son los fines que debe elegir y cuáles no, ello es perfectamente posible y necesario en cuanto propuesta en el discurso político-criminal, que idealmente ha de estar dirigido por la capacidad de convicción de los argumentos. Sin embargo, la idea de que el legislador

¹⁰⁰ BACIGALUPO, *FS-Jakobs*, 2007, p. 12.

¹⁰¹ BACIGALUPO, *FS-Jakobs*, 2007, p. 14.

¹⁰² STUCKENBERG, *GA* 2011, p. 653 y ss. (658).

esté jurídicamente vinculado a, por ejemplo, criminalizar exclusivamente comportamientos lesivos de bienes jurídicos, no resulta compatible con la libertad de acción del legislador democrático, a menos que se pueda traducir en un argumento de necesidad jurídico-constitucional, lo que no se alcanza a ver. Por desagradable que resulte, difícilmente podrá fundamentarse jurídico-constitucionalmente que se prohíba a una mayoría parlamentaria penalizar un comportamiento ‘meramente inmoral’”.

Con ello se identifica el punto decisivo, pues es obvio que al legislador no se le pueden poner límites por medio de la opinión de determinados profesores, sino sólo por la Constitución. Los representantes de la teoría del bien jurídico nunca han afirmado algo distinto. Así, por ejemplo, puede leerse en un texto de mi autoría, invocando a STÄCHELIN y HASSEMER¹⁰³: “El punto de conexión jurídico-constitucional de la inadmisibilidad de estos preceptos penales es la prohibición de exceso, a deducir del principio de proporcionalidad.”

Tampoco es cierto que se pueda sustituir el principio de protección de bienes jurídicos por el principio de proporcionalidad, como parece imaginar, por ejemplo, WEIGEND¹⁰⁴ cuando dice que como concepto crítico hacia la legislación, el bien jurídico es “inferior al *topos*, jurídico-constitucionalmente apoyado, de la proporcionalidad de las intervenciones estatales”. Al contrario, lo que sucede es que ambos se complementan mutuamente, como se describe, correctamente, en el comentario de SCHONKE/SCHRÖDER¹⁰⁵: “En el ámbito de la cuestión de qué finalidades pueden ser perseguidas con la legislación penal, la teoría del bien jurídico y los requisitos jurídico-constitucionales se entrelazan; el principio de proporcionalidad en cuanto punto de referencia, a su vez, presupone un bien a proteger, para lo cual la teoría del bien jurídico puede

¹⁰³ ROXIN, *FS-Hassemer*, p. 586 (referencias de STÄCHELIN y HASSEMER ibídem, nnos. 76, 77).

¹⁰⁴ WEIGEND, *LK*, 12ª ed., 2007, introducción, n° marg. 7. En este sentido también ANDROULAKIS, *FS-Hassemer*, 2010, p. 277 y ss.

¹⁰⁵ SCHONKE - SCHRÖDER - LECKNER - EISELE, *StGB*, 28ª ed., 2010, n° marg. 10 antes del § 13.

ofrecer puntos de partida, sin que con ello, sin embargo, se hubiera prefijado la conclusión a alcanzar después de un examen jurídico-constitucional”¹⁰⁶.

También KASPAR llega en su fundamental monografía sobre el principio de proporcionalidad¹⁰⁷ a la conclusión de que es necesario combinar ambos puntos de partida. En este contexto, en su opinión “cabría integrar también los postulados materiales de la teoría del bien jurídico sin fisura alguna en el examen jurídico-constitucional. Al menos tal entendimiento del examen de proporcionalidad se sustrae al reproche de no ofrecer criterio alguno para el contenido de las leyes penales”.

De hecho, ni siquiera es posible una concepción diferente, pues, como es sabido, no existe una proporcionalidad en sí misma, sino que necesariamente ha de ponerse en relación la intervención estatal con los objetivos con ella perseguidos, para lo cual las características y la dimensión de la protección de bienes jurídicos juegan un papel importante.

Al día de hoy, cabe afirmar que es mayoritaria la tesis de la necesidad y posibilidad de vincular la teoría del bien jurídico crítica hacia la legislación a la Constitución. Así, por ejemplo, FRISTER¹⁰⁸ subraya que “el concepto de bien jurídico se define en la actualidad también en la ciencia del Derecho penal desde el Derecho constitucional”. De acuerdo con STEINBERG¹⁰⁹, los representantes actuales de una teoría del bien jurídico crítica hacia la legislación están “en gran medida de acuerdo en el objetivo de que no resulta deseable establecer una concepción ajena a la Constitución en paralelo a ésta, o injertarla en ella, sino que se trata de concretar las afirmaciones de la propia Constitución en el ámbito jurídico-penal, sirviéndose para la implementación de la concepción del bien jurídico”.

¹⁰⁶ En el mismo sentido GRECO, *ZIS* 2008, p. 238: “En el fondo, el examen de la proporcionalidad ya presupone una teoría del bien jurídico, pues es necesario tener un punto de referencia para enjuiciar si una intervención es idónea, necesaria y proporcionada”.

¹⁰⁷ KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, 2011, p. 168.

¹⁰⁸ FRISTER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 2011, Cap. 3, nº marg. 32.

¹⁰⁹ STEINBERG, *FS-Rüping*, 2008, p. 102.

Por consiguiente, nuestro Tribunal Constitucional tiene razón cuando dice¹¹⁰ que el poder de configuración del legislador no puede ser restringido por instancias externas a la legislación¹¹¹. “Por el contrario, éste halla sus límites —tanto en el campo del Derecho penal como en otros— sólo en la propia Constitución ...”. Sin embargo, yerra el Tribunal cuando opina que los representantes de una teoría del bien jurídico crítica hacia la legislación sostendrían otra opinión¹¹². Ciertamente, la teoría del bien jurídico puede desarrollar sus ideas político-criminales con independencia de la Constitución y ofrecérselas al legislador. Sin embargo, la nulidad de una norma, como es obvio, sólo puede ser deducida de una vulneración de la Constitución.

En consecuencia, la controversia se condensa en la cuestión de si —y en caso afirmativo, bajo qué presupuestos— un precepto penal que no afecte a las posibilidades de desarrollo de otros o a los presupuestos institucionales de éstas —es decir, que ni lesione ni amenace bienes jurídicos— puede ser inconstitucional. Para STUCKENBERG, como antes se ha expuesto, “no se alcanza a ver (...) un argumento de necesidad jurídico-constitucional”, y también nuestro Tribunal Constitucional opina¹¹³ que la teoría del bien jurídico “no establece criterios materiales que necesariamente hubiera que incorporar al Derecho constitucional ...”.

Frente a ello, los partidarios de la teoría del bien jurídico crítica hacia la legislación se remiten de modo predominante al principio fundamental para el Estado de Derecho de la proporcionalidad (idoneidad, necesidad, proporcionalidad) de las intervenciones del Estado. En este sentido, se afirma que un precepto penal que no protege bienes jurídicos puede llegar a ser inconstitucional en cuanto intervención inadecuada, excesiva y, con ello, desproporcionada en la libertad del ciudadano. Cuándo éste es el caso en concreto, sin embargo, es poco claro. Esto supone —hasta ahora— un innegable punto débil de una posición que quiera atribuirle al pensamiento del bien jurídico, más allá de su

¹¹⁰ BVerfGE 120, p. 242.

¹¹¹ Cfr. la cita *supra*, III, b), 1.

¹¹² En este sentido también FRISTER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 2011, Cap. 3, n° marg. 32.

¹¹³ BVerfGE 120, p. 242.

función político-criminal, también una relevancia jurídico-constitucional. Por ello, merece plena aprobación NEUMANN¹¹⁴ cuando afirma que “ahora bien, es necesario desarrollar esquemas diferenciados de argumentación que hagan posible la aplicación del principio de proporcionalidad a constelaciones concretas”.

No se podrá decir que cualquier punición de actos que no lesionan bienes jurídicos vulnera el principio de proporcionalidad, siendo por ello inconstitucional. Así, por ejemplo, cuando alguien “lleva a cabo actos sexuales en público” (§ 183a, *StGB*), no lesiona un bien jurídico ajeno; pues no se afecta negativamente a las posibilidades de desarrollo de nadie. Por ello, desde el punto de vista político-criminal, sería más adecuado su tratamiento jurídico como infracción administrativa. Sin embargo, tampoco una pena criminal moderada llega a ser inconstitucional, pues no cabe vedar al legislador sancionar las infracciones contra las costumbres y la decencia cuando éstas se producen de modo escandaloso y en público. Esta opinión encuentra apoyo en el art. 2º, párr. 1º de la Ley Fundamental, conforme al cual el libre desarrollo de la personalidad puede limitarse mediante la “moralidad pública”¹¹⁵. Algo similar rige respecto de la llamada “protección frente a la confrontación” (§ 184, párr. 1º, nº 6, *StGB*), que amenaza de pena el envío no solicitado de material pornográfico.

En contraposición con ello, sin embargo, existen no pocas disposiciones respecto de las cuales una ponderación conduce a la conclusión de que una intervención a través de la pena criminal resulta desproporcionada. Ello rige, en contra de lo sostenido por el Tribunal Constitucional Federal¹¹⁶, por ejemplo, respecto de la representación a cambio de precio de películas pornográficas; pues en este caso, siempre que los espectadores hayan sido avisados de la naturaleza de la película, no se expone a nadie contra su voluntad a una imagen pornográfica. Y la protección de la juventud que se pretende estar llevando a cabo a través del precepto puede alcanzarse sin esfuerzo alguno a través de un control de

¹¹⁴ NEUMANN, en VON HIRSCH - SEELMANN - WOHLERS (nota 1), p. 136.

¹¹⁵ A esto se refiere —sin mencionar el § 183a, *StGB*— especialmente ANDROULAKIS, *FS-Hassemer*, 2010, ps. 274, 281, nº 36.

¹¹⁶ BVerfGE 47, p. 109 y ss.

documentos de identidad. También resulta desproporcionado que el § 184a del *StGB* amenace de pena a quien dé acceso a otros a un escrito o una imagen de pornografía animal. Pues si un adulto desea contemplar algo así, no se lesiona nada ni a nadie, de modo que la amenaza con hasta tres años de pena supone una clara vulneración de la prohibición de exceso, ya que ni siquiera la realización directa de actos sexuales con animales es punible. Tampoco debe recurrirse al argumento de la “moralidad pública” en los dos casos mencionados, ya que la pornografía como tal está permitida, y nadie se escandaliza por esos acontecimientos. Lo mismo rige respecto del caso, antes abordado, de que alguien posea una fotografía de connotación sexual de su novia de diecisiete años.

En mi opinión, también son desproporcionadas la prohibición y la criminalización —si bien limitada al médico que lleva a cabo la intervención— de la donación de órganos *inter vivos* cuando no se trate de familiares o personas estrechamente vinculadas entre sí (*supra*, III, b, 1, tercer caso), pues falta toda intervención en la libertad de desarrollo de los intervinientes. Los riesgos de una posible falta de libertad o de un tráfico de órganos pueden ser neutralizados de otro modo. Siendo esto así, sin embargo, la evitación del salvamento de una vida, valioso tanto social como éticamente, por medio del Derecho penal, está fuera de toda proporción respecto de los fines perseguidos por el legislador.

En el presente marco no es posible examinar la constitucionalidad de todas las disposiciones en las que no se puede demostrar la existencia de la lesión de un bien jurídico desde el punto de vista del principio de proporcionalidad. Sin embargo, los ejemplos mencionados quizás muestren que un análisis detallado de todos los preceptos que entran en consideración puede ofrecer soluciones susceptibles de una fundamentación racional convincente, abonando en algunos casos la afirmación de inconstitucionalidad¹¹⁷.

Además, se tiene demasiado poco en cuenta que también existen otros límites constitucionales a la criminalización de modalidades de conducta que no afecten a bienes jurídicos, límites que, al estar sustraídos a toda ponderación, vinculan al legislador de modo incluso más

¹¹⁷ Un rico material de argumentación lo ofrece la monografía de HORNLE sobre el “comportamiento groseramente escandaloso”, 2005; específicamente sobre el funda-

intenso que el principio de proporcionalidad. Es éste, especialmente, el caso de las intervenciones en el “ámbito nuclear de la configuración vital privada”, que el Tribunal Constitucional Federal ha deducido de la dignidad humana y ha declarado como intangible¹¹⁸. Por lo tanto, una intervención del legislador en ese ámbito nuclear conduce a la inconstitucionalidad.

Forman parte del ámbito nuclear sin duda alguna también el comportamiento sexual de las personas, en la medida en que se desarrolla fuera del ámbito público y no afecte a la autodeterminación sexual de otros sujetos. De ello se sigue que las relaciones homosexuales entre adultos, y también el incesto entre hermanos, no deben penarse.

Esta idea también da sustento a la tesis de que es inconstitucional¹¹⁹ amenazar de pena la posesión de drogas que exclusivamente estén destinadas al autoconsumo, como lo hace el § 29, párr. 1º de la Ley de Estupefacientes (*BtMG*). Pues cómo maneje alguien las sustancias de abuso (como también, por ejemplo, el alcohol y el tabaco) es asunto de su configuración vital personalísima y afecta a su ámbito nuclear, ya que es parte de su autorrealización. Como antes se ha mencionado, en consecuencia, la Corte Suprema de la Argentina ha fallado que resulta inconstitucional la prohibición penal de la posesión de drogas para el autoconsumo. Ha afirmado la concurrencia de una vulneración del art. 19 de la Constitución argentina, que afirma que las cuestiones privadas son asunto exclusivo de DIOS, y no del Derecho penal¹²⁰.

Recientemente, GRECO¹²¹ ha desarrollado una “fundamentación en la teoría de la autonomía” de la limitación jurídico-constitucional del

mento y los límites de los §§ 184, 184a-d, *StGB*; véase GRECO, en *Rechtswissenschaft*, 2011, p. 275 y ss.

¹¹⁸ Sobre todo en su sentencia sobre el “dispositivo amplio de escuchas” (BVerfGE 109, p. 279 y ss.). Con más detalle al respecto ROXIN, *FS-Böttcher*, 2007, p. 159 y ss.

¹¹⁹ Esta misma conclusión la alcanza en un análisis actual también GRECO, en *Grenzen-lose Vorverlagerung des Strafrechts*, HEFENDEHL (ed.), 2010, p. 73 y ss.

¹²⁰ También sobre esto, con detalle, GRECO, en *Grenzen-lose Vorverlagerung des Strafrechts*, HEFENDEHL (ed.), 2010, p. 73 y ss.

¹²¹ GRECO, sobre todo en *ZIS* 2008, p. 234 y ss., donde analiza la resolución del Tribunal Federal Constitucional en relación con el incesto. Sobre las tesis de GRECO véa-

poder punitivo estatal y sostiene que “es superior a la teoría del bien jurídico”¹²². “El respeto frente a la autonomía del individuo significa que se le reconoce un ámbito sobre el cual sólo le corresponde decidir al individuo. Que esta reflexión coincide en gran medida con la (...) figura del ámbito nuclear intangible de la configuración vital privada resulta palmario”.

En este contexto, es cierto que la tesis del ámbito nuclear da fundamento a la inconstitucionalidad de algunos supuestos de preceptos penales ayunos de bien jurídico. Sin embargo, ello no hace superflua, de ningún modo, la teoría del bien jurídico¹²³; pues, en primer lugar, la atribución al ámbito nuclear de la esfera privada implica la ausencia de afectación a bienes jurídicos ajenos. En segundo lugar, la inconstitucionalidad de una penalización de conductas que no lesionan bienes jurídicos también puede inferirse de principios constitucionales distintos de la dignidad humana que garantiza el ámbito nuclear (concretamente, del principio de proporcionalidad o de derechos fundamentales especiales). Y en tercer lugar, el principio del bien jurídico también tiene una considerable importancia político-criminal en aquellos casos en los que dejarlo de lado no conduce a la inconstitucionalidad.

Otro derecho fundamental de cuya lesión, por ejemplo, cabe deducir la inconstitucionalidad de una punición del “negacionismo”, es decir, de la mera negación, no discriminatoria ni de agitación, de hechos históricos, es la libertad de opinión, que de hecho invocan expresamente ROMANO¹²⁴ y GIMBERNAT¹²⁵, así como los tribunales constitucionales español y francés antes mencionados.

De este modo queda claro que en los seis casos que antes (III, b, 1) he aducido como ejemplos especialmente controvertidos de la punibili-

se también KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, 2011, p. 181 y ss.

¹²² GRECO, en *ZIS* 2008, p. 234 y ss.

¹²³ Cosa que tampoco piensa GRECO, en *ZIS* 2008, p. 238.

¹²⁴ ROMANO, en *FS-Roxin*, 2011, p. 165.

¹²⁵ GIMBERNAT, “Festgabe für Claus Roxin zum 80. Geburtstag”, *GA* 2011, p. 292 y 293.

dad de un comportamiento que no lesiona bienes jurídicos cabe fundamentar muy sólidamente la inconstitucionalidad. Otros casos están, por ejemplo, en las vulneraciones de la libertad religiosa que pueden derivar de la criminalización, basada en motivos religiosos, de modalidades de conducta que no suponen la afectación a un bien jurídico. No es posible llevar aquí a cabo un análisis de todas las normas penales cuya legitimidad es discutida. Pero HEFENDEHL tiene razón cuando dice¹²⁶ que “la verdadera construcción de la teoría del bien jurídico incluso está por venir”.

¹²⁶ HEFENDEHL, en HEFENDEHL - VON HIRSCH - WOHLERS (nota 1), p. 290.

Problemas de la imputación objetiva *

* Título original: «Streitfragen bei der objektiven Zurechnung», en *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Mainwald zum 75. Geburtstag*, RENÉ BLOY - MARTÍN BÖSE - THOMAS HILLENKAMP - CARSTEN MOMSEN - PETER RACKOW (coords.), Duncker y Humblot, Berlin, 2010, ps. 715-733.
Traducción de PABLO GUILLERMO LUCERO, publicada previamente en «Revista de Derecho Penal», t. 2010-2, Santa Fe, ps. 13-35

(I)

INTRODUCCIÓN

Hoy en día se destaca por doquier —y, a veces con asombro— que la teoría de la imputación objetiva ha sido colocada en el centro de la discusión dogmática jurídico-penal. MANFRED MAIWALD, el profesor emérito venerado, habla de “una notable marcha triunfal”¹; hoy el concepto de la imputación objetiva ha conseguido “una importancia que era inimaginable hace unas pocas décadas”. Destaca que “el encendido inicial para la amplia aceptación del concepto de la imputación objetiva” provendría de un ensayo de HONIG sobre la “causalidad y la imputación objetiva” en el año 1930². Él es, también, uno de los primeros en señalar que la teoría actual de la imputación objetiva excede ampliamente el ensayo de HONIG a raíz de la inclusión de las valoraciones típicas.

De hecho, hasta los años '60 del siglo XX, el ensayo de HONIG había encontrado apenas una escasa —y hasta rechazada— resonancia³. En el año 1970 mi contribución en el homenaje a HONIG⁴ estaba ligada al antiguo texto de HONIG —para entonces de cuarenta años—, pero, a la vez, desde el principio, tenía una intención mucho mayor. Porque mien-

¹ MAIWALD, MANFRED, “Hacia la sistemática función jurídico-penal del concepto de la imputación objetiva”, en *FS-Miyazawa*, 1995, p. 465 y ss. (465).

² HONIG, en *FS-Frank*, t. I, p. 174 y ss.

³ Como prueba FRISCH, “La fascinante, legítima y problemática teoría de la imputación objetiva del resultado”, en *FS-Roxin*, 2001, p. 213, nota 3.

⁴ P. 133 y ss. Más tarde, también, con una “nota posterior”, en *Problemas fundamentales de derecho penal*, 1973, p. 123 y ss.

tras HONIG sólo perseguía el comparativamente discreto objetivo de excluir del tipo como “objetivamente no dirigidos” y, por eso, no imputables a aquellos cursos causales completamente imprevistos y casuales, yo he sustituido, desde un comienzo, la “dirigibilidad”^{*} por la idea del riesgo y, por lo tanto, abrí el camino de la actual expansión de la teoría de la imputación objetiva. Ambos ensayos fundamentales dicen⁵: “La dirigibilidad objetiva (...) de un curso causal dañoso depende (...) de si el comportamiento de la persona en cuestión constituye o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica al bien jurídico (...) Este retorno de la dirigibilidad objetiva en el principio del riesgo permite una diversificación de nuestra escala, la que podría consentir una teoría universal de la imputación completamente disuelta del dogma causal para los delitos de resultado”.

La aquí anunciada “diversificación” ha llevado, entonces, al desarrollo de los muchos fundamentos para descartar la imputación excluida, de los cuales sólo nombro los más importantes⁶: disminución del riesgo, falta de creación del riesgo, falta de violación del riesgo permitido, falta de captación del suceso por la finalidad protectora de la prohibición del riesgo, participación en una autopuesta en peligro responsable, puesta en peligro ajena recíproca. De esta manera, toda la teoría del injusto ha recibido una nueva estructura a través de una red de reglas de imputación.

FRISCH⁷ ha afirmado ilustrativamente que a causa de la teoría de la imputación se ha conseguido “una dimensión completamente diferen-

* [N. del T.]: En consulta al profesor ROXIN, me explicó que el concepto “dirigibilidad” significa que se puede utilizar razonablemente un determinado medio de alcanzar un propósito; es decir, si se quiere matar a alguien, el consejo para dar un paseo en la tormenta no es un medio adecuado para alcanzar ese fin. Es por ello que la “chance” de éxito es demasiado baja (como ocurre con todos los cursos causales inadecuados).

⁵ ROXIN, en *FS-Honig*, 1970, p. 135 vta. = *Problemas fundamentales de derecho penal*, 1973, p. 126.

⁶ Una descripción integral de los efectos de esta teoría se puede encontrar en mi *Strafrech. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006 (sobre todo, pero no sólo, en los §§ 11 y 24), 1.1.

⁷ FRISCH, “La fascinante, legítima y problemática teoría de la imputación objetiva del resultado”, en *FS-Roxin*, 2001, p. 215.

te” y que, por ello, habría que acompañarse su éxito tardío: “Es fácil comprender que una tan significativa teoría de la imputación del resultado generó mayor atención como una teoría de la imputación, la cual, más bien, pareció limitarse a correcciones marginales. Al mismo tiempo, la sustitución de los conceptos de conexión fue de gran importancia para la aceptación de la (nueva) teoría de la imputación del resultado. Mientras que Roxin sustituyó el borroso concepto de la dominabilidad de los cursos por los conceptos del riesgo jurídicamente desaprobado y del ámbito de protección de la norma, asoció la cuestión de la imputación con conceptos que son corrientes a los juristas familiarizados con las valoraciones y que derivan del acceso inmediato a una variedad de criterios valorativos (...) Así, la cuestión de la imputación fue liberada del velo de la terminología prejurídica y conectada con los conceptos normativos familiares”.

En virtud de lo expuesto, no obstante, cabe destacar que MAIWALD no rechaza la teoría de la imputación objetiva, pero no acompaña el camino que he propuesto y que propone la actual doctrina dominante, sino que aboga por una vuelta a HONIG y, con ello, al concepto pre-jurídico de la imputación objetiva. A continuación se expondrán los fundamentos que han motivado a MAIWALD a apoyar un concepto mucho más estrecho de la imputación objetiva (II), pero antes trataré de defender, en discrepancia, la teoría moderna de la imputación objetiva (III), para luego esgrimir algunas objeciones de la literatura en su contra (IV).

(II)

ARGUMENTOS DE MAIWALD A FAVOR DE UN CONCEPTO DESPROVISTO DE VALORACIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

MAIWALD no niega que un sistema valorativo de la imputación, como el que corresponde a la nueva interpretación, debiera ser factible. No sería posible “seguir comprendiendo a la imputación objetiva como lo hace la doctrina actual: No sólo como el sustrato óntico de la valoración jurídica, sino también como el aspecto valorativo mismo”⁸. La conve-

⁸ MAIWALD, “Hacia la sistemática función jurídico-penal del concepto de la imputación objetiva”, en *FS-Miyazawa*, 1995, p. 476.

niencia indica emplear el concepto de la imputación objetiva en un sentido desprovisto de valoración —“y sólo en este sentido”⁹—. A raíz de ello, se postularon tres razones válidas.

a — La necesidad de un avance gradual hacia el sistema de formación

La imputación objetiva tiene la útil función de posibilitar un refinamiento de la constatación de la causalidad. Con su ayuda queda claro que el individuo sería contemplado como “sujeto” de la producción del resultado y no sólo como “pasaje del estadio determinado causalmente por las eficacias”. Al tener que evaluarse la relación entre el sujeto y el resultado, quedan restringidos los “posteriores pasos de prueba”; la prueba de la responsabilidad objetiva se haría para ellos “cuesta arriba”.

b — La necesidad de separar el juicio de la antijuridicidad de su objeto

Además, se “recomienda” separar el objeto del juicio de la antijuridicidad del juicio de la antijuridicidad mismo. “La cuestión de si el resultado se conecta con un acto permitido o prohibido, surge sólo cuando el acto, en el sentido de un centro de acción personal, era causa para el resultado”. Si se mezclan estos dos pasos de prueba, se sacrifica “una porción de claridad” que se ha ganado con el “descubrimiento” de la categorización sistémica de la imputación objetiva.

c — El deseo de evitar la confusión de criterios heterogéneos de valoración

Finalmente, MAIWALD quiere escaparse del peligro de una propuesta de una imputación desprovista de valoración, a fin de emplear “el concepto de la imputación objetiva como un crisol amorfo para puntos

⁹ MAIWALD, “Hacia la sistemática función jurídico-penal del concepto de la imputación objetiva”, en *FS-Miyazawa*, 1995, p. 477 vta.

de vista de valoración completamente diferentes y, así, sacrificar su valor cognoscitivo”.

(III)

CRÍTICA DEL CONCEPTO DE UNA IMPUTACIÓN OBJETIVA DESPROVISTA DE VALORACIÓN

Antes de introducirme más en los argumentos descritos, me permito señalar que para mí no es evidente la idea de una imputación objetiva que sólo sea el “sustrato óntico” diferenciado de la valoración jurídicamente fundada, porque ella no se lleva a cabo sobre la teoría de la adecuación y, por lo tanto, no brinda ningún beneficio cognoscitivo. Porque la eliminación de la casualidad ya ha rendido a la teoría de la adecuación. Incluso, MAIWALD¹⁰ denomina a este ámbito de aplicación como algo “nada puntualmente emocionante” y sólo se basa en él para su concepción de imputación provista de una profunda relación con el fundamento.

Ciertamente, él observa un práctico e importante ámbito de aplicación en casos donde un tercero entrante en el curso causal produce el resultado¹¹. Sin embargo, por sus premisas, esto sólo puede conducir a la exclusión de la imputación del primer causante, cuando esta especie de causación del resultado se le manifiesta como casual. En el caso nombrado por MAIWALD donde una negligencia médica derivó en la muerte del paciente, difícilmente pueda hablar de casualidad, ya que semejante suceso no se encuentra fuera de lo probable. Si aquí se quiere excluir la imputación del acto del primer causante, se debe asociar el hecho en el hospital al ámbito de responsabilidad del médico. De este modo, se determinará el límite de la imputación al primer autor a través de un punto de vista valorativo.

¹⁰ MAIWALD, “Hacia la sistemática función jurídico-penal del concepto de la imputación objetiva”, en *FS-Miyazawa*, 1995, p. 477. Aquí también las próximas citas.

¹¹ MAIWALD, “Hacia la sistemática función jurídico-penal del concepto de la imputación objetiva”, en *FS-Miyazawa*, 1995, p. 481.

A la luz de las razones específicas que llevan a MAIWALD al terreno de su concepto de imputación desprovista de valoración, me expresaré de la siguiente manera:

a — ¿Puede darse la imputación objetiva y la valoración del suceso causal en dos pasos seguidos sucesivos?

En contra, se pueden alegar cuatro argumentos válidos:

a) *Primero*, no se puede indicar ninguna escala de riesgo particular sin una valoración jurídica, bajo la cual ya no sólo se puede hablar de una dirigibilidad objetiva, sino también de una casualidad. En el discutido caso usado por TRAEGER en 1904¹², por HONIG¹³ y por un sinnúmero de otros autores, en el que “A envía a su sobrino, al que quiere heredar, a una colina con árboles altos durante una tormenta”, MAIWALD considera que existe¹⁴ una casualidad (lo cual generalmente es aceptado) si el sobrino muere por el rayo, tal como lo quería A. Después de todo, se cristalizó un riesgo que no hubiera existido si el sobrino se hubiera quedado en casa. Con qué escala prejurídica debe aceptarse aquí una casualidad, no lo sabemos.

¹² Al respecto SCHÜNEMANN, “Sobre la imputación objetiva”, en GA 1999, p. 207 y ss. (209 vta.).

¹³ HONIG, en FS-Frank, t. I, p. 186. Aunque aquí exista uno de los más famosos casos de cátedra de la literatura jurídico-penal, se trata de un hecho prácticamente absurdo y jurídicamente incorrecto. Es absurdo, porque ninguna persona razonablemente correcta se dejaría enviar, sin un motivo razonable, a una tormenta en una colina boscosa. Y está planteado en forma jurídicamente incorrecta, porque el sobrino, como a menudo se resalta, es responsable por su propio comportamiento, de manera tal que no le sería imputable a A la muerte del sobrino, si se rechaza una casualidad y se quisiera ver a la muerte del sobrino como una finalidad objetiva. El caso se produce en el sentido descrito, si se reconstruye, de manera tal que se trata de un niño, del cual A quiere deshacerse de esa manera. Porque sabemos de *Struwwelpeter* (la historia del volador Roberto: “Roberto pensó: No!, afuera debe ser hermoso”) que a los niños les gusta salir en la tormenta y la lluvia. Incluso un niño no es responsable de sus actos, por lo que su muerte sería imputable a A, si se lo ve como “objetivamente dirigible”.

¹⁴ MAIWALD, “Hacia la sistemática función jurídico-penal del concepto de la imputación objetiva”, en FS-Miyazawa, 1995, p. 466.

Por otra parte, MAIWALD¹⁵ quiere afirmar una imputación objetiva cuando alguien participa en un accidente bajo la observancia de todas las reglas de tránsito y atropella con su auto a otro, dándole muerte. Pero ¿cómo debe definirse como “objetivamente dirigible” a aquello que un conductor cuidadoso al manejo absolutamente no puede impedir? ¿Y deben imputarse realmente todas las muertes por accidentes a los fabricantes de automóviles, que hayan sido causados por automóviles correctamente fabricados, sólo porque los accidentes de tránsito no se encuentran fuera de la experiencia de la vida?

Con razón FRISCH¹⁶ ya había observado que conceptos como la objetiva dirigibilidad, controlabilidad o dominabilidad son demasiado vagos e indeterminados para la aplicación práctica del Derecho y “que no es posible una delimitación o exclusión dentro de un nivel ontológico o antropológico (o también empírico)”. Los “dos pasos” de la imputación objetiva desprovista de valoración y el juicio de valor no se pueden separar de antemano.

b) En *segundo lugar*, una separación semejante en todo caso no es adecuada, aun si es teóricamente factible, porque requiere un esfuerzo intelectual que no aporta prácticamente ningún beneficio y, por ello, es superflua. En el caso de los automovilistas prudentes al manejo, MAIWALD¹⁷ considera “inequívocamente” que “el castigo del conductor se excluye”, sin decir cómo se justifica su impunidad. La doble, y bajo circunstancias, fastidiosa reflexión sobre si se puede hablar realmente de dirigibilidad objetiva en accidentes inevitables y si se puede obtener de ella una exclusión penal a la luz de su afirmación, es evitada por el aplicador del Derecho mediante la reflexión de que nunca una muerte imputable por imprudencia puede surgir de un riesgo permitido ine-

¹⁵ MAIWALD, “Hacia la sistemática función jurídico-penal del concepto de la imputación objetiva”, en *FS-Miyazawa*, 1995, p. 470.

¹⁶ FRISCH, “Respecto del actual estado de discusión y la problemática de la teoría de la imputación objetiva”, en *GA* 2003, p. 719 y ss. (ps. 735-738).

¹⁷ MAIWALD, “Hacia la sistemática función jurídico-penal del concepto de la imputación objetiva”, en *FS-Miyazawa*, 1995, p. 470.

quívocamente en concreto. La normativización de la imputación objetiva trae consigo una clara simplificación jurídica.

Lo que rige para la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado se puede ilustrar también en los casos de la materialización del riesgo. En el conocido caso del ciclista¹⁸, éste fue a parar debajo de un camión que lo había superado a una distancia lateral demasiado estrecha. Ahora, si se establece que el accidente hubiera ocurrido igualmente en mantenimiento de la distancia lateral indicada, porque el ciclista estaba ebrio y los ebrios tienen cuidado de colocar su bicicleta a la izquierda fuera de la respectiva distancia indicada, no se cristaliza el riesgo alcanzado en concreto por el conductor del camión, porque el mantenimiento de la distancia era indiferente para el resultado. El suceso no se le puede imputar como un homicidio imprudente. Esto es una clara y evidente solución, en síntesis, también postulada por el Tribunal Supremo alemán (BGH).

Sin embargo, desde el punto de vista de una concepción de imputación desprovista de valoración, si se afirma una dirigibilidad objetiva superándose alguna duda —¿se puede contemplar un resultado como objetivamente dirigible, en el cual, también, el comportamiento indicado nada hubiera cambiado?—, surge la pregunta de cómo podría fundamentarse de otra manera la impunidad del conductor del camión por la falta de materialización del riesgo. MAIWALD piensa¹⁹ que “se debería fundamentar que las consideraciones teórico-normativas conducen a una exclusión del injusto —como siempre se lo ha justificado en el caso concreto—. Pero ésta es una sugerencia de solución muy vaga y confusa; los esfuerzos de fundamentación que elabora son inválidos a la luz de la aplicación de los principios de la materialización del riesgo.

c) En *tercer lugar*, una imputación objetiva normativizada implica, también, el retorno a una tipicidad desprovista de valoración que ya ha sido científicamente superada desde los años veinte del siglo pasado en manos de una concepción que contempla la tipicidad como injusto

¹⁸ BGHSt. 11, p. 1 y ss.

¹⁹ MAIWALD, “Hacia la sistemática función jurídico-penal del concepto de la imputación objetiva”, en *FS-Miyazawa*, 1995, p. 479.

típico²⁰. Si bien, en el caso del conductor que se comportó prudentemente, MAIWALD no dijo explícitamente que quería excluir, ante todo, la punibilidad del ámbito de la antijuridicidad, se sugiere de sus observaciones²¹ que correspondería señalar en el segundo paso de prueba de la imputación objetiva, “especialmente” en la valoración, “si el hecho es antijurídico”, y que se “debería separar el objeto del juicio de la antijuridicidad del juicio en sí mismo”.

También, en el caso del ciclista, como se citó anteriormente, él habla de una “exclusión del injusto” y lo sostiene en los casos de disminución del riesgo. A la vez, se refiere al ejemplo utilizado por mí, donde alguien no puede hacer inofensivo un lanzamiento de una piedra que amenaza con causar una severa lesión en la cabeza, pero puede desviarla a otra parte del cuerpo menos vulnerable, como el hombro. Aquí yo niego una imputación objetiva y, por lo tanto, un acto de lesiones, porque el “autor” que disminuyó el peligro no realiza ningún riesgo de lesión corporal no permitida, sino, por el contrario, ha disminuido un riesgo real.

En cambio aquí, MAIWALD²² quiere afirmar una lesión corporal y afirmar meramente una causa de justificación por consentimiento presunto. “Sólo si se determina que el resultado ‘disminuido’ puede ser imputado a quien se interpuso, tiene sentido preguntarse si debiera ser castigado por lesiones corporales o, por el contrario, debe recibir un elogio”. Mientras que MAIWALD aboga por un elogio a causa, según él, del consentimiento presunto, explica que un comportamiento típico no sólo es correcto sino digno de alabanza. Un comportamiento sin su desvalor típico delictual no puede corresponder a un sistema de categorías que, desde la abundancia de sucesos, deba filtrar aquellos que, por lo general, son antijurídicos.

¡No se objeta que en otros casos de consentimiento presunto del autor igualmente no se actúe típicamente! Porque quien se refiere al consentimiento presunto lesiona bienes jurídicos ajenos, aun suponiendo

²⁰ En forma cercana a ese desarrollo, ROXIN (nota 5), § 10, párrs. 10 y ss.

²¹ MAIWALD, “Hacia la sistemática función jurídico-penal del concepto de la imputación objetiva”, en *FS-Miyazawa*, 1995, p. 479.

²² MAIWALD, “Hacia la sistemática función jurídico-penal del concepto de la imputación objetiva”, en *FS-Miyazawa*, 1995, p. 479.

que el titular del bien jurídico estaría de acuerdo si se le pudiera preguntar. En el caso del lanzamiento de la piedra, sin embargo, no existe ninguna lesión corporal primaria, sino sólo la disminución de un suceso de lesión desarrollado independientemente por el interviniente. También el consentimiento del titular del bien jurídico no sólo se puede suponer en la reducción de un daño ajeno no deseado, sino también darse, naturalmente, a través de la inadvertencia de un grave menoscabo²³.

La conclusión es ésta: La separación de la imputación de la valoración conduce a una concepción típica que despoja a esa categoría delictiva de su función especialmente sistemática y, por esta razón, continúa siendo insatisfactoria.

d) En *cuarto lugar*, finalmente se expresa en contra de una imputación desprovista de valoración respecto del acto típico del hecho, por tanto el legislador describe en sus tipos penales actos que quiere prohibir mediante pena —sujetos a eventuales causas de justificación—. Pero sólo se pueden prohibir mediante pena aquellos actos que son intolerablemente peligrosos para el respectivo bien jurídico protegido. Se sabe que conducir prudentemente no está prohibido, sino permitido. Entonces, razonablemente no puede haber ningún acto de homicidio en el sentido del § 222 del Cód. Penal alemán (*StGB*) si esto conduce a un resultado de muerte por causa ajena.

Justamente, los partidarios de la teoría más reciente de la imputación objetiva, a menudo, observan en este mismo pensamiento un entendimiento central de la concepción de la imputación. Así, más o menos, FRISCH²⁴ dice que “se entenderá por una desaprobación legal sólo a las prácticas que son afectadas por riesgos específicos de producción de un perjuicio típico al bien”. Y GRECO²⁵ explica que “si la finalidad del

²³ A mayor abundamiento respecto del discutido caso de la disminución del riesgo, *infra*, IV, f).

²⁴ FRISCH, “La fascinante, legítima y problemática teoría de la imputación objetiva del resultado”, en *FS-Roxin*, 2001, p. 223.

²⁵ GRECO, “Lo subjetivo en la imputación objetiva”, en *ZStW* 117 (2005), p. 519 y ss., 546.

Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, entonces cada prohibición y cada privación de la libertad sólo son legítimas cuando éstas resultan de la protección de un bien jurídico específico. Entonces, sólo pueden prohibir los actos peligrosos, porque la prohibición de actos inofensivos no ofrece ningún beneficio para la protección del bien jurídico". Para él, la reestructuración de la tipicidad objetiva de allí resultante es el "verdadero progreso científico que se halla en la teoría de la imputación objetiva".

Los esfuerzos de MAIWALD por separar la imputación objetiva de la valoración del hecho típico son ineficaces también respecto de la finalidad de las normas penales.

***b — ¿Se puede legitimar una imputación objetiva
normativizada mediante la necesidad de separar
el juicio de la antijuridicidad de su objeto?***

La segunda objeción de MAIWALD contra los nuevos esfuerzos, donde la imputación objetiva sustituye la idea de "dirigibilidad" por el principio del riesgo jurídicamente desaprobado, se basa en la idea²⁶ de que estaría prohibido mantener separados, mediante "un examen analítico de los elementos del delito, el objeto de la valoración del objeto". "Sirve la aclaración si el objeto del juicio de antijuridicidad es separado de este juicio".

Incluso si se adhiere a esa declaración abstracta, ésta presenta luego una nueva objeción de la nueva teoría de la imputación objetiva, ya que el principio del riesgo jurídicamente desaprobado se remite a una categoría sistemática de la antijuridicidad. Pero esto no es posible. Desde el lado de la tipicidad ya se ha aclarado someramente (*supra*, III, a), que la peligrosidad de alcanzar el riesgo mediante acto del autor es el objeto de la prohibición y, por ello, presupuesto del comportamiento típicamente delictivo y no la cuestión de la antijuridicidad.

Pero desde el punto de la antijuridicidad, el cumplimiento del riesgo permitido no se puede interpretar como una causa de justificación.

²⁶ MAIWALD, "Hacia la sistemática función jurídico-penal del concepto de la imputación objetiva", en *FS-Miyazawa*, 1995, p. 477.

Porque las causas de justificación presuponen siempre que el acto justificado es necesario para la salvaguarda de un interés principal²⁷. Con relación a la necesidad de una valoración semejante para el caso individual en concreto, esto falta en los casos de riesgo permitido.

Por ejemplo, la conducción en cumplimiento de las reglas de tránsito es legal (y atípica ante un resultado que lesione un bien jurídico), cuando ésta de ninguna manera es necesaria o, incluso, sirva a una finalidad valorativamente desaprobada. Además, la concreción de un riesgo jurídicamente desaprobado por regla puede justificarse en el caso concreto, cuando éste es necesario en el marco de un acto en estado de necesidad justificante. Parece, pues, que las cuestiones de creación del riesgo típico y su antijuridicidad —respectivamente, su justificación— se encuentran en niveles totalmente distintos. Aquello que está permitido generalmente, y no sólo excepcionalmente en el marco de la necesidad, pertenece siempre a la tipicidad.

La tipicidad y la antijuridicidad no se pueden confundir, si la imputación objetiva y, con ello, la realización de la tipicidad objetiva se basan en el principio del riesgo (es decir, la creación y cristalización de un riesgo jurídicamente desaprobado).

c — La teoría de la imputación objetiva orientada al principio del riesgo, ¿es un «crisol amorfo para los muy distintos puntos de vista de la valoración» sin «valor cognitivo»?

MAIWALD recoge con este reproche una objeción que había instalado ARMIN KAUFMANN y que hoy día se reproduce. KAUFMANN había dicho en 1985²⁸ que “no sería demostrable” una relación especial entre el resultado típico y el autor si ésta se dejara denominar “imputación objetiva”. Se trataría simplemente de “un conjunto de tópicos útiles para la interpretación de tal o cual tipicidad”.

²⁷ ROXIN (nota 5), § 10, párr. 21.

²⁸ KAUFMANN, ARMIN, “¿‘Imputación objetiva’ en los delitos dolosos?”, en *FS-Jes-check*, 1985, t. I, p. 251 y ss. (271).

En consecuencia, leemos de HIRSCH²⁹ que “las cuestiones completamente diferentes deben unirse bajo la rúbrica de la imputación objetiva y que esto se trataría de un resumen puesto por cláusulas generales de puntos únicos”, incluso, HILGENDORF³⁰ habla, en rica polémica, de una “especie de cuarto trastero para los problemas no resueltos de tipicidad y justificación”; la imputación objetiva incluye “grupos de casos muy heterogéneos”.

Nada más falso que eso. En verdad, en la imputación objetiva se trata de una figura legal estructurante del injusto que con lógica coercitiva deriva de la finalidad del Derecho penal y, justamente, hace lo que otras concepciones del injusto hasta ahora han omitido: la producción de una conexión política-criminal y teleológica entre los elementos individuales de la teoría del injusto. En síntesis, se extrae la siguiente deducción:

Si se observa la tarea del Derecho penal en la protección del bien jurídico, tal como lo indican los principios teóricos estatales de la democracia, es entonces posible la protección del bien jurídico mediante normas penales —como se mencionó anteriormente (III, a, d)—, de manera tal que se prohíben los actos que son intolerablemente peligrosos para los bienes jurídicos típicamente protegidos. Entonces, un hecho consumado debe entenderse necesariamente como la realización de un riesgo de alguna manera desaprobado.

A partir de esta idea básica también se puede deducir otras conclusiones, las que aquí no puedo explayar en todos sus detalles. En virtud de que una prohibición de la disminución del riesgo no sirve a la protección del bien jurídico, no puede imputarse tampoco un resultado mitigado por el acto de disminución. Donde no se crea un riesgo o se permite un riesgo estadísticamente relevante, no es posible tampoco una imputación de resultado por la consiguiente causalidad. Tampoco no se puede imputar aquello que no es contemplado por la finalidad de pro-

²⁹ HIRSCH, “Hacia la teoría de la imputación objetiva”, en *FS-Lenckner*, 1998, p. 119 y ss. (ps. 129, 140).

³⁰ HILGENDORF, “¿Para qué necesitamos la ‘imputación objetiva?’”, en *FS-U. Weber*, 2004, p. 33 y ss. (p. 44).

tección de la prohibición de la creación del riesgo; la idea de finalidad de protección surgida del Derecho civil es un instrumento de interpretación metodológico largamente reconocido, el cual debe ser usado por la precisión del principio del riesgo, al igual que en la interpretación de la tipicidad. Además, que la participación en una autopuesta en peligro voluntaria dolosa y responsable no deba imputarse, surge en virtud de que sólo la participación en una lesión típica de un bien jurídico ajeno es objeto de protección del bien jurídico.

Por supuesto, cuando pronuncié por primera vez mi perfeccionamiento de la teoría de la imputación objetiva en el homenaje a HONIG, yo la había aislado, ante todo, y la había expuesto sin incrustación en la conexión sistemática integral de la teoría del injusto. Pero en el *Epílogo* de una nueva publicación³¹ ya había dicho: “Una teoría de la imputación, como ha sido discutida en el somero ensayo, debería añadirse en el marco de un sistema jurídico-penal estructurado ideológicamente”. Hoy no observo ninguna concepción del injusto que logre, siquiera cerca, la rigurosidad de la estructurada red de solución de problemas de materias totales abarcadas con la ayuda de la imputación objetiva.

Especialmente, aquellos que reprochan la incoherencia de la teoría de la imputación objetiva no han podido desarrollar una solución propia para los problemas tratados por la imputación objetiva. Como se ha visto, MAIWALD³² reiteradamente coloca en la oscuridad la solución de aquellos problemas que quiere extraer del ámbito de la imputación objetiva, o bien habla de “objeciones teóricamente normativas” que conducen a “una exclusión del injusto”, como siempre se justificó en detalle. Incluso, como se mencionó, HIRSCH ve la imputación objetiva como “un resumen de puntos individuales”, sobre los cuales él no puede reportar ninguna conexión. HILGENDORF³³ quiere superar los problemas de la imputación objetiva sin propuestas concretas de solución con ayuda de “un modelo causal sofisticado” y a través de “una formulación

³¹ ROXIN, *Problemas principales jurídico-penales*, 1973, p. 123 y ss. (p. 146).

³² MAIWALD, “Hacia la sistemática función jurídico-penal del concepto de la imputación objetiva”, en *FS-Miyazawa*, 1995, p. 479.

³³ HILGENDORF, “¿Para qué necesitamos la ‘imputación objetiva?’”, en *FS-U. Weber*, 2004, p. 48.

de nuevas causas de justificación”, soslayando cuál es la ventaja de estos enfoques fragmentados y cómo se deben contemplar en detalle. Finalmente, HAAS³⁴ quiere solucionar los problemas a través de “un concepto de causalidad de causación, cuya tarea sería definir el alcance de las respectivas posiciones jurídicas individuales”. Porque, según él, esta idea sigue siendo “confusa”³⁵.

Por lo tanto, yo afirmo: mientras que todos los “conceptos contrarios” permanecen en una vaguedad extrema, una teoría de la imputación objetiva basada en el principio del riesgo no es un “crisol amorfo” sin “valor cognitivo”, sino un modelo estructurante del injusto de gran eficiencia.

(IV)

OTRAS OBJECIONES

El tratamiento de la última cuestión examinada rebasa los especiales puntos diferenciadores presentados por MAIWALD, porque también otros autores se han quejado de que la moderna teoría de la imputación objetiva sólo sería una acumulación de soluciones a problemas varios. Los argumentos que todavía pueden ser válidos no pueden discutirse detenidamente debido a la extensión dispuesta para un artículo de homenaje, como sí lo he hecho en debate con nuestro homenajeado. Pero, por lo menos en forma escasa, se ilustrarán las principales objeciones, a fin de completar mi opinión sobre los “problemas de la imputación objetiva”.

a — La objeción por gran vaguedad

La objeción, reiteradamente refutada, de que los criterios de solución ofrecidos por los suscriptores de la moderna teoría de imputación

³⁴ HAAS, “La teoría jurídico-penal de la imputación objetiva. Una crítica al axioma”, en KAUFMANN - RENZIKOWSKI, *La imputación como operativizador de la responsabilidad*, 2004, p. 193 y ss. (p. 222).

³⁵ HAAS, “La teoría jurídico-penal de la imputación objetiva. Una crítica al axioma”, en KAUFMANN - RENZIKOWSKI, *La imputación como operativizador de la responsabilidad*, 2004, p. 193.

serían demasiado vagos continúa siendo enaltecida. Así, leemos de SAMSON³⁶ que la teoría de la creación del riesgo “no funcionará si se pretende explicar qué tan alto debe ser el riesgo mínimo puesto al autor. Declaraciones sobre esa cuestión casi no se encuentran en la teoría de la imputación objetiva”. Y HILGENDORF afirma³⁷: “La teoría de la imputación objetiva es demasiado vaga para ofrecer esencialmente más que un cómodo vehículo para la transmisión de su propio sentimiento jurídico”. Incluso, HAAS³⁸ piensa que “esto opera con el concepto de riesgo sin especificar cómo debe realmente existir el riesgo relevante”.

La objeción ya está resuelta, ya que la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado sólo es una formulación distinta y precisa de lo que antes se sindicaba como “negligencia” y se conocía indiscutiblemente como presupuesto del hecho imprudente³⁹. Además, en mi *Manual* utilicé once páginas sobre la “concretización de la creación del peligro no permitido”⁴⁰ y, por ello, desarrollé seis escalas que confieren demasiada determinación al riesgo necesario, como esto es posible en el marco de la imprudencia⁴¹. También, la característica de la realización del riesgo no significa otra cosa que aquello que antes se debatía bajo el punto de vista de una “causalidad de lesión al deber” y la “materialidad” de desviación causal, de manera tal que ésta es tan determinable, en forma teleológicamente precisable, como estos otros.

³⁶ SAMSON, “La imputación del resultado y el riesgo”, en *FS-Lüderssen*, 2002, p. 587 y ss. (p. 588).

³⁷ HILGENDORF, “¿Para qué necesitamos la ‘imputación objetiva?’”, en *FS-U. Weber*, 2004, p. 33.

³⁸ HAAS, “La teoría jurídico-penal de la imputación objetiva. Una crítica al axioma”, en KAUFMANN - RENZIKOWSKI, *La imputación como operativizador de la responsabilidad*, 2004, p. 210.

³⁹ Más cercanamente, ROXIN (nota 5), § 24, párr. 8º y ss.; SCHÜNEMANN, “Sobre la imputación objetiva”, en *GA* 1999, p. 217; FRISCH, “Respecto del actual estado de discusión y la problemática de la teoría de la imputación objetiva”, en *GA* 2003, p. 728 vta.

⁴⁰ ROXIN (nota 5), § 24, nº marg. 14-40, 1067-1077.

⁴¹ Véase las escalas detalladas en IV, c).

**b — La objeción de que la imputación objetiva
no sería «objetiva»**

En particular, los finalistas han formulado la objeción de que una imputación objetiva no sería posible porque la creación de peligro esencialmente dependería también de las circunstancias subjetivas⁴². La apreciación como tal es correcta. Quien convence a otro a hacer un viaje en avión no crea normalmente ningún peligro no permitido. Pero lo hace, si sabe que en el avión hay una bomba escondida que explotará durante el vuelo. Con ello sólo se demuestra que un juicio de peligro objetivo debe incluir el conocimiento especial del autor. “En virtud de que se puede alcanzar la protección del bien jurídico sólo con la prohibición de conductas peligrosas y que esta prohibición sólo puede basarse en una valoración *ex ante*, se debe establecer el conocimiento del autor en el juicio sobre la peligrosidad objetiva de su acto”⁴³. La objetividad del juicio de peligro y la imputación en la tipicidad objetiva no se ven afectados al respecto, ya que el conocimiento del autor es relevante para el juicio de peligro.

**c — La objeción de circularidad
de la escala del riesgo**

HIRSCH⁴⁴ ha sostenido que si se exige un “riesgo no permitido” para la imputación, la prohibición se convierte en el objeto de la prohibición. “Si el comportamiento del autor satisface la prohibición determinante

⁴² KAUFMANN, “¿‘Imputación objetiva’ en los delitos dolosos?”, en *FS-Jescheck*, 1985, t. I, p. 265 y ss.; STRUENSEE, “Imputación objetiva e imprudencia”, en *GA* 1987, p. 17 y ss.

⁴³ ROXIN (nota 5), § 11, párr. 57. Al respecto, más cercanamente FRISCH, “Respecto del actual estado de discusión y la problemática de la teoría de la imputación objetiva”, en *GA* 2003, p. 732 vta.; detalladamente GRECO en su reflexión mencionada en la nota 25 sobre “lo subjetivo en la imputación objetiva”.

⁴⁴ HIRSCH, “Hacia la teoría de la imputación objetiva”, en *FS-Lenckner*, 1998, p. 136; al respecto, también, HAAS, “La teoría jurídico-penal de la imputación objetiva. Una crítica al axioma”, en KAUFMANN - RENZIOWSKI, *La imputación como operativizador de la responsabilidad*, 2004, p. 213.

en relación con el resultado típico, subsiste la pregunta cuya respuesta se ha buscado. La razón de ser de la prohibición no puede ser presupuesto de sí mismo”.

Ciertamente, esto no puede ser. Pero, esto tampoco es tan así. Porque el cumplimiento o la violación de, por ejemplo, las prescripciones de tránsito son sólo indicios en contra o para la constatación de una creación de riesgo jurídicamente relevante. “Ni una transgresión por sí misma necesariamente justifica el reproche de la imprudencia, ni este reproche necesariamente se excluye por el cumplimiento de las prescripciones de tránsito ...”⁴⁵. Con mayor razón, todos los restantes criterios para la determinación de un riesgo jurídicamente relevante —las denominadas normas de tránsito, el principio de confianza, la valoración en base a una figura de escala diferenciadora, deberes de información u omisión, el equilibrio entre los beneficios y riesgos de una acción⁴⁶— no son el riesgo prohibido típicamente, sino sólo indicios de su determinación. Por tanto, no puede hablarse de una circularidad del fundamento. El “riesgo jurídicamente desaprobado” es sólo una designación sintética para los muchos y diversos presupuestos de su fundamento.

*d — La objeción de que en la imputación objetiva
no habría espacio para los hechos dolosos*

HIRSCH, vocero de la crítica finalista de la teoría de la imputación objetiva, ha reconocido esto expresamente para el ámbito de los delitos imprudentes en su última publicación. “Con respecto a la relación condicional entre el acto y el resultado en el delito imprudente, la teoría de la imputación objetiva tiene un ámbito de aplicación legítimo”⁴⁷. Incluso, en los delitos dolosos, de manera distinta que antes, hoy HIRSCH no contempla más el problema del dolo. Pero sí, aun ahora⁴⁸, en cum-

⁴⁵ BGHSt. 4, p. 185.

⁴⁶ Véase, en detalle ROXIN (nota 5), § 24, párr. 14 y ss.

⁴⁷ HIRSCH, “Respecto del injusto del delito imprudente”, en *FS-Lampe*, 2003, p. 515 y ss. (p. 523).

⁴⁸ HIRSCH, “Respecto del injusto del delito imprudente”, en *FS-Lampe*, 2003, p. 519.

plimento del riesgo permitido, lo quiere subsanar con la ausencia de una tentativa y no con la imputación objetiva. “Si en una sociedad los comportamientos son escrupulosamente conformes (...) entonces no son un medio para disponer un dominio controlado del curso causal”⁴⁹. Los comportamientos socialmente conformes no podrían ser entendidos como la “preparación de un acto de homicidio, de lesiones corporales o de daño a las cosas”.

Esta crítica ya ha sido refutada por FRISCH⁵⁰. Él señala que “naturalmente”, también, los casos como el de la tormenta arriba citado se colocan en un estadio “en el que, desde un punto de vista temporal, se puede hablar de una preparación directa”; aquí el resultado ocurre, de manera tal que éste no falta en la realización del tipo, porque los requisitos (temporales) puestos en la preparación directa no se cumplen a causa, no sólo, de la insuficiencia de criterios del acto, sino también, de la ausente desaprobación del peligro que el autor ha creado en el último estadio de la producción del resultado. De este modo, semejante “hecho” no es apto de consumarse a falta de una creación de riesgo suficiente. Obviamente, un hecho no apto de consumarse no puede tampoco intentarse; pero los problemas temporales del comienzo de la tentativa no juegan ningún papel.

e — La objeción de que los presupuestos de la conducta típica no serían un problema de la imputación

FRISCH, quien ha brindado sobresalientes méritos al desarrollo de la teoría de la imputación objetiva⁵¹, quiere validar, no obstante, sólo una parcialidad de esta teoría como problema de la imputación objetiva, a saber, la realización del riesgo. A la teoría de la imputación le perte-

⁴⁹ Aquí y en las sucesivas citas, HIRSCH, “Hacia la teoría de la imputación objetiva”, en *FS-Lenckner*, 1998, p. 137.

⁵⁰ FRISCH, “La fascinante, legítima y problemática teoría de la imputación objetiva del resultado”, en *FS-Roxin*, 2001, p. 227.

⁵¹ FRISCH, en su monografía sobre *El comportamiento típico y la imputación del resultado*, 1988. Luego, también en posteriores disertaciones como las notas 3 y 16 citadas.

nece “sólo la relación causal y de realización entre el riesgo desaprobado motivado por una conducta típica y el inicio del resultado”⁵².

Sobre la cuestión, no puedo reconocer que vaya a justificarse con ello una diferencia con aquello de lo que soy de la opinión. Naturalmente, se puede abrir una rúbrica propia para la creación del riesgo y denominarla “conducta típica”. Pero, en la medida en que FRISCH vincule esa conducta típica a los mismos presupuestos principales que yo exijo para la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, sólo se tratará de una diferencia terminológica y no de una fáctica⁵³.

Incluso, otros críticos hablan, también, de un “problema aparente”. SCHÜNEMANN⁵⁴ sustenta esta afirmación en que en un delito de resultado se produce el cumplimiento del tipo antes que “ambos juntos” (es decir, la creación del riesgo, respectivamente la conducta típica + la realización del riesgo). HAAS⁵⁵ se refiere al hecho de que “incluso partiendo de la concepción de Frisch, subsiste la conducta típica en nada más que en la creación de un riesgo no permitido definido *ex ante*”.

Si se unen la creación del riesgo y la realización del riesgo bajo la misma estructura de imputación, no se puede, como lo hace FRISCH⁵⁶, denominar “a la inadecuada distensión de la imputación objetiva del resultado como una supercategoría”. Porque para que se asemejen las circunstancias por probarse con las especies y estratos de los pasos de evaluación, se deben entender ambos puntos de vista como lo mismo.

⁵² FRISCH, en su monografía sobre *El comportamiento típico y la imputación del resultado*, 1988. Luego, también: como la nota 3, p. 231 y ss.; como la nota 16, p. 733 y ss.

⁵³ Al respecto, otros argumentos en ROXIN (nota 5), § 11, párr. 31.

⁵⁴ SCHÜNEMANN, “Sobre la imputación objetiva”, en GA 1999, p. 216.

⁵⁵ HAAS, “La teoría jurídico-penal de la imputación objetiva. Una crítica al axioma”, en KAUFMANN - RENZIOWSKI, *La imputación como operativizador de la responsabilidad*, 2004, p. 202.

⁵⁶ FRISCH, en su monografía sobre *El comportamiento típico y la imputación del resultado*, 1988, p. 31. MAIWALD, “Hacia la sistemática función jurídico-penal del concepto de la imputación objetiva”, en FS-Miyazawa, 1995, ps. 467, 479, admite esta idea, pero le asigna otro sentido, a saber, el de la normativización de la imputación objetiva.

f — La objeción de que la disminución del riesgo no impide la imputación del resultado

La mayor atención crítica ha suscitado en los últimos años una sección relativamente menos importante de la teoría de la imputación objetiva: la disminución del riesgo, sobre la cual exclusivamente se dedican cuatro trabajos especiales⁵⁷. Mientras que SANCINETTI, en comunión con su maestro JAKOBS, intenta mostrar que “el denominado principio de disminución del riesgo establece una correcta regla jurídica”, los tres autores restantes se oponen a este principio decididamente en más o en menos. En virtud de los trabajos mencionados, la discusión ha alcanzado un nivel de tal sofisticación que una opinión totalizadora de todos los puntos de vista requeriría un estudio más vasto. Esto no puede hacerse en el marco de este documento. En cambio, me contento con señalar que los críticos se basan totalmente en ejemplos que tampoco son casos de aplicación de este principio en la teoría de la imputación objetiva.

Ningún caso de disminución del riesgo es, ante todo, el desplazamiento de un riesgo de una persona (o de un grupo de personas) a otra. Nunca he subordinado esta clase de casos al principio de la disminución del riesgo, sino, por el contrario, nunca he abogado por un estado de necesidad suprallegal sino por la punibilidad, en el tratamiento del caso del guardabarreras utilizado por WELZEL —a través de un interruptor de barrera fueron salvados muchos niños que jugaban en una vía a costa de la muerte de dos trabajadores que estaban en la vía contigua⁵⁸—. Sin embargo, SAMSON⁵⁹ cierra el tratamiento de un caso de

⁵⁷ En orden cronológico: SAMSON, “La imputación del resultado y el riesgo”, en *FS-Lüderssen*, 2002; SCHROEDER, F.-CH., “La denominada disminución del riesgo”, en *Fundamento empírico y dogmático, ímpetus político-criminales*, HEFENDEHL (ed.), 2005, p. 151 y ss.; SANCINETTI, “Principio de la disminución del riesgo versus la relevancia del desvalor de resultado en la teoría del injusto”, en *FS-Jakobs*, 2007, p. 583 y ss.; KINDHAUSER, *Elevación del riesgo y disminución del riesgo*, en *ZStW* 120 (2008), p. 481 y ss.

⁵⁸ ROXIN (nota 5), § 22, párrs. 161 y ss.

⁵⁹ SAMSON, “La imputación del resultado y el riesgo”, en *FS-Lüderssen*, 2002, p. 597.

demostración cuidadosamente elaborado con la pregunta de si “realmente se puede excluir la imputación de asesinato de diez personas con el propósito de rescatar otras cuarenta personas con ayuda del instrumento de la disminución del riesgo a la mano”. Porque el discurso nunca ha sido si la respuesta negativa no puede dar algún argumento en contra del principio de la disminución del riesgo.

Incluso, KINDHÄUSER⁶⁰ ilustra sobre casos como en los que alguien desvía un tiro de piedra dirigido a la cabeza de *O* que impacta en la columna vertebral de *D* que se hallaba junto a *O*, “quien ahora está parálítico”, y concluye: “Lo que constructivamente parece posible para una y misma víctima, a saber, la compensación de un daño inminente a nivel típico, evidentemente se ha perdido por un perjuicio a un tercero”. Sí, ciertamente, pero hasta ahora nadie ha querido aplicar en estos casos el principio de disminución del riesgo. El caso del desvío del riesgo no pertenece, pues a priori, al ámbito de la disminución del riesgo y a la exclusión de la imputación.

Otros ejemplos para refutar el principio de la disminución del riesgo son aquellos en que no hay reducción del riesgo en absoluto, o cuando esto, en todo caso, no es tan claro como debe exigirse para una exclusión de la imputación. Así lo sostiene, por ejemplo, SCHROEDER⁶¹ en el caso de la desviación de un daño en una parte del cuerpo a otra: “El dedo es lo más importante para el pianista, el pie para el corredor, la cabeza y la cara lo son para el actor”. Por lo tanto, un “saldo del daño corporal respecto de las diversas partes del cuerpo y órganos sería inadmisibles”. También KINDHÄUSER⁶² ilustra sobre el caso donde alguien desvía una piedra que amenaza con impactar en un ojo de la víctima hacia un dedo que “quedará permanentemente inmóvil”. Si se tratara de un pianista, esto le parecería “dudoso. Y las dudas se masifican, si

⁶⁰ KINDHÄUSER, *Elevación del riesgo y disminución del riesgo*, en ZStW 120 (2008), p. 495.

⁶¹ SCHROEDER, “La denominada disminución del riesgo”, en *Fundamento empírico y dogmático, ímpetus político-criminales*, HEFENDEHL (ed.), 2005, p. 160.

⁶² KINDHÄUSER, *Elevación del riesgo y disminución del riesgo*, en ZStW 120 (2008), p. 444.

resulta que el autor conocía las circunstancias específicas de la víctima. ¿En este caso realmente no se cumple con la tipicidad objetiva de una lesión corporal?”.

Así pues, en virtud de lo expuesto, queda probado que en los casos dudosos donde se debe preguntar primero a la víctima, no se puede aceptar la disminución del riesgo y que, también, la situación de vida de la víctima tiene/juega un rol a fin de determinar si existe una disminución del riesgo. Los problemas de delimitación como éstos son inevitables y no se pueden eliminar o simplificar, por lo que se recurre a las causas de justificación basadas en la presunción de consentimiento, como lo proponen mayormente los opositores del principio de la disminución del riesgo. Pero éstos ofrecerían exactamente la misma incertidumbre y, por lo tanto, se rechazan.

Muy diferentes son las cosas en situaciones muy frecuentes y unívocas, cuando, por ejemplo, la bala fatal es desviada de tal forma que la víctima recibe sólo un ligero rasguño; si alguien toma del brazo al atacante de manera tal que, en vez de causar con el cuchillo un corte letal, sólo rasguña la piel del agredido; si se ha desviado una piedra arrojada a la cabeza hacia los hombros; si decisivamente se mitigan crueles malos tratos por la buena persuasión de un extraño; cuando se disminuye drásticamente por la intervención de un tercero un amenazante daño al patrimonio o a las cosas; y en un sinnúmero de otros casos.

No tiene sentido guarnecer estas acciones de salvataje con una prohibición típica y justificarlas luego a través del consentimiento presunto. Porque la disminución de una iniciada lesión al bien jurídico no crea ningún riesgo adicional y no es ninguna conducta típicamente delictiva. Tampoco hay nada para conjeturar⁶³. Porque si el menoscabo al bien jurídico amenazado se realiza en contra de la voluntad de la víctima, esta reducción corresponde *eo ipso* (y por sí mismo) a su voluntad.

Aunque MAIWALD⁶⁴ diga que en el caso, arriba citado, de la piedra arrojada “no podría existir duda alguna de que el impacto de la piedra

⁶³ Véase al respecto *supra*, III, a), 3.

⁶⁴ MAIWALD, “Hacia la sistemática función jurídico-penal del concepto de la imputación objetiva”, en *FS-Miyazawa*, 1995, p. 468.

en el hombro de la víctima (en vez de en la cabeza) es la labor que ha provenido de la ayuda a la víctima ...". Pero esto sólo puede ser visto así en un examen aislado y libre de valoración. Si se valora el desvío del curso causal y en el contexto el hecho integral, es sólo la labor de quien arrojó la piedra la que causó la lesión corporal, y la "labor" del interviniente corresponde a un acto de salvataje no creado por un riesgo de lesión adicional, cual protector del bien jurídico y no típicamente delictivo.

Por lo tanto, entonces, se deduce que los críticos se refieren, pues, a un efecto excluyente de la imputación en los problemas de delimitación, donde el principio como tal no puede ser cuestionado.

(V)

CONCLUSIÓN

La teoría de la imputación objetiva que trasciende la dirigibilidad objetiva sustentada en el principio del riesgo ha sido impuesta en la literatura alemana y mucho más en la internacional. También, en muchos puntos, esta teoría origina siempre la necesidad de debate, como, no siendo la última, lo demuestra la posición restrictiva de MAIWALD, la cual se plasma en el punto final de este ensayo. Por lo tanto, resulta útil que, aunque yo haya participado en los orígenes de esta teoría y en su desarrollo, intervenga nuevamente en esta conversación e intente ajustar algunas otras. ¡Agradezco a MANFRED MAIWALD, un estimado colega y gran defensor de nuestra dogmática penal, que me haya inspirado al respecto y le deseo, junto con un cordial saludo en su 75º cumpleaños, muchos más años de fructíferos trabajos!

Injerencia e imputación objetiva *

* Título original: «Ingerenz und objektive Zurechnung» (2002), en *FS-Stefan Trechsel*. Traducción a cargo de **RAÚL PARIONA ARANA**, LL.M. (Universidad de Munich), publicada en la «Revista Penal», 2007, España, ps. 152-161

La presente contribución tiene como base la conferencia que dicté en octubre de 2001 en Córdoba/Argentina con motivo de un Congreso Iberoamericano de Derecho Penal. Si me atrevo a presentarla ahora —en una versión revisada— como una humilde contribución al Libro homenaje en honor a STEFAN TRECHSEL, colega suizo con quien mantengo amistad desde hace muchos años, es bajo la comprensión de que los problemas que plantea mi tema son bastante similares tanto en Suiza, Alemania como en Argentina —una buena prueba de la internacionalidad de la dogmática penal moderna—. El texto quiere transmitir una concepción propia y, además, una introducción a la jurisprudencia y a la discusión científica en Alemania. No obstante, intercala algunas comparaciones jurídicas y tiene en cuenta sobre todo la Parte General del querido homenajeado STEFAN TRECHSEL¹, a quien dedico esta contribución con cordiales felicitaciones por sus sesenta y cinco años.

(I)

IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA IMPRUDENCIA, EN EL DOLO Y EN LA COMPLICIDAD

a — En la imprudencia

La teoría de la imputación objetiva ha sido desarrollada sobre todo teniendo como ejemplo los delitos imprudentes². Uno de sus postula-

¹ TRECHSEL, STEFAN - NOLL, PETER, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, 5ª ed., Zürich 1998.

² Una exposición exhaustiva es presentada por ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, "Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre", 3ª ed., Munich, 1997, § 11,

dos centrales dice: para una sanción por imprudencia es necesario, primero, que el autor haya creado un riesgo no permitido, y segundo, que este riesgo se haya realizado contraviniendo la finalidad de protección de la norma transgredida. Así, quien con el auto pasa una calle estando el semáforo en rojo, crea un riesgo prohibido para la seguridad de los peatones. Si a consecuencia de ello es atropellado mortalmente un transeúnte, se ha realizado el riesgo no permitido. Esto ha sucedido infringiendo el fin de protección de la prescripción legal transgredida, pues la prohibición de pasar que señala el semáforo tiene por finalidad la protección de los transeúntes. De ahí que el conductor sea punible por homicidio imprudente. Por otra parte, si el conductor maneja su vehículo correctamente cuando repentinamente un peatón salta frente al auto estando el semáforo en verde, no se configura el tipo del homicidio imprudente, pues el conducir conforme a las reglas de tránsito es un riesgo permitido y las consecuencias de un riesgo permitido no son imputables al causante.

Hay junto a la realización de un riesgo no permitido otros presupuestos para la imputación del resultado de los cuales aquí sólo menciono un tercer requisito de especial importancia para mi tema: la realización del tipo tiene que llevarse a cabo en el ámbito de responsabilidad del autor. Si se lleva a cabo en el ámbito de responsabilidad de la víctima (o de un tercero, sobre el que no discutiré aquí), se excluye una imputación y con ella también una sanción. Si, por ejemplo, A vende droga a B, cuya dañosidad conocen ambos de igual manera y si, a continuación, B muere a consecuencia del consumo de la droga, A ha creado un riesgo prohibido (pues la venta es penada ya en sí misma), el que también se ha realizado. Sin embargo, conforme a la teoría de la imputación objetiva, a la cual la Corte Suprema Federal³ se ha adherido en este punto, A no responde por homicidio imprudente de B. Esto en razón a que el consumo de drogas constituye una autopuesta en peli-

nº marg. 39-119, § 24, nº marg. 8-45; en TRECHSEL - NOLL (nota. 1), § 35, C.-F. La teoría de la imputación objetiva es utilizada implícitamente en el tratamiento de la imprudencia, sin ser tratado en detalle.

³ BGHSt. 32, p. 262; al respecto ROXIN, *NStZ* 4 (1984), p. 410.

gro dolosa de *B* y se lleva a cabo únicamente en su ámbito de responsabilidad. En tanto la autopuesta en peligro no es punible, la participación en ella tiene que permanecer también impune.

b — En el hecho doloso

Aquello que fue demostrado en la imputación de la imprudencia es válido, igualmente, si el autor quiso realizar el resultado conscientemente. También en el caso en que el proveedor del estupefaciente haya querido la muerte de su cliente se excluye una sanción por homicidio doloso. Ello en razón a que las malas intenciones del vendedor no cambian en nada el hecho que el suceso que provocó la muerte se llevó a cabo dentro del ámbito de responsabilidad del comprador, quien conocía la situación.

c — En la complicidad

Pero la teoría de la imputación objetiva es válida no sólo independientemente de si el agente quiere o no el resultado y tampoco se limita únicamente al autor, sino que alcanza del mismo modo a los cómplices. Cada complicidad presupone, pues, que el cómplice cree un riesgo adicional para el bien jurídico protegido⁴. Quien sirve una taza de café al ladrón durante la ejecución del hecho no puede ser sancionado por complicidad, en tanto que esta conducta no eleve el riesgo para la propiedad de la víctima. Y quien vende un cuchillo a otro no puede ser penado por complicidad en las lesiones cometidas con el arma blanca, aun cuando hubiese pensado en esa posibilidad. Pues según el denominado principio de confianza⁵ se puede partir del hecho de que los otros se comportarán conforme a Derecho, ello en tanto señales reconociblemente claras no digan lo contrario. Luego éste actúa en el ámbi-

⁴ Más en detalle ROXIN, *StGB, Leipziger Grosskommentar*, JAHNKE, BURKHARD - LAUFHÜTTE, HEINRICH WILHELM - ODERSKY, WALTER (eds.), 11ª ed., 8ª entrega, Berlin-New York, 1993, § 27, nº marg. 4-22.

⁵ Más detalles al respecto en TRECHSEL - NOLL (nota 1), § 35, D.2; ROXIN (nota 2), § 24, nº marg. 21-31.

to del riesgo permitido. Por consiguiente, las lesiones corporales no son, dado el caso, la realización de un riesgo no permitido creado por quien proporcionó el cuchillo y, por eso, no puede fundamentar una imputación por complicidad.

La teoría de la imputación objetiva es pues válida para cada tipo de imputación al tipo objetivo, de la misma forma si se trata de resultados causados sin dolo o resultados queridos conscientemente, si se trata de autoría o de complicidad. Sin embargo, ella también puede resultar fructífera en la dogmática de la omisión para la limitación de la responsabilidad por injerencia, como lo expondré con más detalle a continuación.

(II)

LA POSICIÓN DE GARANTE POR INJERENCIA

La tesis según la cual la realización de una situación de peligro fundamenta el deber de evitar un resultado típico que probablemente surja de dicha situación (llamada comúnmente como *el actuar precedente o injerencia*), es reconocida ampliamente en la dogmática del Derecho penal. Ya desde el siglo XIX eran considerados la ley, el contrato y el actuar precedente como las tres fuentes del deber de evitación del resultado⁶. Hoy se denomina a estas fuentes como “posiciones de garante”.

Sin embargo, la fundamentación del deber de evitación del resultado en base al actuar precedente fue, desde el principio, problemática. Pues según la llamada teoría formal del deber jurídico, dominante hasta algún tiempo después de la Segunda Guerra Mundial, es entendible, sin más, que puedan existir deberes legales y contractuales de evitación de un resultado. Pero por qué un deber puede surgir de un simple hecho, es difícil de explicar. Esto se debe a que el “deber” no pue-

⁶ También TRECHSEL - NOLL (nota 1), § 34, C.3.a, señalan a esta concepción como “hasta hace poco tiempo generalmente reconocida” y añaden a esta tríada la “comunidad de peligro fundado voluntariamente”. En la ciencia y praxis argentina dominan todavía hoy estas tres posiciones de garante.

de ser derivado de un simple "ser" como lo sabemos desde KANT. En realidad, la injerencia procede del naturalismo jurídico de la segunda mitad del siglo XIX que quiso reducir la jurisprudencia a las leyes causales regulares según el modelo de las ciencias naturales y vio en la causalidad de la acción precedente un fundamento para la omisión. Pero incluso la concepción causalista no ofrece una explicación suficiente de la posición de garante por injerencia, pues el dolo de omisión sucede a la causación y sería por eso un *dolus subsequens* inadecuado para la fundamentación de una realización causal dolosa del resultado.

Pero ¿sobre qué fundamentos se puede desarrollar una posición de garante por actuar precedente? es una cuestión controvertida hasta hoy. Entretanto, en la ciencia del Derecho penal alemán ha sido abandonada, en gran parte, no solamente la derivación causal de deberes de garante, sino también la *teoría formal del deber jurídico*. Pues si bien se ha reconocido que pueden derivarse deberes de acción de los ámbitos jurídicos de las leyes y contratos de Derecho civil y público, sin embargo, de ello no puede ser derivada una sanción penal sin más. Incluso los deberes penales protegidos bajo sanción (según el Derecho alemán, por ejemplo, el deber de ayuda en caso de accidentes o el deber de denunciar delitos graves planeados) todavía no provocan responsabilidad penal por el resultado.

De ahí que la opinión dominante en Alemania actualmente haya tomado otro camino muy distinto. Ella sostiene la existencia de dos grandes grupos de posiciones de garante: la asunción de una función de protección y el deber de control de fuentes de peligro⁷. El primer caso se presenta, por ejemplo, en la relación de los padres con sus hijos o de los médicos con sus pacientes. Es propio de cada relación de protección el deber de apartar peligros para los protegidos. El segundo caso se basa en el razonamiento según el cual la creación de riesgos trae consigo el deber de evitar consecuencias dañosas que de ella podrían derivarse. Pues, de otro modo, el Estado no podría cumplir con su tarea fundamental de brindar seguridad a los ciudadanos. Así, por ejemplo, quien administra una fábrica química tiene que prever que la población no

⁷ Apoyando en lo fundamental esta teoría TRECHSEL - NOLL (nota 1), § 34, C.3.a.

sea dañada mediante explosiones o gases venenosos. Si él omite tomar las medidas de seguridad necesarias tendrá que responder por las consecuencias producidas.

Según mi opinión, en base a esta división en dos grupos —asunción de funciones de protección y control de fuentes de peligro— se puede explicar plausiblemente el caso de la injerencia⁸, a saber: como forma de expresión de la posición de garante por control. Quien, por ejemplo, conduce un auto tiene que tener bajo esmerado control todos los peligros que de dicho hacer resultan. Él tiene que acatar la velocidad prescrita, ceder el paso a otros conductores que tienen preferencia y también cumplir todas las demás reglas de tránsito. Si él no hace eso y causa con ello un accidente de tránsito tiene que ser sancionado por un hecho imprudente. Si él ha lesionado a una persona a través del actuar precedente, resulta de su deber de control el deber de evitar mayores daños o la muerte del herido. Pues si se responde como autor por el peligro inicial (el accidente), se tiene que ser responsable, con mayor razón, de la evitación del resultado en caso de consecuencias posteriores y aumento del peligro que se creó mediante el accidente. No tendría ningún sentido hacer responsable penalmente a alguien solamente por el impulso y no por la evolución posterior evitable de un curso causal que lleva a la realización típica. En una frase: quien es responsable de la evitación de un curso causal lesivo de bienes jurídicos, tiene que ser responsable también en cada fase de su desarrollo.

⁸ Igualmente las importantes monografías especiales: RUDOLPHI, HANS - JOACHIM, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966; PFLEIDERER, KLAUS, *Die Garantenstellung aus vorangegangenen Tun*, Berlin, 1968; WELP, JÜRGEN, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlin, 1968; HERZBERG, ROLF DIETRICH, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin-New York, 1972. Se compara al respecto la crítica de SCHÜNEMANN, BERND, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971, a RUDOLPHI (165 ss.), PFLEIDERER (81 ss.), WELP (106 ss.). Contra ROLF DIETRICH HERZBERG se dirige SCHÜNEMANN, BERND, *Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung*, en GA 1974, 236 y ss. Similar a aquí también TRECHSEL - NOLL (nota 1), § 34, C.3.g, donde la posición de garante por injerencia es puesta en relación con el deber de mantener la seguridad en en tráfico rodado de Derecho civil.

(III)

**LIMITACIONES DE LA POSICIÓN DE GARANTE
POR INJERENCIA**

Con ello llego al tema central del presente trabajo: si se reconoce en lo fundamental la posición de garante por injerencia, la simple causalidad del actuar precedente —que inicialmente era la razón para la configuración de esta posición de garante— no puede fundamentar un deber de evitación del resultado. Pues ello metodológicamente no es correcto, como ya fue dicho, derivar deberes jurídico-penales de simples hechos del “ser”. Esto tampoco tendría ningún sentido político-criminalmente. Si, por ejemplo, alguien invita a otro a una reunión y éste sufre un accidente con su auto camino a la reunión, quien invitó es el causante de este accidente en el sentido de la teoría de la equivalencia. Pero sería desacertado considerarlo por ello como garante de la salvación del accidentado. Pues él es, en caso sea testigo casual del accidente, tan partícipe en este accidente como lo serían los demás transeúntes presentes, de tal modo que el permanecer sin hacer nada cuando mucho puede ser sancionado como omisión de auxilio, como lo prevé el Derecho alemán en el § 323c del *StGB*, el Derecho suizo en el art. 128 y el Derecho argentino en el art. 108, pero no como lesiones corporales o en absoluto como homicidio por omisión.

En la nueva dogmática existe también consenso en que la posición de garante por injerencia debe ser limitada, es decir, que la simple causalidad de la acción precedente no puede ser suficiente. Sin embargo, cómo debe ser llevada a cabo esta limitación no deja de ser controvertido⁹. En parte se exige —también en la jurisprudencia alemana— una acción precedente antijurídica¹⁰, en parte una acción precedente espe-

⁹ DENCKER, FRIEDRICH, “Ingerenz: Die defizitare Tathandlung”, en *Beiträge zur Rechtswissenschaft*, Libro homenaje a Walter Stree und Johannes Wessels por sus 70 años, WILFRIED KÜPER - JÜRGEN WELF (eds.), Heidelberg, 1993, p. 163, fórmula: “La paleta de los criterios delimitadores ofrecidos es colorida”.

¹⁰ RUDOLPHI (nota 8), en especial ps. 157 y ss., 163 y ss., el mismo, *JR* 1987, p. 162; el mismo, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil*, t. I, 73/8ª ed., Neuwied-Kriftel, 2001, § 13, n.º marg. 40; igualmente BGHSt. 37, p. 106; 43,

cialmente peligrosa¹¹ y en parte el deber de garante es ubicado en la relación final de protección entre acción precedente y el resultado¹². TRECHSEL y NOLL¹³ exigen que la acción precedente “haya creado un peligro cercano para un bien jurídico”, que el peligro “según el curso normal de las cosas resulte del comportamiento del autor”: pero además, ellos quieren limitar también la responsabilidad penal por omisión impropia por actuar precedente “a través del principio de la autorresponsabilidad”. Todos son, como será mostrado, diversos puntos de vista acertados pero unilaterales. Mi tesis, que más adelante explicaré con más detalle, es que la imputabilidad objetiva del actuar precedente causante del peligro es el presupuesto decisivo para la fundamentación de una posición de garante. Pues solamente aquel a quien se puede imputar el peligro creado conforme a criterios jurídicos tiene la responsabilidad por ello y tiene que evitar la transformación del peligro en una lesión—dado el caso más amplio o más grave—. En este análisis deben ser tenidas en cuenta todas las circunstancias que son decisivas normalmente para la imputación objetiva¹⁴. De esta concepción se desprenden siete consecuencias que en adelante desarrollaré brevemente.

ps. 381, 397; OLG Celle, *Verkehrsrechtssammlung* 41 (1971), 98, 99; OLG Karlsruhe, *Die Justiz, Amtsblatt des Landes Baden-Württemberg* 1975, 151; GALLAS, WILHELM, *Studien zum Unterlassungsdelikt*, Heidelberg, 1989, ps. 90, 92; LACKNER, KARL - KÜHL, KRISTIAN, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 23ª ed., Munich, 1999, § 13, n° marg 13.

¹¹ OTTO, HARRO - BRAMMSEN, JORG, *Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassen*, Jura 1985, ps. 646, 648; cfr. también HARRO OTTO, *Vorangegangenes Tun als Grundlager Haftung*, NJW 27 (1974), p. 528.

¹² STREE, WALTER, *Ingerenzprobleme*, en Libro homenaje a Ulrich Klug por sus 70 años, GÜNTER KOHLMANN (ed.), Köln, 1983, ps. 395, 399.

¹³ TRECHSEL - NOLL (nota 1), § 34, C.3.g.

¹⁴ También la nueva jurisprudencia alemana de la injerencia opera con elementos cambiantes de la teoría de la imputación objetiva: un análisis resumido de esta jurisprudencia lo ofrece JAKOBS, GÜNTHER, *Die Ingerenz in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, en Libro conmemorativo para el Bundesgerichtshof, CLAUS-WILHELM y otros (eds.), t. IV, CLAUS ROXIN - GÜNTHER WIDMER (eds.), Munich, 2000, p. 29 y ss.

***a — No hay posición de garante si la acción precedente
no ha creado ningún riesgo jurídicamente relevante
para la víctima***

Quien motiva a otro a ir al cine, en vez de al teatro como fue planeado inicialmente, no es garante si su acompañante es víctima de un accidente de tránsito camino al cine. Pues el riesgo en el tráfico vehicular hubiera sido igual de grande si se hubiera tratado de una visita al teatro¹⁵. Si alguien envía a otro por un encargo, aquél no es garante del rescate del encargado si éste es herido gravemente por la caída de un avión (¡piénsese en el atentado contra el World Trade Center!). Pues si bien es cierto que él ha puesto una *condicio sine qua non* para el accidente, sin embargo, no se le puede imputar el accidente como su obra, ya que él no ha creado ningún riesgo jurídicamente mesurable de un semejante curso de los sucesos. Los dos ejemplos, que se pueden incrementar a voluntad, son suficientes para aclarar el principio.

***b — No hay posición de garante si la acción precedente
se mantiene dentro del riesgo permitido***

Lo mismo es válido si la acción precedente solamente ha creado un riesgo permitido. Pues también éste excluye una imputación objetiva, porque para ésta es presupuesto necesario la creación de un riesgo *no permitido*¹⁶. Aclararé esto en tres ejemplos.

El primero proviene de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema Federal¹⁷. El procesado había prestado a otro una navaja con el que éste, de modo inesperado, apuñaló a un tercero hiriéndolo gravemente. Luego el procesado huyó sin auxiliar al herido. Esto es, conforme al Derecho alemán, punible como omisión de auxilio. Pero nuestra Corte Suprema Federal quiere considerar aquí, yendo demasiado lejos, una posición de garante del procesado y sentenciarlo por homicidio por

¹⁵ Sobre el caso paralelo de la imputación objetiva en el marco de la realización del tipo, cfr. ROXIN (nota 2), § 11, n° marg. 49 y s.

¹⁶ Cfr. ROXIN (nota 2), § 11, n° marg. 59 y s., así como § 24, n° marg. 14-38.

¹⁷ BGHSt. 11, p. 353 y ss.

omisión si la víctima muere a consecuencia del apuñalamiento, pero un auxilio oportuno a través del denunciado lo hubiera salvado —por ejemplo, transportándolo al hospital—. El tribunal basa la posición de garante solamente en que el denunciado, mediante el préstamo de la navaja, habría sido causante de la lesión de la víctima.

Pero esto es incorrecto conforme al punto de vista aquí sostenido¹⁸. Pues según el principio de confianza¹⁹, ya mencionado, se puede confiar en que el otro se comportará conforme a Derecho, ello mientras que no sea reconocible claramente lo contrario. Esto es lo que sucedió con el procesado cuando prestó su navaja, y por eso no se le imputa la lesión de la víctima, de tal modo que si bien es cierto recae sobre él el deber general de prestar auxilio, sin embargo, no puede ser hecho responsable como autor omisivo por la muerte de la víctima.

Otro sería el caso si ya en el momento en el que se prestó la navaja era claramente reconocible que existía el peligro de ataque contra una persona (por ejemplo, de una pelea sangrienta entre quien pidió prestada la navaja y la futura víctima). En semejante caso, quien prestó el arma blanca no podía confiar en el uso pacífico de la navaja. Es más, él ha creado un riesgo no permitido cuya realización le es imputable. De ahí que tenga una posición de garante que le obliga a impedir el desarrollo del daño y es, dado el caso, pasible de sanción por un homicidio por omisión por no haber hecho nada para salvar a la víctima.

Mi segundo ejemplo toca una constelación muy importante de casos en la práctica: el caso de un conductor que provoca un accidente sin

¹⁸ El rechazo de una posición de garante en el presente caso se corresponde con la opinión dominante en la literatura, cfr., por ejemplo, FREUND, GEORG, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, Köln, 1992, p. 237 y s.; FRISCH, WOLFGANG, *Tatbestandsmassiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges*, Heidelberg, 1988, p. 360 y s., especialmente los pies de página 489, 490; JOECKS, WOLFGANG, *Strafgesetzbuch, Studienkommentar*, 2ª ed., Munich, 2000, § 13, n° marg. 80; KÜHL, KRISTIAN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., Munich, 2000, § 18, n° marg. 104; RENZIOWSKI, JOACHIM, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, 1997, ps. 139-142; RUDOLPHI (nota 8), p. 123; el mismo, SK (nota 10), § 13, n° marg. 44; SCHÖNKE, ADOLF - SCHRÖDER, HORST - STREE, WALTER, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 25ª ed., Munich, 1997, § 13, n° marg. 39.

¹⁹ Más detalles en ROXIN (nota 2), § 24, n° marg. 26 y ss.

infringir el cuidado debido y que además ha observado todas las reglas de tránsito. Naturalmente el conducir un auto fundamenta, por sí solo, un cierto riesgo. Pero en tanto se cumpla con las reglas de tránsito se trata de un riesgo permitido cuyas consecuencias no son imputables al causante: si los comportamientos conforme a las reglas de tránsito causan un accidente, no fundamentan una posición de garante por actuar precedente. Si, por ejemplo, el conductor de un vehículo omite salvarle la vida al accidentado, quien de manera imprevisible cayó bajo el auto, si bien responde por omisión de auxilio, sin embargo, no lo hará por homicidio por omisión. Así lo ha decidido la Corte Suprema Federal²⁰ en este caso. Cito textualmente: "Un conductor que se ha comportado a todas luces conforme al deber y a las reglas de tránsito no tiene posición de garante frente a la víctima del accidente, única culpable".

En la literatura alemana es ampliamente compartida esta opinión²¹. Pero no es indiscutible. En parte se le objeta que si bien serían permitidos los riesgos inevitables que trae consigo el conducir un vehículo, esto no impediría que después del accidente se tenga que evitar la muerte —evitable todavía— de la víctima²². Este argumento se deja escuchar, pero, no obstante, creo que las mejores razones hablan en contra de una posición de garante. Pues una implicación no imputable en un accidente no es, jurídicamente visto, ninguna lesión típica, sino una desgracia para el conductor basada en la casualidad. Si bien es cierto, en caso de una desgracia semejante, él tiene que prestar ayuda al igual

²⁰ BGHSt. 25, p. 218.

²¹ JAKOBS GÜNTHER, *Schuld und Pravention*, Tübingen, 1976, p. 813; JESCHECK, HANS-HEINRICH - WEIGEND, THOMAS, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin, 1996, § 59, IV, 4a; OTTO (nota 11), p. 535; RUDOLPHI, HANS-JOACHIM, *JR* 1974, p. 160; SCHÖNKE - SCHRODER - STREE (nota 18), § 13, n° marg. 13.

²² En este sentido FREUND (nota 18), p. 182, quien considera la presencia de una posición de garante, aunque solamente en caso de actividades calificadamente riesgosas, entre las que ubica la conducción de automóviles; más en detalle, el mismo, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1998, § 6, n° marg. 67 y ss.; además KÜHL (nota 18), § 18, n° marg. 101; MAURACH, REINHART - GOSSEL, KARL - ZIPF, HEINZ, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. 2, "Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat", 7ª ed., Heidelberg, 1987-1989, § 46, n° marg. 102.

que cada persona presente ocasionalmente en el lugar. Sin embargo, no se trata aquí de la evitación de las consecuencias de una fuente de peligro vigilada deficientemente —y solamente este punto de vista conlleva a una posición de garante por inferencia en conductas peligrosas no permitidas—. También es pensable que en semejantes casos la responsabilidad por el suceso radique, por regla general, en la víctima y, por lo tanto, no sería razonable derivar de ello perjuicios adicionales para el causante. Con acierto ha razonado la Corte Suprema Federal²³: “Un conductor que se comporta de modo correcto” no podría “convertirse, con razón, en guardián de un partícipe en el tráfico vehicular, quien ha causado culpablemente el accidente de tránsito y con ello se ha puesto el mismo en peligro”. Cuando la opinión contraria quiere ver a la posición de garante, por así decirlo, como un precio por la autorización de conducción de auto, se aleja de los fundamentos de la posición de garante por control y pasa por alto, también, que el conducir un vehículo no es un lujo que se paga con perjuicios especiales, sino un tipo de transporte imprescindible para el funcionamiento de la sociedad actual.

Mi tercer ejemplo se refiere al caso igualmente importante de la venta de alcohol²⁴. ¿Tiene que intervenir el propietario de un restaurante si ve que un cliente, quien ya no es capaz de conducir debido al alcohol bebido en el local, quiere ir a su casa conduciendo su auto? La Corte Suprema Federal consideró inicialmente²⁵ la presencia de una posición de garante en el propietario del restaurante, la misma que fue derivada del actuar precedente (el haber servido la bebida). Esto trajo como consecuencia que el propietario del restaurante fuera sancionado por homicidio imprudente por omisión, al haber el cliente, camino a casa, matado a una persona a consecuencia de su ebriedad. Esta jurisprudencia hizo del dueño del restaurante una suerte de policía de auxilio y hubiese hecho imposible, en gran medida, la venta de alcohol, puesto que para el dueño del local es imposible saber si el cliente no ha estacionado su auto en la esquina siguiente.

²³ BGHSt. 25, p. 221.

²⁴ Más detalles sobre la jurisprudencia, JAKOBS (nota 14), p. 35 y ss.

²⁵ Así todavía en BGHSt. 4, p. 20.

La nueva jurisprudencia ha reconocido esta crítica y se ha corregido²⁶, basándose en el razonamiento según el cual conforme al Derecho alemán está permitida la venta de alcohol, en la medida que el cliente se encuentre todavía en plena posesión de sus facultades mentales. Si, por ejemplo, el dueño de un restaurante causa en sus clientes un bajo grado de embriaguez a través de haberles servido a éstos bebidas alcohólicas que excluyen su capacidad de conducir, pero no la plena posesión de sus facultades mentales, esto es un riesgo permitido²⁷. Ya que el riesgo permitido no funda ninguna posición de garante, el dueño del restaurante no es responsable por los daños que son causados por clientes ebrios, pero que todavía están en posesión de sus facultades mentales²⁸. Esto sería distinto recién allí donde el servir las bebidas conllevaría al cliente a la incapacidad en el dominio de sus facultades mentales. En este caso el riesgo permitido es sobrepasado y el dueño del restaurante tiene el deber de impedir²⁹ que el cliente conduzca el auto—y en caso de emergencia incluso llamando a la policía—. En caso contrario será hecho responsable penalmente por las consecuencias. La jurisprudencia alemana actual³⁰ actúa en este ámbito, es decir, en la línea que fue trazada por la teoría de la imputación objetiva.

c — No hay posición de garante si falta una relación final de protección entre la acción precedente y el resultado inminente

La imputación objetiva presupone la realización de un riesgo que la norma infringida quiso evitar. Si, por ejemplo, el propietario de una casa es despertado en la noche por los ruidos que un ladrón causa, y si

²⁶ La jurisprudencia antigua fue expedida en BGHSt. 19, p. 152 (con observación crítica de GEILEN, GERD, *Zur Mitverantwortung des Gastwirtes bei Trunkenheit am Steuer*, JZ 20 [1965] p. 469). Al respecto también TRECHSEL - NOLL (nota 1), § 34, C.3.g.

²⁷ TRECHSEL - NOLL (nota 1), § 34, C.3.g, aclaran “que se no puede derivar de un ordenamiento jurídico liberal ningún deber de cuidado mutuo”.

²⁸ Cfr. BGHSt. 19, p. 154.

²⁹ Cfr. BGHSt. 19, p. 154.

³⁰ BGHSt. 26, p. 35 ha continuado esta jurisprudencia y lo ha trasladado a los anfitriones privados.

en la búsqueda del referido ladrón se cae por las escaleras y se rompe una pierna,³¹ el ladrón no es punible por lesiones corporales imprudentes. Pues si bien es cierto que el ladrón ha creado el riesgo que se ha realizado en el resultado, la finalidad de protección de los dispositivos referentes al hurto consiste en impedir hurtos y no en impedir lesiones corporales, de tal modo que no se puede imputar al ladrón la lesión del propietario³².

Si se trasladan estas ideas a la injerencia³³, entonces resulta que el ladrón no asume tampoco ninguna posición de garante frente al propietario de la casa que se accidentó. Por consiguiente, si el ladrón huye del lugar y el propietario sufre dolores durante horas, los mismos que hubiesen podido evitarse mediante un traslado inmediato al hospital, no obstante ello, el ladrón no es responsable penalmente por lesiones corporales por omisión. Pues si bien es cierto que él ha causado la lesión, esto no ha sucedido de modo imputable. También la Corte Suprema Federal de Alemania ha asumido esta regla de imputación cuando exige para una posición de garante que "la infracción del deber consista justamente en la contravención de un semejante precepto que sirva a la protección concreta del bien jurídico puesto en peligro"³⁴.

El principio puede ser demostrado en muchos casos. Presento tan sólo un ejemplo en el cual el conductor de un automóvil, a consecuencia de una velocidad excesiva, atropella a un ciclista infringiendo las reglas de tránsito, quien queda tirado inconsciente al margen de la carretera. ¿Debe el conductor ser responsable penalmente por complicidad en hurto por omisión si no interviene contra el ladrón que hurta la billetera del inconsciente? La pregunta tiene que ser negada. Pues si bien es cierto que el conductor ha causado el hurto mediante la creación de un peligro prohibido; sin embargo, la finalidad de las reglas de tránsito y de la prohibición de las lesiones corporales no es la de evitar hurtos, y por eso, no surge ninguna posición de garante.

³¹ Ejemplo según STREE (nota 12), ps. 397, 399.

³² Así también STREE (nota 12), ps. 397, 399.

³³ Sobre este principio en el marco de la imputación objetiva en la imprudencia cfr. ROXIN (nota 2), § 11, n° marg. 72 y ss.

³⁴ BGHSt. 37, p. 115 y ss.

d — No hay posición de garante si el peligro provocado por la acción precedente radica únicamente en el ámbito de responsabilidad de quien provocó el peligro

Como ejemplo para esta constelación de casos he mencionado ya al inicio el suministro de estupefacientes a través de cuyo uso el consumidor, quien conoce el riesgo, es dañado en su salud. Según la nueva jurisprudencia³⁵ alemana el proveedor no responde por lesiones corporales imprudentes o por homicidio, debido a que la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa no es punible, porque el peligro radica únicamente en el ámbito de responsabilidad de quien se pone en peligro³⁶.

Para la dogmática de la omisión esta afirmación trae como resultado que el proveedor no tenga ninguna posición de garante si el consumidor, a consecuencia del consumo del estupefaciente, cae en un estado en el que necesita ayuda. Pues el peligro surgido no es imputable al proveedor, sino al cliente mismo. Consecuentemente, si el proveedor omite prestar auxilio posible al cliente —por ejemplo, llevándolo al hospital—, entonces es punible solamente por omisión de auxilio y no por homicidio por omisión. Lamentablemente la Corte Suprema Federal de Alemania es de otro parecer y sanciona en semejantes casos por homicidio por omisión imprudente (o dado el caso incluso doloso), derivando una posición de garante del hacer precedente —la provisión del estupefaciente—³⁷. Esto es una inconsecuencia que se debe a la falta de una concepción unitaria para la determinación de la cualidad de contenido de la acción precedente.

Otra constelación igualmente importante en la praxis alemana de este grupo de casos es la que se refiere a la no evitación de un perjurio por parte de un sujeto procesal, quien había motivado a un testigo a una juramentación de una declaración falsa a través de sus informaciones falsas³⁸. La jurisprudencia alemana antigua³⁹ había asumido

³⁵ BGHSt. 32, p. 262.

³⁶ Cfr. ROXIN (nota 2), § 11, n° marg. 91 y ss.

³⁷ BGH, NStZ 4 (1984), p. 453; con observación crítica ROXIN, NStZ 5 (1985), p. 319; cfr. un desarrollo completo con otras demostraciones en ROXIN (nota 2), § 11, n° marg. 96.

³⁸ Más detalles respecto a la jurisprudencia, JAKOBS (nota 14), p. 32 y ss.

³⁹ RGSt. 72, p. 20; 74, p. 283; 75, p. 271; BGHSt. 3, p. 18.

que aquí había una posición de garante por actuar precedente y sancionó penalmente a la parte por complicidad en perjurio por omisión por no haber impedido la declaración falsa y el juramento del testigo, lo que fue posible en la mayor parte de las veces solamente a través de la revelación de la verdad. La nueva jurisprudencia ha cambiado de opinión⁴⁰ fundamentando que las informaciones falsas de una parte procesal (por ejemplo, sobre las relaciones extramatrimoniales en un proceso de divorcio) no han creado todavía un peligro especial para la declaración falsa del testigo, incluso si, en el ejemplo, recayera en él la carga de las relaciones extramatrimoniales. Una posición de garante surgiría recién cuando se presentan circunstancias especiales, como, por ejemplo, la continuación de las relaciones extramatrimoniales durante el proceso de divorcio⁴¹.

Correctamente, se tiene que negar una posición de garante también en este caso. Finalmente, la posición de garante fracasa a causa de que el peligro radica normalmente en el ámbito de responsabilidad del testigo, pues es éste quien declara en el proceso. Una corresponsabilidad de quien está fuera de este ámbito entra en consideración sólo en caso de influencia directa específicamente procesal en la declaración del testigo, como ocurre en caso de instigación o de complicidad activa (por ejemplo, proporcionando documentos falsos). Otras influencias en los testigos, que pueden surgir de las relaciones personales de los participantes, no se pueden limitar y no cambian en nada la responsabilidad exclusiva de un testigo por el contenido de sus declaraciones expresadas sin error y sin coacción⁴².

⁴⁰ BGHSt. 17, p. 321 efectuó una tarea expresa de la jurisprudencia antigua.

⁴¹ BGHSt. 17, p. 323 en conexión a BGHSt. 2, p. 129; así también en lo fundamental KREY, VOLKER, *Strafrecht, Besonder Teil*, t. I, 11ª ed., Stuttgart, 1999, n° marg. 574 y ss.; LACKNER - KÜHL (nota 10), § 153 y ss., n° marg. 7; PRITTWITZ, CORNELIUS, *Straflose Obstruktion der Rechtspflege durch den Angeklagten?, Zur Teilnahme des Angeklagten bei Falschaussage*, StV 15 (1995), p. 274; RUDOLPHI, SK (nota 10), § 153 y ss., n° marg. 52 y s.; SCHEFFLER, UWE, *Beihilfe zur Falschaussage durch Unterlassen seitens des Angeklagten*, GA 1993, p. 348; TENTER, DIETER, *Beihilfe zur Falschaussage durch Unterlassen*, wistra 13 (1994), p. 247; WELP (nota 8), p. 307 y ss.

⁴² Así también LG Essen, NJW 5 (1952), p. 116 y s.; LG Göttingen, NJW 7 (1954), p. 731; BayObLG, StV 14 (1994), p. 134 y s.; EBERT, UDO, *Strafrecht: Die verjüngte*

*e — No hay posición de garante si la creación de peligro
está justificada por legítima defensa*

La Corte Suprema Federal de Alemania⁴³ ha decidido que la lesión a un agresor en legítima defensa no hace al atacado garante de la vida del agresor⁴⁴. Quien golpea a un agresor en legítima defensa y posteriormente no se esfuerza por salvarlo, no puede consecuentemente ser sancionado penalmente por homicidio doloso o imprudente por omisión si esto hubiera impedido la muerte del agresor. No obstante, la jurisprudencia considera una (muy reducida) punibilidad por omisión de auxilio.

El resultado no está fuera de toda controversia⁴⁵, pero lo considero correcto, y por lo demás, se corresponde con la opinión dominante⁴⁶. Si

Schauspielerin, JuS 10 (1970), p. 400 y ss. (sin asumir una posición suficientemente clara); HILLENKAMP, THOMAS, *Beweisnot und materielles Recht*, en Libro homenaje a Rudolf Wassermann por sus 60 años, BRODA, CHRISTIAN - DEUTSCH, ERWIN - SCHREIBER, HANS-LUDWIG - VOGEL, HANS-JOCHEN (eds.), Neuwied, 1985, p. 865; OTTO, HARRO, *Die Aussagedelikte*, §§ 153-163, StGB, JuS 24 (1984), p. 161 y ss., 169. Igualmente restrictivo BOCKELMANN, PAUL, *Zum Problem der Meineidsbeihilfe durch Unterlassen*, NJW 7 (1954), p. 697 y ss., 700; HEINRICH, BERND, *Die strafbare Beteiligung des Angeklagten an falschen Zeugenaussage*, JuS 35 (1995), ps. 1115 y ss., 1119; MAURACH, REINHART, *Zur neueren Judikatur über Meineidsbeihilfe durch Unterlassen*, JuS 4 (1949), p. 541 y ss.

⁴³ Primero en BGHSt. 23, p. 327; BGH, NSTZ 5 (1985), p. 501; NSTZ 7 (1987), p. 171; NSTZ 20 (2000), p. 414.

⁴⁴ Al respecto ROXIN, *Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*, Munich, 1998, casos 93, 144, 212.

⁴⁵ Para una posición de garante en una acción precedente justificada por legítima defensa, BÖHM, ALEXANDER, *Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Frankfurt a.M., 1957, p. 84; GRANDERATH, REINHARD, *Die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aus einem vorangegangenen gefährdeten Verhalten bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Freiburg i. Br., 1961, p. 202 y ss.; HERZBERG, ROLF DIETRICH, *Garantenpflicht aufgrund gerechtfertigten Vorverhaltens* - BGH, NJW 23 (1970), p. 2252, JuS 11 (1971), p. 74; el mismo (nota 8), p. 295 y ss.; MAURACH - GÖSSEL (nota 22), § 46, n^o marg. 100; NAHSTOLL, PETER, *Unterlassen nach Notwehr*, Heidelberg, 1951, ps. 87 y ss., 120 y s., 123, 140; TRAEGER, LUDWIG, *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, Marburg, 1913, p. 106; VOGT, ALFONS, *Die Pflichten der kommissiven Unterlassung*, ZStW 63 (1950/51), p. 403; WELP (nota 8), ps. 266 y ss., 271 y ss.; el mismo, JZ 26 (1971), p. 433 y s.

⁴⁶ BAUMANN, JÜRGEN - WEBER, ULRICH - MITSCH, WOLFGANG, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10^a ed., Bielefeld, 1995, § 15, III 4 c; BLEI, HERMAN, *Allgemeiner Teil*, 18^a ed.,

bien es cierto, el agredido ha creado la situación peligrosa para el agresor, incluso dolosamente; no obstante, si se extienden las reglas de imputación válidas para el tipo al ámbito del injusto —como es obligatorio—, se reconoce que la amenaza surgida en una acción precedente condicionada por una legítima defensa radica exclusivamente en el ámbito de responsabilidad del agresor quien actuó ilícitamente. Consiguientemente, no puede ser imputado a quien ejercita la legítima defensa. Este punto de vista decisivo es puesto de relieve también por la Corte Suprema Federal cuando dice: “Quien a través de un ataque antijurídico origina una autopuesta en peligro, no puede forzar a causa de ello a que el agredido, como garante, se convierta en su protector”⁴⁷. A través de la referencia a la autopuesta en peligro se construye correctamente la relación con la teoría de la imputación objetiva.

El resultado se confirma a través de específicas reflexiones del derecho de legítima defensa. Pues con la afirmación de una posición de garante, un agresor antijurídico sería mejor protegido que un accidentado sin culpabilidad. Esto sería no solamente un privilegio injusto para quien actúa antijurídicamente, sino que contradice también el sentido del derecho de legítima defensa, cargando con esto de deberes adicionales a quien a través de su legítima defensa sirve, junto a la pro-

Munich, 1983, § 87, I, 2c; BRINGEWAT, PETER, *Der Notwehrer als Garant aus vorangegangenen Tun*, MDR 25 (1971), p. 718; DENCKER, FRIEDRICH (nota 9), p. 175; FREUND (nota 22), § 6, n° marg. 74; GALLAS (nota 10), p. 90; HENKEL, HEINRICH, *Methodenproblem bei Unterlassungsdelikten*, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 44 (1961), p. 183 y s.; JESCHECK - WEIGEND (nota 21), § 59, IV, 4a; OTTO, HARRO, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6ª ed., Berlin, 2000, § 9, III, 1a; el mismo, *Die strafrechtliche Haftung für die Auslieferung gefährlicher Stoffe*, en Libro homenaje a Hans Joachim Hirsch por sus 70 años el 11 de abril de 1999, WEIGEND, THOMAS - KÜPPER, GEORG (eds.), Berlin-New York, 1999, ps. 291, 309; RUDOLPHI (nota 8), p. 180 y ss.; el mismo, SK (nota 10), § 13, n° marg. 41; SCHÜNEMANN (nota 8), p. 314; STEMPEL, GÜNTER, en StGB, *Leipziger Grosskommentar*, JAHNKE, BURKHARD - LAUFHÜTTE, HEINRICH WILHELM - ODERSKY, WALTER (eds.), 11ª ed., 3ª entrega, Berlin, 1998, § 32, n° marg. 332; TRÖNDLE, HERBERT, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, GA 1973, p. 295; WELZEL, HANS, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Berlin, 1968, p. 215; WESSELS, JOHANNES - BEULKE, WERNER, *Allgemeiner Teil*, 30ª ed., Heidelberg, 2000, n° marg. 726.

⁴⁷ BGHSt. 25, p. 328. También TRECHSEL - NOLL (nota 1), § 34, C.3.g, se pronuncian contra una posición de garante bajo el amparo del art. 128 del Código Penal suizo.

tección individual, también a salvaguardar el derecho en interés de la generalidad. También el caso de quien presta auxilio en caso de necesidad muestra esto muy bien. ¿Por qué alguien debería ser “sancionado” con una posición de garante por su intervención enérgica con la que muestra el coraje civil exigido en todas partes e interviene contra acciones violentas, que un observador del suceso que permanece inactivo no asume?

*f — Afirmación de una posición de garante
si la acción precedente está justificada
por estado de necesidad*

En el caso del estado de necesidad justificante el campo de intereses es otro. Si para evitar un accidente que con seguridad podría ser mortal, el conductor de un auto invade la acera rápidamente y con esto ocasiona la lesión de un peatón, se vería justificado por un estado de necesidad. Pero se tendrá que cargar al conductor con una posición de garante frente al peatón lesionado, de tal modo que es punible, dado el caso, por lesiones corporales por omisión si no se preocupa que el lesionado reciba ayuda médica⁴⁸.

Pues aquí el suceso no radica en el ámbito de responsabilidad del peatón, quien no ha participado de modo alguno en la producción del peligro. Es más, el autor que estaba bajo estado de necesidad ha atacado el ámbito de libertad de un hombre, quien no tiene ningún tipo de responsabilidad por la situación de necesidad y por la que tuvo que sacrificar su bien jurídico. Si bien es cierto, el autor que se encuentra

⁴⁸ Así también BLEI (nota 46), § 87, VI, 2c; FREUND (nota 18), p. 185; KÜHL (nota 18), § 18, n° marg. 96; LACKNER - KÜHL (nota 18), § 13, n° marg. 13; LANDSCHEIDT, CHRISTOPH, *Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Raumlichkeiten: Zugleich ein Beitrag zur Gefahrenquellenverantwortlichkeit im Rahmen der unechten Unterlassungsdelikte*, Berlin, 1985, p. 119; OTTO (nota 46), § 9, III, 1; RENGIER, RUDOLF, *Kündigungs-Betrug des Vermieters durch tun und Unterlassen bei vorgetauschten Eigenbedarf*, JuS 29 (1989), p. 807; SCHÖNKE - SCHRÖDER - STREE (nota 18), § 13, n° marg. 36; TIMPE, GERHARD, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils und das Doppelverwertungsverbot*, Berlin, 1983, p. 182; JOECKS (nota 18), § 13, n° marg. 43, expresa dudas ante el tratamiento diferenciado del hacer precedente justificado por el § 32 o § 34.

en estado de necesidad está justificado, pero la justificación está unida a una sopesación de intereses que obliga al mayor cuidado posible de la víctima. De ello se deriva la legitimación de cargar al autor que se encuentra bajo estado de necesidad con la responsabilidad de salvaguardar que los daños a la víctima sean los mínimos posibles. Si quien se encuentra en estado de necesidad es favorecido por el hecho, como sucede en la mayoría de los casos, hay que añadir otro punto de vista, a saber: que es político-criminalmente adecuado, hacer responsable al menos por el auxilio posterior de su víctima, en el marco de lo posible, a aquel que se ha salvado a costa de otro.

En todo caso la constelación muestra muy claramente que la consideración, extendida en la literatura alemana, que indica que solamente las acciones precedentes antijurídicas podrían fundamentar una posición de garante va demasiado lejos. Se puede actuar de acuerdo a Derecho y, sin embargo, traer la responsabilidad de evitación de daños que amenazan que se derivan de esta acción.

g — Afirmación de una posición de garante si en un delito permanente justificado se suprime posteriormente el presupuesto de justificación

Una posición de garante surge también, cuando una acción precedente justificada con efecto permanente pierde su efecto justificante para el futuro a través de la supresión de los presupuestos de justificación. Si, por ejemplo, alguien encierra a otra persona que se encuentra ebrio, violento y peligroso para la colectividad, esto puede ser justificado por estado de necesidad. Sin embargo, quien lo encerró tiene que dejarlo libre cuando el ebrio esté nuevamente sobrio y no constituya más un peligro. En caso contrario, se hace culpable de una privación de la libertad individual por omisión. Pues con la supresión de los presupuestos del estado de necesidad, el posterior encierro es imputable como antijurídico al causante, de tal modo que quien encerró al ebrio se hace responsable de la eliminación de este peligro no permitido⁴⁹.

⁴⁹ Así también KÜHL (nota 18), § 18, n° marg. 97; RUDOLPHI, SK (nota 10), § 13, n° marg. 40a; (nota 18), § 13, n° marg. 36.

Con esto termino mi breve tratamiento, el cual muestra, en el ejemplo de la injerencia, que la teoría de la imputación objetiva se puede aplicar fructíferamente a los problemas dogmáticos para los cuales todavía no había sido pensado en su desarrollo inicial.

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

* Título original: *Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit*, en ZStW 116 (2004), número especial en homenaje a HANS-HEINRICH JESCHECK por su 90º cumpleaños. Ésta constituye una versión reelaborada del trabajo inicial que, como conferencia, fue expuesta en Lima en noviembre de 2004.
Traducción de **MANUEL ABANTO VÁSQUEZ**, en ROXIN, CLAUDIUS, *La teoría del delito en la discusión actual*, Lima, 2007, ps. 89-109

(I)

“El bien jurídico es la base reconocida de la estructura y de la interpretación de los tipos” decía HANS-HEINRICH JESCHECK¹, el venerable homenajeado. A continuación voy a partir de esta frase sin tratar con más detalle el problema del concepto de bien jurídico². En el marco de esta contribución voy a dejar abierta la cuestión de cómo deba definirse el concepto de bien jurídico, de si podría servir, criticando a la legislación vigente, para apoyar exigencias de política criminal, y si también existirían tipos que no protejan algún bien jurídico³. Me limito a decir que, en todo caso, por regla general el injusto penal se presenta como una afección de bienes jurídicos, es decir, como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (por ejemplo, de la vida, la integridad corporal, el patrimonio o también un bien jurídico de la generalidad como la moneda o la administración de justicia). En esto se basa también el ordenamiento legislativo⁴, el cual en la Parte general del Código Penal clasifica los delitos, aunque no siempre de manera consecuente, según los diferentes bienes jurídicos protegidos.

¹ JESCHECK - WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, 5ª ed., 1996, p. 257.

² Proporcionan un muy buen panorama sobre la discusión actual HEFENDEHL - VON HIRSCH - WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003.

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

⁴ Así también JESCHECK - WEIGEND, *Allg. Teil*, p. 259.

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

Del principio de bienes jurídicos se deriva, con cierta inevitabilidad, la teoría de la imputación objetiva, teoría a cuya moderna reanimación y desarrollo he contribuido, y la cual también es seguida por JESCHECK⁵. Y es que, si el Derecho penal quiere proteger bienes jurídicos contra afecciones realizadas por seres humanos, esto solamente es posible prohibiendo la creación de riesgos no permitidos para la existencia de los bienes jurídicos, y considerando como injusto penal, bajo la forma de afección a bienes jurídicos, la realización de tales riesgos en contra de la prohibición. Entonces, las acciones típicas son siempre afecciones de bienes jurídicos bajo la forma de la realización de un riesgo no permitido creado por los seres humanos.

(II)

De ahí que la teoría de la imputación objetiva consiga volcar el principio de protección de bienes jurídicos a las categorías dogmáticas y sistemáticas de la teoría del injusto. Pero ella consigue aún mucho más que eso. También realiza la tarea central de todo Estado de Derecho: el equilibrio entre los intereses estatales de seguridad y los intereses individuales de libertad. Cuando prevalecieran los intereses de seguridad se presentará un riesgo no permitido que, en caso de su realización, llevará a la imputación del resultado típico. En cambio, si prevalecieran los intereses individuales de libertad, el riesgo estará permitido y la imputación del resultado quedará excluida incluso en caso de realizarse el riesgo. Esto se puede demostrar, de la manera más fácil,

⁵ Comp. mis primeros trabajos en el *FS-Honig*, 1970, p. 133 (publicado también en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 123), así como en el *FS-Gallas*, 1973, p. 241. Sobre la toma de posición de JESCHECK, comp. JESCHECK - WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, p. 259.

con el ejemplo del tráfico rodado. Por un lado, el tráfico de automóviles alberga un riesgo para la vida, la salud y los bienes. Por otro lado, una prohibición de conducir automóviles restringiría demasiado la libertad de movimiento y la calidad de vida del ser humano moderno. Bajo una ponderación de estos puntos de vista resulta que, hasta cierta medida (caracterizada por la observancia de las reglas de tráfico fijadas legalmente), tiene preponderancia el interés de la libertad individual de acción, pero también que el riesgo creado, que esté más allá de este límite, está prohibido, y que las consecuencias lesivas para el bien jurídico que deriven de la realización de tal riesgo serán imputadas al causante como acción típica.

Se puede tomar arbitrariamente cualquier otro ejemplo para demostrar lo mismo. Así, el Tribunal Federal Alemán (TFA), en una sentencia publicada hace pocos meses, se ha ocupado de la cuestión de si el médico de una clínica psiquiátrica habría cometido un homicidio culposo cuando hubiera permitido la salida sin vigilancia de un preso de alta peligrosidad, tras lo cual éste había cometido varios asesinatos⁶. Aquí deben ponderarse, según las reglas de la imputación objetiva, el interés de seguridad de la generalidad frente al derecho terapéutico del paciente. Dado que, en el caso concreto, había muchos indicadores⁷ del carácter de riesgo no-permitido que se corrió (la infracción contra disposiciones legales y la no-intervención del principio de confianza frente a una reconocible inclinación hacia el hecho), deben imputarse al médico, como homicidios culposos, los asesinatos cometidos por el paciente.

La categoría central del injusto penal no es, entonces, como se había creído durante mucho tiempo, la causación del resultado o la finalidad de la acción humana, sino la realización de un riesgo no permitido. La causalidad constituye solamente una condición necesaria, pero no suficiente del injusto penal. Y esto solamente es así después de reconocer una causalidad de la omisión; en caso contrario, esta categoría se ten-

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

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

dría que limitar a los delitos de comisión. Por el contrario, la finalidad solamente es un elemento del injusto doloso y no de todo injusto. Y esto solamente es válido tras equiparar dolo con finalidad, lo cual puede dudarse en algunas formas de aparición del *dolus eventualis*.

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

Y no solamente en la fijación del riesgo permitido, llevada a cabo ponderando valores, puede verificarse una normativización sino también en el hecho de que la realización del riesgo no permitido no es ningún suceso meramente fáctico, sino depende del fin de protección de la norma de cuidado que delimita el riesgo permitido. Cuando, por ejemplo, un conductor ha manejado demasiado rápido pero luego ha reducido su velocidad al valor permitido, y si en ese momento atropellara de manera objetivamente inevitable a un niño que repentinamente ha aparecido saltando detrás de un auto estacionado, esto es una tragedia pero no una acción de lesión. Y es que, si bien el conductor había sobrepasado el riesgo permitido, y aun cuando no se hubiera producido el accidente si no se hubiese presentado la infracción de tal riesgo (al respetar continuamente la velocidad permitida el conductor todavía no hubiera llegado al lugar en el que el niño saltó a la pista), el fin de protección de los límites de velocidad excluye pese a todo una imputación del resultado. El límite de velocidad no está destinado a impedir que los autos pasen con una velocidad correcta por un lugar de accidentes en el momento de los hechos. Más bien, quiere prevenir las escasas posibilidades de maniobras de desvío y la mayor violencia del choque ante una colisión que trae consigo el conducir a excesiva velocidad en tales casos. En mi ejemplo no existían estos peligros, de manera que debe rechazarse la tipicidad objetiva de una lesión corporal.

Aquí no puedo entrar en más detalles⁸, pero ya mis pocas explicaciones deben haber mostrado que la teoría de la imputación objetiva está vinculada, de manera inmediata, con el principio de protección de bienes jurídicos, que esta teoría aclara de manera racional la medida de esta protección a través de un conjunto sutil de reglas y que se limita a lo necesario por política social. Luego, en la constitución del injusto penal esta teoría rinde mucho más que categorías ontológicas y valorativamente ciegas, como la causalidad y la finalidad. Cuando SCHROEDER⁹ recientemente afirma que habría sido “la teoría de la imputación objetiva, la que ha ocupado el lugar de la teoría final de la acción, tanto en lo relacionado con su importancia fundamental como también por la atención que ha merecido en el extranjero”, esto no solamente tiene vigencia en cuanto a su resonancia internacional, sino también acierta objetivamente en destacar que la teoría de la imputación objetiva ha añadido una nueva dimensión a la teoría penal del injusto, pero recogiendo la determinación del injusto causal y final de las épocas precedentes.

Entonces, mi conclusión es que el injusto penal presupone la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y que, sobre esta base, la teoría de la imputación objetiva fija el ámbito de lo penalmente prohibido ponderando los particulares intereses de protección y de libertad. A continuación, voy a aclarar esto aún más analizando otras teorías del injusto.

(III)

Voy a comenzar con la teoría final de la acción en la versión moderada que le había dado su creador HANS WELZEL¹⁰ y tal como ha sido desarrollada hasta ahora, sobre todo, por su discípulo HIRSCH¹¹.

⁸ Véase una exposición resumida de la teoría de la imputación objetiva en ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 11, n° marg. 39 y ss. [4ª ed.: § 11, n° marg. 44 y ss.].

⁹ SCHROEDER, *FS-Androulakis*, 2003, p. 651.

¹⁰ La teoría de WELZEL, en su forma definitiva, es resumida en *Das Deutsche Strafrecht*, 1ª ed., 1969.

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

Hablo de un “finalismo moderado” porque ambos autores, si bien otorgan una especial importancia, para el injusto penal, al desvalor de la acción que subyace en el objetivo que persigue el autor, se aferran a un concepto de bien jurídico¹² —aunque sin otorgarle un carácter crítico para la legislación vigente— y toman al desvalor de la acción y al desvalor del resultado (o sea, la afección del bien jurídico), por igual, como presupuestos del injusto. WELZEL¹³ dice: “Es tarea del Derecho penal la protección de bienes jurídicos a través de la protección de los valores ético-sociales del actuar”. Ciertamente, él opina¹⁴ que “a través del aseguramiento de los valores ético-sociales elementales del actuar” se podría “garantizar de manera más profunda y fuerte la protección de bienes jurídicos que a través de la sola idea de la protección de bienes”. Pero la mayor importancia que se otorga con ello al desvalor de la acción solamente es aparente, pues, en última instancia, para WELZEL, la prohibición de determinadas acciones finales solamente es un medio para llegar al fin de la protección de bienes jurídicos. También HIRSCH¹⁵ manifiesta que sería “realizable y necesario” un concepto de Derecho positivo del bien jurídico (o sea, uno que renuncie a criticar la legislación).

Pero la escuela de WELZEL no ha conseguido vincular, de manera apropiada, el desvalor de la acción y el desvalor del resultado, así como tampoco ha logrado hacer comprensible la dimensión social del injusto limitando la protección de bienes jurídicos a impedir riesgos no permitidos. Al principio, WELZEL había visto este problema y había tratado de darle solución con ayuda del concepto de la adecuación social. Todavía en sus *Studien zum System des Strafrechts* [Estudios sobre el sistema del Derecho penal]¹⁶ decía: “Todos los conceptos penales típicos, incluyendo los llamados conceptos descriptivos como ‘matar’, ‘lesionar’, ‘dañar’, entre otros, no constituyen conceptos causales de lesiones cau-

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

¹³ WELZEL (como en la nota 10), p. 5.

¹⁴ WELZEL (como en la nota 10), p. 4.

¹⁵ HIRSCH, *FS-Spinellis*, p. 444.

¹⁶ WELZEL, *ZStW* 58 (1939), p. 528.

sales al bien jurídico, sino (...) conceptos cuyo contenido de sentido resulta de su función dentro de un todo social ...". Sería un planteamiento erróneo de carácter fundamental el que la doctrina tradicional haya "reducido la acción típica a los casos de producción causal y que haga comenzar el mundo del significado jurídico-social (...) recién con la cuestión de la antijuricidad"¹⁷.

En consecuencia, aquellos hechos que no constituyan ningún riesgo jurídicamente relevante o que representen un riesgo permitido tendrían que haber podido excluirse del tipo por ser socialmente adecuados; y así es como efectivamente, al principio, WELZEL había dado solución a tales casos¹⁸. Solamente hubiera faltado con desmenuzar el difuso concepto de la adecuación social y colocar las partes dentro de los criterios precisos de la imputación objetiva para integrar, dentro de una moderna teoría del injusto, la relación conflictiva entre los intereses de protección y de libertad. Por eso CANCIO MELIÁ se opone, con razón¹⁹, a la tesis de que "las conclusiones de la teoría final de la acción no sean compatibles con la imputación objetiva". Se encontraría "en el concepto de la adecuación social incluso el planteamiento para el desarrollo de una teoría de la imputación objetiva". Ya antes²⁰, yo mismo también había calificado la mayoría de las formas de aparición de conductas adecuadas socialmente como casos de una falta de imputabilidad objetiva.

Pero en la posguerra WELZEL abandonó esta vía del finalismo "social" y cambió el curso hacia una finalidad de "las leyes del ser", la cual solamente abarcaba la sobredeterminación de cursos causales sin considerar valoración alguna. A partir de entonces, la finalidad era para él "un concepto ontológico tan igual como la causalidad"²¹ y —decía— habría sido posible "desarrollar toda la teoría de la acción final" ya a partir del fenómeno constatado en el momento en que "el primer hom-

¹⁷ WELZEL, *ZStW* 58 (1939), p. 516.

¹⁸ Comp. CANCIO MELIÁ, *GA* 1995, p. 179; ROXIN, *FS-Androulakis*, 2003, p. 633.

¹⁹ CANCIO MELIÁ, *GA* 1995, p. 180.

²⁰ ROXIN, *FS-Klug*, 1983, t. II, p. 303.

²¹ WELZEL, *Um die finale Handlungslehre*, 1959, p. 7.

bre utilizó una piedra como instrumento". Apenas puede expresarse de una manera más clara la exclusión de todo el mundo social del tipo objetivo, y por tanto tampoco sorprende que la adecuación social haya sido vista durante diez años solamente como causa de justificación²², y que, incluso después de reintegrarse en el tipo dentro del sistema de WELZEL, no haya vuelto a tener mayor importancia.

El caso poco realista, aunque teóricamente ilustrativo, de que alguien "envíe al bosque a otro ante una tormenta inminente esperando que éste sea alcanzado por un rayo" era solucionado ahora por WELZEL²³ admitiendo la tipicidad objetiva (reducida a la pura causalidad) del homicidio, pero afirmando que faltaría el dolo del autor, pues solamente se habría presentado una esperanza o un deseo de algo, mas no una voluntad de realización. Pero en realidad ya se había completado el tipo objetivo, tal como el mismo WELZEL había reconocido en su fase de finalismo social cuando rechazaba un homicidio por la adecuación social de la conducta del autor²⁴. Esto era menos erróneo que su solución posterior. Pero la fundamentación más exacta hubiera tenido que decir que el actor no había creado ningún riesgo jurídicamente relevante y que, por ese motivo, el resultado no le sería imputable a él como una acción de homicidio.

WELZEL también vio ciertamente el problema en el riesgo permitido pero, después de reducir el tipo objetivo a la causalidad, ya no pudo trabajarlo dogmáticamente. Así, dice él²⁵, en relación con el tráfico rodado, con cuyo ejemplo he explicado más arriba la idea fundamental de la imputación objetiva: "El Derecho penal ofrece protección a los bienes jurídicos ante posibles lesiones; sin embargo no lo hace de manera absoluta, pues todo bien jurídico tiene que ser empleado todos los días de la vida social y, con ello hasta cierto punto, tiene que ser puesto en peligro (¡recuérdese solamente el apreciable grado de peligro no prohibi-

²² WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, de la 4ª ed. (1954) hasta la 8ª ed. (1963).

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

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

²⁵ WELZEL (como en la nota 10), p. 5.

do que la vida corre bajo el tráfico moderno!)". Éste es el entendimiento correcto. Pero su formulación en conceptos jurídicos solamente hubiera sido posible con ayuda de la teoría de la imputación objetiva que WELZEL todavía desconocía.

Y hasta el día de hoy presenta esta carencia el finalismo seguidor de la tradición welzeliana. HIRSCH, el más destacado defensor de esta línea, después de rechazar totalmente al principio la teoría de la imputación objetiva²⁶, ha reconocido en sus últimos trabajos²⁷ que esta concepción determina de manera acertada la magnitud de la protección de los bienes jurídicos en la imprudencia. Ahora dice: "En los delitos imprudentes, en lo referido a la relación de condicionalidad entre acción y resultado, la teoría de la imputación objetiva tiene un campo de aplicación justificado"²⁸. En su más reciente opinión²⁹ describe de manera acertada el moderno desarrollo de la teoría de la imputación: "En lo referido a la relación de antijuricidad en los delitos imprudentes (...) la teoría de Roxin se acopla (...) también, como concepto de imputación, al sistema welzeliano".

En los delitos dolosos³⁰, por cierto, HIRSCH sigue sin admitir la imputación objetiva. Ciertamente, para la solución del "caso de la tormenta", tratado por WELZEL y ya mencionado arriba, HIRSCH ya no niega el dolo sino niega que se haya presentado una acción de tentativa³¹. "La razón de esto" —dice él— "está en que la acción exige el dominio del curso causal que aquélla incluye. Si se dejara la producción concreta del resultado al azar situado fuera del poder de dirección del autor, entonces no se presenta, desde el principio, una acción dirigida a la reali-

²⁶ JAKOBS escribe en el *FS-Hirsch* (1999, p. 45, con referencias bibliográficas) que HIRSCH consideraría esta teoría "falsa, en una parte, y superflua, en el resto".

²⁷ HIRSCH, *FS-Lenckner*, p. 119; el mismo autor en *FS-Lampe*, p. 515.

²⁸ HIRSCH, *FS-Lampe*, p. 523.

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

³⁰ Comp. sobre este tema, desde la perspectiva finalista, ARMIN KAUFMANN, *FS-Jescheck*, 1985, t. I, p. 251; críticamente al respecto, ROXIN, *FS-Armin Kaufmann*, 1989, p. 237.

³¹ HIRSCH, *FS-Lenckner*, p. 135 (ver también aquí las citas que vienen enseguida).

zación del resultado”. Pero este déficit de dirección —de la forma como lo expone HIRSCH— no es consecuencia de una falta de finalidad, sino solamente consecuencia de la mínima peligrosidad objetiva de la acción del autor, lo cual excluye ya una imputación del resultado al tipo objetivo³².

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

(IV)

Una orientación subjetivo-monista³³ de la teoría final de la acción ve el injusto de los delitos dolosos e imprudentes únicamente en el desvalor de la acción y niega importancia, para el injusto, a la producción efectiva de la afectación al bien jurídico. Ella se remonta a ARMIN KAUFMANN³⁴ y fue continuada después sobre todo por sus discípulos ZIELINSKI³⁵ y SANCINETTI³⁶. Con esta orientación, en el delito doloso, se llega a

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

³³ Recojo aquí la expresión de HIRSCH, *FS-Lampe*, p. 521, nota 23.

³⁴ Así compárese solamente su trabajo en el *FS-Welzel*, 1974, p. 393.

³⁵ ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973.

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

afirmar que el hecho habría concluido con la tentativa acabada (de manera más exacta: "cuando el autor haya asumido la posibilidad de perder el control para impedir la consumación"³⁷). Luego, se ve "en el final de la tentativa también el final del hecho punible"³⁸. En los delitos culposos importa solamente la conducta defectuosa del autor (el desvalor de la acción), mientras que el resultado queda fuera del injusto. "El injusto del delito imprudente", dice ARMIN KAUFMANN³⁹, "es fundamentado solamente a través de la presencia de la lesión del cuidado y la falta de causas de justificación (...) La producción del resultado no es una condición necesaria (...) de la tipicidad o de la antijuricidad, sino una condición de punibilidad". Esta doctrina significa una radicalización de la concepción finalista, pues convierte al desvalor de la acción, descubierto por el finalismo, en el único pilar del injusto. En esto se formula una posición opuesta a la concepción aquí defendida: el delito es entendido como infracción de la norma y no como afección de bienes jurídicos. Así, deviene superflua una teoría de la imputación objetiva, pues no hay resultados que imputar.

Esta orientación subjetivo-monista no ha podido imponerse en Alemania⁴⁰. Incluso un finalista como HIRSCH la califica de Derecho penal de la actitud interna contrario al Estado de Derecho⁴¹. Esto es exagerado ya que, después de todo, en el desvalor de la acción se manifiesta una lesión a la norma; y eso es más que una simple manifestación de la actitud interna. Por lo demás, la relación de esta concepción con nues-

³⁷ SANCINETTI, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, 1995, p. 281.

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

³⁹ ARMIN KAUFMANN, *FS-Jescheck*, p. 410 y s.

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

⁴¹ HIRSCH, *FS-Lüderssen*, 2002, ps. 253, 257; el mismo autor, *FS-Lampe*, p. 521.

tro tema, así como la importancia científica de sus defensores justifican que sea analizada.

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

La crítica decisiva contra la teoría subjetivo-monista le reprocha colocar el injusto penal únicamente en la representación del autor —que posiblemente sea incluso errónea—, desconectándolo por completo de su dimensión social y del equilibrio entre intereses de protección e intereses de libertad. Si, por ejemplo, más allá de los delitos de peligro se tratara toda imprudencia carente de resultados de igual manera que los homicidios o lesiones imprudentes verdaderamente realizados, esto llevaría a una sobrecriminalización que restringiría la libertad de los ciudadanos en una medida mayor de lo socialmente necesario. Y, en contra de lo que quiere esta concepción radicalmente subjetiva del injusto, tampoco se tendrá necesariamente que penar la tentativa acabada como hecho consumado sino se deberá conceder al legislador, tal como ha hecho el Código Penal alemán (art. 23, párr. 2º, *StGB*), el derecho a prescribir una atenuación facultativa de la pena (en tanto la tentativa sea en absoluto punible). Y es que a menudo una tentativa acabada se frustra debido a que tiene una menor energía criminal en rela-

ción con una ejecución exitosa. Además, por sus efectos sociales es algo esencialmente diferente que —en el ejemplo de los delitos contra la vida— un ser humano muerto sea el resultado de la acción del autor o que tal perjuicio no se produzca. Con razón, dice MYLONOPOULOS⁴², en relación con la doctrina aquí criticada: “una acción es recién accesible a una valoración penal cuando pueda ser evaluada en el espacio social en cuanto a su sentido social”. Y, en el mismo contexto, JAKOBS⁴³ enfatiza: “Lo que importa no es la significación individual sino la significación social de la conducta, y ésta no puede leerse en la cabeza del autor”.

Precisamente SANCINETTI, en la actualidad probablemente el más decidido defensor de una concepción subjetivista del injusto, muestra, en su última publicación, lo atinado de estas objeciones. Allí, si bien él considera la posibilidad⁴⁴, consecuente con su teoría, de convertir “todas las formas posibles de imprudencia en delitos dolosos de peligro abstracto”, declara a continuación que, por razones del principio de proporcionalidad y de *ultima ratio*, sí tiene sentido hacer que la punición de la imprudencia dependa de la producción del resultado, “ya que, en caso contrario, el Estado tendría enormes posibilidades de injerencia si —pese a no haberse producido el resultado— pudiera hacer indagaciones con motivo de cualquier conducta imprudente posible del ciudadano ...”. A través de la limitación de la punibilidad a la producción del resultado “se obtendría la ganancia de que el Estado no se inmiscuya en una enorme cantidad de acciones de la vida cotidiana y asfixie al ciudadano”.

Aquí, en contra del punto de partida de la propia doctrina de SANCINETTI, se reconoce la relación de tensión que existe entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual (relación sobre la cual está construida mi propia teoría) y se la toma como base de la decisión. Ciertamente, SANCINETTI cree poder sostener la teoría subjetivista del injusto atribuyendo a la producción del resultado en la imprudencia una función “selectiva” y no una función “constitutiva”. Pero, en realidad,

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

⁴³ JAKOBS, *Strafrecht, Allg. Teil*, 2ª ed., 1991, Cap. 6, n° marg. 73.

⁴⁴ SANCINETTI, *Dogmatik der Straftat und Strafgesetz*, 2003, ps. 134, 136.

se ve que no es seriamente realizable una teoría del injusto que renuncie a la afección de bienes jurídicos. Tampoco es eso posible bajo la forma de considerar al resultado, en los delitos imprudentes o en la tentativa acabada, como condición objetiva de punibilidad.

Y es que, de cualquier modo, el resultado tiene que poder ser imputable al autor como acción típica consumada de homicidio, lesiones o cualquier otra; y eso solamente es posible en una categoría sistemática del injusto.

(V)

Para finalizar quiero decir todavía algunas palabras sobre la teoría del injusto de JAKOBS. Este autor se acerca a la concepción aquí defendida porque, a diferencia de las otras dos corrientes finalistas, no solamente incluye al resultado dentro del injusto sino también vincula acción y resultado según las reglas de la imputación objetiva⁴⁵ y, como ya ha sido señalado, otorga una importancia decisiva a la significación social de la conducta, la cual no se desprende solamente de la finalidad. Él dice que, en una correcta configuración del tipo, "la consumación ... (habría sido) fijada con la lesión de un bien"⁴⁶.

Hasta aquí todo está bien y es correcto. Pero, ¿cómo se compagina esta teoría del injusto con la concepción de la pena de JAKOBS? Según esta última, el Derecho penal no debe proteger bienes jurídicos sino la vigencia de la norma⁴⁷. Si el hecho punible consistiera únicamente en que el autor desobedece la norma, de ello resultaría la consecuencia de que el injusto se tendría que agotar con el desvalor de la acción; luego, si JAKOBS hubiera sido consecuente en la realización de su teoría de los fines de la pena, hubiera tenido que seguir el concepto subjetivo-monista del injusto que defiende la escuela de ARMIN KAUFMANN. Y ésta es

⁴⁵ JAKOBS, *Strafrecht, Allg. Teil*, Cap. 7, n° marg. 35 y ss.; en este contexto no importan las diferencias de detalle.

⁴⁶ JAKOBS, *Strafrecht, Allg. Teil*, Cap. 6, n° marg. 73.

⁴⁷ Solamente remito aquí a la última exposición de esta concepción por JAKOBS en el *FS-Saito*, 2003, p. 17.

también la tesis de SANCINETTI⁴⁸. Este autor habla de una “incongruencia que resulta de que, por un lado, es rechazada la teoría de lesión de bienes jurídicos —reemplazándola (...) por la desobediencia de la norma— y, simultáneamente, se toma como presupuesto del injusto consumado a la efectiva lesión de un objeto del bien jurídico”.

La tesis que sostiene que aquí se presentaría una contradicción —por lo menos aparente— en los fundamentos de la concepción jakobsiana de la pena, puede ser reforzada fácilmente mediante citas. Así, dice JAKOBS⁴⁹ que “el no-reconocimiento de la vigencia normativa” sería aquello “ante lo cual el Derecho penal (...) reacciona. Esto es, por lo tanto, el resultado específicamente penal”. “El no-reconocimiento de la vigencia normativa puede perfeccionarse sin que se presente un resultado delictivo exterior”. “Hablar de desvalor de la acción y desvalor del resultado” sería “inapropiado para comprender aquello que importa: el no-reconocimiento de la validez normativa a través de la expresión de sentido de una persona”. Si, como consecuencia de esto, el “resultado” de la acción punible consiste en el no-reconocimiento de la norma, esto podría ser suscrito también por cualquier representante de la teoría subjetivo-monista del injusto. Centrarse en tal resultado sería, dice SANCINETTI⁵⁰, “un puro cambio de denominación sin la más mínima modificación de contenido” frente a la teoría puramente subjetivista del injusto.

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

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

⁴⁹ Las tres citas provienen de JAKOBS [traducción libre], *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, p. 34 y s.

⁵⁰ SANCINETTI (como en la nota 37) [traducción libre], p. 22.

⁵¹ JAKOBS, *FS-Saito*, p. 35.

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

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

Sin embargo, la supresión de la afección de bienes jurídicos, que en los delitos consumados solamente es posible de manera muy rebuscada mediante la reinterpretación de la lesión como condición para la significancia del quebrantamiento de la norma, vuelve a cobrar validez cuando JAKOBS trata de explicar la tentativa. “El fundamento penal de la tentativa” es, para él, “el que un quebrantamiento de la norma se convierta en una forma de expresión”⁵³. “Así como (...) el delito no es, de manera primaria, el lesionar bienes, sino lesionar la vigencia de la norma, así la tentativa del delito tampoco puede, primariamente, ser comprendida a través de la puesta en peligro de bienes, sino a través de la vigencia lesionada de la norma”, afirma JAKOBS⁵⁴, para quien “el fundamento de la tentativa (...) es exactamente el mismo que el de la

⁵² JAKOBS, *Strafrecht, Allg. Teil*, Cap. 6, n.º marg. 73 [traducción libre].

⁵³ JAKOBS, *Strafrecht, Allg. Teil*, Cap. 25, n.º marg. 21.

⁵⁴ JAKOBS, *Strafrecht, Allg. Teil*, Cap. 25, n.º marg. 15.

consumación". La tentativa y la consumación significan, entonces, por igual "un ataque perfecto a la vigencia de la norma"⁵⁵.

Esta concepción resulta demasiado subjetivista para quien tome como núcleo del injusto a la afección de bienes jurídicos, tal como sucede con la opinión aquí defendida. Yo veo el fundamento penal de la tentativa, en primer lugar, en la puesta en peligro de bienes jurídicos⁵⁶. De esta manera puede comprenderse, como una escala según la magnitud del injusto, la escala legal entre la pena plena por consumación, la punición atenuada por tentativa y la impunidad de los actos preparatorios, mientras que esto no llega a ser explicable al postular un injusto totalmente idéntico. Cuando JAKOBS califica a la tentativa como el "quebrantamiento expresivo y cercano al tipo de la norma"⁵⁷, la exigencia adicional de una cercanía al tipo puede bien estar objetivamente justificada, pero la cercanía al tipo no designa otra cosa que la aguda puesta en peligro del bien jurídico protegido y, con ello, va más allá de la mera expresividad del quebrantamiento a la norma. Con esto se muestra aquí también una oscilación entre fundamentación objetiva y subjetiva del injusto que ya se había visto en el delito consumado.

Con el principio aquí defendido de la puesta en peligro de bienes jurídicos —una forma de afección menor del bien jurídico— se puede también explicar la tentativa inidónea. Y es que también ésta (desde una correcta perspectiva *ex ante*) es por regla general peligrosa⁵⁸.

Cuando un ordenamiento jurídico castiga, incluso más allá de esto, aquella tentativa que, desde el principio, era inocua (tal como hace el Código Penal alemán, aunque de forma restringida⁵⁹), esto es una anomalía que no puede ser compatible con el principio de protección de bienes jurídicos y que debe ser derogada⁶⁰.

⁵⁵ JAKOBS, *Strafrecht, Allg. Teil*, Cap. 25, n.º marg. 17.

⁵⁶ Comp. al respecto, detalladamente, ROXIN, *Strafrecht, Allg. Teil*, 2003, t. II, p. 29, n.º marg. 9 y ss.

⁵⁷ JAKOBS, *Strafrecht, Allg. Teil*, Cap. 25, n.º marg. 21.

⁵⁸ Más detalles al respecto en HIRSCH, *FS-Roxin*, 2001, p. 711.

⁵⁹ Arts. 22 y 23, párr. 3.º, *StGB*.

⁶⁰ También JESCHECK - WEIGEND (*Lehrbuch des Strafrecht, Allg. Teil*, p. 532) enfatizan que "en estos casos, en el fondo, debe negarse que exista una necesidad de pena".

La cuestión de si el injusto penal es o no una afección de bienes jurídicos también influye en el problema del llamado conocimiento especial⁶¹. JAKOBS⁶² construye el caso de que “un estudiante de biología que trabaja como mozo ayudante y que, gracias a los conocimientos adquiridos en sus estudios universitarios, descubre una fruta venenosa en una ensalada exótica, pero que a pesar de todo sirve la ensalada”. ¿El estudiante habría cometido un homicidio doloso cuando el comensal hubiera muerto a causa de la ensalada? Si se ve la tarea del Derecho penal en la protección de bienes jurídicos, no puede haber dudas de ello⁶³: el estudiante, al servir la ensalada venenosa ha creado un riesgo mortal para la vida del comensal, riesgo que además se ha realizado en el resultado. No obstante, JAKOBS admite un ataque a la vigencia de la norma, que para él es lo decisivo, solamente cuando alguien hubiera atentado contra las exigencias del rol social en el cual actúe. Dado que el estudiante de biología actúa como mozo, no tiene que aportar su conocimiento universitario a este rol, de manera que, según su concepción, no se presentaría ningún homicidio. Pero ésta no me parece que sea una solución convincente⁶⁴. Y es que ya al observar los correspondientes tipos se muestra que el Derecho penal ve la protección de la vida humana como una de sus tareas principales. Si bien esta protección se ve restringida y concretada de manera socialmente apropiada por derechos reconocidos en situaciones de emergencia y reglas de imputación, no se entiende qué interés podría haber en no calificar como un homicidio doloso a aquel que hubiera ocurrido de manera totalmente innecesaria y que era fácilmente evitable.

⁶¹ Al respecto, sentando las bases, JAKOBS, *FS-Armin Kaufmann*, 1989, p. 270; GRECO, *Das Subjektive an der objektiven Zurechnung - über das "Problem" des Sondenvissens* (próximamente en *ZStW* 17, 2005) [*N. del T.*]: el artículo apareció en el lugar indicado, p. 519 y ss.].

⁶² JAKOBS, *FS-Armin Kaufmann*, p. 273 [traducción libre].

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

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

(IV)

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

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

*Observaciones sobre la adecuación
social en el Derecho penal **

* Título original: «Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht»,
en *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, GÜNTHER KOHLMANN (comp.),
Deubner, Colonia, t. II, ps. 303-313. Traducción de ANNA E. M. RICHTER

(I)

Originariamente la teoría de la adecuación social fue desarrollada por WELZEL¹. Su idea fundamental consiste en que las acciones que se mueven “dentro del orden social hecho historia en la vida comunitaria”², que son entonces “socialmente adecuadas”, nunca recaen bajo un tipo penal, incluso aunque así lo indique el texto literal. Así se supone que, por ejemplo, por su adecuación social, las lesiones y los homicidios en ocasión de un debido funcionamiento de trenes, minas, fábricas, etcétera, ya desde el inicio no cumplen el tipo de los §§ 212, 223 y ss.³; la entrega del regalo acostumbrado de año nuevo al cartero —en virtud de su aprobación general— no se considera un cohecho según el § 331; se supone que las apuestas insignificantes en juegos no son punibles según el § 284, al igual que ciertas manifestaciones en el ámbito familiar estrecho no serían punibles según el § 185 y así sucesivamente.

(II)

Hasta hoy, la idea ha suscitado mucho interés, pero su historia ha sido tan cambiante que el principio de la adecuación social tiene que con-

¹ *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW 58 (1939), p. 491 y ss. (514 y ss.).

² Así la formulación en *Das Deutsche Strafrecht*, 1947, p. 35; parecido también 11ª ed., 1969, p. 55 y s.

³ Parágrafos sin indicación del Código provienen del StGB.

siderarse una de las figuras jurídicas más discutibles y multifacéticas del Derecho penal. Una parte de la literatura⁴ lo rechaza por la vaguedad de sus parámetros, porque sería dañino para la seguridad jurídica e innecesario en relación a los métodos de interpretación reconocidos. Otros autores⁵ lo quieren hacer valer sólo como recurso de interpretación. Una opinión común⁶ considera la adecuación social, tal como se la había imaginado WELZEL originariamente, un fundamento de exclusión del tipo. No rara vez en cambio se entiende como causa de exclusión de la antijuridicidad⁷ (algo que el mismo WELZEL sostuvo por algún tiempo⁸). ULRICH KLUG⁹ ordenó, por un lado, las circunstancias correspondientes a la exclusión del tipo (bajo el concepto de congruencia social) y, por el otro, las causas de exclusión de la antijuridicidad (bajo el término de la adecuación social en sentido estricto de la palabra). ROEDER¹⁰, por último, ve en la adecuación social una causa de exculpación. Si, además, se cae en la cuenta que los ejemplos referentes al comportamiento adecuado socialmente difieren de manera notable el uno

⁴ BAUMANN, AT (= *Allgemeiner Teil / Parte General*), 8ª ed., § 15, III, 3, b; GALLAS, ZStW 67 (1955), p. 22; HIRSCH, LK, 9ª ed., n° marg. 19 y ss., antes de § 51; H. MAYER, AT, 1953, p. 108; SK-Samson, 3ª ed., n° marg. 15, antes de § 32.

⁵ HIRSCH, ZStW 74 (1962), p. 78 y ss.; *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, p. 285 y ss.; JESCHECK, LK, 10ª ed., n° marg. 45, antes de § 13; KIE-NAPFEL, *Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz im Strafrecht*, 1961, p. 87 y ss. (98); SCHÖNKE - SCHRÖDER - LENCKNER, StGB, 21ª ed., 1982, n° marg. 68 y ss., antes de § 13. También WELZEL mismo denominaba la adecuación social por último como "principio general de interpretación" (*Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 58).

⁶ JESCHECK, AT, 3ª ed., § 25, IV; MAURACH - ZIPF, AT/1, 5ª ed., § 17, II, B; STRATEN-WERTH, AT, 3ª ed., n° marg. 337 y ss. De la literatura de ensayos: KRAUß, ZStW 76 (1964), p. 48; PETERS, FS-Welzel, p. 415 y ss. (425 y ss.) con limitación a actos éticamente valiosos; SCHAFFSTEIN, ZStW 72 (1960), p. 369 y ss.; ZIPF, ZStW 82 (1970), p. 633 y s.

⁷ DREHER - TRÖNDLE, StGB, 40ª ed., n° marg. 12, antes de § 32; OTTO, *Grundkurs AT*, p. 78; SCHMIDHÄUSER, AT, 2ª ed., 9/26 y ss.; ídem, AT Studienbuch, 6/102 y ss.

⁸ *Das Deutsche Strafrecht*, 4ª ed., 1954, hasta 8ª ed., 1963.

⁹ "Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem", en FS-Eb. Schmidt, 1961, p. 249 y ss.; reimpresso en *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*, t. 2, "Materielle und formelle Strafrechtsprobleme", 1981, p. 194 y ss.

¹⁰ *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, 1969.

del otro¹¹, entonces resulta difícil oponerse a la idea de que aquí se trata de un tópico sin contenido claro.

(III)

También la jurisprudencia se muestra insegura y usa el principio de la adecuación social sólo de manera reservada. El Tribunal Federal en lo Laboral (BAG 1, p. 300), sin embargo, ha reconocido a la huelga y los bloqueos como medios socialmente adecuados de la lucha laboral. En causas penales el Tribunal Supremo Federal (BGH) usa la noción sólo una vez y deja pendiente su posición sistemática (BGHSt. 23, ps. 226, 228): "Según la teoría de la 'adecuación social', acciones usuales, aceptadas de manera general y por ello desde la perspectiva penal para nada sospechosas en la vida social, porque están dentro del marco de la libertad de acción social, no pueden ser típicas o por lo menos no pueden ser antijurídicas"¹². La Sala en lo Civil del Tribunal Supremo Federal (BGHZ 24, 21, 26), al momento de reconocer que el comportamiento correcto en la conducción excluye la antijuridicidad, señaló: "Puede quedar en suspenso si se trata aquí de un caso particular de la aplicación de la noción jurídica de la llamada adecuación social"¹³.

(IV)

Mi tesis es la siguiente: la adecuación social es un principio tendencialmente correcto para perfilar la categoría delictiva [*Deliktstypus*]*

¹¹ Incluso WELZEL, el fundador de esta teoría, cambió sus ejemplos en el transcurso del tiempo reiteradamente.

¹² Reminiscencias a la teoría de la adecuación social, pero sin mención explícita del término, también se encuentran en BGHSt. 7, p. 268 (motivación del suicidio de la mujer a través de la disolución de la comunidad familiar) y 19, 152 (despacho de bebidas alcohólicas a huéspedes que más tarde causan un accidente de tránsito en estado de ineptitud para la conducción).

¹³ Acerca de la recepción de la teoría de la adecuación social en el Derecho civil DEUTSCH, *FS-Welzel*, 1974, p. 227 y ss.

* [*N. de la T.*]: como es sabido, la tradición dogmática penal de habla hispana ha decidido traducir la expresión *Tatbestand* como "tipo" o "tipo penal". Existen múltiples

y con ello funciona como una causa de limitación del tipo, que no tiene nada que ver con la antijuridicidad y la culpabilidad, pero que hoy puede ser reemplazada por instrumentos hermenéuticos más precisos. Comienzo con su función sistemática.

1 — La idea acertada de la que había partido WELZEL según la cual “el tipo es la categorización del injusto penal”¹⁴, que lleva a la idea de acuerdo con la cual un comportamiento, cuando no se plantea como instancia del injusto para una categoría delictiva [*deliktstypisches Unrecht*], tampoco puede ser típico, desde el principio ha sido confusa por ser formulada en giros que hasta hoy determinan la discusión¹⁵. Entre tales giros cuentan: acciones que se mueven dentro del margen de los ordenamientos sociales, nunca pertenecen a tipos penales: “Todas las actividades que se mueven dentro del margen de los ordenamientos ético-sociales hechos historia, son socialmente adecuadas”. Esta perífrasis explicativa va demasiado lejos. Pues, “dentro del margen de los ordenamientos sociales” también se mantienen las causas de exclusión de la antijuridicidad. Quien detiene a un ladrón *in fraganti* (§ 127, *StPO*), usa un coche ajeno para salvar una vida humana (§ 904, *BGB*) o le da

objeciones a tal elección lingüística. Entre otras, que *Tatbestand* debería ser traducido de manera tal que quedase en claro que se refiere a las circunstancias fácticas penalmente relevantes, las situaciones de hecho penalmente relevantes (o enunciados de significado análogo, como *fattispecie* en italiano). En todo caso, es conocido que en español la expresión “tipo” no transmite semánticamente lo mismo que *Tatbestand* en alemán. Además de este clásico problema, en el presente contexto surge un problema ulterior. La expresión *Deliktstypus* (y “*Typus/Typ*” en general) invitan a traducir *Typus* como “tipo”. De manera tal que se generarían apariciones de la expresión “tipo”, a veces en lugar de *Tatbestand* y a veces en lugar de *Typus*. En ausencia de una traducción canónica para expresiones como “*Typ/Typus*” (y las terminadas con “-*typus*”), y considerando que la expresión “tipo” ya se utiliza para *Tatbestand*, no existe otra solución que evitar la similitud (equivoca) del término “tipo” y utilizar otro término para estos casos. Hemos elegido, a falta de mejores opciones, la expresión “categoría”. La expresión *Deliktstypus* que aquí se traducirá como “categoría delictiva” refiere —presumiblemente— a la clase o categoría de conducta que se pretende punir.

¹⁴ *Das Deutsche Strafrecht*, 1ª ed., 1947, p. 37.

¹⁵ *Das Deutsche Strafrecht*, 1ª ed., 1947, p. 35.

un cachetazo a su hijo por razones educativas (§§ 1626, 1631, *BGB Achtung Gesetzesänderung!!*), se comporta jurídica y ético-socialmente como es debido y, no obstante, actúa de manera típica. Si semejante comportamiento se considera socialmente adecuado, entonces una delimitación entre tipo y antijuridicidad ya no es posible. De manera tal que los márgenes de la noción de la adecuación social se tornan poco claros y puede servir igualmente para la limitación del tipo, para fundamentar la justificación en términos extrajurídicos y para la disolución de ambas categorías delictivas en un tipo general o global de injusto [*Unrechts-Gesamttatbestand*]. Pero si esto es así, la noción resulta saturada: se puede usar para los fines más diversos y su lugar sistemático ya no resulta claramente determinable. El propio sistema de WELZEL, que se basa en la división estricta entre tipo y antijuridicidad, se vio de esta manera frente a contradicciones, que les han ofrecido muchos flancos a sus adversarios¹⁶ y generó que tuviera que ordenar la adecuación social ora en el tipo, ora en la antijuridicidad.

2 — La categoría delictiva, que viene presentada en el tipo, abarca las características de una determinada clase de delitos, descontando todos los requisitos de punibilidad concernientes a la antijuridicidad y culpabilidad, y que con ello tienen validez no sólo para una determinada clase de delitos, sino para todas o por lo menos para algunas. Entonces, nos dice qué es lo que convierte una acción de homicidio, una acción de fraude, una injuria, en tales. Por supuesto que la categoría de delito se tiene que deducir preferentemente del texto literal de los tipos, que como consecuencia del principio *nullum crimen sine lege* (art. 103, inc. 2º, *GG*) tampoco se debe sobrepasar. A menudo sí resulta necesario excluir comportamientos de él que según el texto literal de la ley se pueden subsumir bajo un tipo, porque no corresponden a la categoría delictiva a la que se refiere el legislador. De este modo, la generación de resultados de muerte, que resultan de la participación en el tráfico moderno, no es una acción de homicidio en el sentido de los §§ 212 y ss., sea

¹⁶ Compárese mi trabajo "Zur Kritik der finalen Handlungslehre", *ZStW* 74 (1962), p. 515 y ss. (= *Strafrechtl. Grundlagenprobleme*, 1973, p. 72 y ss.).

cual sea (dentro de ciertos límites) la voluntad del agente; que se pierda el interés en comprar un objeto, incluso en el supuesto de que esto suceda porque medió un truco o engaño, no constituye fraude según el § 263; la declaración de hechos ultrajantes sobre terceros en el círculo familiar más estrecho no es difamación según el § 186, y así sucesivamente. En estos y numerosos otros casos se puede usar la adecuación social para hacer resaltar lo más nítido posible la categoría delictiva y para declarar como carentes de tipicidad las acciones que están fuera de ella. Entonces, un comportamiento que se mueve dentro del margen de los ordenamientos sociales generalmente aceptados sólo podría llamarse “adecuado socialmente”, en el sentido preciso de la noción, en la medida que excluya la categoría delictiva.

3 — La adecuación social como medio para la limitación del tipo es el reverso necesario de una concepción que limita el tipo a comportamientos categorialmente delictivos. Su clasificación como causa de exclusión de la antijuridicidad, en la que el alcance de esa figura jurídica se limita de todos modos a “las acciones usuales de peligro en el ámbito de la técnica y del tráfico”¹⁷ sólo es posible partiendo de otra interpretación del tipo. Así también WELZEL, en el momento en el que consideraba la adecuación social como “causa de exclusión consuetudinaria de la antijuridicidad”¹⁸, asumía la existencia de tipos abiertos que no indican un injusto. Pero semejantes tipos, neutrales en cuanto a la categoría delictiva no tienen ninguna función dogmáticamente útil¹⁹. La teoría de los tipos abiertos hoy se puede considerar abandonada; WELZEL mismo confesó más tarde²⁰ que tenía que darles la razón a sus críticos en el hecho “de que no existen tipos ‘abiertos’ en sentido propio (...) y que también la adecuación social solamente es un principio de interpretación dentro del tipo”.

¹⁷ DREHER - TRÖNDLE, *StGB*, 40ª ed., n.º marg. 12, antes de § 32.

¹⁸ Véase observación 8.

¹⁹ Más detalladamente mi escrito, *Offene Tatbestände und Prechtspflichtmerkmale*, 2ª ed., 1959, 1970.

²⁰ *Erinnerungsgabe für Grünhut*, 1964, p. 179, anotación 21.

4 — Desde otra interpretación del tipo, SCHMIDHÄUSER²¹ llega también a la clasificación de la adecuación social como una causa de exclusión de la antijuridicidad. Bien es cierto que parte de un “tipo de injusto” [*Unrechtstatbestand*]²², pero lo considera cumplido ya con cualquier generación de una lesión de un bien jurídico, incluso cuando el comportamiento del autor desde el inicio no cumple con ninguna categoría delictiva y, por consiguiente, no está prohibido abstracta y generalmente. Así, por ejemplo, en un accidente de vehículos en donde alguien muere, se supone que también el fabricante del coche (fabricado sin déficit ni error alguno) cumpliría con el tipo de un delito de homicidio. En la formulación de una demanda, por lo justificada que fuese, se cumpliría con el tipo de coacción²³. En tales casos, sólo tendría lugar una justificación. Con ello, se acerca el tipo a la categoría de injusto [*Unrechtstyp*]²⁴. Eso no puede ser aceptado porque los bienes jurídicos en el ámbito penal no son protegidos de manera absoluta, sino que son protegidos en virtud de una vinculación social referida a las necesidades de la convivencia social. La producción sin déficits de medios de transporte, edificios, utensilios, etcétera, no es un acto de homicidio, lesión o de deterioro, incluso en el caso de una conexión causal posterior con un daño, porque con ello no se crea un riesgo jurídicamente relevante y por ello no puede ser típico. También SCHMIDHÄUSER en principio aquí no debería suponer la lesión de un bien jurídico, porque la “pretensión de respeto” que se basa en él, cuyo desacato según su teoría debería justificar la tipicidad, no viene perjudicada por un riesgo que está más allá de todas las ponderaciones de casos particulares. Algo similar corresponde al supuesto de ejercicio de la libertad de la decisión y de la puesta en marcha de la voluntad que se supone lesionada de manera típica por una demanda legalmente justificada. Tal liber-

²¹ AT, 2ª ed., 9/26 y ss.

²² Véase su tratado “Der Unrechtstatbestand”, en *FS-Engisch*, 1969, p. 433 y ss.; AT, 2ª ed., 9/3.12.

²³ AT, 2ª ed., 9/11, 26, 32, 56.

²⁴ Véase a la crítica también mi discusión con SCHMIDHÄUSER, en *ZStW* 83 (1971), p. 383 y ss., su réplica en AT, 2ª ed., 9/11, 32.

tad no puede ser un bien jurídico protegido por el simple hecho de que no podría coexistir con la libertad de las demás personas, que también tiene que estar protegida²⁵. También en este sentido no es evidente por qué una “pretensión de respeto” del deudor debería ser lesionada a través de la amenaza con una demanda, pues éste no tiene un derecho de negación de pago atendible sino más bien un deber de pagar²⁶.

5 — Ya de lo anterior se da como resultado que tampoco puedo seguir en todo a ULRICH KLUG, nuestro venerado homenajeado. KLUG excluye correctamente del tipo a la mayoría de los casos usuales de adecuación social apelando a la idea de que son “socialmente congruentes”. Sin embargo, quiere reservarse para la justificación los casos de “socialmente adecuados” en sentido estrecho. KLUG resume su concepción de la siguiente manera²⁷: “Con *congruencia social*, como un concepto determinante para todos los tipos penales^[28], se tiene que entender la caracterización de un comportamiento que es conveniente [*geboten*] ético-socialmente o permitido por su irrelevancia social. *Socialmente adecuado*, en cambio, es un comportamiento, que no sólo es permitido por su irrelevancia social, sino que al mismo tiempo tiene que ser conveniente [*geboten*] ético-socialmente. Por eso, la adecuación social es un principio general de exclusión de la antijuridicidad, la congruencia social es un principio general de exclusión del tipo”. Se trata entonces, en realidad, de una división tripartita según los criterios de la conveniencia [*Gebotenheit*] ético-social, de la irrelevancia ético-social y de la permisión ético-social, reuniendo los primeros dos grupos de casos bajo el punto de vista de la congruencia social y contraponiéndolos al tercero. Como casos de conveniencia ético-social, KLUG nombra entre otros la intervención curativa indicada por el médico y

²⁵ JAKOBS, *FS-Peters*, 1974, p. 70.

²⁶ HANSEN, *Die tatbestandliche Erfassung von Nötigungsunrecht*, 1971, p. 93 y ss. (95).

²⁷ *FS-Eb. Schmidt*, p. 62.

²⁸ En el original (y todavía en la reimpresión, como observación 9, p. 207), dice con un error de imprenta: *Strafrechtsbestände*.

—curiosamente— “actos de castigo (pedagógicamente requeridos) de los padres contra niños pequeños”; se excluyen como irrelevantes casos de insignificancia como la apuesta de céntimos en el juego de azar (§ 284) o la recepción de la propina del año nuevo por el cartero (§ 331); determinados actos de riesgo y, por ejemplo, los insultos en “situaciones de carnaval” pretenden ser considerados como permitidos ético-socialmente²⁹.

Aunque era el fin de KLUG legitimar la adecuación social como “causa de exclusión suprapositiva del tipo”³⁰, aquí se produce como conclusión aquella mezcla de puntos de vista entre tipo y antijuridicidad que se encontraba ya en las formulaciones originarias de WELZEL. Si el derecho paterno de castigo corporal quiere excluir la tipicidad por la conveniencia ético-social de medidas educativas que incluyen golpes —sobre lo que se podría discutir calurosamente, por supuesto— entonces la mayoría de los demás casos de exclusión de la antijuridicidad (por ejemplo, los actos en estado de necesidad según los §§ 904 del *BGB*, 34, las intervenciones forzosas estatales) tendrían que ser igualmente carentes de tipicidad —un resultado que tendría que imposibilitar la delimitación entre tipo y antijuridicidad³¹ y que fue analizado sagazmente, casi al mismo tiempo que KLUG e independientemente de él, también por SCHAFFSTEIN³² a propósito de su propuesta de tipo ilícito global [*Gesamt-Unrechtstatbestand*]. Por supuesto, es imaginable —los conceptos son libres— aplicar el término de la adecuación social a las causas de exclusión de la antijuridicidad. Pero no es apropiado, porque el concepto no tiene ningún significado independiente más allá de las causas de exclusión de la antijuridicidad existentes y tampoco se lo necesita como causa de exclusión de la antijuridicidad extralegal. En efecto, el § 34 satisface absolutamente todas las necesidades para la ponderación completa de intereses incluyendo reglas ético-sociales.

²⁹ *FS-Eb. Schmidt*, ps. 262-264.

³⁰ *FS-Eb. Schmidt*, p. 253.

³¹ Ya lo advirtieron HIRSCH, *ZStW* 74 (1962), p. 109, anotación 107 y con especial énfasis LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 251 y ss.

³² En *ZStW* 72 (1960), p. 369 y ss.

Si se mantiene por consiguiente el recurrir a la adecuación social solamente para la delimitación del tipo en la categoría delictiva, entonces, el castigo corporal paterno es una lesión física típica y no socialmente adecuada, aunque justificada. Pues, lo que distingue a la categoría delictiva de lesiones (entre otras cosas el causar dolor) se encuentra en este caso completamente verificado. La conveniencia social entonces no es por antonomasia un caso de adecuación social que excluye el tipo, sino solamente cuando excluye la categoría delictiva. No obstante, esto es el caso en el ejemplo de una operación de riesgo³³ comercialmente conveniente, discutido detalladamente por KLUG bajo el punto de vista del tipo de desfalco; pues, una acción comercialmente conveniente en el interés de la empresa o de la sociedad, no puede corresponderse con la categoría delictiva del desfalco. Aquí, por tanto, hace falta distinguir.

Mientras que KLUG, con la identificación total de conveniencia social y congruencia social, asigna demasiado al tipo, por otro lado y desde el punto de vista defendido aquí, también le quita verdaderos casos de exclusión del tipo, cuando adjudica acciones solamente permitidas a la justificación, en la medida que excluyan la categoría delictiva. Así, por ejemplo, en el desfalco quiere considerar solamente como justificadas operaciones de riesgo, que si bien no son comercialmente convenientes "un empresario activo (...) es capaz de justificar"³⁴. Pero una acción que el titular del negocio puede justificar, no corresponde a la categoría delictiva del desfalco, que requiere negocios que por principio no son justificables; un negocio justificable y por ello socialmente adecuado por eso mismo tiene que ser carente de tipicidad. Además, lo que es conveniente y lo que es "solamente" justificable difícilmente se puede diferenciar el uno del otro³⁵. Por otra parte, una diferenciación es necesaria para el caso de las costumbres en el carnaval que KLUG considera casos de adecuación social justificantes. Cuando un comporta-

³³ FS-Eb. Schmidt, p. 260 y s.

³⁴ FS-Eb. Schmidt, p. 260.

³⁵ HILLENKAMP, "Risikogeschäft und Untreue", NStZ 1981, p. 161 y ss., 164, opina que se "exige algo imposible" con tal distribución/*Abschichtung*.

miento generalmente insultante no se considera como manifestación de desprecio en virtud de la "libertad a los bufones" reinante en carnaval, entonces falta la categoría delictiva del insulto y el tipo del § 185 está excluido por adecuación social. No obstante, si tiene lugar una categoría delictiva, como puede ocurrir en daños materiales a causa de costumbres regionales, entonces se trata de una causa de exclusión de la anti-juridicidad consuetudinaria, que sería mejor no tratar como un caso de adecuación social.

6 — La adecuación social toma relevancia central sistemática frente a la antijuridicidad y menos relevancia sistemática frente a la culpabilidad. Sin embargo, no faltan autores como ROEDER que intentan controvertir este aspecto³⁶. ROEDER parte de la idea en sí acertada de que un usuario de la vía pública que conduce conforme a las ordenanzas actúa de manera socialmente adecuada y que, sin embargo, un peligro emanante de él, no tiene por qué ser soportado necesariamente sin más. No obstante, va demasiado lejos cuando le concede un derecho de legítima defensa a la persona puesta en peligro y —dado que una legítima defensa contra un comportamiento legítimo no es posible— sólo le concede una causa de exclusión de la culpabilidad al usuario de la vía pública que se comporta correctamente en el tránsito. Ante un comportamiento correcto, socialmente adecuado, no puede haber legítima defensa, porque siempre es inherente a la legítima defensa la idea de la preservación del derecho, que no entra en consideración ante una conducta adecuada³⁷. Más bien, tales casos tienen que ser tratados por una ponderación de intereses según los puntos de vista del estado de necesidad justificante (§ 34)³⁸; eventualmente y dependiendo del caso, la persona puesta en peligro sólo se puede remitir a un estado de necesidad exculpante (§ 35), especialmente cuando ella misma haya llegado a esa situación por un comportamiento contrario a las reglas de tráfico.

³⁶ Como nota 10, p. 77 y s.

³⁷ Detalladamente ROXIN, *ZStW* 93 (1981), ps. 68 y ss., 84 y s.

³⁸ ZIPF, *ZStW* 82 (1970), ps. 639-644; ROXIN, como nota 37.

(V)

En suma, se puede entonces decir que el principio de la adecuación social persigue un fin correcto, cuando se usa para limitar el tipo al comportamiento en general prohibido y categorialmente delictivo. Todos los tipos han de ser interpretados de tal manera que sólo pertenece a ellos un comportamiento socialmente inadecuado³⁹. Pero el significado de la adecuación social se relativiza esencialmente por el hecho de que hoy están a nuestra disposición métodos más exactos para la limitación del tipo, que hacen innecesario el recurso a un criterio tan tóxico y genérico⁴⁰. Esto es así dado que cuando se revisa más detalladamente los numerosos (y cambiantes) ejemplos que se dan para el comportamiento socialmente adecuado⁴¹ se puede constatar que, tras eliminación de las situaciones meramente justificatorias, sólo son relevantes dos grandes grupos de casos.

1 — El primer grupo es el del riesgo jurídicamente irrelevante o permitido. Considerando las reglas reinantes para ello, la participación en el tráfico rodado, por ferrocarril o aéreo, el funcionamiento de plantas industriales, la participación en competiciones deportivas y demás se mantienen dentro del riesgo usual y generalmente permitido y no cumplen con el tipo del delito de lesión, incluso cuando a pesar de todo se da un resultado típico. La razón para ello consiste en una conclusión, en gran parte reconocida, de la teoría moderna de imputación: según ella, la imputación de un resultado al tipo objetivo requiere siempre que el resultado se plantee como la realización de un peligro generalmente ilícito realizado por el autor⁴². Si falta eso, entonces

³⁹ En este sentido existe coincidencia con los autores nombrados en la nota 6 y en el punto de partida también con WELZEL y KLUG.

⁴⁰ En este aspecto (como ya en la distinción entre adecuación social y justificación) me encuentro con los esfuerzos dogmáticos de HIRSCH, véase sobre todo su tratado en ZStW 74 (1962), p. 78 y ss.

⁴¹ Un buen cuadro sinóptico da HIRSCH, como nota 40, p. 87 y ss.

⁴² Para el propio punto de vista, que aquí no puede ser fundado más detalladamente, remito a mi tratado "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Stra-

una acción no es un acto de homicidio, de lesión, de deterioro, etcétera, a pesar de su causalidad para un resultado típico.

Entonces, en todos los casos de esta clase no se requiere de la adecuación social para excluir la consumación de un tipo, que ya se suprime según los criterios generales de imputación. En el caso académico de laboratorio —una y otra vez discutido y también mencionado por WELZEL⁴³ en este contexto— del sobrino que persuade al tío rico de viajar en tren con la esperanza —que luego se cumple— de que éste pierda la vida en un accidente de tren, no falta la acción de homicidio, como WELZEL suponía entonces, porque el sobrino se comportó de manera socialmente adecuada, sino porque un viaje en tren no constituye un riesgo jurídicamente relevante. La muerte por accidente no es una acción de homicidio del sobrino, porque no es la realización de un riesgo ilícito creado por el agente y por esa razón no se le puede imputar al sobrino⁴⁴. La teoría moderna de la imputación permite en estos casos reglas mucho más exactas para la limitación de la responsabilidad que un recurso a la ética social, que difícilmente puede dejar la motivación del agente totalmente de lado y cuya opinión sobre el comportamiento del sobrino en absoluto es tan segura.

De esta manera, muchos ejemplos rebuscados que involucran causaciones de muerte socialmente adecuadas encuentran su solución. El engendrar al asesino, el acto sexual con una mujer enferma del pulmón que más tarde muere de las consecuencias del parto, el caso de la mujer que se deshace de su marido persuadiéndolo para que se encargue

frecht", en *FS-Honig*, 1970, p. 133 y ss. (= *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 123 y ss.). Resumiendo y continuando sobre todo WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981.

⁴³ *Das Deutsche Strafrecht*, 1ª ed., 1947, p. 35 y s.

⁴⁴ Además, la imputación también se suprime porque la iniciativa en el caso normal solamente es una instigación a la autopuesta en riesgo; véase más detalladamente ROXIN, *FS-Gallas*, 1973, ps. 241 y ss., 246 y ss. Pero el criterio prioritario aquí es que no existe causación de peligros relevante: si el tío tuviera perturbaciones mentales, y por consiguiente no se pudiera autoponer en peligro de una manera responsable, entonces una imputación todavía fracasaría por la carente causación de un peligro.

de trabajos peligrosos en una cantera⁴⁵ y demás ejemplos de causaciones tan distintas se parecen en que el agente no ha causado ningún peligro para el bien jurídico protegido o como máximo ha generado uno que se encuentra dentro del margen del riesgo permitido. De manera tal que el resultado ya por esa razón no se le puede imputar al causante. Algo análogo vale también para los numerosos casos correspondientes de la vida diaria: quien, de una manera objetivamente inevitable, causa la muerte de otro, pese a conducir correctamente —por ejemplo, porque alguien va corriendo directamente en dirección a su coche—, no lo ha “matado”, porque esta muerte no se puede entender como la realización de un peligro ilícitamente creado por el conductor. Se puede suponer que WELZEL solamente recurrió al recurso de la adecuación social en este grupo de casos, porque el concepto de acción (tanto el causal como el final) no posibilitó otra limitación de responsabilidad y porque la teoría más reciente de la imputación todavía estaba en sus comienzos y no había sido adoptada por él.

Tampoco es diferente en muchos ejemplos de la jurisprudencia, usados para la adecuación social. Así, por ejemplo, la venta de alcohol dentro de los límites trazados por el régimen de establecimientos gastronómicos (BGHSt. 19, p. 152) se mantiene dentro del margen del riesgo permitido, de modo que ya por esa razón los resultados típicos surgidos de ello no pueden serle imputados al dueño del restaurante. Naturalmente, en la determinación del riesgo permitido se requieren ponderaciones cuidadosas acerca de la tolerabilidad social de un comportamiento, que muchas veces se plasman en detalladas medidas de seguridad. Pero estas evaluaciones sociales, que en buena parte fueron “convertidas en derecho” hace mucho, entran desde el principio en la imputación del resultado y no necesitan ser excluidas otra vez por el correctivo posterior de un juicio de adecuación generalmente impreciso y discutible.

2 — El segundo grupo concierne la exclusión a nivel del tipo de acciones no categorialmente delictivas, a menudo insignificantes y so-

⁴⁵ Todos ejemplos de WELZEL, los primeros dos de *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 55 y s.; el último de *Das Deutsche Strafrecht*, 1ª ed., 1947, p. 36.

cialmente toleradas en general. A este grupo pertenecen el regalo de Año Nuevo para el cartero (§ 331), los juegos de azar con apuestas mínimas (§ 284), las observaciones despreciativas confidenciales acerca de terceros en el círculo familiar más estrecho (§ 185 y ss.), el engaño en el objeto de compraventa que afecta el interés de quien tiene la intención de comprar (§ 263), etcétera. La afirmación según la cual el tipo no estaría cumplido en estos y muchos casos comparables, merece aprobación. Pero la idea de que ello se basaría en la adecuación social de los comportamientos expuestos, es demasiado poco específica. Más bien resulta que la zona protegida del tipo, que se da como resultado del bien jurídico protegido y de las maneras especiales de ataque eventualmente previstas por el legislador⁴⁶, y a causa de la que se tiene que determinar la categoría delictiva, no incluye las acciones descritas pese al amplio texto literal del tipo y que *por ello* el acto no se considera como una infracción de la prohibición. Eso significa en la aplicación a los ejemplos mencionados: el pequeño regalo de Año Nuevo para el cartero no pone en peligro la confianza pública en la integridad de los funcionarios, que quiere proteger el § 331; apuestas mínimas no llevan a la explotación de la población a través de la excitación de pasión por el juego, que quiere prevenir el § 284; observaciones confidenciales en el círculo familiar no perjudican el derecho de respeto social del afectado, del que tratan los §§ 185 y ss.; y el ocultamiento de un interés sumamente individual en el objeto de compraventa no daña al comprador en el valor objetivo de la cosa, cuya protección persigue el § 263.

La solución correcta resulta entonces de una reducción teleológica, orientada al ámbito protegido del tipo en cuestión⁴⁷; con su ayuda se

⁴⁶ Acerca de la interpretación teleológica según la zona protegida de los tipos véase HASSEMER, RAIMUND, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, 1981, p. 58 y ss.

⁴⁷ No es del todo correcto hablar aquí de "interpretación". Pues, el problema de una limitación del tipo, que se quiere resolver a través de una remisión a la adecuación social, se suscita sólo cuando se requiera completar el tenor literal del tipo. Allí donde la simple interpretación conduzca al resultado de que se trata de un menoscabo inofensivo que no se presenta como malos tratos corporales o daño en la salud (§ 223, *StGB*), o acciones sexuales (§ 184c, *StGB*) o coacción (§ 240, *StGB*), resulta superfluo para extraer tales conclusiones apelar a la adecuación social. Los casos verdadera-

eliminan todos los comportamientos del tipo que no corresponden a la categoría del delito en cuestión. Semejante procedimiento es preferible a la referencia indiferenciada a la adecuación social de estas acciones. Pues, previene el peligro de que se tomen decisiones según vagas ideas ético-sociales, sin un análisis escrupuloso del tipo en cuestión o que incluso se declaren como carentes de tipicidad los abusos muy comunes y por ello socialmente usuales. Además, sólo una interpretación estrictamente referida al tipo y que se centra en la categoría de injusto correspondiente ilumina por qué algunas nimiedades en parte son carentes de tipicidad y en parte cumplen indudablemente el tipo, como por ejemplo, hurtos de bagatela: el patrimonio y la custodia ya son lesionados en términos de la categoría delictiva por el hurto de objetos de poco valor, mientras que en otros casos el bien jurídico viene perjudicado recién frente a una cierta intensidad en la intervención.

3 — Entonces, bajo la noción de la adecuación social, se encuentra un denominador común —no comprometido— que se vincula a la teoría moderna de imputación y a la operación de reducción teleológica orientada a la zona protegida de los tipos. Esto es inofensivo cuando se sabe lo que hay que entender por ello. También es acertado en el sentido de que las evaluaciones sociales desempeñan un papel importante para ambos grupos de casos. Pero es poco útil, porque las normas sociales tienen importancia en la interpretación jurídica no sólo aquí, sino en todos lados; y, por la vaguedad y amplitud de la palabra “adecuación social”, puede llevar a desviar la atención del hecho que se trata solamente de los dos grupos de casos mencionados y de nada más. En todo caso, la noción no tiene un significado independiente de ellos.

mente problemáticos que aquí nos ocupan son aquellos de limitación del tenor literal del tipo, permitida en Derecho penal por medio de la reducción teleológica. Véase KREY, *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, 1977, p. 167 y ss.

*Acerca del consentimiento
en el Derecho penal* *

* Título original: «Über die Einwilligung im Strafrecht», publicado en *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, t. III, Coimbra, 1984, ps. 396-434.

Traducción de **MANUEL ABANTO VÁSQUEZ**,
en *La teoría del delito en la discusión actual*, Lima, 2007, ps. 259-294

(I)

**SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA TEORÍA
DEL CONSENTIMIENTO**

La opinión actualmente dominante en la República Federal Alemana distingue, siguiendo a GEERDS¹, entre acuerdo [*Einverständnis*] y consentimiento [*Einwilligung*]². Según esta doctrina, el acuerdo tiene el efecto excluyente del tipo. Esto entra en consideración en aquellos tipos en los cuales la acción típica presupone ya conceptualmente un actuar contra o sin la voluntad del lesionado (*invito laeso*). Aquí pertenecen, sobre todo, los delitos de coacción: cuando alguien está de acuerdo con la exigencia de otro no se da una coacción justificada, sino no hay coacción (§ 240)³; cuando una mujer consiente en el acto sexual, la conducta del hombre no puede ser típica de una violación (§ 177), etcétera.

¹ *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten*, tesis doctoral, Kiel, 1953; *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*, GA 1954, p. 262 y ss.

² Comp., por ejemplo, BLEI, *Strafrecht*, AT, 18ª ed., Cap. 37 I; BOCKELMANN, *Strafrecht*, AT, 3ª ed., Cap. 15, C, I; GEIPPERT, *ZStW* 83 (1971), p. 968; JESCHECK, *Strafrecht*, AT, 3ª ed., Cap. 34; SAMSON, en *SK*, 4ª ed., n.º marg. 36 y ss., com. previo § 32; además los autores mencionados en la nota 4. También la jurisprudencia admite parcialmente un acuerdo excluyente del tipo (así BGHSt. 23, p. 3 para el art. 236), parcialmente un consentimiento justificante (BGHSt. 17, p. 360 para el § 223, BGHSt. 23, ps. 3 y 4 para el § 185).

³ Los artículos sin mención de ninguna ley provienen del Código Penal alemán (*StGB*).

Pero la ley provee también otros numerosos ejemplos: cuando la entrada de un visitante es bienvenida por el titular de la casa, ya no existe el "irrumper" [*Eindringen*] que presupone el tipo de violación de domicilio (§ 123); cuando alguien asiente que otro se lleve una cosa de su esfera de dominio, no existe una "sustracción" en el sentido del § 242, porque no está dada la necesaria "ruptura" de la custodia ajena; quien rapta a una mujer de acuerdo con la voluntad de ésta o quien usa un auto ajeno contando con el permiso del propietario, no puede completar los tipos de los §§ 237, 248b, porque estos tipos exigen un actuar en contra de la voluntad del afectado. Todos estos casos tienen en común que el acuerdo excluye desde el principio la lesión del bien jurídico protegido; la libertad de ejercer la voluntad, el derecho de casa, la custodia, etcétera, no son lesionados cuando el afectado está de acuerdo con la acción del autor.

Por el contrario, el consentimiento en sentido estricto, cuando es dado por el portador del correspondiente bien jurídico, solamente debe tener efecto justificante, pero no excluir la realización del tipo. Los ejemplos principales provienen de los tipos de daños y lesiones. Cuando el propietario permite a otro dañar sus cosas o destruirlas, el consentimiento, según la doctrina dominante, no cambia para nada el hecho de que la cosa y una propiedad ajena han sido lesionadas de manera típica. Según esta opinión, el consentimiento solamente excluye la antijuridicidad, lo cual es fundamentado mayormente con que en el consentimiento radicaría una renuncia a la protección del Derecho, renuncia que tendría fuerza justificante como efecto del derecho individual de autodeterminación, sea por Derecho consuetudinario o con base en la libertad constitucional de acción (art. 2º, *GG*)⁴. Otros autores dicen que la justificación se debe a que el desvalor de la lesión del bien jurídico sería ponderado con una libertad de disposición del particular,

⁴ BICHLMEIER, *JZ*, 1980, p. 53 y ss.; DREHER - TRÖNDLE, *StGB*, 42ª ed., nº marg. 3b, com. previo § 32; GEERDS, *GA* 1954, p. 263; el mismo autor, *ZStW* 72 (1960), p. 42; HIRSCH, en *LK*, 10ª ed., nº marg. 104, com. previo § 32 (con modificaciones); LACKNER, *StGB*, 16ª ed., com. previo § 32; LENCKNER, en SCHÖNKE - SCHRÖDER, *StGB*, 22ª ed., nº marg. 33, com. previo § 32; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 95; WESSELS, *Strafrecht*, *AT*, 16ª ed., Cap. 9, I, 2; en este sentido también BGHSt. 17, p. 360.

teniendo el efecto de que ante un mayor valor de la libertad de disposición, el consentimiento sería efectivo⁵.

De la diferenciación entre acuerdo y consentimiento se deducen seis diferencias esenciales para el tratamiento práctico de los casos que se presenten; estas diferencias se deberán derivar en parte de la contraposición entre la naturaleza más bien "fáctica" del acuerdo en relación con el carácter "jurídico" del consentimiento (1.4), en parte de la clasificación sistemática divergente de ambas figuras (4, 6).

1 — En el acuerdo debe importar únicamente la voluntad interna de quien está de acuerdo, aun cuando esta voluntad no se haya manifestado hacia afuera; en el consentimiento, por el contrario, por lo menos se exige que éste sea reconocible en el mundo exterior a través de palabras o acciones⁶. En el "caso del ladrón", en el cual el propietario está internamente de acuerdo con la sustracción de sus cosas para después poder probar la culpabilidad del ladrón y hacerlo arrestar, sólo habría una tentativa inidónea de hurto por ausencia del quebrantamiento de la custodia⁷. Por el contrario, debe admitirse un delito consumado de daños cuando el propietario consiente, de una manera no reconocible hacia fuera, que el otro destruya sus cosas porque él calcula la posibilidad de obtener algo nuevo y mejor gracias al seguro. Sobre nuestro punto de vista comp. IV.

2 — El acuerdo debe presuponer para su eficacia solamente la voluntad "natural" de la víctima, aun cuando a ésta le falte la capacidad

⁵ Así primeramente NOLL, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten*, 1955, p. 74 y ss.; el mismo autor, *ZStW* 77 (1965), p. 15; siguiéndolo, ESER, *Strafrecht I*, 3ª ed., caso 8, n.º marg. 7a; GEPPERT, *ZStW* 83 (1971), p. 952 y ss.; JESCHECK, *Lehrbuch*, 3ª ed., Cap. 34, II, 3; también hay indicios en HIRSCH, en *LK*, 10ª ed., n.º marg. 104, com. previo § 32.

⁶ GEERDS, *GA* 1954, p. 266; HIRSCH, en *LK*, 10ª ed., n.º marg. 102, 109, com. previo § 32; WESSELS, *Strafrecht, AT* (16ª ed.), Cap. 9, I, 1.

⁷ BayOLG, *NJW* 1979, p. 729; por sus resultados también BGHSt. 4, p. 199 y s., pero allí la falta de quebrantamiento de la custodia no se deduce del acuerdo, sino de que el "hurtado" conserva la posibilidad de coger la cosa y con ello la custodia.

de comprensión debido a su juventud o a un mal psíquico. En el consentimiento, por el contrario, se hace como presupuesto de su eficacia que el afectado "poseía la fuerza de juicio necesaria y la serenidad para reconocer la magnitud de su declaración y ponderar sensatamente los pro y contra"⁸. Entonces, cuando el autor motiva a un niño incapaz de comprender, a "regalarle" su monedero, no se presenta un hurto por falta de quebrantamiento de la custodia (pero sí una apropiación ilícita o una estafa). Si alguien secuestra a una enferma mental bajo la voluntad natural de ésta, el tipo del § 237 (secuestro contra la voluntad de la secuestrada) no se ha completado, mientras que la injuria que efectivamente se presenta es tenida por punible, porque en tal medida el consentimiento de la víctima no debe justificarse debido a la falta de capacidad de comprensión de la víctima (BGHSt. 23, p. 3 y s.). Igualmente se considera también que el consentimiento en una lesión (durante una riña) ya no es efectivo cuando el que consiente estaba "bebido" (BGHSt. 4, p. 90).

3 — La falta de voluntad (error, engaño y coerción) deben ser irrelevantes en el acuerdo, pero hacen que un consentimiento sea ineficaz⁹. Cuando, por ejemplo, alguien motiva al propietario a permitir el ingreso a su departamento mediante astutas maniobras de engaño, no comete una violación de domicilio (§ 123). Tampoco una coacción mediante el autor deberá hacer ineficaz un acuerdo (en la medida en que, en caso del § 177, no se trate precisamente de la amenaza que es requisito para completar el tipo). En el consentimiento, por el contrario, se considera que la carencia de voluntad es relevante. En esto se basa sobre todo la amplia jurisprudencia acerca de la obligación médica de aclarar previamente [*ärztliche Aufklärungspflicht*] en caso de intervenciones curativas. La intervención médica es juzgada por la juris-

⁸ BGHSt. 4, p. 90, siguiendo a RGSt. 77, p. 20; BGHSt. 5, p. 362; 8, p. 357 y s.; 12, p. 383; 23, p. 4; BGH, NJW 1978, 1206; GEERDS, GA 1954, ps. 263, 265. Esta es la doctrina plenamente mayoritaria.

⁹ GEERDS, GA 1954, p. 268 y s.; BOCKELMANN, *Strafrecht, AT*, 3ª ed., Cap. 15, C, 1, b, bb; 2, b, bb; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 95; WESSELS, *Strafrecht, AT*, 16ª ed., Cap. 9, I, 1; 2, d.

prudencia como una lesión corporal típica, pero justificada por el consentimiento del paciente. Pero el consentimiento, según jurisprudencia continuada, sólo es efectivo cuando se da libre de errores a consecuencia de una explicación médica; si ello falta, el médico será penado por lesiones corporales. Algo similar ocurre con la coerción: por ejemplo, quien consigue el consentimiento para daños en la propiedad mediante la amenaza de una denuncia penal, será siempre punible según el § 303.

4 — El § 226a establece para las lesiones, en las cuales, según la doctrina dominante, el consentimiento tiene como mucho una fuerza justificante, que el hecho es antijurídico pese al consentimiento, cuando “atenta contra las buenas costumbres”. Si se ve en ello —lo cual, sin embargo, sólo hace una parte de la doctrina dominante¹⁰— una idea jurídica general, esto en todo caso sólo debe regir para los casos de consentimiento, pero no para el acuerdo. Cuando alguien permite la entrada de otro a su departamento con fines delictivos, esta entrada podrá ser llamada contraria a las buenas costumbres, pero no es una violación de domicilio (§ 123). También en las acciones sexuales según los §§ 177, 178, el acuerdo interno de la víctima a menudo no excluye el atentado del hecho contra las buenas costumbres, pero seguramente sí la realización del tipo. Sobre nuestra propia opinión al respecto comp. III.

5 — Finalmente se puede deducir de la distinta clasificación sistemática entre acuerdo y consentimiento, soluciones divergentes para el caso de que no sea conocida por el autor una aprobación realmente existente del portador del bien jurídico. En los casos de acuerdo entra aquí en consideración solamente una tentativa, porque el tipo objetivo no ha sido completado; el dolo delictivo del autor se dirige, entonces, contra un objeto inidóneo. Por el contrario, cuando el autor, en delitos de daños o lesiones, no sabe nada acerca del consentimiento de la víctima, se puede llegar a admitir un hecho punible consumado porque

¹⁰ GEERDS, GA 1954, p. 268; BAUMANN - WEBER, *Strafrecht, AT*, 9ª ed., Cap. 21, II, 4, c; H. MAYER, *Strafrecht, AT*, 1953, p. 167; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 97.

desde este punto de vista se ha dado un resultado y también un dolo delictivo del autor dirigido a la producción de este resultado¹¹. Si bien la mayoría de los autores que considera el consentimiento como causa de justificación quiere emplear las reglas de la tentativa de manera correspondiente¹² y llega así al mismo resultado que cuando hay desconocimiento del acuerdo, sin embargo, esto exige una construcción adicional que no es necesaria en caso de acuerdo.

6 — Algo parecido ocurre en la suposición errónea de una aprobación no existente. Cuando ésta atañe al acuerdo, excluye sin más el dolo: quien cree tener el permiso del propietario o custodio de la casa, no tiene el dolo de “irrumper” (§ 123) o “sustraer” (§ 242). Quien, por el contrario, en las lesiones o los daños (§§ 223, 303) supone erróneamente un consentimiento de la víctima, se equivoca, según la doctrina dominante, sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. En Alemania constituye un problema muy discutido que no puede ser tratado aquí, sobre si este error no regulado expresamente en la ley excluye el dolo o la pena por dolo empleando directa o analógicamente el § 16 [error de tipo], o simplemente fundamenta un error de prohibición que, en caso de su evitabilidad, deja subsistente la pena por dolo de conformidad con el § 17. En todo caso, este problema sólo se presenta en el consentimiento entendido aquí como causa de justificación y no en el acuerdo.

En la más reciente discusión, esta concepción tan clara y “tajante” en sus diferenciaciones sistemática y objetiva se ha visto expuesta al fuego cruzado de la crítica desde dos lados. Una opinión que está ganando terreno niega la diferencia sistemática entre el acuerdo y el consentimiento, y concede efecto excluyente de la tipicidad a cada aproba-

¹¹ En este sentido también GEERDS, *GA* 1954, p. 267; BL.EL, *Strafrecht, AT*, 18ª ed., Cap. 37, 11, 2; DREHER - TRÖNDLE, *StGB*, 42ª ed., § 16, n.º marg. 28; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 97.

¹² Comp. solamente a JESCHECK, *Lehrbuch*, 3ª ed., Cap. 34, V, c. más ref.; también parte de la aplicabilidad del marco penal de la tentativa el art. 38, n.º 4 del Cód. Penal portugués.

ción efectiva del portador del bien jurídico¹³. Si se acepta esto, desaparecen primeramente las diferencias prácticas entre acuerdo y consentimiento que se basaban en premisas sistemáticas divergentes (*supra*, 5 y 6). Si bien las diferenciaciones restantes (1-4) no son excluidas por la aceptación de un efecto excluyente de la tipicidad, sí son relativizadas, pues es difícil de comprender por qué una aprobación excluyente del tipo en igual medida deba estar vinculada en su eficacia a presupuestos contrapuestos. La segunda posición de la reciente crítica duda también, desde el principio, de la división dualista estricta en los presupuestos de eficacia (1-4). Si bien esta crítica mantiene la diferenciación entre acuerdo excluyente del tipo y consentimiento justificante, así como las consecuencias sistemáticas que se derivan inmediatamente de ello (5-6), no obstante, opina que por lo menos para el acuerdo no puede decirse nada con carácter general sobre sus presupuestos de eficacia, sino que esto tendría que ser diferentemente juzgado según la estructura especial del tipo correspondiente¹⁴. En parte se renuncia a la formulación de criterios de validez general para el consentimiento¹⁵:

¹³ En este sentido, sobre todo, las monografías de ZIPF, *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*, 1970, y de KIENTZY, *Der Mangel am Tatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers*, 1970. Además, por ejemplo: ESER, *Strafrecht I*, caso 8, n° marg. 2; HORN, en *SK*, 3ª ed., § 226a, n° marg. 2; ARMIN KAUFMANN, *FS-Welzel*, p. 397, nota 9; KÜHNE, *JZ* 1979, p. 241 y ss.; MAURACH - ZIPF, *Strafrecht, AT*, Cap. 17 III, B; ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, 1973 (2ª ed.), p. 25, nota 57; el mismo autor, *ZStW* 84 (1972), p. 1001 y s.; el mismo autor, *ZStW* 85 (1973), p. 100 y s.; el mismo autor, *FS-Welzel*, p. 449; RUDOLPHI, *ZStW* 86 (1974), p. 87 y s.; SAX, *JZ* 1076, p. 9; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., Cap. 8, n° marg. 123 y ss.; el mismo autor, *Studienbuch, AT*, 2ª ed., Cap. 5, n° marg. 106 y ss. Antes también HIRSCH, *ZStW* 74 (1962), p. 104. De manera oscilante, STRATENWERTH, *Strafrecht, AT*, 3ª ed., n° marg. 365 y ss.

¹⁴ Así, sobre todo, JESCHECK, *Strafrecht, AT*, Cap. 34, 1, 2, a; LENCKNER, en SCHÖNKE - SCHRÖDER, *StGB*, 22ª ed., n° marg. 32, com. previo § 32; HIRSCH, en *LK*, 10ª ed., n° marg. 100, com. previo § 32.

¹⁵ STRATENWERTH, *Strafrecht, AT*, n° marg. 369. ARTZ deja abierta la cuestión y renuncia a la diferenciación entre acuerdo y consentimiento en el tratamiento de la falta de voluntad; véase, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 1970. También están en contra de un tratamiento diferenciado del consentimiento y del acuerdo BAUMANN - WEBER, *Strafrecht, AT*, 9ª ed., Cap. 21 II, 4, 3, nota 139.

“el acuerdo simplemente fáctico no es siempre suficiente para un consentimiento ‘excluyente del dolo’ (...) así como tampoco, en un consentimiento ‘justificante’ tienen siempre que cumplirse las exigencias estrictas que han desarrollado la jurisprudencia y la doctrina”. Todos estos ataques a la división dual estricta de la doctrina tradicional están justificados en lo esencial. Esto deberá ser desarrollado a continuación tratando paso por paso los distintos campos problemáticos.

(II)

*EL CONSENTIMIENTO COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL TIPO*¹⁶

1 — El motivo decisivo para admitir que cualquier consentimiento efectivo excluiría el tipo radica en la teoría liberal del bien jurídico referida al individuo. Si los bienes jurídicos deben servir para el libre desarrollo del particular, no puede existir una lesión del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no afecta su libre desarrollo, sino por el contrario constituye su expresión. Así, por ejemplo, la propiedad no es un producto ideal de tipo cuasi cosificado cuya lesión (§ 303) podría ser justificada mediante el consentimiento. Más bien, en el caso de la propiedad de bienes, es sólo una designación genérica para la potestad que tiene el portador del bien jurídico de servirse de la cosa que le pertenece en la medida del libre desarrollo de su personalidad, pudiendo “proceder (...) a su arbitrio” con ella (§ 903, *BGB*). Cuando el propietario, decidiendo libremente consiente en el daño o la destrucción de su cosa o incluso así lo

¹⁶ Cuando el art. 38, n° 1 del Cód. Penal portugués dice que el consentimiento excluiría la antijuridicidad, según mi opinión, esto no se opone al parecer aquí defendido, según el cual el consentimiento excluye ya la tipicidad. Pues el legislador no ha decidido sobre la cuestión sistemática, sino sólo ha querido expresar bajo cuáles presupuestos una conducta es legal en caso de consentimiento del portador del bien jurídico. Cuando, tal como yo postulo, ya está excluido el tipo, con más razón lo está la antijuridicidad, de manera que también la admisión de una exclusión del tipo todavía es compatible con el tenor del Cód. Penal portugués.

pide, no hay en ello una lesión a su posición de propietario, sino una cooperación en su libre y responsable ejercicio.

La opinión contraria confunde el objeto del hecho [*Tatobjekt*] y el bien jurídico: si bien se ha dado un daño a la cosa concreta (al objeto del hecho), no obstante, este daño no es un ataque a la propiedad, sino un apoyo a su ejercicio. Lo mismo rige para las lesiones corporales (§ 223). Ciertamente, aquí hay límites para la potestad individual de disposición (§ 226a); cuando se sobrepasa estos límites, el consentimiento no tiene fuerza excluyente del tipo ni justificante. Pero donde el consentimiento tiene efectos ilimitados, la personalidad se desarrolla también en el tratamiento que éste atribuye a su cuerpo. El peluquero, el pedicuro y también el cirujano plástico no afectan la libertad del cliente en el trato de su cuerpo, sino le ayudan a autoexpresarse corporalmente. Si bien emprenden una intervención en la sustancia del objeto del hecho (del cuerpo real) protegido en el § 223, no afectan la integridad de la esfera corporal ajena y con ello tampoco el bien jurídico cuya lesión presupone el tipo¹⁷.

Con ello, el efecto excluyente del tipo de consentimiento no resulta recién del Derecho consuetudinario o de la adecuación social de la acción que se apoya en él (por más que ambos deban afirmarse), sino de forma inmediata de la libertad de acción garantizada constitucionalmente en el art. 2º, párr. 1º de la GG, cuya práctica a través de quien consiente hace imposible la lesión simultánea de un bien jurídico que le corresponda, y con ello también hace imposible que se complete un tipo penal¹⁸. Los partidarios de la concepción de la justificación objetan que los bienes jurídicos “ya no (serían) el cuerpo, la libertad de movimiento, etcétera (...), sino la voluntad de preservar estos valores”, mientras correctamente “el cuerpo, la libertad de movimiento, el ho-

¹⁷ Comp. también SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., Cap. 8, nº marg. 123 y ss.

¹⁸ Comp. al respecto también MAURACH - ZIPF, *Strafrecht, AT*, 16ª ed., Cap. 17, III, B, 2. También AMELUNG juzga el consentimiento como “parte esencial de la libertad general de acción (...) la cual, según la jurisprudencia del BVerfG, está garantizada por el art. 2º, párr. 1º de la GG”; pero de ello no deduce ninguna exclusión del tipo. Véase *Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes*, 1981, p. 29.

nor, la propiedad y otros bienes jurídicos del particular” ya estarían gozando “sólo para sí” la protección del ordenamiento jurídico¹⁹. Pero con ello se separa lo inseparable. La propiedad sólo puede ser ejercida a través de la voluntad del propietario; sin relación con ésta es sólo una representación sin sentido. La libertad de movimiento presupone la voluntad (por lo menos latente) de quien se quiere desplazar; e incluso el cuerpo es objeto de protección no como una acumulación de carne y huesos, sino solamente vinculado con el espíritu que vive en él y que lo domina. Esto es formulado certeramente por RUDOLPHI²⁰: “El bien jurídico y la potestad de disposición sobre el bien jurídico no solamente representan una unidad, sino el objeto de disposición y la potestad de disposición son el mismo bien jurídico protegido en el tipo en su carácter de relación entre ellos”. La lesión del bien jurídico no se agota, entonces, en el actuar contra la voluntad del portador del bien jurídico, sin embargo, ésta es uno de sus presupuestos. Con justicia dice STRATENWERTH²¹ que la voluntad del afectado sería “no solamente significativa para la protección del Derecho”, sino que pertenecería “también al objeto protegido”.

LENCKNER²² rompe con esta unidad natural de la voluntad y de su objeto de referencia cuando dice: “el art. 303 [delito de daños] da seguridad al propietario no en el ejercicio de sus potestades provenientes del § 903 del *BGB*, sino en que asegura la existencia no disminuida de la cosa concreta como presupuesto necesario para estas potestades”. Pero la propiedad consiste precisamente en las “potestades del § 903 del *BGB*” y no en la “existencia de la cosa concreta” (¡tampoco representada independientemente como voluntad del propietario!), sino la propiedad es el bien jurídico protegido. LENCKNER emplea además el argumento de la punibilidad independiente de la coacción en contra de la

¹⁹ HIKSCH, en *LK*, 10ª ed., n° marg. 98, com. previo § 32; plenamente de manera correspondiente, JESCHECK, *Lehrbuch*, 3ª ed., Cap. 34, i, 3; similar, AMELUNG, *Die Einwirkung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes*, 1981, p. 26 y s.

²⁰ ZStW 86 (1974), p. 87.

²¹ ZStW 68 (1956), p. 43.

²² LENCKNER, en SCHÖNKE - SCHRÖDER, *StGB*, 22ª ed., com. previo § 32, n° marg. 34.

suposición de que no solamente formaría parte de la lesión del bien jurídico el daño a una cosa ajena, sino también el actuar en contra de la voluntad del portador del bien jurídico. Quien obliga al propietario “a destruir su bien, es punible por daños y coacción, no —como se tendría que admitir consecuentemente en caso contrario— solamente según el § 303”. Sin embargo, esto se basa en que si bien un daño sin consentimiento del propietario es una afección de la voluntad, todavía no es por lo general una coacción en el sentido de la ley (§ 240), de manera que su presencia tiene que expresarse independientemente. Allí donde la coacción, como en las lesiones corporales, está vinculada de manera típica a la realización del tipo, según la opinión unánime ella se consume; esto solamente es posible bajo el presupuesto que el § 223 proteja paralelamente la afección de la voluntad²³.

AMELUNG²⁴ pretende refutar la tesis de que la libertad de disposición del portador del bien jurídico sería parte esencial del bien jurídico mismo, mencionando a personas a quienes les falta la facultad de disposición, como por ejemplo, en los “niños pequeños”, los cuales, no obstante, no gozan de menos protección a través de los tipos penales pertinentes que las personas responsables. Pero, dado que en tales casos el tutor ejerce una representación en cuanto a la voluntad, es decir, por ejemplo, el consentimiento de los padres rige como si fuera el del niño dentro de los límites jurídicamente trazados, no falta de ninguna manera una afección de la voluntad imputable al portador del bien jurídico; tal construcción no es “extremadamente artificial” como opina AMELUNG, sino que corresponde a las necesidades jurídicas y prácticas. Y cuando, excepcionalmente y en un momento determinado, no existe un tutor (AMELUNG: “El autor mata a los padres y abusa después del niño de cuatro años de edad”), no obstante, sólo puede estar suspendido temporalmente el ejercicio de la potestad de disposición, pero no puede discutirse su lesión sustancial. Esta lesión solamente se excluye en caso de un consentimiento efectivo, el cual falta aquí. Lo correspon-

²³ Comp. STRATENWERTH, ZStW 68 (1956), p. 43.

²⁴ *Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes*, 1981, p. 26 y s., con observaciones, p. 31.

diente regiría también en la lesión de enfermos mentales, personas en estado de inconsciencia, etcétera. Aun cuando la potestad de disposición sobre la propiedad es ejercida temporalmente por otro (el albacea testamentario, el síndico de quiebras), esto no cambia el que esta potestad es lesionada en los delitos según los §§ 242, 303; igualmente falta una lesión a la propiedad cuando el que tiene facultad de disposición da su aprobación con efectos jurídicos.

2 — Si se traduce estas consideraciones fundamentales sobre la libertad constitucional de acción, la función del Derecho penal y la teoría de bienes jurídicos en categorías dogmáticas, resulta que, en un consentimiento efectivo, desaparece el desvalor del resultado²⁵ y con él desaparecen el desvalor de la acción y el tipo del delito. Esto es indiscutible cuando la acción ejecutada con el consentimiento y mayormente por deseo del portador del bien jurídico es útil para éste e incluso es por lo demás socialmente usual bajo cualquier aspecto. Quien tala un árbol por encargo del propietario o arroja material inflamable en el horno, quien aplica una inyección al paciente para prevenir infecciones o le corta la barba a un cliente, no realiza un resultado típico justificado por el consentimiento, sino falta, desde el principio, cualquier desvalor del resultado. Pero cuando la voluntad del actor no está dirigida a la ejecución de un desvalor del resultado, también se carece de un desvalor de la intención. Es claro que una conducta totalmente neutral al Derecho y adecuada socialmente no realiza el tipo del delito y por ello no puede ser típica. Cuando JESCHECK²⁶ opina que cada suceso sería “pese al consentimiento (...) penalmente significativo y no indiferente desde el principio”, esto en todo caso no es cierto para aquellas acciones que son provechosas y deseadas por éste. Más bien en ellas se trata de procesos plenamente normales de la vida cotidiana sin impor-

²⁵ Este punto de vista también es enfatizado por ZIPF de manera especial; comp. MAURACH - ZIPF, *Strafrecht, AT*, 6ª ed., Cap. 17 III, B, 1.

²⁶ *Lehrbuch*, 3ª ed., Cap. 34, 1, 3. Este mismo autor opina más tarde al respecto, con una cierta contradicción (Cap. 34 V), que el desvalor del resultado sería “levantado” mediante el consentimiento; sin embargo éste no es “levantado” posteriormente, sino ni siquiera llega a aparecer debido a la aprobación previa.

tancia indiciadora del injusto; tales casos constituyen la mayoría en el consentimiento²⁷ porque el portador del bien jurídico, al prestar su consentimiento, se deja guiar mayormente por su beneficio.

Sin embargo, hay constelaciones en las cuales se podría contemplar que un daño o una intervención corporal, pese al consentimiento, irían en contra del verdadero bienestar del portador del bien jurídico. En estos casos, se podría por lo menos considerar un desvalor del resultado y afirmar con él el tipo delictivo, de manera que el consentimiento tendría efectos excluyentes del tipo o justificantes según la concreta situación²⁸. Naturalmente, en muchos casos de consentimiento desventajoso fracasa ya su eficacia debido a las carencias de voluntad o al límite del § 226a ("buenas costumbres", comp. también art. 38, n° 2 del Cód. Penal portugués), de manera que entonces ya no se plantea la cuestión de la exclusión del tipo o de la antijuridicidad. Si se prescinde de estos hechos, quedan sucesos como los siguientes: alguien ingresa en una comunidad religiosa estricta y permite a sus asociados destruir sus objetos de lujo a fin de no caer en la tentación de apegarse a bienes terrenales. O alguien posee una valiosa imagen femenina hecha por un maestro; su amante, que está celosa de la mujer retratada, hace depender su aceptación a la propuesta de matrimonio de que se le permita destruir la odiada imagen; él consiente en ello. O también: alguien permite que le hagan cicatrices en pruebas de valor o tatuajes visibles. Pese a que tales hechos ya no se mueven dentro del ámbito de lo generalmente común, se tendrá también que rechazar aquí un desvalor del resultado y la realización del tipo delictivo de los tipos en cuestión. Si se quisiera afirmar este desvalor y basar la admisión de una lesión típica del bien jurídico no de la voluntad real, sino del "bienestar verdadero", el ordenamiento jurídico se arrogaría una soberanía sobre lo razonable que no le corresponde y que también llevaría a dificultades de delimitación insuperables. En todos los ejemplos, la conducta del portador

²⁷ Es de otra opinión STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, 3ª ed., n° marg. 367, según el cual las intervenciones que "atañen a un substrato material, por regla general, resultan ser desventajosas para el afectado".

²⁸ Comp. STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, 3ª ed. n° marg. 369.

del bien jurídico significa un poco de autorrealización responsable en la comunicación con o bajo la asistencia de otros, sin importar cómo un tercero ajeno juzgue esto. En ningún lugar la afección del objeto del hecho constituye una intrusión en esferas jurídicas ajenas, tal como lo presupone el tipo delictivo; solamente el que consiente puede decidir lo que sirve para su verdadero bienestar. Así, en los ejemplos arriba mencionados del delito de daños es perfectamente posible que el propietario considere que la disposición tomada por él sobre su propiedad sea la decisión más afortunada de su vida.

3 — Pero habla a favor de la fuerza excluyente del tipo de consentimiento no solamente la teoría del tipo, sino también la circunstancia de que el consentimiento significaría un cuerpo extraño en el sistema de las causas de justificación. Todas las causas de justificación se basan en el principio de la ponderación de intereses y en la necesidad*: ante una inevitable situación de conflicto es conforme al Derecho el sacrificio de uno de los intereses que el ordenamiento jurídico considera de menor valor, siempre que este sacrificio sea necesario para la preservación del interés mayor. Pero en el consentimiento no se trata ni de un conflicto de intereses entre el actor y quien consiente, ni tampoco de la necesidad del hecho. Este carácter estructural diferente del consentimiento ya ha motivado a MEZGER²⁹ a desarrollar un sistema dualista de causas de justificación; según este sistema, la justificación, en la mayoría de los casos, seguiría el principio del interés preponderante mientras que la justificación lo haría con el principio de la falta de interés: “Una justificación según el principio de la falta de interés ocurre mediante el retiro, en el caso particular, de la voluntad que en el tipo

* [N. del T.]: se suele traducir “*Erforderlichkeit*” por “necesidad” y “*erforderlich*” por “necesario”; sin embargo, esto lleva a confusiones con el término *Strafbedürfnis*, también utilizado en dogmática penal en cuanto a la “necesidad” (político-criminal) de pena. Lo mejor sería que para el primer término se encontrara, en armonía con el concepto que designa, otra traducción, como por ejemplo, “carácter indispensable” e “indispensable”, según el caso, o incluso “necesidad racional” (como en la legítima defensa). Aquí se respeta la traducción tradicional.

²⁹ *Strafrecht*, 2ª y 3ª ed., 1932/1949, p. 204 y ss.

ha sido pensada como lesionada”. Pero precisamente esta fundamentación muestra que en la realidad no se trata de un problema de justificación, sino de uno del tipo. Pues no es posible pensar que en un consentimiento efectivo se lesiona una voluntad que después “se retira” debido al consentimiento, sino la voluntad no puede ser imaginada desde el principio como lesionada, y con ello, según las premisas de MEZGER, tampoco puede imaginarse que el tipo se haya completado.

Sin embargo, una opinión difundida, fundamentada por NOLL (comp. nota 5), intenta probar una ponderación de intereses también en el consentimiento; se ponderaría la libertad individual “frente al interés general de preservar los bienes jurídicos”³⁰. Pero con ello no se toca el punto de vista esencial. Si bien el legislador no permite en absoluto un consentimiento efectivo en el homicidio (§ 216), y en las lesiones corporales (§ 226a) sólo lo hace con restricciones, aquí se trata de una restricción general de la potestad de disposición emprendida por el legislador, mientras que en las causas de justificación se trata de la necesidad de la intervención en la situación concreta de conflicto. Allí donde es posible un consentimiento efectivo ya no se emprende precisamente una ponderación a la medida de la situación individual; más bien —¡piénsese en los ejemplos arriba mencionados!— se afirma la libre voluntad del portador del bien jurídico sin que exista una contradicción de intereses y sin que la necesidad o incluso tampoco sólo la razonabilidad del consentimiento deban ser todavía probados o ponderados en contra del valor del objeto concreto del hecho. Si Max Brod, siguiendo el consentimiento y el deseo de Franz Kafka, hubiera quemado los manuscritos de éste, esto no hubiera sido reprochable penalmente; sin embargo, no pueden existir dudas de que el interés general en la preservación de los textos era mayor que la voluntad del poeta ante una ponderación concreta del caso particular.

4 — Finalmente se tendrá que contemplar también al consentimiento como excluyente del tipo de manera general porque no es posible una delimitación clara entre los casos de consentimiento y los del

³⁰ JESCHECK, *Lehrbuch*, 3ª ed. Cap. 34 II, 3.

acuerdo. ¿Constituyen un caso de acuerdo o de consentimiento la aprobación de una injuria (§ 185), un secuestro (§ 239), una grabación magnetofónica (§ 201), la apertura de una carta (§ 202), la divulgación de un secreto (§ 203)? Esto es juzgado de manera distinta en todos estos casos³¹. Si se aventura una bipartición, se tendrá que admitir un acuerdo. Así, si la injuria (§ 185) es una violación de la pretensión individual de respeto [*individueller Achtungsanspruch*] que cada uno tiene frente a sus conciudadanos, no puede existir una injuria en caso de un consentimiento, porque una pretensión de respeto no puede ser lesionada en tanto no haya sido reclamada en absoluto. Si se ve una injuria en el envío no solicitado de escritos con contenido sexual, en todo caso no puede ser nunca injuriante su envío a solicitud³²; y si se juzga como injuria a las acciones sexuales que ocurren en contra de la voluntad del destinatario, no puede pues hablarse de ello si se da un acuerdo³³. En caso de un secuestro se podría decir que un “encierro” de acuerdo con la voluntad del afectado sólo estaría justificado porque el asentimiento no elimina el encierro. Pero, dado que el § 239 sólo menciona el encerrar como ejemplo de que a la víctima le es “robado el uso de su libertad personal”, también tiene que admitirse aquí una exclusión del tipo efectuada por el acuerdo porque el afectado, al dar su aprobación, no es “robado” en su libertad³⁴. Cuando alguien consiente que sus expresiones sean grabadas en una grabadora difícilmente puede considerarse que se ha completado el tipo del § 201 porque no es lesionada la «confiabilidad de la palabra», la cual quiere proteger el tipo, se-

³¹ Comp. por ejemplo ARZT, *Willensmängel bei der Einwilligung*, p. 11 y ss., con más ref.; a favor de un mero consentimiento en la mayoría de los casos, GEERDS, *ZStW* 72 (1960), p. 48 y ss.; a favor de un acuerdo en casi todos los casos comentados por ellos. SCHÖNKE - SCHRÖDER, *StGB*, 22ª ed.

³² El BGH, por el contrario, admite una injuria justificada por el consentimiento; ver BGHSt. 11, ps. 67, 72

³³ El OLG de Stuttgart opina en tal caso que “cualquier acción que toque el honor de otro (perdería) su antijuricidad. y con ello el carácter de una injuria, cuando el afectado estaba de acuerdo con ella”; véase *NJW* 1962, p. 62. Pero si ni siquiera se presenta una injuria, esto tiene que excluir el tipo.

³⁴ Así, la doctrina dominante; pero a favor de una simple exclusión de la antijuricidad por ejemplo, GEERDS, trabajo doctoral, p. 36 y s.

gún el título oficial bajo el que se encuentra³⁵. Si alguien abre una carta con el consentimiento del destinatario, se podrá considerar que el tipo del § 202 ya ha sido completado porque según su tenor presupone un autor para quien no estaba dirigido el conocimiento de la carta³⁶. Y cuando alguien, en virtud de una desvinculación de su deber de callar, transmite el secreto a otro, esto no es una "violación" justificada de un secreto privado, sino este secreto no ha sido ni siquiera "violado" en tanto el afectado permite y desea que sea revelado³⁷.

Luego, incluso si uno quisiera tomar como punto de partida la teoría de la bipartición, apenas quedan casos en los cuales un consentimiento podría tener solamente fuerza justificante. Aun en los ejemplos clásicos de los §§ 303, 223 y ss. apenas puede sostenerse tal suposición. Así, por ejemplo, JESCHECK escribe³⁸: "Naturalmente también hay casos en los cuales el consentimiento repercute inmediatamente en el tipo. Quien permite que se corte con sierra un ropero viejo para hacer leña con él, está cambiando el fin para el cual ha sido destinado, de manera que se excluye desde el principio el delito de daños (§ 303)". Por el contrario, sólo deberá existir una justificación cuando el tío permite a su sobrino "desmontar partes de su vehículo, a fin de que éste pueda familiarizarse con los posibles trabajos de reparación que posiblemente le ocurran en un viaje de investigación"³⁹. Aparte de que no hay motivos convincentes para un tratamiento diferenciado de ambos casos, se plantea la pregunta de por qué en el segundo ejemplo no deba presentarse un cambio parcial de la determinación del fin, la cual tendría que llevar igualmente a excluir el tipo. Además, no solamente en el ejemplo 1, sino en cualquier caso del consentimiento en la destrucción de un

³⁵ La doctrina dominante pretende admitir una simple justificación; pero igual que aquí, LENCKNER, en SCHÖNKE - SCHRÖDER, *StGB*, 22ª ed., § 201, n° marg. 13, con más referencias.

³⁶ Esta es la doctrina dominante; comp. LENCKNER, en SCHÖNKE - SCHRÖDER, *StGB*, 22ª ed., § 202, n° marg. 12.

³⁷ Así también, por ejemplo, OLG Colonia, *NJW* 1962, p. 686 y LENCKNER, en SCHÖNKE - SCHRÖDER, *StGB*, 22ª ed., § 203, n° marg. 22.

³⁸ *Lehrbuch*, 3ª ed., Cap. 34, I, 3.

³⁹ *Lehrbuch*, 3ª ed., Cap. 34, I, 1, c.

bien tendría que afirmarse un cambio de la determinación del fin a través del propietario; el consentimiento justificaría en caso de un daño y excluiría el tipo en caso de una destrucción, lo cual sí que es un resultado bastante absurdo.

En caso de lesiones corporales, la doctrina dominante —a diferencia de la jurisprudencia— siempre ha considerado como atípicas las afecciones beneficiosas a la sustancia corporal (es decir, las intervenciones curativas necesarias médicamente y ejecutadas según la *lex artis*), independientemente de la voluntad del paciente, negando en tales casos un “daño a la salud” en el sentido del § 223. Es una cuestión de interpretación del § 223 el que esto sea acertado o no, lo cual no puede ser examinado aquí con más detalle. Sin embargo, cuando se considera que el consentimiento excluye el tipo, el problema se relativiza esencialmente en la medida en que ya es atípica una intervención curativa bajo la aprobación del paciente debido al consentimiento. Con ello (a diferencia de la jurisprudencia) se toma en cuenta el deseo de los médicos de no ser colocados, bajo el punto de vista del tipo, al mismo nivel que un “navajero”. Sobre si se configura el tipo del § 223 en caso de una intervención curativa sin autorización del paciente, es una cuestión que queda fuera de la teoría del consentimiento. No obstante, en tanto el Código Penal no contenga un tipo sobre el tratamiento curativo sin autorización, como se preveía en el Proyecto de 1962 (§ 162), existe una necesidad político-criminal irrefutable para considerar protegido conjuntamente, a través del § 223, también el derecho de autodeterminación sobre la propia integridad corporal; luego, en caso de no existir un consentimiento debe sancionarse por lesiones corporales. La teoría aquí defendida posibilita este resultado razonable sin caer en las exageraciones de las opiniones en conflicto, las que, independientemente de la autorización del paciente en una intervención curativa, consideran que el tipo de las lesiones corporales o bien siempre (así procede la jurisprudencia), o bien nunca (así, la doctrina dominante) se completa. Pero también debe regir exactamente lo mismo para aquellas intervenciones que no persiguen fines curativos, por ejemplo, operaciones cosméticas. Aquí los autores que consideran atípica la intervención curativa pero que sólo otorgan fuerza justificante al consentimiento, pretenden ver completado sin excepciones el tipo de lesiones porque el pa-

ciente soporta “temporalmente una afección más o menos amplia a su integridad corporal”⁴⁰. ¡Pero esto es exactamente lo mismo en una operación aconsejada médicamente! No obstante, por su resultado final, la cirugía plástica de belleza puede ser tan útil para el bienestar psíquico-corporal como una intervención curativa en sentido estricto. Incluso en el caso extremo de alguien que, por razones masoquistas, se deje castigar y obtiene de ello sensaciones corporales placenteras (sobre el § 226a comp. III), no se entiende por qué deba ser lesionado el bien jurídico tutelado en el § 223.

Luego, un análisis más cercano muestra que en los supuestos casos de consentimiento justificante apenas si se puede independizar el bien jurídico de la libre decisión de su portador; y esto incluso según las premisas de la teoría de la bipartición. También por este motivo debería abandonarse la diferenciación sistemática entre acuerdo y consentimiento.

5 — Un último argumento a favor de la fuerza solamente justificante del consentimiento se obtiene del tenor del § 226a, según el cual, en caso de una lesión corporal con consentimiento del lesionado, el autor “sólo actúa antijurídicamente cuando el hecho atenta contra las buenas costumbres, pese al consentimiento”⁴¹. Pero no es acertada la deducción de que según ello un consentimiento efectivo solamente excluiría la antijuricidad y no el tipo. Pues un hecho “antijurídico” según el § 11, párr. 1º, nº 5 es “sólo aquel que realiza el tipo de una ley penal”. Entonces, se debe leer el § 226a de tal manera que una lesión corporal con consentimiento del lesionado solamente es típica y antijurídica cuando, pese al consentimiento, atenta contra las buenas costumbres. En esta frase se encuentra una expresión sobre si una lesión corporal emprendida con un consentimiento efectivo es típica o no lo es⁴².

⁴⁰ JESCHECK, *Lehrbuch*, 3ª ed., Cap. 34, I, 1, c.

⁴¹ LENCKNER, en SCHÖNKE - SCHRÖDER, *StGB*, 22ª ed., com. previo § 32, nº marg. 34; DREHER - TRÖNDLE, *StGB*, 42ª ed., com. previo § 32, nº marg. 3b; DREHER, *FS-Heinitz*, p. 220. La misma exigencia contiene también el art. 38, nº 1 del Cód. Penal portugués (sin restricciones a la lesión corporal). Comp. al respecto también la nota 16.

⁴² Igualmente, por sus resultados, MAURACH - ZIPF, *Strafrecht*, AT, t. I, parte 1ª, 6ª ed., Cap. 17, III, B, 7.

6 — Únicamente constituye una aparente excepción a la fuerza excluyente del tipo de consentimiento cuando sólo puede verse como lesión justificada a la castración autorizada por el delincuente sexual. Pues un consentimiento “atenuador de la intervención”⁴³ que se otorga para escapar a un mal todavía mayor (el internamiento en una clínica) no debería ser considerado como voluntario y efectivo según los principios generales⁴⁴; más bien existe una presión coactiva que excluye una decisión autónoma. La justificación de dichas medidas, que son ahora posibles según la ley sobre castraciones, no se basa solamente y no en primera línea en el “consentimiento” del enfermo, sino en una serie de presupuestos similares a los de la intervención curativa y al estado de necesidad, a los cuales debe añadirse la autorización del sexualmente anormal, la que no es suficiente por sí sola (arts. 2º, 3º, ley sobre castraciones). Cuando el art. 3º, párr. 2º de la ley sobre castraciones considera necesario decir que el consentimiento del afectado “no (sería) efectivo porque éste está internado en un establecimiento en el momento del consentimiento”, y cuando el art. 3º, párr. 3º de la ley sobre castraciones también renuncia a la completa capacidad de comprensión del afectado, se ve claramente que, pese a la terminología de la ley, no se trata de un consentimiento real, sino de un sustituto del consentimiento que debe incluirse en la ponderación sobre la exclusión de la antijuridicidad. También hay fenómenos similares de un cuasi-acuerdo. Cuando, por ejemplo, alguien permite el ingreso de policías de registro domiciliario en su departamento para evitar que abran la puerta violentamente, pese a ello, los policías completan el tipo de la violación de domicilio (§ 123). Pues el permiso ha sido obligado y no constituye una libre disposición del portador del bien jurídico; la justificación de los policías no se basa en el “acuerdo”, sino en una disposición de registro según el art. 105 del Cód. Proc. Penal. Luego, la

⁴³ El término proviene de AMELUNG, *Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes*, 1981, p. 105 y ss.

⁴⁴ Así también BGHSt. 4, p. 118, a favor de la castración de delincuentes sexuales en la época Nazi, quienes sólo podían escapar a su internamiento en un campo de concentración gracias a su consentimiento. De manera diferente, BGHSt. 19, p. 201, para el período de posguerra antes de la dación de la ley sobre castraciones.

existencia de “consentimientos” atenuadores de la intervención y su falta de importancia para completar el tipo no proporciona un argumento para diferenciar entre acuerdo y consentimiento.

7 — Aunque, según esto, el consentimiento y el acuerdo impiden por igual que el tipo se complete, esto no significa que todos los casos de autorización tengan que ser tratados según las mismas reglas bajo cualquier aspecto. Pero las eventuales diferencias no pueden, en todo caso, ser deducidas de premisas sistemáticas, y tampoco de una “naturaleza” divergente del consentimiento y del acuerdo, naturaleza que les sirve de base y que se supone estaría dada previamente. Puesto que siempre se trata de problemas del tipo, pueden resultar diferentes presupuestos de eficacia solamente de la estructura de cada uno de los tipos. En cambio, la separación entre acuerdo y consentimiento es secundaria y depende ampliamente de los presupuestos idiomáticos, a saber de si el idioma alemán conoce un término que permita expresar la intervención en contra de la voluntad del portador del bien jurídico ya en la formulación de la acción típica (“irrumpir”, “coaccionar”, etcétera) o por lo menos en la emblemática caracterización del tipo delictivo (“violación” de la confiabilidad de la palabra, de un secreto, etcétera)⁴⁵. Por ello renunciamos a tratar de manera separada el acuerdo y el consentimiento en el desarrollo que sigue a continuación.

(III)

*TIPOS SIN POSIBILIDAD O CON POSIBILIDAD LIMITADA DE UN CONSENTIMIENTO*⁴⁶

1 — Se excluye desde el principio un consentimiento en los bienes jurídicos cuya lesión se dirige contra la colectividad. Aun cuando una persona individual es afectada por el hecho de manera inmediata, ella

⁴⁵ Comp. ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, p. 129 y s.; KIENTZY, *Der Mangel am Straftatbestand* ..., p. 40 y ss.; KÜHNE, JZ 1979, p. 242.

⁴⁶ También el Cód. Penal portugués permite un consentimiento en el art. 38, n° 1 solamente «cuando alcanza a intereses jurídicos de libre disposición». La regla del consentimiento no dice cuándo ocurre esto.

no puede consentir en la lesión porque el bien jurídico no está a su disposición. El falso juramento tramado entre dos partes de un proceso (§ 154) es, entonces, punible pese a la aprobación de la otra parte porque la administración de justicia como el bien jurídico protegido en los delitos de declaración [*Aussagedelikte*] es afectado de una u otra manera. También en una falsificación documental (§ 267) el “perjudicado” no puede consentir porque el bien jurídico protegido es la pureza del tráfico probatorio y no el interés individual del afectado. De igual manera, en la falsificación del estado civil (§ 169) y en la bigamia (§ 171) son protegidos intereses de la colectividad (esto es, el estatus jurídico familiar para el público y el ordenamiento estatal del matrimonio), de manera que no tiene importancia la aprobación de la “víctima” de la falsificación del estado civil ni la del primer cónyuge. El principio tampoco se ve relativizado por el hecho de que la protección constitucional puede permitir acciones que serían peligros para el Estado sin dicha autorización⁴⁷, pues en tal medida la autoridad actúa como representante del Estado, quien es protegido mediante esta disposición.

El principio, entendible por sí solo, de que el particular no puede consentir eficazmente en la lesión de bienes jurídicos de la colectividad genera dificultades en su aplicación cuando el bien jurídico tutelado es discutible o cuando un tipo protege tanto bienes jurídicos de la colectividad como del particular. Dado que estos problemas no conciernen primariamente a la teoría del consentimiento sino al bien jurídico de cada uno de los tipos, y con ello a la parte especial, no pueden ser expuestos aquí con detalle, sino solamente presentados mediante ejemplos. Uno de los tipos más controvertidos en este sentido es el § 164 (falsa sospecha) [denuncia mendaz]. Si se ve el bien jurídico tutelado solamente en la administración de justicia al interior del Estado, la cual debe ser protegida contra investigaciones erradas contra determinadas personas (teoría de la administración de justicia)⁴⁸, el consenti-

⁴⁷ Comp. JESCHECK, *Lehrbuch*, 3ª ed., Cap. 34, III, 4: HIRSCH, en *LK*, 10ª ed., n° marg. 115, com. previo § 32.

⁴⁸ Así últimamente de nuevo LANGER, *Die falsche Verdächtigung*, 1973, p. 64; RUDOLPHI, en *SK*, 3ª ed., § 164, n° marg. 1; por sus tendencias también MAURACH-SCHROEDER, *Strafrecht*, AT, t. II, parte 2ª (6ª ed.), Cap. 97, I.

miento del sospechoso carece totalmente de importancia; éste eleva más bien el contenido de injusto del hecho al reforzar la confusión de la autoridad. Es igualmente irrelevante el consentimiento cuando, siguiendo a la jurisprudencia⁴⁹ y a la doctrina⁵⁰ dominante, si bien se ve, mediante el § 164, protegido también al particular (al lado de la administración de justicia) contra una persecución injustificada de la autoridad, sin embargo, se coloca a ambos bienes jurídicos en una relación de alternancia, de manera que el tipo ya se completa cuando alguno de ellos es lesionado (teoría de la alternancia). Entonces, el consentimiento deja intacta la lesión de la administración de justicia y con ello la punibilidad; su único efecto es el de anular la potestad del lesionado de hacer dar publicidad a la condena (§ 165) que solamente sirve a sus intereses (BGHSt. 5, p. 69). Por el contrario, un cumplimiento del tipo excluye el consentimiento cuando se considera que ambos bienes jurídicos son cumulativos (teoría de la acumulación)⁵¹, de manera que sólo la lesión simultánea de ambos corresponde al tipo delictivo. Con más razón se despliega plenamente el consentimiento cuando se considera como bien jurídico tutelado solamente al interés del particular en su protección contra una persecución injustificada (teoría del bien individual)⁵².

En la práctica es muy importante la discusión sobre el bien jurídico en el § 315c (peligro en el tráfico rodado). Aquí, por ejemplo, se trata de la cuestión de si un acompañante puede consentir eficazmente cuando se sienta en el coche de un conductor ebrio y resulta lesionado a continuación en un accidente (§ 315c, párr. 1º, nº 1a). El BGH considera irrelevante el consentimiento porque el § 315c no solamente protegería el cuerpo y la vida del participante individual en el tráfico, sino tendría por finalidad sobre todo la seguridad en el tráfico rodado y con ello la

⁴⁹ Comp. solamente BGHSt. 5, p. 66 y —de manera especialmente clara— BGH, JR 1965, 306.

⁵⁰ LENCKNER, en SCHÖNKE - SCHRÖDER, *StGB*, 22ª ed., § 164, nº marg. 1, 2, con más referencias.

⁵¹ FRANK, *StGB*, 18ª ed., § 164, nota 1.

⁵² Así, últimamente, otra vez HIRSCH, "Zur Rechtsnatur der falschen Verdächtigung", *Libro Conmemorativo a Schröder*, p. 307 y ss.; SCHMIDHÄUSER, *Grundriss, BT*, Cap. 6, nº marg. 6.

seguridad de la colectividad (BGHSt. 23, ps. 261, 263). El expuesto al peligro "no [podría] disponer sobre el bien jurídico de la seguridad del tráfico. Su consentimiento solamente tiene fundamental importancia allí donde él es el único portador del bien jurídico protegido y éste está bajo su disposición" (BGHSt. 23, p. 264). Pero aquí merece las preferencias una concepción cumulativa del bien jurídico, según la cual no es suficiente la puesta en peligro genérica de la seguridad del tráfico en el caso del § 315c⁵³; pues este tipo exige expresamente junto a la forma de conducir peligrosa, una concreta puesta en peligro individual. Si ésta se encuentra cubierta mediante el consentimiento⁵⁴, ya no resulta suficiente para completar el tipo la abstracta puesta en peligro restante; ella es reprimida mediante la pena del § 316 en caso de un autor incapaz de conducir.

2 — Pero tampoco el consentimiento del portador del bien jurídico excluye el cumplimiento del tipo en todos los casos. Esto rige en primer lugar para los tipos que presuponen una cooperación de la víctima y sirven para su protección. Así, en los delitos que comprenden acciones de abuso sexual (§§ 174-176, 179, similares también los §§ 180, 180a), un consentimiento de la víctima es irrelevante porque el legislador, por la vía de una presunción irrefutable, le priva desde el principio la capacidad para decidir libre y responsablemente. Lo mismo rige para el tipo de la usura (§ 302a), en el cual la situación de coerción, la inexperiencia, la debilidad de juicio y de voluntad del receptor han motivado al legislador a declarar la ineficacia del consentimiento ya mediante la introducción del tipo. En muchos casos de los delitos contra la administración pública tampoco es posible, desde el principio, un consentimiento del portador del bien jurídico. Así, por ejemplo, un funcionario

⁵³ Así también por sus resultados la doctrina mayoritaria en la literatura; comp., por ejemplo, CRAMER, en SCHÖNKE - SCHRÖDER, *StGB*, 22ª ed., § 315c, n° marg. 33; DREHER - TRÖNDLE, *StGB*, 42ª ed., § 315c, n° marg. 17; ambos con más referencias.

⁵⁴ Lo cual fracasa ante el art. 226a en caso de resultado de muerte y también es frecuentemente dudoso por lo general. Es mejor tratar como problema general de imputación a la «puesta en peligro ajena y consentida por el tercero» sin recurrir al consentimiento.

público también es punible por persecución de inocentes (§ 344) o por una ejecución de pena no prevista penalmente (§ 345), cuando la víctima (por ejemplo, por motivos políticos o para encubrir a otro o para ocultar un hecho punible más grave) está de acuerdo con ello. Pues estas disposiciones no protegen solamente al perseguido, sino de igual manera al Estado de Derecho en el proceso penal, el cual también sufre daños cuando la víctima de tal proceder consiente. Sin embargo, no se puede estatuir el principio general, tal como muchas veces se hace, de que en los delitos contra la administración pública sería absolutamente irrelevante el consentimiento⁵⁵. Así, no hay dudas contra la suposición de que está excluido el tipo del § 340 (lesiones corporales en la administración pública), cuando un soldado solicita donar sangre al médico de campo [*Stabarzt*], y éste emprende la intervención. Esto rige incluso cuando con ello el médico de campo atenta contra una disposición del servicio. La posibilidad de un consentimiento en los delitos contra la administración pública depende, entonces, de un análisis de cada uno de los tipos particulares.

Es totalmente ineficaz el consentimiento en un bien jurídico individual de la vida humana. Aquí, del § 216 [muerte a petición de la víctima] resulta que el consentimiento en la propia muerte no permite que desaparezca la punibilidad del hecho, sino que a lo sumo la atenúa. Para ello hay buenos motivos. Un consentimiento apresurado o influenciado por defectos psíquicos no reconocidos puede ocasionar daños irreparables, de manera que la víctima también tiene que ser protegida de sí misma; y la constitución de tabúes frente a cualquier muerte ajena no justificada por una legítima defensa refuerza el respeto a la vida humana y sirve con ello para la protección absoluta de este bien jurídico del máximo valor.

El tipo de lesiones corporales presenta los problemas más difíciles. La ley parte del derecho a la libre disposición sobre el propio cuerpo, pero hace una excepción en el § 226a para el caso de que el hecho atente contra las buenas costumbres pese al consentimiento.

⁵⁵ Al respecto, dando los fundamentos, AMELUNG, "... Die Zulässigkeit der Einwilligung bei den Amtsdelikten", en *FS-Dünnebir*, p. 487 y ss.

Desde el punto de vista constitucional, tal restricción de la potestad de disposición es posible porque la libertad general de acción según el art. 2º de la GG, sobre la cual descansa la eficacia del consentimiento, sólo está garantizada hasta el límite de los derechos de los demás, del ordenamiento constitucional y de las buenas costumbres. Sin embargo, no debe deducirse de esto una carta blanca para restringir la potestad de disposición con motivos puramente morales. Entonces se tendrá que entender a la "ley de las buenas costumbres" tomada como referencia en el art. 2º, párr. 1º de la GG, que con ello solamente se quiere referir a principios éticos fundamentales, cuya lesión causa daños sociales. Además, por razones de proporcionalidad, el Derecho penal es solamente el máximo medio de reacción estatal; luego, éste no tiene que trazar fronteras por todas partes, cuando la garantía constitucional ya no alcanza. Esto se puede reconocer ya por el hecho de que la limitación de la disposición del § 226a no se vincula al atentado del consentimiento contra las buenas costumbres, sino en ese caso también deja impune a las lesiones corporales, siempre que el hecho mismo no atente contra las buenas costumbres. Finalmente, también el principio de determinación (art. 103, párr. 2º, GG) prohíbe recurrir de manera inmediata a juicios morales carentes de bienes jurídicos⁵⁶, pues en nuestra sociedad pluralista ya no debe alcanzarse un consenso garantizador de la seguridad jurídica a través de los principios de la moral privada.

Después de todo esto, el "carácter atentatorio contra las buenas costumbres" del hecho solamente puede admitirse cuando su desaprobación legal resulta claramente visible a partir del *ordenamiento jurídico* y cuando el hecho acarrea la afección de *bienes jurídicos* que no está a disposición del portador del bien jurídico. Esto ocurre, en primer lugar, en el consentimiento de lesiones que hacen peligrar la vida, tal como puede suceder en las riñas (BGHSt. 4, p. 88); pues del § 216 resulta que también tiene que ser inválido un consentimiento eventual en la propia muerte. Además sigue siendo punible por lesiones corporales

⁵⁶ Comp. al respecto ROXIN, *JuS* 1964, p. 371 y ss. (= *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, p. 184 y ss.).

quien mutila a otro bajo el consentimiento de éste, para escapar al servicio militar o para obtener injustificadamente el beneficio de un seguro o una pensión. Aquí, debido a los §§ 109, 263, queda fuera de toda duda la desaprobación legislativa, así como tampoco están a disposición del afectado corporalmente los bienes jurídicos protegidos en estas disposiciones. Por motivos correspondientes, debe admitirse una lesión corporal, eventualmente punible de manera autónoma, en caso de un aborto por un charlatán, pese al consentimiento de la gestante.

Por el contrario es eficaz el consentimiento en las lesiones sadomasoquistas⁵⁷. Pues en primer lugar, en tales prácticas privadas falta la relación con el daño social, y, en segundo lugar, tampoco es visible una desaprobación del legislador contra dichas conductas. Antes bien contradiría los objetivos que subyacen en la reforma del Derecho penal sexual mediante la 4ª ley de reforma penal de 23/11/73, el que mediante una punición por lesiones se evada la limitación de la punibilidad a los delitos "contra la autodeterminación sexual"⁵⁸. También es efectivo el consentimiento en la provocación de cicatrices durante una prueba universitaria de valor (BGHSt. 4, p. 24), el consentimiento en una esterilización (BGHSt. 20, p. 81)⁵⁹ y en la extirpación de órganos con fines de trasplante. Además las operaciones cosméticas bajo un consentimiento son impunes, incluso cuando no son objetivamente razonables y ni siquiera tienen efectos embellecedores. También los cam-

⁵⁷ El RG veía precisamente aquí un caso principal de consentimiento ineficaz según el § 226a; comp. ref. en HIRSCH, en *L.K.*, 10ª ed., § 226a, n° marg. 8.

⁵⁸ Renuncio a la excepción de la punibilidad de estos casos, tal como había yo sostenido antes de la promulgación de la 4ª ley de reforma penal en la nota 56 de la mencionada monografía.

⁵⁹ El BGH ha llegado a la impunidad argumentando que después de la derogación del § 226b que regulaba la esterilización durante la época hitleriana, ya no existe una disposición penal. Este argumento ha sido unánimemente rechazado en la literatura (comp. solamente ROXIN, en "Boletín Médico de Baja Sajonia", 1965, n° 6), porque los §§ 223, 225 comprenderían por sí mismos el caso. Pero la punibilidad fracasa debido a que no es contraria a las buenas costumbres una esterilización emprendida con el consentimiento del paciente (comp. ROXIN, *JUS* 1964, p. 371 y ss. = *Grundlagenprobleme*, p. 184 y ss.).

bios de sexo están permitidos cuando existe un consentimiento correspondiente⁶⁰.

En la literatura se defienden frecuentemente diversas opiniones⁶¹. HORN⁶² considera que sólo son punibles aquellas lesiones corporales consentidas “que son emprendidas con fines de preparación, ejecución, ocultamiento o simulación de un hecho punible”; esto se corresponde con la opinión aquí defendida, pero con la salvedad que las lesiones corporales peligrosas para la vida bajo el consentimiento de la víctima, por lo visto deben ser permitidas. A la inversa, una opinión que se está imponiendo⁶³ se centra exclusivamente en la gravedad de la intervención y sólo quiere penar las lesiones corporales “considerables” o “graves” (§ 224!), pese al consentimiento. Pero esta teoría debe hacer una excepción en los trasplantes de órganos, lo cual relativiza la concepción, y consecuentemente tendría que permitir la punibilidad en la esterilización realizada por el médico a pedido del paciente, y con más razón aún en caso de cambios de sexo⁶⁴. El tenor legal también permite apenas equiparar la infracción de las buenas costumbres con la gravedad de la intervención. SCHROEDER⁶⁵ pretende negar la eficacia del consentimiento “cuando ocurre una considerable lesión corporal, espe-

⁶⁰ Por el contrario, según el BGHZ 57, p. 63 y ss., aquí sólo debe negarse el carácter atentatorio contra las buenas costumbres en casos excepcionales. La cuestión también ha sido dejada sin responder por el BVerfG para operaciones que no son terapéuticamente necesarias; véase NJW 1979, p. 595.

⁶¹ De manera similar que aquí, STREE, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB*, 22ª ed., § 226a, n.º marg. 6, para quien debe limitarse la punibilidad a los casos “en los cuales no se puede dudar razonablemente de pautas valorativas de validez general, las cuales conducen a un claro juicio sobre el carácter contrario a las buenas costumbres”.

⁶² SK, 3ª ed., § 226a, n.º marg. 9.

⁶³ ARZT, *Willensmängel bei der Einwilligung*, p. 36 y ss.; HIRSCH, *LK*, 10ª ed., § 226, n.º marg. 9; JESCHECK, *Lehrbuch*, 3ª ed., Cap. 34, 2; STRATENWERTH, *Strafrecht, AT*, 3ª ed., n.º marg. 376.

⁶⁴ JESCHECK (*Lehrbuch*, 3ª ed., III, 3, b) y HIRSCH (en *LK*, 10ª ed., § 226a, n.º marg. 41) abogan por la impunidad de la esterilización requerida, mientras que STRATENWERTH (*Strafrecht, AT*, 3ª ed., n.º marg. 376) exige “motivos defendibles” para ello, con lo cual se abandona igualmente el punto de partida.

⁶⁵ MAURACH-SCHRÖEDER, *Strafrecht, AT*, t. II, primera parte, 6ª ed., Cap. 8, III, A, 2.

cialmente un daño en la sustancia, sin una finalidad comprensible". Pero el concepto de falta de comprensión tiene poca fuerza enunciativa y extiende demasiado la punibilidad. Pues no todo lo que ocurre sin un motivo comprensible tiene que atentar por ello contra las buenas costumbres, especialmente cuando el afectado mismo lo desea, es decir, cuando tiene un sólido motivo subjetivo. SCHMIDHÄUSER⁶⁶ quiere penar como lesiones corporales a las "intervenciones de carácter indigno a la persona" también en caso de un consentimiento del lesionado. Sin embargo, en contra de ello habla (aparte de la falta de concreción del criterio) el hecho de que la dignidad humana debe asegurar la libertad de decisión autónoma del individuo y no es, por ello, un instrumento idóneo para restringir la libertad de acción.

Lo que importa es el atentado del hecho contra las buenas costumbres, no el consentimiento (BGHSt. 4, ps. 88, 91; RGSt. 74, ps. 91, 95; RG, *DR* 1943, p. 579, n° 12). Luego, cuando alguien se somete a una donación de sangre para usar los honorarios en una bribonada, esto puede atentar contra las buenas costumbres; pero la extracción de sangre no lo es, porque su finalidad es socialmente provechosa y al médico no le importa nada el empleo de los honorarios.

Siguiendo la doctrina ahora completamente dominante, el campo de aplicación del § 226a debe restringirse a las lesiones corporales y no debe extenderse a otros tipos⁶⁷. El tenor y el lugar sistemático del precepto no dan puntos de apoyo para un empleo analógico del § 226a a otros casos de consentimiento; esto atentaría contra el § 103, párr. 2° de la *GG* por constituir una ampliación de la punibilidad. La idea jurídica del § 216, el cual hace aparecer punible el hecho en caso de lesiones peligrosas para la vida pese a un consentimiento, tampoco encaja desde el principio en otros delitos. Y para los demás casos no existe ninguna necesidad político-criminal de emplear la idea jurídica del § 226a en otros tipos, pues esta idea ya es problemática en las lesiones. Cuando alguien se deja separar un dedo para procurarse fraudulentamente

⁶⁶ *Strafrecht, AT*, 2ª ed., Cap. 8, n° marg. 131; de manera correspondiente *Studienbuch, AT*, 2ª ed., Cap. 5, n° marg. 120.

⁶⁷ Por ejemplo contrario, el art. 38, n° 1 del Cód. Penal portugués ha emprendido tal expansión a partir de la ley.

una pensión por invalidez, una punibilidad del autor por complicidad en el § 263 comprendería suficientemente el contenido de injusto del hecho, sin que sea necesaria una punición por lesiones corporales. Frente a esto, no existe ningún motivo para trasladar esta regulación a otros casos y, por ejemplo, penar también por delito de daños, además de por complicidad en una estafa, a aquel que demuele el auto del propietario a pedido de éste, a fin de que pueda obtener uno nuevo de la Compañía de Seguros.

(IV)

DECLARACIÓN, OBJETO, MOMENTO Y REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

Un consentimiento en sentido jurídico presupone que haya sido expresado hacia fuera en alguna manera (la llamada *teoría intermedia*)⁶⁸. Por el contrario, la *teoría de la declaración de voluntad* (mejor: *teoría del negocio jurídico*)⁶⁹, fundamentada por ZITELMANN y ahora por lo general abandonada, concibe el consentimiento como un negocio jurídico de Derecho privado, mediante el cual se otorgaría al actor un derecho de intervención revocable. Sin embargo, en el consentimiento no se trata de una vinculación del portador del bien jurídico (así sea incluso revocable), sino por el contrario de la práctica de una libertad general de acción en el sentido del art. 2º, párr. 1º de la GG (comp. *supra* II y s.) que no está sometida a las reglas del Derecho civil; muy aparte de que no puedan ser objeto de negocios jurídicos bienes jurídicos de carácter personalísimo.

⁶⁸ Así, la actual teoría plenamente dominante; comp. solamente BAUMANN - WEBER, *Strafrecht, AT*, 9ª ed., Cap. 21, II, 4, b; HIRSH, en *LK*, 10ª ed., nº marg. 109, com. previo § 32; JESCHECK, *Lehrbuch*, 3ª ed., Cap. 34, IV, 2; LENCKNER, en SCHÖNKE - SCHRÖDER, *StGB*, 22ª ed., nº marg. 43, com. previo § 32; SAMSON, en *SK*, 4ª ed., nº marg. 42, com. previo § 32. También puede interpretarse el § 38, nº 2 del Cód. Penal portugués en el sentido de esta teoría.

⁶⁹ ZITELMANN, *AcP* 99, 1906, p. 51 y ss. Sobre todo FRANK se había aunado a esta teoría en las ediciones 11ª y 14ª de su comentario.

Naturalmente, esto no excluye que, sobre todo en los objetos patrimoniales, la eventual celebración misma de un contrato vinculante sobre el permiso para la intervención ajena; por ejemplo, el propietario se obliga a permitir al vecino a talar un árbol. Si bien en esto hay un consentimiento, de manera que la tala acordada del árbol no es un delito de daños, el contrato, en sus presupuestos y efectos, va considerablemente más allá de lo que resultaría de un simple consentimiento.

Por otro lado, también debe rechazarse la *teoría de la orientación de la voluntad*⁷⁰, opuesta diametralmente a la teoría del negocio jurídico. Para ella el consentimiento consiste en “el proceso puramente psicológico de renuncia a la voluntad protectora del Derecho. Por ello es suficiente la aprobación interna, sin que ella necesite hacerse conocer hacia fuera”⁷¹. Pues si bien en el consentimiento se expresa la voluntad interna del portador del bien jurídico, una idea que no se destaca no constituye expresión de la voluntad y no es apropiada para vincular consecuencias jurídicas debido a que no puede ser comprobada.

Sin embargo, según la teoría intermedia, la cual después de todo se acerca más a la teoría de la orientación de la voluntad que a la teoría del negocio jurídico⁷², el consentimiento no tiene que ser expreso. Es suficiente un consentimiento a través de una acción que lo sugiere; quien, por ejemplo, se mete en una pendencia amigable, consiente implícitamente en las lesiones corporales leves vinculadas con ello. La jurisprudencia emplea la idea del consentimiento implícito especialmente en casos de viajes acompañados en autos, cuando “ello está uni-

⁷⁰ Esta teoría es representada modernamente por MEZGER, *Strafrecht*, t. 2, 3ª parte, 1932/49, p. 209; NOLL, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten*, 1955, p. 134; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., Cap. 8, nº marg. 145.

⁷¹ Así el KG, *JR* 1954, 429, el cual se manifiesta expresamente a favor de la teoría de la dirección de la voluntad.

⁷² Por ello la denominación que BAUMANN hace de la teoría intermedia como “teoría atenuada [*abgeschwächt*] de la orientación de la voluntad” (*Strafrecht, AT*, Cap. 21, II, 4, b) es todavía más pertinente que la denominación empleada frecuentemente (comp. HIRSCH, en *LK*, 10ª ed., nº marg. 109, com. previo § 32) de la “teoría limitada de la declaración de voluntad”.

do a un riesgo elevado debido a las circunstancias especiales, el acompañante reconoce esto y a pesar de todo se decide a participar”⁷³.

Además, el consentimiento no necesita —ni siquiera de manera implícita— ser declarado frente al actor o ser aunque sea reconocido por éste. Cuando el propietario ordena a sus empleados a no intervenir contra de la producción de daños, se da un consentimiento efectivo, aun cuando el autor no sepa nada de ello. Sin embargo, en tal caso sólo se excluye el tipo objetivo, de manera que el autor sigue siendo punible por tentativa inidónea. Además, sólo se puede ver un consentimiento en la no-intervención allí donde aquél se basa en una libre decisión del titular del bien jurídico. Cuando alguien solamente permite una intervención en sus bienes jurídicos porque considera que es inútil tomar medidas o teme al atacante, no hay un consentimiento eficaz. Entonces, si bien el consentimiento es solamente “expresión de la coincidencia de la propia e interna toma de posición con el otro”, no obstante es “más que una simple tolerancia y que un simple dejar pasar” (RGSt. 68, p. 307).

Sin embargo, en la jurisprudencia y la literatura se defiende mayoritariamente la teoría de la orientación de la voluntad para los casos del acuerdo (comp. *supra* I, a)⁷⁴; luego, debe ser suficiente la “aprobación interna”⁷⁵, sin que sea necesario un dar a conocer. No obstante, no se ve la forma de fundamentar este tratamiento diferenciado. Pues los argumentos que hablan en contra de la teoría de la orientación de la voluntad rigen de igual forma para el acuerdo y el consentimiento. El ejemplo siempre traído a colación del “caso del ladrón” (*supra* I, 1) no demuestra de ninguna manera que la simple idea del propietario pueda excluir la realización del tipo de hurto (§ 242). Cuando la Policía extiende billetes preparados para poder apresar de esta manera a un ladrón buscado (así los hechos en BayOLG, NJW 1979, p. 729), cierta-

⁷³ OLG Oldenburg, NJW 1966, ps. 2132, 2133; además, BayOLG, NJW 1968, p. 665, OLG Schleswig, SchlHA 1959, p. 154; OLG Celle, NJW 1964, p. 736; MDR 1969, p. 69.

⁷⁴ Comp. aparte de los autores mencionados en la nota 6, además a JESCHECK, *Lehrbuch*, 3ª ed., Cap. 34, I, 2 (para los “casos del ladrón”); LENCKNER, en SCHÖNKE - SCHRÖDER, *StGB*, 22ª ed., n.º marg. 32, com. previo § 32 (para una parte de los casos); SAMSON, en *SK*, 4ª ed., n.º marg. 37, com. previo § 32.

⁷⁵ BayOLG, NJW 1979, p. 729.

mente el autor cogido en la trampa sólo es culpable de un hurto tentado. ¡Pero la maniobra de preparación y extensión permite que la voluntad de la Policía de que el ladrón tome en su custodia el billete se vuelva claramente reconocible hacia fuera! Ciertamente sólo constituye una tentativa (impune) de violación de domicilio cuando el propietario, con ayuda de un colaborador de la Policía, atrae a delincuentes a su departamento para poder detenerlos allí mediante el oficial ya preparado para ello. Pero aquí no falta de ninguna manera la comunicación de la voluntad, tal como exige la teoría intermedia.

Por el contrario, cuando realmente sólo existe una aprobación puramente interna, en los casos del acuerdo el autor debe ser también penado por un hecho consumado (por ejemplo, el propietario piensa: a mí me vendría bien que mi auto viejo sea hurtado del garaje convenientemente cerrado, a fin de que el Seguro me financie uno nuevo). Incluso en la violación (§ 177) sólo podrá verse excluido el tipo cuando sea reconocible hacia fuera, de alguna manera, alguna "aprobación interna" de la mujer. Esto no tiene que ocurrir mediante palabras, pero debe extraerse de la reacción de la víctima. Si se quisiera renunciar a cualquier "dar a conocer" y centrarse únicamente en los "pensamientos más internos" de la mujer, eventualmente contradictorios de su conducta externa, se perdería cualquier seguridad jurídica y se abriría un campo demasiado amplio para ilimitados errores de tipo del autor.

El objeto del consentimiento no es solamente la acción del autor, sino también el resultado, pues éste es una parte esencial del tipo. El que el consentimiento se tenga que referir al resultado es bastante evidente en los delitos dolosos. Por el contrario, en los delitos culposos es discutible si es que no podría haber un consentimiento en acciones y riesgos, sin consentir simultáneamente en el resultado. Pero aquí también puede referirse un consentimiento solamente al resultado que constituye el tipo.

El consentimiento tiene que ser dado antes del hecho (BGHSt. 17, p. 359) y es revocable libremente⁷⁶ en tanto no exista una vinculación contractual en el caso particular. Aquí, para la revocación no sólo debe-

⁷⁶ En este sentido también el art. 38, n° 2 del Cód. Penal portugués.

rá considerarse suficiente el cambio de voluntad puramente interno, sino se tendrá que exigir que se dé a conocer hacia fuera. Una autorización posterior (por ejemplo, el hurtado regala la cosa al autor después de descubrir el hecho) no influye en la realización del tipo. Pues, en caso contrario, el perjudicado podría decidir sobre la pretensión punitiva estatal, lo cual contradice al principio de persecución pública [*Offizialprinzip*] (el principio de la intervención de oficio). Claro que, en los delitos de persecución a instancia de parte, el perjudicado puede liberar al autor de la persecución penal cuando renuncia a presentar la denuncia penal; también en los delitos de persecución pública, en la medida en que es posible un archivamiento (art. 153 y ss., Cód. Proc. Penal) muchas veces una aprobación posterior de la víctima no deja de tener influencia en la decisión de las autoridades de persecución penal. Si se otorga un consentimiento después de comenzado, pero antes de consumado el hecho (por ejemplo, la víctima de una tentativa de violación consiente voluntariamente en el acto sexual, después del empleo de violencia), entonces hay tentativa de la cual no es posible un desistimiento liberador de pena a causa de la imposibilidad de consumir el hecho; sin embargo, en tales casos, raramente habrá una denuncia penal.

Con esto termino mi contribución. Ella está dedicada al Derecho alemán, pero deberá servir al mismo tiempo para la interpretación del Derecho portugués, el cual —a diferencia del *StGB*— ha regulado expresamente el consentimiento en el art. 38 de su obra legislativa de 1982*. No obstante, esta regulación está en una relación estrecha con la interpretación defendida en la ciencia y jurisprudencia alemanas, de manera que los problemas son iguales para ambos ordenamientos jurídicos. Esto es ciertamente una bonita prueba de la intensa cooperación científica que desde hace décadas tiene lugar entre nuestros países en el campo del Derecho penal. ¡Por ello este estudio se dedica, por su 70º cumpleaños, a EDUARDO CORREIA, uno de los más importantes doctrinarios en este campo del Derecho penal y uno de los grandes intermediarios entre los ordenamientos jurídicos, agradeciéndole, honrándole y deseándole mis mayores parabienes!

* [N. del T.]: Obviamente, por las mismas razones, también es válida la contribución para la interpretación del art. 20, numeral 10 del Cód. Penal peruano.

*El consentimiento provocado
por engaño en el Derecho penal* *

* Título original: «Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht», en *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, ROBERT HAUSER - JÖRG REHBERG - GÜNTHER STRATENWERTH (coords.), Schutthess, Zürich, 1984, ps. 275-294. Traducción de ANNA E. M. RICHTER

(I)

En general se denomina al consentimiento como una causa de exclusión "supralegal"¹ o "extralegal"² de la antijuridicidad. Esto es correcto en el sentido de que no está regulado en el Código Penal suizo (*SchwStGB*) y tampoco en el de la República Federal de Alemania³. Su efecto de excluir la posibilidad de castigo penal en referencia a los bienes jurídicos individuales que están a disposición del particular proviene de la libertad general de acción misma fundada en el ordenamiento constitucional y, por tanto, no es una creación paralegal de la ciencia. Con razón dice PETER NOLL⁴: "La libertad personal estaría limitada de una de manera insoportable si se le prohibiera al particular permitir intervenciones en sus propios bienes jurídicos: uno ya no podría hacerse cortar el pelo (lesión física), efectuar viajes en tren o avión (privación de la libertad individual), hacer desguazar su coche viejo

¹ NOLL, PETER, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, Zürich, 1981, p. 117.

² SCHULTZ, HANS, *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts*, 4ª ed., Bern, 1982, t. I, p. 167.

³ Excepto del poco claro y también por lo demás problemático § 226a, *DStGB*, que declara sin efecto al consentimiento en lesiones físicas, "cuando el acto infringe las buenas costumbres pese al consentimiento".

⁴ Como nota 1.

(daños materiales), etcétera". La posibilidad de consentimiento sirve entonces al despliegue libre de la personalidad. Bienes jurídicos como el cuerpo humano o el patrimonio no son protegidos como "objetos" aislados de la persona de su titular, sino como posibilidades para la autorrealización del titular mismo del bien jurídico. Si las cosas se ven de este modo, entonces no puede existir ninguna lesión de un bien jurídico cuando la acción se basa en el consentimiento del titular del bien jurídico, que no perjudica su libre despliegue, sino, al contrario, es su manifestación. Por eso creo junto con la interpretación propuesta en la literatura germano-occidental que el consentimiento válido no justifica de manera excepcional la lesión típica de bienes jurídicos, sino que excluye desde el inicio junto con la lesión de bienes jurídicos, la satisfacción del tipo. Lo considero una causa de exclusión del tipo previsto por el Código Penal y por ello subsiste sin reglamentación explícita en los detalles.

(II)

Pero estos problemas generales no serán el centro de esta contribución. Más bien quiero ocuparme de una de las numerosas cuestiones particulares que resultan de la carencia de una reglamentación jurídica detallada. Me refiero al consentimiento provocado por un engaño.

El alcance limitado de este trabajo no permite que las consideraciones que se harán aquí se extiendan a otros vicios del consentimiento, como quien consiente por error sin que medie engaño o amenaza. También dejo de lado en el análisis del engaño los —primero por GEERDS⁵— llamados casos de "conformidad", en los que la acción en contra de la voluntad del derechohabiente es un requisito para el cumplimiento de un determinado rasgo constitutivo del tipo, como la "intrusión" en el allanamiento de morada (art. 186, *SchwStGB*, § 123, *DStGB*) o el "quitar" en el hurto (art. 137 *SchwStGB*, § 242, *DStGB*). En estos casos el efecto de un engaño es una cuestión de la interpretación del rasgo cons-

⁵ *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten*, tesis doctoral, Kiel, 1953; *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*, GA 1954, p. 262 y ss.

titutivo particular del tipo correspondiente, y por tanto se sustrae a condiciones generales.

Durante mucho tiempo dominaba la opinión todavía hoy muy extendida que un consentimiento conseguido capciosamente por un engaño sería en todo caso inválido. Precisamente desde el punto de vista aquí defendido, esta propuesta posee un rasgo inmediatamente convincente. Se trata del caso de quien otorga su consentimiento solamente porque ha sido engañado sobre las circunstancias determinantes para su decisión, cuyo consentimiento no expresa su libertad de acción, sino es el producto de una manipulación y por tal razón carece de relevancia de acuerdo al ordenamiento jurídico. En este sentido se sostiene, por ejemplo, en STRATENWERTH⁶: "Manifestación de la autodeterminación es el consentimiento (...) sólo cuando el afectado realmente comprende su alcance y no se le quita la libertad de decisión por influencias que están fuera del asunto. Por eso, engaño y amenaza, error y coacción, convierten por principio al consentimiento en inválido".

(III)

Sin embargo, la validez general de este principio depende del hecho que realmente cada engaño que motiva al consentimiento anule la "autodeterminación" de quien consiente. Y allí y mirándolo de cerca, surgen dudas. ¿Realmente es una lesión física punible, cuando alguien se hace un tatuaje siendo engañado sobre el costo que debía pagar? ¿O cuando el tatuador obtiene el consentimiento con la falsa apariencia de que con ello podría aumentar repentinamente su éxito con las mujeres? ¿Significa una privación de la libertad individual, cuando alguien consiente en presentarse por otro ante la autoridad y cumplir una pena de privación de libertad con la promesa mentirosa de una recompensa alta⁷? Desde hace mucho, la literatura se ha esforzado en ofre-

⁶ *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 3ª ed., Colonia, 1981, p. 382.

⁷ El último ejemplo de ARZT, GUNTHER, *Willensmängel bei der Einwilligung*, Frankfurt, 1970, p. 18 y s.

cer limitaciones y distinciones, pero éstas no han ido mucho más allá de los puntos de partida y por eso han tenido poca resonancia.

Ya en 1928 HELLMUTH STOFER opinaba en su tesis doctoral⁸—nunca publicada, pero de influencia significativa sobre la discusión reciente—que “a menudo” un engaño dirigido a la obtención fraudulenta del consentimiento tendría como meta “en primer lugar el patrimonio y sólo indirectamente otro bien jurídico”, o que quien consiente ignoraría “sólo en puntos secundarios el significado de la acción”. Entonces, una sanción por la intervención en el bien jurídico en cuestión, “no [sería] justa”. En su tesis basileense de habilitación⁹, NOLL sigue a STOFER, otorgándole a los vicios del consentimiento el peso de eliminar el consentimiento sólo en la medida que “conciernan realmente motivos determinantes para la renuncia del bien jurídico lesionado”. También le sigue en el hecho de que el vicio del consentimiento sería irrelevante, si solamente concierne la persona que llevará a cabo el acto consentido (como en el caso en que se consiente que se mate a una vaca, y tal acto es llevado a cabo por *B* en vez de *A*). Pero, apartándose de STOFER, cree que también “la perspectiva de una indemnización económica” podría ser un “motivo determinante”. De este modo: “si alguien se hace una operación grave para fines de transplante sólo porque cree erróneamente que le van a pagar por ello, entonces su consentimiento es inválido”. DIETER KIENTZY¹⁰ correctamente pone en duda la solución de NOLL en el ejemplo de la vaca, pero por lo demás lo sigue, destacando que si “la renuncia misma del bien protegido fue sostenida por una voluntad autónoma en el momento de la ejecución del delito”; “las demás motivaciones” que sostienen la voluntad, por el contrario, serían irrelevantes “porque ellas mismas no son protegidas, sino solamente aquellas que son esenciales para la existencia del bien jurídico”.

⁸ *Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht*, p. 98 y ss. (101).

⁹ *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten*, Basel, 1955, p. 129 y ss. (131).

¹⁰ *Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers*, Tübingen, 1970, ps. 105, 109.

(IV)

Todos estos esfuerzos un poco a tientas culminan en la teoría de ARZT¹¹, quien en la continuación de tales planteos por primera vez ha elaborado una solución manejable para la diferenciación entre engaños relevantes e irrelevantes. Parte de la base de que el Derecho penal ofrecería para “ciertos bienes jurídicos pensados como estáticos” una “protección de su existencia”, mientras que protegería el valor de cambio de los bienes jurídicos y de la libertad de la voluntad obtenida a través de ellos sólo conforme a los reglamentos sobre fraude y coacción (arts. 148, 181, *SchwStGB*, §§ 263, 240, *DStGB*)¹². Por ello, los consentimientos obtenidos a través de engaños sólo serían inválidos si se refiriesen al bien jurídico abandonado mismo¹³, pero no si sólo involucrasen la contrapartida prometida para la renuncia¹⁴. “Quien consiente en una bofetada y en ello viene engañado por el autor sobre el hecho de que éste le aplicará un golpe de arte marcial”¹⁵, es víctima de un engaño referido al bien jurídico, pues se equivoca sobre las consecuencias que tendrá el golpe para su integridad corporal. Entonces, el autor es sancionado por una lesión física, a pesar del “consentimiento” conseguido capciosamente. En cambio, cuando el autor le promete una su-

¹¹ Como nota 7.

¹² Como nota 7, ps. 17/18.

¹³ Ya en STOFER, como arriba nota 8, p. 100, dice: “El fraude sobre todo es esencial cuando concierne aquellos hechos importantes para la intervención misma en un determinado bien jurídico, por ejemplo, haciéndola parecer mucho más grave de lo que espera quien consiente”. También la formulación de KIENTZY mencionada arriba, según la cual sólo las motivaciones esenciales “para la existencia del bien jurídico mismo” serían protegidas, señala en la dirección ahora consecuentemente tomada por ARZT.

¹⁴ Como precursor inmediato de esta opinión puede ser considerado STOFER, quien asimismo no quería concederles a tales errores influencia alguna sobre la validez del consentimiento (como nota 8, p. 100): “De igual manera sólo hay un fraude cuando alguien se hace inducir a un trasplante por una promesa económica fraudulenta”. A ello se opone la frase citada por NOLL, arriba en nota 9.

¹⁵ Como nota 7, p. 20.

ma de dinero a la víctima para la autorización de la bofetada, que en realidad y desde el principio no está dispuesto a pagar, entonces el error no se refiere al bien jurídico (*i.e.*, a la pregunta de si y en qué medida se perjudica su integridad corporal), sino a la contrapartida esperada para su abandono. En semejante caso existe según ARZT¹⁶ un consentimiento válido, de modo que no corresponde una sanción por lesiones físicas. De igual manera no existiría una privación punible de la libertad individual en el ejemplo ya mencionado (véase nota 7), cuando alguien induce a otro bajo las mentirosas apariencias de una recompensa a presentarse en vez de él para una pena privativa de libertad.

(V)

La teoría de ARZT —con su distinción entre engaños referidos a bienes jurídicos y no referidos a bienes jurídicos— ha encontrado muchos seguidores en la literatura germano-occidental¹⁷. La solución de sus ejemplos también es, como será expuesto en adelante, digno de aprobación en sus consecuencias. Sin embargo, la potencia de su propuesta, según la cual los engaños no referidos a bienes jurídicos dejan sin excepción intacta la validez del consentimiento, sólo es posible en base a un punto de partida teórico de ARZT que deja de lado un requisito al que todos sus precursores se habían aferrado explícita o tácitamente: según su teoría, el requisito del consentimiento ya no debería proteger la autodeterminación en el trato con los propios objetos de disposición, sino solamente la “existencia” de los “bienes jurídicos pensados

¹⁶ Aquí y en lo siguiente: como nota 7, p. 18 y s.

¹⁷ Véase, por ejemplo, ESER, ALBIN, *Strafrecht I*, 3ª ed., Munich, 1980, caso 8, nº marg. 15/16; JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 3ª ed., Berlin, 1978, p. 308; LACKNER, KARL, *StGB*, 15ª ed., Munich, 1983, § 226a, nº marg. 2, 9; RUDOLPHI, HANS-JOACHIM, *ZStW* (1974), p. 82 y ss.; SCHÖNKE - SCHRÖDER - LENCKNER, *StGB*, 21ª ed., Munich, 1982, nº marg. 46, antes del § 32; SAMSON, ERICH, *Systematischer Kommentar zum StGB*, 3ª ed., Francfort, 1981, nº marg. 43, antes del § 32; parecido también SCHMIDHÄUSER, EBERHARDT, *AT*, Tubinga, 1982, 5/129, p. 118; WESSELS, JOHANNES, *AT*, 13ª ed., Heidelberg - Karlsruhe, 1983, p. 89.

estáticamente”¹⁸. Si el que engaña hace fracasar el fin perseguido por quien consiente con su disposición, esto debería ser siempre insignificante, con tal de que la víctima sepa lo que da. Pero esta suposición es problemática.

En efecto, la intervención en el patrimonio de bienes ajenos o en la integridad corporal de otro no infringe en sí misma el Derecho penal, sino que lo hace recién cuando ella a la vez va en contra de la voluntad del titular del bien jurídico. ARZT mismo habla¹⁹ de la “unidad de bien jurídico y facultad de disposición sobre el bien jurídico”, que sería el objeto de la lesión. Acertadamente RUDOLPHI²⁰ da un paso más y precisa: “bien jurídico y facultad de disposición sobre el bien jurídico no sólo forman una unidad, sino objeto de disposición y facultad de disposición constituyen, en su referencia mutua, el bien jurídico protegido en el tipo”. Por lo tanto, el bien jurídico se lesiona únicamente cuando quien actúa lo hace sobre el objeto de disposición de una manera típica y bajo el desacato de la facultad de disposición del titular del bien jurídico. El elemento decisivo de análisis penal no es entonces la relevancia de la “existencia del bien jurídico” como tal, sino si ésta se presenta como el desacato de la facultad de disposición correspondiente al titular del bien jurídico.

Bajo este punto de vista, la bipartición hecha por ARZT sólo sería aceptable sin restricciones si se pudiera decir que un engaño acerca de una circunstancia referida a bienes jurídicos nunca ofende la autodeterminación del engañado. Es decir, que su consentimiento, pese al error, representa la manifestación de la libre disposición. Pero semejante afirmación iría demasiado lejos. Quiero aclararlo en un ejemplo extremo. Un médico aparenta ante una madre que ella sólo podría salvar a su hijo de la pérdida de la vista donándole un ojo para fines de trasplante. La madre lo cree y sacrifica un ojo. Pero el autor sólo que-

¹⁸ Critica expresamente a KIENTZY, quien, al fin y al cabo, había exigido (véase arriba en nota 10) que la renuncia del bien jurídico protegido tenía que ser “sostenida por una voluntad autónoma” (como arriba nota 7, ps. 18/19, nota 24).

¹⁹ Como nota 7, p. 42.

²⁰ ZStW (1974), p. 87.

ría vengarse de la madre. En realidad no necesita en absoluto el trasplante para la curación del niño, así que desecha el ojo y consigue así su fin de causarle una deformación irreparable a la madre. Aquí, el error de la madre no se refiere al bien jurídico, pues ella sabía en qué dimensión renunciaba a su integridad corporal. Su error no se refería al objeto de disposición, el bien jurídico en el sentido de la teoría defendida por ARZT, sino al fin perseguido por ello con su renuncia. ¿Pero debería el autor quedar impune por ello²¹? ¿Los acontecimientos, tal como se plantean objetivamente, realmente se pueden considerar como manifestación de una libre disposición por parte de la madre, como el resultado de una decisión autónoma de la perjudicada? Probablemente no. Es más obvia la asunción de que el autor ha abusado de la facultad de disposición de la mujer engañada por él, de modo que el consentimiento es inválido y tiene que ser sancionado por lesiones físicas. Si se acepta esto, entonces a la diferenciación entre un engaño referido a bienes jurídicos y uno no referido a bienes jurídicos no le puede corresponder la importancia fundamental para la validez del consentimiento que ARZT le atribuye.

(VI)

Eso no significa un regreso a la opinión inicial, según la cual todo engaño impide la validez del consentimiento. ARZT considera que “se tendría que tener en cuenta cada motivo que el autor considera funda-

²¹ Para el Derecho penal alemán se podría considerar una solución a través del § 226a, según el cual un consentimiento resta antijurídico, cuando la acción, pese al consentimiento, infringe las buenas costumbres. Pero esta disposición, que no está disponible en el Derecho penal suizo y en el alemán sólo en el tipo de la lesión física, se refiere sólo para los casos en los que la “inmoralidad” (como quiera que se la interprete) no resulta de un engaño, sino de circunstancias conocidas por ambas partes. En caso contrario, en las intervenciones corporales todo engaño (como malicioso y convirtiendo la acción en inmoral) tendría que llevar a una sanción por lesiones físicas, lo que sería completamente contrario a la intención perseguida por ARZT. También en los demás casos y por lo que se puede observar, no se aplica el § 226a en la literatura en ninguna parte a casos de engaño.

mental”²² cuando uno se quiere basar en la decisión autónoma de quien consiente. Pero no es así. No es una cuestión de decisión subjetiva de quien consiente, sino un problema de evaluación jurídica objetiva. Es decir, si un consentimiento en base a conceptos erróneos todavía resulta válido como manifestación de la libre disposición de quien lo asume. Al igual que todas las categorías jurídicas, también el concepto jurídico del consentimiento siempre presupone la categorización normativa del fenómeno psíquico. Pero entonces la tarea consiste en separar aquellos engaños que excluyen una decisión autodeterminada del titular del bien jurídico de aquellos que según los parámetros jurídicos hacen que se mantenga una libre disposición de quien consiente. Para el fin de semejante investigación, es recomendable agrupar a los engaños posibles en casos de consentimiento según tipos de casos característicos y de llevar a aquéllos a una diferenciación normativa, orientada de acuerdo a la idea de la autonomía.

(VII)

Es así que se pueden distinguir cinco grupos de engaños generadores de consentimiento:

1. El engaño puede referirse a la manera y la dimensión del abandono del bien jurídico, es decir, puede ser “referido a bienes jurídicos” en el sentido de ARZT. Además de las circunstancias mencionadas arriba (IV), debe incluirse el ejemplo de NOLL²³, del consentimiento en un experimento médico cuando “la lesión es más grave de lo que cree el lesionado”, o el caso creado por SCHMIDHÄUSER²⁴, en el que alguien consiente en el contexto de una broma de Nochevieja en que otro le deje caer una bola de madera en el pie, pero ésta en realidad es de metal y causa dolores mucho más fuertes que lo hubiera causado una bola de madera.

²² Como arriba nota 7, p. 19, nota 24.

²³ Como nota 9, p. 131.

²⁴ *Allgemeiner Teil*, Tübinga, 1982, p. 119.

2. El engaño puede referirse a la contrapartida prometida por el abandono del bien jurídico, que el autor no está dispuesto a pagar. Por ejemplo, cuando alguien ofrece un pago por una donación de sangre cuando desde el principio no está dispuesto a pagar. Otro caso similar sería aquel en el que alguien pide que se le permita talar un árbol del vecino a cambio de un determinado monto de dinero, pero luego se niega sarcásticamente a recibir la contrapartida. Sólo este grupo de casos, que no agotan en absoluto el espectro de posibilidades de engaño, son tratados por ARZT como ejemplos de un engaño no referido a bienes jurídicos.
3. Una tercera clase de supuestos es aquella en que el engaño se refiere a un fin altruista, perseguido por la víctima con el abandono del bien jurídico, que el autor ya desde el principio quiere hacer fracasar. Por ejemplo, se les pide a estrellas de cine una donación de sangre gratuita para una supuesta publicidad de la "semana pro vida". Pero en realidad el autor persigue el fin totalmente diferente de colocar la sangre de los donantes en tubos de ensayo y de venderlas como "reliquias" por altos precios a los fans de las estrellas respectivas.
4. El cuarto supuesto es cuando el engaño se dirige a la prevención de un daño que supuestamente se puede lograr con el abandono del bien jurídico. En tal caso, el daño puede ser ajeno o propio. Por ejemplo, alguien permite por teléfono la ejecución de su animal carnívoro, porque éste supuestamente se escapó y pone en peligro al público. En realidad, el animal está tranquilamente en su jaula. O, por mencionar un ejemplo algo estrambótico de JAKOBS²⁵, el caso de quien consiente que se le corte el pelo porque se lo convence de que tiene piojos. Los grupos de casos 3 y 4 se intersectan a menudo, porque el motivo de la prevención del daño ajeno es con frecuencia altruista. Pero también existen fines altruistas que no se refieren a la prevención de un daño, al igual que se puede perseguir un fin de prevención de daños basado en el autointerés.

²⁵ *Allgemeiner Teil*, Berlin - Nueva York, 1983, n° marg. 7/121, p. 205.

5. En quinto lugar, el engaño puede no referirse ni al bien jurídico ni al fin de su abandono, sino a circunstancias concomitantes relevantes para la motivación de los acontecimientos o a expectativas cuya realización no dependen del autor. Empezando con las "circunstancias concomitantes": alguien quiere ser operado por el médico A, pero éste no está disponible, así que B se hace pasar por A, para que B haga la operación. Si A opera mejor que B (por ejemplo, porque éste todavía es un recién iniciado), estamos ante un engaño referido al bien jurídico, porque la integridad corporal del paciente está más amenazada por B que por A. Empero, si los dos médicos son —como suele suceder— de capacidades equivalentes, entonces el error no concierne ni el bien jurídico ni el fin de la intervención, sino solamente circunstancias concomitantes. Lo mismo vale cuando alguien hace ejecutar un tratamiento odontológico indicado por el médico X, porque se le hace creer que éste sería especialmente barato.

Una defraudación de expectativas que motivan el consentimiento existe, por ejemplo, cuando el autor persuade a una mujer para una operación de cirugía estética, simulando que entonces su novio se casaría con ella o cuando alguien le realiza tatuajes a un hombre, porque estos supuestamente le ayudarían a tener gran éxito con las mujeres.

(VIII)

El primer grupo de casos, el engaño referido al bien jurídico, excluye en todo caso un consentimiento válido. Para ser exactos, eso no depende de que el engaño vuelva inválido el consentimiento dado, sino que el consentimiento no se refiere para nada a semejante tipo de lesión del bien jurídico. Quien consiente en una bofetada moderada, no ha consentido una lesión mediante un golpe de arte marcial; quien permite que alguien le deje caer una bola de madera en el pie, no está de acuerdo con el perjuicio que le es causado por una bola de hierro. Lo mismo vale para los daños materiales: si A consigue capciosamente de B el permiso para desarmar un aparato valioso, asegurando de manera deliberadamente incierta que éste se podría recomponer sin perjui-

cio para el funcionamiento, entonces *B* no ha consentido en el deterioro duradero que disminuye el funcionamiento del aparato. En todos los casos no se trata en el fondo de la invalidez de un consentimiento, sino de su falta. En ello consiste la peculiaridad de este grupo de casos frente a todas las demás constelaciones y que permite su tratamiento inequívoco: según la naturaleza de la cuestión, los perjuicios típicos, a los que no se refiere el consentimiento de la víctima, no pueden ser una manifestación de su autonomía de voluntad.

(IX)

Es mérito de ARZT de ser el primero en haber resaltado claramente que los casos de engaño sobre la contrapartida (los ejemplos de nuestro segundo grupo) merecen un juicio completamente diferente. Esto no se puede justificar solamente refiriendo a una relación ausente con el bien jurídico. Pues, de ella sólo surge que el objeto del perjuicio del bien jurídico está incluido en el consentimiento, pero no que este consentimiento sea válido. Como intenté demostrar arriba, para ello se tendría que sostener que, pese al engaño, el abandono del bien jurídico puede ser considerado una manifestación de la autodeterminación y del libre poder de disposición del titular del bien jurídico.

Pero, esto de hecho es así, de modo que me parece que en las consecuencias ARZT tiene razón²⁶. Pues, quien firma un contrato de obligaciones recíprocas, siempre corre el riesgo de que la contrapartida no llegue. Por ello, el Derecho civil lo legitima activamente para ejercer una acción de cumplimiento del contrato, el cual queda vigente incluso ante engaño doloso²⁷. Por lo tanto, la ejecución y cumplimiento del contrato por el engañado son valorados como una manifestación de su libertad de acción. Esto tiene que repercutir en el Derecho penal.

²⁶ Las siguientes consideraciones sólo coinciden con los argumentos de ARZT en el párrafo final, como arriba nota 7, ps. 15-24.

²⁷ El OR suizo (arts. 28, 31) y el BGB alemán (§§ 123, 142) regulan las cuestiones jurídicas del engaño de manera diferente, pero coinciden en que el engañado puede o mantener el contrato o (en el Derecho alemán después de una impugnación) tratarlo como no vinculante.

El Derecho civil le deja al engañado alternativamente también la posibilidad de tratar el acuerdo como no generando un compromiso. Pero teleológicamente sería inadecuado aplicar precisamente esta posibilidad al Derecho penal y dar por sentado en estos casos que el consentimiento sería inválido por principio. Pues, en las circunstancias relevantes para el Derecho penal, el engañado normalmente ya ha prestado su servicio (por ejemplo, donado la sangre) y tampoco puede exigir la devolución del servicio, de modo que está limitado a mantener el contrato y a conseguir su cumplimiento, en caso necesario, por vía judicial. Ahora bien, si solicita, tal como corresponde a sus intereses, el cumplimiento, y para la fundamentación de su exigibilidad y la inexistencia de una excepción a su derecho alega el propio servicio prestado conforme a lo estipulado en el contrato, entonces eso, que en el Derecho civil significa el cumplimiento de una obligación, en el Derecho penal no puede ser valorado como lesiones físicas o daños materiales sufridos²⁸. El peligro para la pretensión de cumplimiento, que se mantiene pese a que existan posibilidades procesales de obtenerlo compulsivamente, se sanciona mediante el tipo de fraude, pero esto no cambia en nada el hecho de que el servicio prestado sigue siendo una disposición autónoma de aquél, quien, pese al engaño, reivindica el acuerdo y solicita su cumplimiento.

Naturalmente puede darse la situación en que el engañado descubre el engaño antes del servicio a prestar. Por ejemplo, antes de la propia donación de sangre se da cuenta de que la parte contraria, pese a su promesa, no puede o quiere pagar. Pero también en semejante caso no existe ninguna razón para considerar el consentimiento como inválido. Los intereses del engañado son absolutamente satisfechos con el hecho de que siempre puede revocar libremente el consentimiento, lo que se corresponde a la posibilidad de retirar el consentimiento prevista por el Derecho civil. Pero también puede mantener el acuerdo e intentar conseguir la contrapartida con la ayuda de los tribunales. Si es

²⁸ A favor de semejante idea, sin embargo, HIRSCH, HANS-JOACHIM, *Leipziger Kommentar*, 9ª ed., Berlin - Nueva York, 1974, n° marg. 114, antes del § 51; GÜNTHER JAKOBS, como arriba nota 25, n° marg. 7/121.

to es así, entonces no puede pretender a la vez que la intervención en su propia esfera de derechos, que se basa en una decisión tomada conociendo todas las circunstancias, se valore como delito.

Indudablemente también existen casos en los que el Derecho civil niega su ayuda en la obtención de la contraprestación. Por ejemplo, cuando alguien se deja maltratar por un sádico bajo la (falsa) promesa de una recompensa alta, el Derecho civil probablemente negará la viabilidad de tal demanda a causa de su inmoralidad. Si en el ámbito penal no se admite la invalidez del consentimiento en razón de su inmoralidad —algo que de admitirse resolvería nuestro problema pero que es rechazado mayoritariamente en el derecho penal alemán, pese al § 226a, *StGB*²⁹— entonces el sádico realmente puede golpear de manera no riesgosa a su víctima cuando se considera al consentimiento como válido (y no puede alegarse el fraude por la falta de relevancia en términos de valor de bienes del hacerse pegar). Pero la impunidad del autor en semejantes casos excepcionales no es una prueba en contra de la validez del consentimiento. Pues, en los casos en que el Derecho civil rehúsa la legitimación para demandar y el Derecho penal la protección por fraude por una buena razón —a saber, para no proteger a semejantes acuerdos dudosos— sería contradictorio conceder la protección a través del rodeo de que se usa el engaño para la generación de una lesión física punible. La no-protección querida por el ordenamiento jurídico de tales negocios no cambia nada del hecho de que en ellos se expresa la libertad de acción de aquél quien asume el riesgo característico para semejantes acuerdos.

(X)

Aunque en el sentido referido se puede seguir a ARZT en sus conclusiones, no obstante me parece que los casos de nuestro grupo n° 3

²⁹ Para el Derecho penal suizo sólo se citará a NOLL (como nota 1, p. 118): “la lesión física simple según el art. 123, en la que la víctima no carga con daños duraderos, siempre se vuelve legítima con el consentimiento, independientemente de los fines que persiguen autor y víctima con la lesión”.

(cuando quien consiente persigue fines altruistas) merecen una valoración diferente a la que él propone. En el ejemplo mencionado arriba (VII, 3) o en el caso de que alguien consiente en una lesión física a causa de que se le hace creer que se trataría de un experimento muy importante para el progreso médico, mientras que el autor en realidad solamente actúa para dañar a la víctima, no hay ningún engaño referido al bien jurídico. El engañado conoce la clase y dimensión de la lesión física que le es causada y la ha consentido. Pero por supuesto que nunca habría consentido si hubiera sabido que el consentimiento sólo redundaba en un abuso en su perjuicio. En tal caso no sería adecuado dejar impune al autor por la falta de relación del engaño con el bien jurídico. Pues los acontecimientos no expresan la libertad de acción del consintiente, como lo tiene que hacer un consentimiento válido; más bien expresan una voluntad manipulada astutamente por el engaño. Con el engaño del autor, el sacrificio libre y desinteresado se transforma en un detrimento sin sentido.

Eso es diferente en el engaño sobre la voluntad de pago dentro de un contrato con prestaciones mutuas (*supra*, IX). Aquí el acuerdo sigue siendo sensato según las normas objetivas, porque todavía se puede producir la situación deseada y porque por regla general el Derecho civil y la norma penal del fraude asisten al engañado. En consentimientos altruistas del tipo mencionado, empero, la obtención de la finalidad está definitivamente excluida para el engañado. Si no se observa solamente la "protección de la existencia", sino que se toma en consideración el suceso entero, entonces lo sucedido ha pasado *contra* la voluntad del engañado. Entonces, se tiene que considerar el consentimiento como inválido; no expresa la autonomía del titular del bien jurídico, sino que está determinada por circunstancias ajenas, de modo que lo sucedido no le es imputable al engañado, sino al autor como obra propia antijurídica.

Eso tiene que valer incluso cuando el que engaña no tiene como meta el mero daño y, por ejemplo, simplemente desecha el órgano trasplantado (como en el "ejemplo extremo", dado *supra*, V), sino también cuando se lo implanta a otra persona distinta del pariente a quien el donante pretendía dar su órgano. Pues, también según un juicio objetivo, un acto tan personal sólo puede entenderse como manifestación

de una libre disposición cuando se respeta la voluntad del donante respecto a la persona del destinatario³⁰.

(XI)

Lo mismo vale para nuestro grupo de casos nº 4 (consentimiento para prevenir daños). Mientras que alguien permita intervenciones en su esfera jurídica para impedir daños para otros, actúa altruistamente, y para la invalidez del consentimiento es posible alegar las razones aducidas en X. Pero el resultado no es diferente cuando quien consiente sólo persigue su propio interés. Sobre todo JAKOBS³¹ ha subrayado con razón el caso en "que se simulan situaciones de emergencia, de las que quien consiente intenta liberarse renunciando a un bien mediante acciones parecidas al estado de necesidad". Si se asume una invalidez del consentimiento en semejantes situaciones, entonces existe, por ejemplo, una lesión física en el caso propuesto por JAKOBS en que alguien se rapa todo el pelo porque se le ha hecho creer que tiene piojos y luego, estando calvo, es el hazmerreír del entorno. Se darían daños materiales en el "caso del animal carnívoro" que propuse (*supra*, VII, 4) si el autor consigue capciosamente el consentimiento para la ejecución del animal afirmando de manera mendaz que éste se había escapado y ponía en peligro al público. En la misma línea, la deforestación de un bosque constituiría un daño si se le hizo creer al propietario de un campo que existe un incendio y que debería impedirlo talando el bosque. En tales casos se usa la simulación de un desastre para poner al engañado en una situación de presión psíquica que da lugar a una coacción por medio de una amenaza. Pero si un consentimiento obtenido a través de una coacción es considerado según opinión general inválido (opinión que aquí se acepta), entonces también lo tiene que ser para este tipo de casos. Por supuesto que sería válido si la situación de necesidad se correspondiera con la realidad. En tal caso, en la ponderación de

³⁰ Coincidiendo en los resultados GÜNTHER JAKOBS, como arriba nota 25, nº marg. 14/8, p. 316.

³¹ *Ibidem*, nº marg. 7/121, p. 205.

bienes hecha por quien consiente cobraría relevancia la libertad de decisión remanente. Empero, el engaño estrecha el margen objetivamente ilimitado de la libre decisión, de la misma manera que lo hace la amenaza. Esto hace que el consentimiento no sea libre y por ello resulte inválido.

ARZT³² defiende la opinión según la cual el tipo de coacción protegería la libertad de acción “contra la violencia y la amenaza, es decir, sólo contra formas de ataque bien específicas (...) a las que no pertenece la artimaña”. Sin embargo, no resulta convincente la conclusión que pretende sugerir, de acuerdo con la cual el Derecho penal mediante las reglas sobre el consentimiento no debería establecer protección alguna frente a urgencias generadas mediante engaño. En efecto, el tipo de coacción incluye cualquier perjuicio a la libre ejecución de la voluntad (por ejemplo, una acción impuesta por muy insignificante que sea, o cualquier silencio impuesto) y de modo alguno se requiere de manera especial que ésta consista en el abandono de un bien jurídico protegido penalmente. Es absolutamente sensato castigar el engaño conseguido en una situación de amenaza coactiva del bien jurídico abandonado, aunque tal situación no pueda ser incluida en el sentido ulterior y general del tipo de coacción. Por lo demás, para el art. 181, *SchwStGB* basta también cualquier “otra limitación” de la libertad de acción, además de “violencia” y “amenaza con perjuicios serios”. No está excluido en tal caso que esto pueda suceder mediante engaño, aún incluso en que no dependa de ello para tal resultado.

Otro argumento para la invalidez del consentimiento en los casos de prevención de daños se puede obtener de una comparación con las consideraciones en que *ceteris paribus* el autor usa un tercero engañado para la realización directa del tipo sin consultarlo con el titular del bien jurídico. En aquellos ejemplos de este grupo de circunstancias, en los que se fingen los requisitos de un estado de necesidad justificante (como en el caso ya mencionado del animal carnívoro), el autor engañado instrumento del hecho actuaría sin dolo por la suposición errónea de requisitos justificatorios. En otros casos (como el de los piojos) falta el

³² Como nota 7, p. 17 y con frecuencia.

estado de necesidad justificante —bajo la condición de que se presenten de manera engañosa las circunstancias— porque la decisión sobre la intervención quedaría todavía reservada a la autonomía del titular del bien jurídico. Dado que los límites generados a la decisión no dependen de quien consiente en tanto titular del bien jurídico autorizado a decidir, se puede decir que él da su consentimiento sobre la base de una idea errónea que es equivalente a un error que excluye el dolo. Semejante error tiene que convertir el consentimiento en inválido, porque el asentimiento causado por un engaño no se puede valorar como un abandono doloso de bienes jurídicos.

(XII)

En el último grupo de casos (el engaño sobre circunstancias concomitantes relevantes para la motivación y esperanzas fuera de la esfera de acción del autor), empero, se tendrá que considerar válido al consentimiento, pese al error de quien consiente.

El Tribunal Federal Supremo germano-occidental decidió un caso ilustrativo del error sobre circunstancias concomitantes³³:

Los dos imputados —entonces estudiantes de medicina— se desempeñaban en las prácticas de un hospital en calidad de “ayudantes” (según se los denomina). Durante este tiempo trataban autónomamente lesiones y efectuaban intervenciones en pacientes quienes erróneamente los tomaban por médicos. El BGH tenía que resolver si tales casos constituían lesiones.

Bajo la asunción —aquí supuesta— de que una intervención médica correcta satisface el tipo de lesiones y que los ayudantes se presentaron simulando la calidad de médicos, este engaño habría causado un error referido al bien jurídico si las intervenciones hechas por los estudiantes hubieran requerido los conocimientos y capacidades de un médico titulado. Pues entonces, tolerando las intervenciones por los ayudantes, los pacientes habrían quedado expuestos a un peligro corporal que no habría existido en el tratamiento por un médico titulado. Por lo

³³ BGHSt. 16, p. 309 y ss.

tanto no habría existido un consentimiento válido y habría que sancionar a los ayudantes por lesiones físicas. Eso también lo supone el BGH y agrega³⁴:

“No todas las intervenciones médicas requieren los conocimientos especiales de un médico. En casos médicos muy simples, por ejemplo, en lesiones mínimas de cortes y golpes, en la asistencia médica externa de una herida o en la aplicación de una venda, otro experto, un ayudante médico o una enfermera, puede prestar la ayuda necesaria de una manera tan correcta y segura como la que puede prestar un médico. Dado que aquí la cuestión de si el autor posee licencia médica pierde totalmente importancia y resulta irrelevante según la opinión genérica fundada en la situación, un error del paciente sobre ello no excluye la justificación. En tales casos el consentimiento también incluye, según su sentido objetivo, el tratamiento por una persona que no es médico”.

Desde el punto de vista aquí defendido se trata de una argumentación totalmente adecuada. Si para la integridad corporal y la salud del paciente no es de importancia si la intervención se efectúa por un médico o por un ayudante, entonces el engaño sobre la calidad de médico del que interviene no causa un error referido al bien jurídico (grupo de casos nº 1). Tampoco se engaña sobre el fin que tiene la intervención según el punto de vista de quien consiente (grupos de casos nº 2, 3, 4), sino sobre una circunstancia concomitante. Este error sólo podrá excluir la validez del consentimiento si a causa de la idea errónea éste ya no fuera la manifestación de la libertad de acción del paciente. Pero esto no se puede decir. Pues, dado que no depende de la voluntad arbitraria del engañado, sino de un juicio normativo si una idea errónea del consintiente deja parecer el abandono del bien jurídico todavía como una libre disposición o no (véase *supra*, VI), los errores sin importancia para la toma de decisiones de cualquier paciente razonable no tendrían que ser tomados en cuenta. Éste es el caso si y sólo si cuando la corrección de la intervención no depende de quién la lleva a cabo. Por lo tanto, en el caso decidido por el BGH no es importante si los pacientes realmente habrían dado su consentimiento si hubieran sabido que un ayu-

³⁴ Ibidem, p. 311.

dante les daría la inyección. Aunque en la instancia judicial de decisión anterior se había querido avanzar en tal dirección el BGH lo rechazó con razón, porque el consentimiento “según su sentido objetivo también [abarcaría] el tratamiento por un no-médico”.

Lo mismo vale para los casos en que alguien está engañado sobre la persona del médico que efectúa la intervención (y ambos médicos son competentes para ella, *supra*, VII, 5) o en el ejemplo (*supra*, III) de que alguien quien quiere matar una vaca está engañado sobre la persona que efectuará la matanza. Esto es diferente al caso en que alguien consiente en que se mate al animal porque se lo ha convencido de que está irremediablemente enfermo. Aquí hay un engaño referido al bien jurídico y con ello un daño material; pues, para el agravio del bien jurídico hace una distinción fundamental si se mata una vaca sana o una inservible.

Sólo con los puntos de vista mencionados puede conseguirse también una limitación sensata de la obligación de información médica. El médico tiene que informar sobre todos los efectos secundarios y posibles consecuencias de una intervención que bajo cualquier punto de vista sensato puedan ser relevantes para el consentimiento del paciente. Caso contrario existe un engaño referido al bien jurídico por la información omitida y puede llevar a una sanción por lesiones. Pero si los efectos secundarios, por su nimiedad o por ser extremadamente inusuales, no tienen razonablemente importancia —lo que se satisface si hay diversas opiniones razonables al respecto, sin que sea necesario unanimidad— entonces no afecta la validez del consentimiento que no haya habido aclaraciones al respecto. En tales casos el error del paciente se refiere a una circunstancia concomitante irrelevante.

También se trata de un engaño sobre una circunstancia concomitante cuando alguien a través de un engaño sobre el importe de un precio es inducido, por ejemplo, a hacer una operación cosmética o a demoler un viejo cobertizo en su jardín. Un consentimiento tal excluye una lesión física o un daño material, incluso cuando la factura resulte ser más alta que lo esperado y sea el caso que quien consintió no lo habría hecho en caso de conocer el precio. Semejantes casos corren paralelos a los de engaño sobre la contraprestación. A pesar del engaño sobre el importe del precio, el consentimiento es válido porque la intervención

como tal sirve a los intereses del contratante y es una manifestación de su libre potestad dispositiva. El deseo del contratante de no ser tratado de manera inadecuada en la determinación del precio se satisface suficientemente con las diferentes regulaciones posibles del Derecho civil para cada caso.

Finalmente, no tiene influencia sobre la validez del consentimiento el engaño sobre esperanzas relevantes para la motivación, cuyo cumplimiento no está en manos de quien engaña. Si un cirujano plástico persuade a una mujer para una cirugía estética, persuadiéndola de que así encontrará un hombre o que hará una carrera excelente en su profesión como actriz (véase también *supra*, III y VII, 5), entonces esto no significa una lesión física, incluso cuando las promesas que han causado el consentimiento son absolutamente engañosas. Pues, el “sentido objetivo” de una intervención permitida de tal manera no va más allá del consentimiento en una operación de cirugía estética, y solamente para ella se le paga al interviniente. La decepción de esperanzas ulteriores no cambia nada el hecho de que el contrato está ejecutado. Como muestra el grupo de casos de engaño sobre la contraprestación, esto excede lo que es necesario para la validez del consentimiento. Las consecuencias ulteriores de una decisión de voluntad siempre son inseguras y no obstan a la autonomía de aquélla las esperanzas falsamente generadas y de las que más tarde uno se lamenta.

(XIII)

La sistematización de grupos de casos aquí propuesta se puede sofisticar y complementar aún más. De esta manera probablemente se podría conseguir con el tiempo un mayor consenso de lo que ha sido posible hasta ahora sobre el tratamiento de consentimientos producidos por engaños. En la literatura más reciente, siguiendo el estudio fundamental de ARZT, KÜHNE³⁵ y JAKOBS³⁶ han desarrollado propuestas ulteriores en tal línea, que en parte se tocan con las soluciones aquí ex-

³⁵ *Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechts-gutsverzichts*, JZ 1979, p. 241 y ss.

³⁶ Como arriba nota 25, n° marg. 7/118 y ss.; n° marg. 14/7 y ss.

puestas, pero también difieren de ellas en múltiples aspectos. En primer lugar, ambos parten de una validez mucho más amplia del consentimiento de la que se propone aquí. KÜHNE³⁷ considera todos los consentimientos causados por engaños “en principio como válidos”. No obstante, pretende negarle a quien consiguió el consentimiento mediante engaño que pueda invocar tal consentimiento. Para ello apela a la figura de “abuso de derecho” de manera que entonces el consentimiento se trata como “inexistente”. JAKOBS³⁸ por su parte trata como válidos a todos los consentimientos obtenidos por engaños no referidos al bien jurídico. Sin embargo, a diferencia de ARZT, en gran parte de los casos quiere exigirles responsabilidad como autores indirectos a quienes engañan. Quien consiente engañado debe tomarse como instrumento [*Tatmittler*] lo que supone que quien engaña actúa de manera “típica en cuanto autor mediato [*mittelbarer Täter*] (dominio del defecto), y en cuanto autor inmediato [*unmittelbarer Täter*] (intervención) de manera no típica”.

El espacio aquí disponible impide un análisis más detallado de estas construcciones. No obstante, esta limitación es tolerable en la medida que las divergencias dogmáticas no llevan a resultados teóricos tan diferentes. Pues, si el consentimiento considerado válido no le ayuda al autor que engaña a conseguir la impunidad —sea por abuso de derecho, sea por la imputación del sucedido a la autoría mediata—, eso redundará, en definitiva, a nivel del tratamiento práctico, en la ineficacia del consentimiento. Me parece que la problemática de tales concepciones algo sobre-teorizadas consiste en el hecho de que no consideran suficientemente el significado normativo del consentimiento. Si éste es la manifestación de la libertad de acción del particular en el trato con sus bienes jurídicos, entonces no puede ser válido cuando carece de una decisión del titular del bien jurídico que sea autónoma según las normas jurídicas. Pero si existe semejante decisión y el consentimiento es, por consiguiente, válido, entonces no se le puede imputar lo sucedido al autor ya que falta la lesión del bien jurídico.

³⁷ Ibidem, p. 244 y s.

³⁸ Ibidem, n° marg. 7/118, p. 204 y s.

Más importantes que las diferencias de enfoque como las citadas resultan las diferentes conclusiones propuestas por ambos autores. KÜHNE quiere adoptar la posibilidad de castigar penalmente a quien engaña generando “errores en el contenido, así como errores referentes a la gratuidad de una contraprestación contemporánea”. Con los “errores en el contenido” se captan los engaños referidos a los bienes jurídicos. En cuanto a los errores no referidos a bienes jurídicos, con el criterio de la contemporaneidad y de la gratuidad se excluyen los errores sobre la contraprestación en la dirección defendida por ARTZ y también sostenida aquí. La característica de “gratuidad” permite captar el grupo de casos aquí caracterizados como consentimientos altruistas y tales que sirven a la prevención de daños (*supra*, X, XI). Sin embargo, con la limitación de la punición a la provocación de errores “contemporáneos” o “simultáneos”, también quedan exentos de punición los engaños sobre el comportamiento futuro del autor (por ejemplo, acerca del uso abusivo de un órgano donado gratuitamente). Esto, según mi opinión, es una solución inadecuada. Por otro lado, la referencia a la “contemporaneidad” posibilita describir como irrelevantes la decepción de meras “esperanzas” (en el sentido de nuestro grupo de casos n° 5, *supra*, XII) al igual que la opinión aquí defendida. En el caso del asistente (BGHSt. 16, p. 309) empero, KÜHNE arriba a la posibilidad de castigar penalmente, en contradicción con el BGH y con la solución aquí aprobada, en virtud de que los pacientes dispusieron “gratuitamente” y su error (sobre la cualidad de médico de los asistentes) es “contemporáneo”. Por las razones expuestas en el texto esto difícilmente puede convencer. En resumen, en la comparación con la solución aquí desarrollada se muestra una coincidencia con las soluciones dadas en los grupos de casos nros. 1 y 2 (punibilidad en engaños referidos al bien jurídico, impunidad en engaños sobre la contrapartida); en los otros tres grupos de casos, las convergencias y divergencias están equilibradas.

JAKOBS³⁹, por su parte, nota acertadamente que en los engaños referidos a bienes jurídicos no existe en absoluto un consentimiento (*supra*, VIII). Por lo demás, supone una autoría mediata de quien engaña

³⁹ Como arriba nota 25, n° marg. 7/117, p. 204.

“cuando (...) se finge una situación que da una razón para actuar”, y quien engaña “ha creado de una manera imputable una situación en la que la renuncia es razonable”⁴⁰. Con ello se acerca de nuevo en gran parte a la opinión tradicional, según la cual cada engaño, sea referido a bienes jurídicos o no, lleva a la punición dependiendo del tipo penal en cuyo bien jurídico se ha intervenido. Difícilmente es imaginable que alguien intente conseguir un consentimiento simulando una situación en la que el abandono de un bien jurídico fuese insensato, porque semejante engaño apenas podría adquirir un poder motivador. Por lo tanto, JAKOBS presenta los casos de prevención de daños (véase la cita en XI) como ejemplo principal en que al fingirse ciertas circunstancias resultaría razonable el abandono jurídico de bienes. Con ello, delimita de manera orientativa un grupo de casos en que la provocación de un error no referido al bien jurídico lleva a la posibilidad de castigo penal de quien engaña (al igual que la solución defendida aquí). No obstante, sostiene que⁴¹: “[el abandono en cuestión] es razonable en tanto que se lo tome como arrojando un saldo sin pérdidas, según escalas de valoración generales que se tienen que desarrollar sobre todo para el estado de necesidad y para la autoría mediata”. Es de suponer entonces que para su criterio de razonabilidad probablemente le han inspirado los casos de prevención de daños. Pero la generalización que se encuentra en la característica de razonabilidad va más allá de la correcta valoración de la simulación de situaciones similares al estado de necesidad y lleva entonces a soluciones que, desde el punto de vista aquí defendido, ya no son aceptables. Así, JAKOBS tiende a suponer que existe una lesión física también en el caso en que un estudiante “dona un monto pequeño de sangre, porque se le hizo creer que recibiría una recompensa extremadamente alta” (resultado que JAKOBS mismo denomina como “dudoso”). Sin embargo, de ser coherente, tendría que considerar suficiente para la autoría mediata a cualquier engaño sobre la contraprestación (no sólo sobre “una recompensa extremadamente alta”), porque en semejante caso el abandono consentido por quien es engaña-

⁴⁰ *Ibidem*, n.º marg. 7/121, p. 205; n.º marg. 7/123, p. 206.

⁴¹ Aquí y en lo siguiente: como arriba nota 25, n.º marg. 7/121, ps. 205 y 206.

do es visto como arrojando un saldo sin pérdidas y en este sentido es “razonable”. Por las razones mencionadas arriba hay que rechazar semejante solución. Además se tendrá que decir que en el consentimiento altruista (grupo 3) y en los engaños sobre circunstancias concomitantes y esperanzas (grupo 5) el principio de una “razonabilidad” basada en el saldo entre beneficios y perjuicios no encaja bien en absoluto.

(XIV)

Ya en su tesis de habilitación de 1955, PETER NOLL, el amigo fallecido prematuramente, reconoció que “sólo son importantes los vicios en el consentimiento del lesionado en la medida que se refieran realmente a motivos determinantes para el abandono del bien jurídico lesionado”⁴². Con ello nos puso la tarea de resaltar estos “motivos determinantes” y diferenciarlos de los insignificantes. Nuestro resumen muestra que desde entonces el problema ha sido trabajado varias veces. Aunque se ha avanzado, todavía no se ha producido una solución reconocida de manera amplia. Este estudio no puede brindar más que un aporte a una discusión sobre preguntas abiertas que recién ha comenzado y presumiblemente perdurará en el tiempo. Se lo dedico a la memoria de PETER NOLL, el gran estimulador del Derecho penal, de la política criminal y de la teoría de legislación.

⁴² Como nota 9, p. 131.

*Consentimiento, autonomía
de la personalidad
y bien jurídico típico **

* Título original: «Einwillung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut», en *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, MARTIN BÖSE - DETLEV STERNBERG (coords.), Duncker y Humblot, Berlin, 2009, ps. 269-286. Traducción de ANNA E. M. RICHTER

(I)

INTRODUCCIÓN

KNUT AMELUNG, el venerado homenajeado, es uno de mis primeros discípulos. Ya lo conocía como estudiante en mi tiempo en Gotinga. Como es sabido, más tarde en 1972, y aunque trabajaba como asistente en Derecho público con PETER BADURA, hizo el doctorado conmigo con un trabajo sobre “protección del bien jurídico y protección de la sociedad”, trabajo que aún hoy es fundamental en su ámbito. Entonces lo calificué con *summa cum laude* y en mi voto advertí que por su nivel científico este escrito se correspondería con los requisitos exigidos para una tesis de habilitación. Esto no era solamente mi opinión, de modo que AMELUNG fue nombrado en una cátedra en virtud de su tesis doctoral.

AMELUNG ha más que compensado la falta de un escrito de habilitación con un sinnúmero de presentaciones monográficas, lo que hoy en día se ve rara vez en los profesores. Todas se destacan por su claridad, perspicacia, independencia y tratamiento fértil de aspectos del Derecho público, de la sociología jurídica y de la filosofía. Por lo que concierne a cuestiones de contenido estoy de acuerdo con él en gran parte, pero en modo alguno en todos los puntos, incluso los centrales. Así, por ejemplo, mi interpretación de la instigación como “requerimiento” [*Anforderung*] experimentó una confirmación espléndida en un análisis reciente y minucioso de AMELUNG¹. No obstante, pese al reconoci-

¹ AMELUNG, “Die Anstiftung als korrumpierende Aufforderung zu strafbedroh-tem Verhalten”, *FS-Fr.-Chr. Schroeder*, 2006, p. 147 y ss.

miento que merece la calidad científica de su disertación, he mantenido alguna distancia con su concepto teórico sistemático de la fundamentación de la pena².

Un tema sobre el que discutimos desde hace mucho es el consentimiento. Para mí y los seguidores de una opinión en desarrollo, el consentimiento válido lleva a la exclusión del tipo, mientras que AMELUNG propugna desde hace décadas un poder meramente justificante del consentimiento³ y recientemente reafirmó su opinión para el tipo de las lesiones, considerándola como “superadora en términos éticos” en comparación con la mía⁴. Para ello cuenta con la opinión todavía dominante a su favor. Ante eso, me parece sensato aclarar de nuevo de manera precisa mi posición y ocuparme con ello de manera más detallada de los reparos puestos por AMELUNG y otros.

Resulta discutido si la clasificación sistemática del consentimiento tiene tanta importancia como la que le otorga la literatura penal. Esto en virtud de que en su mayor parte hoy hay acuerdo sobre el hecho de que el tratamiento de vicios del consentimiento no depende de tal cuestión⁵. Si, junto con la opinión dominante, se considera a la suposición errónea sobre los requisitos fácticos de una causa de exclusión de la antijuridicidad como excluyente del dolo, entonces para el tratamiento de cuestiones de errores tampoco juega un papel si el consentimiento es juzgado como excluyente de la tipicidad o como excluyente de la antijuridicidad. De ahí que sea entendible cuando ARZT dice: “El esfuerzo con el cual en la Parte General se discute, por ejemplo, sobre si clasifi-

² Véase sólo ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. I, § 2, nº marg. 116.

³ Véase sólo sus monografías *Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes*, 1981, p. 26 y ss.; e *Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten*, 1998, ps. 25-30 (análisis crítico de mi posición).

⁴ AMELUNG - LORENZ, “Mensch und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung”, *FS-Otto*, 2007, ps. 527 y ss., 531.

⁵ Aportan las monografías más importantes acerca de este tema AMELUNG (*Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten*, 1998); y RÖNNAU (*Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001).

car el consentimiento de la víctima (...) como referente a la categoría de exclusión del tipo o de la justificación, parece algo artificial”⁶.

Por otro lado, la disputa concierne nociones centrales del Derecho penal como la de tipo, autonomía de personalidad y bien jurídico, nociones que deberían ser comprendidas lo más claro posible. Y por lo menos desde ciertos puntos de vista se le atribuye un significado práctico a la pregunta por la naturaleza jurídica y posición sistemática del consentimiento. Desde la perspectiva de la teoría estricta de la culpabilidad, esto vale tanto para la suposición errónea de un consentimiento como para la ignorancia de un consentimiento realmente existente. En su publicación más reciente sobre el tema⁷, AMELUNG indica que mi posición posee “lagunas de protección”, “que —si se quiere— parecen inhumanos”, al igual que a la inversa también reclama que la consecuencia de mis tesis conllevaría a una posibilidad de castigo penal demasiado amplia y llegaría “cerca de la afirmación según la cual existiría una lesión física sin herir el cuerpo”⁸. Ante ello me parece justificado retomar amigablemente la discusión. Tomaré en consideración la crítica de ARZT en la medida que me permite ocuparme de autores más recientes evitando ocuparme con todo detalle una vez más de argumentos conocidos.

(II)

LAS RAZONES CENTRALES PARA EL EFECTO EXCLUYENTE DE LA TIPICIDAD DEL CONSENTIMIENTO

a — La realización del tipo como lesión del (o sea amenaza para el) bien jurídico

Si dentro de la categoría amplia de un tipo injusto completo [*Gesamtunrechtstatbestand*] se quiere distinguir entre los niveles autónomos

⁶ ARZT, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft zwischen Studentenbergr und Publikationsflut*, libro de memoria para ARMIN KAUFMANN, 1989, ps. 839 y ss., 875.

⁷ AMELUNG - LORENZ, “Mensch und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung”, *FS-Otto*, 2007, ps. 527 y 530.

⁸ AMELUNG - LORENZ, “Mensch und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung”, *FS-Otto*, 2007, ps. 527 y 533. La palabra *Versehung* en el texto probablemente es un error de imprenta.

de tipo y antijuridicidad, entonces sensatamente esto sólo es posible de tal manera que en el tipo se considera representada una lesión (o, dado el caso, una amenaza) del bien jurídico respectivamente protegido, mientras que las causas de exclusión de la antijuridicidad acentúan intereses de mayor importancia en casos de colisión, sobre la base de una ponderación hecha por la ley. Dicho de otro modo: el tipo está cumplido cuando el titular del bien jurídico es lesionado de manera evidente de acuerdo a la categoría de conducta que se pretende punir [*deliktstypischer Weise*]*. La antijuridicidad de una acción que cumple con el tipo está excluida cuando el legislador permite excepcionalmente semejante lesión en base a fines de mayor valor.

A base de tales diferenciaciones, un consentimiento válido del titular del bien jurídico de ninguna manera puede ser una mera causa de exclusión de la antijuridicidad⁹. Cuando alguien adopta disposiciones

* [N. de la T.]: como es sabido, la tradición dogmática penal de habla hispana ha decidido traducir la expresión *Tatbestand* como “tipo” o “tipo penal”. Existen múltiples objeciones a tal elección lingüística. Entre otras, que *Tatbestand* debería ser traducido de manera tal que quedase en claro que se refiere a las circunstancias fácticas penalmente relevantes, las situaciones de hecho penalmente relevantes (o enunciados de significado análogo, como *fattispecie* en italiano). En todo caso, es conocido que en español la expresión “tipo” no transmite semánticamente lo mismo que *Tatbestand* en alemán. Además de este clásico problema, en el presente contexto surge un problema ulterior. La expresión *Deliktstypus* “*deliktstypischer Weise*” (y “*Typus/Typ*” en general) invitan a traducir *Typus* como “tipo”. De manera tal que se generarían apariciones de la expresión “tipo”, a veces en lugar de *Tatbestand* y a veces en lugar de *Typus*. En ausencia de una traducción canónica para expresiones como “*Typ/Typus*” (y las terminadas con “-*typus*” “-*typischer*”), y considerando que la expresión “tipo” ya se utiliza para *Tatbestand*, no existe otra solución que evitar la similitud (equivoca) del término “tipo” y utilizar otro término para estos casos. Hemos elegido, a falta de mejores opciones, la expresión “categoría”. La expresión *Deliktstypus* que aquí se traducirá como “categoría delictiva” refiere —presumiblemente— a la *clase o categoría de conducta que se pretende punir*.

⁹ Acerca de las razones específicas, que no quiero repetir aquí, remito a la descripción en mi manual (*Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. I, § 13, n° marg. 12 y ss.), y los argumentos que numerosos defensores de una exclusión del tipo han expuesto desde hace mucho; los defensores son enumerados en ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. I, § 13, n° marg. 11, anotación 19.

sobre su patrimonio o su cuerpo dentro del marco de la libre disponibilidad concedida por ley (por ejemplo, encargándole al jardinero cortar el seto o al peluquero cortar su pelo) estos servicios solicitados no comportan ningún daño al titular del bien jurídico y por ello no pueden cumplir con el tipo de los §§ 303, 223 del *StGB*. Más bien, el titular del bien jurídico sólo hace uso de las posibilidades de configuración de su vida personal que le concede el bien jurídico. Si el § 903 del *BGB* subraya explícitamente que el propietario podría “proceder con la cosa según su agrado”, entonces semejante ejecución de los derechos de patrimonio a través de la intervención de terceros en absoluto puede ser interpretada como una lesión del patrimonio. Y dentro de los límites trazados por los §§ 216, 228 del *StGB* vale lo mismo para el manejo del propio cuerpo.

Por consiguiente, el bien jurídico no consiste solamente en su sustrato real, sino también en esta parte de autonomía personal, que se representa en él. Quien ayuda al titular del bien jurídico en el manejo de sus bienes jurídicos de acuerdo a sus deseos (lo que legalmente está dejado a criterio del titular) no realiza el tipo, si es que se quiere atribuir alguna relevancia penal a la realización del tipo (sin la cual el concepto no tendría sentido).

b — La ausencia de todas las características de justificación en el consentimiento

Un consentimiento válido no sólo carece de todos los rasgos propios de la realización del tipo. También faltan los caracteres de una causa de exclusión de la antijuridicidad. Falta cualquier colisión de intereses contrapuestos cuando el agente actúa con la voluntad y en el interés del titular del bien jurídico. Por eso no es relevante si las actividades realizadas son necesarias según normas legales, sino de la decisión libre y voluntaria del titular del bien jurídico¹⁰.

¹⁰ El intento de HIRSCH de igualar la necesidad con una decisión cualquiera del titular del bien jurídico no acierta el sentido de la característica de la necesidad; al respecto, RÖNNAU, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001, p. 146 y s.

*c — La actuación propia y actuación de un tercero querida
por el titular del bien jurídico no justifican
una diferencia socialmente relevante
dentro del marco de la libre disposición*

También bajo el punto de vista de la realidad cotidiana, un comportamiento atípico y un comportamiento cubierto por el consentimiento no merecen una valoración diferente, mientras que, por ejemplo —retomando un viejo ejemplo de WELZEL— causar la muerte atípica de una mosca y el homicidio de un ser humano en legítima defensa son acontecimientos totalmente heterogéneos.

En contraste, bajo el punto de vista penal no hace una diferencia evaluativa si yo mismo me corto el pelo o lo hago cortar. Por ello no hay ninguna razón para suponer en el segundo caso una lesión física o un daño material que no existe en el primer caso. Para la calificación jurídica tampoco marca una diferencia si previo a los vuelos intercontinentales yo mismo me inyecto la inyección que uso como protección contra riesgos de trombosis o si, por mi torpeza manual, se lo pido a mi mujer. Cuando en una despedida de solteros el dueño de casa pone a disposición la porcelana para que sea estrellada contra el suelo de modo de ahuyentar las malas influencias, no es importante para la calificación penal si él mismo hace pedazos toda la vajilla o si pide a otros invitados que participen en ello.

No se requiere de más ejemplos para reconocer que no puede ser el objeto de la labor teórica penal asignar a comportamientos socialmente equivalentes y totalmente correctos, que no lesionan los bienes jurídicos de nadie, diferentes niveles dentro de la sistemática penal.

*d — La falta de la imputación objetiva en un accionar
abarcado por el consentimiento*

Últimamente KINDHÄUSER¹¹ ha llamado la atención sobre otro punto de vista importante. Resalta que el tratamiento del consentimiento como causa de exclusión de la antijuridicidad provendría de un tiempo “cuando la teoría de la imputación objetiva en su forma actual no ha-

¹¹ KINDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 2006, § 12, n° marg. 4.

bía sido desarrollada ni siquiera en parte y en especial todavía no se efectuaban limitaciones del tipo apelando a la falta de incumbencia del riesgo para el autor". Con razón interpreta el consentimiento como "asunción de la responsabilidad por la intervención en bienes propios" y llega a la conclusión de que tendría que ser concebido "como caso particular de la exclusión de la imputación objetiva del tipo": "con el consentimiento, el derechohabiente asume la responsabilidad por los sucesos que causan la consumación".

De hecho: si el consentimiento ante un peligro generado por otro tiene que interpretarse como una asunción del riesgo que excluye la imputación objetiva del tipo —y esta figura jurídica propuesta por mí hoy en día es aceptada en gran parte¹²—, entonces no puede ser diferente para el consentimiento.

(III)

LOS ARGUMENTOS CENTRALES DE LA SOLUCIÓN DE JUSTIFICACIÓN

Los argumentos resumidos anteriormente parecen ser contundentes en cuanto al carácter del consentimiento como excluyente del tipo. Pero, ¿cuáles son las razones que hacen que la opinión todavía dominante se aferre a la suposición de una causa de exclusión de la antijuridicidad? Casi todos los autores más recientes defienden un punto de vista formulado autónomamente; de eso no me podré ocupar detalladamente¹³. Pero se pueden comprobar dos contraargumentos centrales: la referencia al tenor literal de la ley y el intento de presentar el problema como uno en que efectivamente existe una colisión de intereses en la que corresponde prioridad al consentimiento válido. AMELUNG elige otro enfoque autónomo de justificación, del que me ocuparé por separado (V) a continuación del análisis de las soluciones en base a distinciones (IV).

¹² Más detalladamente, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. I, § 13, n.º marg. 121 y ss.

¹³ RÖNNAU provee un análisis amplio y convincente de todos los diferentes defensores de la solución de justificación (*Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001, p. 116 y ss.). Él mismo defiende la solución de tipicidad.

a — El argumento del texto en su tenor literal

Numerosos autores —y precisamente también tales que conceden cierta plausibilidad a la solución de tipicidad— se refieren al tenor literal de la ley para el carácter meramente justificante del consentimiento. Así, KÜHL¹⁴ describe la solución que se centra en la tipicidad como “absolutamente justificable”, pero considera la “calificación del consentimiento como causa de exclusión de la antijuridicidad” como “más acertado”: “Ya según la comprensión cotidiana y el uso normal del idioma, una persona herida es ‘lesionada físicamente’ (§ 223) y un florero destrozado es ‘materialmente dañado’ (§ 303), incluso cuando la persona consintió en la lesión física y el dueño en el daño material”.

STERNBERG-LIEBEN no considera imperativo calificar el consentimiento como causa de exclusión de la antijuridicidad¹⁵ y acepta también que en un consentimiento válido se suprimen el disvalor del resultado, el disvalor de la acción y la realización de la categoría delictiva [*Deliktstypus*]¹⁶, aunque luego dice: “Pero el texto literal va en contra de incluir el consentimiento en el tipo (...) La renuncia del bien jurídico por el titular del bien jurídico no puede cambiar nada el hecho de que las características del tipo legalmente fijadas —como ‘lesionar’ en el sentido de un daño material, § 303, o respectivamente una lesión física (§ 223) en forma de un deterioro de la salud— también se verifican en un comportamiento del autor cubierto por el consentimiento del titular del bien jurídico”¹⁷. De una manera análoga se expresan BAUMANN - WEBER - MITSCH¹⁸, ZIESCHANG¹⁹ y otros.

¹⁴ KÜHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 2005, § 9, nº marg. 22.

¹⁵ STERNBERG - LIEBEN, *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, 1997, p. 66.

¹⁶ STERNBERG - LIEBEN, *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, 1997, p. 61 y s.

¹⁷ STERNBERG - LIEBEN, *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, 1997, ps. 62 y 63.

¹⁸ BAUMANN - WEBER - MITSCH, *Allgemeiner Teil*, 11ª ed., 2003, § 17, nº marg. 95.

¹⁹ ZIESCHANG, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2005, p. 72.

Pero el argumento del tenor literal no tiene fuerza persuasiva por dos razones²⁰.

Primero, por supuesto que la interpretación restrictiva también es posible en el Derecho penal, y es incluso necesaria cuando una interpretación referida al bien jurídico lo requiere. Cuando le pido a un vecino que transforme una vieja cómoda, que ya no puedo usar para su fin originario, en leña, entonces procedo con mi patrimonio en el sentido del § 903 del *BGB*. Pero un uso del patrimonio desde luego no puede ser una lesión del patrimonio. Cuando el patrimonio no resulta perjudicado, una interpretación referida al bien jurídico no puede dar lugar a la tipicidad. Más bien, la falta de consentimiento del titular tiene que entenderse como un elemento constitutivo del tipo, comprendido negativamente. Por consiguiente, el § 303 tiene que leerse de la siguiente manera: "Quien daña o destruye una cosa ajena sin el consentimiento del titular ...". Para ello existen ejemplos legales como el § 248.b del *StGB*: "Quien hace uso de un automóvil o una bicicleta en contra de la voluntad del derechohabiente ...". Por lo tanto, aquí un consentimiento excluye el tipo según el tenor literal de la ley misma. Con razón dice SCHLEHOFER: "... desde un punto de vista sistemático no hay ninguna razón para no aplicar esta valoración legal al consentimiento"²¹. El ejemplo muestra además que la redacción de textos, condicionada históricamente y algo azarosa, no debería decidir sobre cuestiones de clasificación sistemática.

Segundo, también se sobreestima muchísimo la importancia del uso del idioma cotidiano para la interpretación de palabras; en todo caso no colabora necesariamente en favor de una solución de justifica-

²⁰ Sólo de paso sea dicho que la suposición todavía defendida aquí y allá que la afirmación de una mera causa de exclusión de la antijuridicidad se deduciría del texto literal de los §§ 228 y 34 del *StGB* no es sostenible. Acerca del § 228 del *StGB* remito a las explicaciones en ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. I, § 13, n° marg. 29. Por lo que veo, nadie que se ha manifestado sobre el argumento allí presentado, me ha contradicho. Acerca del § 34 véase la refutación convincente en RÖNNAU, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001, p. 42 y ss.

²¹ SCHLEHOFER, en *Münchener Kommentar zum StGB*, 2003, n° marg. 106, antes del § 32 y ss.

ción, como creen sus seguidores. Pues, mirándolo de cerca se muestra que en numerosos casos de consentimiento no existe en absoluto una lesión (§ 303) o maltrato (§ 223) según la comprensión lingüística normal. Cuando contrato a un jardinero para cortar el césped o el seto, no se puede decir que se “daña” el césped o el seto con estos servicios. Tampoco se “daña” un árbol cuando el propietario le permite a alguien coger unas manzanas. Cuando me hago cortar el pelo o me hago poner una inyección por razones preventivas, eso no se puede denominar de manera razonable como “maltrato” (= “trato malo, inadecuado”). En virtud de esto, el argumento del tenor literal se suprime para grandes sectores de intervenciones en bienes y cuerpos cubiertas por el consentimiento, y pierde su fuerza expresiva también para los casos restantes, porque no se puede mostrar una diferencia objetiva fundada en el texto en su tenor literal.

Hay que añadir que también en aquellos casos de consentimiento en los que los defensores de la solución de justificación, apelando al tenor literal de la ley, también suponen una exclusión del tipo, resulta que el tenor literal es todo menos claro. Ya lo muestra el ejemplo clásico del § 242 del *StGB*: se supone que el tipo se suprime en un consentimiento del propietario, porque no existe una sustracción o quita [*Wegnahme*]*. Entonces, con sustracción se entiende un traer-hacia-sí [*Ansich-Nehmen*] en contra de la voluntad del titular de la custodia. Pero eso no es en absoluto obvio. Más bien, según nos instruye el *Dictionario Duden*, con “quitar” también se entiende un mero “quitar del lugar”²². Asimismo, todos saben que los propietarios dicen a menudo:

* [*N. de la T.*]: a partir de aquí siguen una serie de consideraciones en la relación entre la raíz „*Nahme*“ y las preposiciones “*Weg*”, “*An*”, etcétera. Aunque en castellano se podrían hacer juegos similares del tipo “sus-tracción”, “ex-tracción”, “a-tracción”, tales términos de igual raíz en castellano no resultan correferenciales con *Weg-Nahme*, *An-nahme*, etcétera. Es decir, no es posible una traducción que refleje directamente lo que en alemán sucede con el cambio de preposición para el caso en cuestión, ni tampoco los casos en los cuales se utiliza el término *wegnehmen* (sustraer, tomar) en sentido de “tomar o llevarse” algo.

²² SCHLEHOFER, en *Münchener Kommentar zum StGB*, 2003, n° marg. 104, antes del § 32 y ss.

“puedes quitarte un trozo” [*ein Stück wegnehmen*]. Incluso la “intrusión” en el sentido del § 123 del *StGB* es lingüísticamente ambigua. Se penetra en una cueva subterránea incluso cuando se ha pedido permiso al propietario. En otros tipos como §§ 185, 201, 239 es incierto y controvertido si y en qué medida un consentimiento ya excluye el tenor literal del tipo²³.

Ya en vista de este diagnóstico, no se puede mantener la tesis de que depende del tenor literal de una prescripción penal si el consentimiento excluye el tipo o la antijuridicidad. Pues la cuestión de si un verbo que caracteriza la acción típica implica una acción sin consentimiento del derechohabiente, depende de interpretaciones vacilantes del uso lingüístico. No puede basarse en ello las distinciones de la sistemática penal.

b — El argumento de colisión

Pese a la evidente falta de una contradicción de intereses, muchos autores también se esfuerzan en construir un caso de colisión, en el que se le da prioridad a la voluntad del titular del bien jurídico. Por ejemplo, leemos en GROPP²⁴ que los “bienes relativos a la vida” típicos se protegerían independientemente de la autodeterminación del titular del bien jurídico. “Por ello, también en un consentimiento válido existe la realización del disvalor descrito en los tipos”. Si se da eso por sentado, entonces el consentimiento sólo puede considerarse justificante, atribuyendo a la voluntad del titular del bien jurídico un interés mayor que autoriza la realización de este disvalor. OTTO²⁵ opina que el Estado protegería la “relación de una persona como unidad de función social”. El “perjuicio de esta relación” sería “independiente del consentimiento del concretamente afectado”, porque la sociedad “tiene un interés en que el particular se desarrolle en esta relación de valor. Si el

²³ Más detalladamente, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. I, § 13, nº marg. 24.

²⁴ GROPP, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 2005, § 6, nº marg. 57.

²⁵ OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7ª ed., 2004, § 8, nº marg. 127.

beneficiario renuncia a la protección en el caso concreto, entonces con ello la relación de valor como tal no es indigna de protección, más bien, en el caso normal, el interés social remanente no justifica una protección penal”.

Estos son razonamientos difícilmente comprensibles que no resisten un contraste con la realidad. Si hago cortar el seto o mi pelo, si hago reformas arquitectónicas o la corrección cosmética de una deformación o cicatriz, en contra de lo que dice GROPP, no hay en absoluto algún “disvalor” típico, sino sucesos cubiertos por la libertad de acción del titular del bien jurídico. Éstos, desde el principio, sólo dan lugar a valores. A saber, mejoran la situación patrimonial y corporal.

Tampoco es adecuado hablar, como lo hace BEULKE²⁶ y otros autores, de un “disvalor abstracto”. Pues, con ello sólo se puede referir a que existiría un disvalor si no se tuviera en cuenta el consentimiento. Esto es cierto, pero no cambia nada en el hecho de que en la existencia del consentimiento falta cualquier disvalor desde el principio. Pues, a diferencia de un peligro abstracto, que a cualquier hora puede transformarse repentinamente en un peligro concreto o en una lesión del bien jurídico, el “disvalor abstracto” postulado nunca puede llevar a una lesión del bien jurídico.

Tampoco se puede decir, como lo hace OTTO, que la relación del titular del bien jurídico con su propiedad o su cuerpo sería “perjudicado” en casos como los mencionados, porque independientemente del consentimiento, la sociedad tendría un interés en que el particular se desarrolle en esta relación de valores. No se puede decir, pues precisamente el particular se desarrolla en el trato con sus bienes jurídicos, lo cual incluye intervenciones de tipo sustancial en ellos.

También existe la opinión común que interpreta el consentimiento como “renuncia al bien jurídico”²⁷. Se trataría “de una colisión entre las decisiones de valores tomadas de manera general en el establecimiento de las normas jurídicas y una valoración subjetiva sólo excep-

²⁶ BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 37ª ed., 2007, nº marg. 363.

²⁷ Lo más detalladamente fundada en HIRSCH, en *Leipziger Kommentar zum StGB*, 11ª ed., 1994, nº marg. 104 y ss., antes del § 32.

cionalmente divergente en el caso particular”²⁸. Pero dentro del marco de la libre disponibilidad sobre bienes jurídicos propios, el legislador nunca ha tomado una “decisión de valor general” que pretenda su intangibilidad. El hecho de que ha puesto límites a la facultad de disposición libre y voluntaria del titular del bien jurídico en los §§ 228, 216 del *StGB*, no da lugar a ninguna colisión en los casos que existe libre disponibilidad.

Tampoco puede fundar una distinción sensata entre la exclusión del tipo y la justificación la existencia o inexistencia de una “renuncia”. Pues, por un lado, la mayoría de los casos de consentimiento no se pueden entender sensatamente como renuncia. En los casos ejemplares mencionados arriba el titular del bien jurídico no renuncia a algún potencial patrimonial o corporal desarrollable, sino que sus disposiciones sirven únicamente para una mejora de su estado patrimonial o corporal. Por otro lado, seguramente hay una renuncia patrimonial cuando le permito a alguien llevarse un libro de mi biblioteca como recuerdo de su visita. Justamente, tal acción resulta, de manera indiscutible, en un consentimiento que excluye el tipo. Por ello, el concepto de renuncia no puede aspirar a tener relevancia sistemática.

(IV)

SOLUCIONES EN BASE A DISTINCIONES

De entre las posiciones que apelan a la tipicidad y el consentimiento ha surgido una solución intermedia que en base a distinciones valora el consentimiento según diferentes puntos de vista. Éstas lo toman en parte como excluyente del tipo, en parte solamente como justificante. Aquí serán indicadas brevemente las concepciones de STRATENWERTH - KUHLEN y PAEFFGEN²⁹.

²⁸ HIRSCH, en *Leipziger Kommentar zum StGB*, 11ª ed., 1994, n° marg. 105.

²⁹ Acerca de otros intentos de diferenciación como los de JESCHECK, que sólo llega a la exclusión del tipo en una modificación del destino y JAKOBS, que sólo llega allí en intervenciones leves en bienes jurídicos, más detalladamente ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. I, § 13, n° marg. 25 y n° marg. 20, anotación 39.

STRATENWERTH - KUHLEN³⁰ creen que el consentimiento en principio sería una causa de exclusión de la antijuridicidad, porque el tipo no contendría un juicio concluyente sobre la antijuridicidad, sino solamente significaría “que muestra las características que típicamente fundan el injusto”. Pero en los “leñadores en el bosque estatal” y en “una intervención médica hecha con pericia y contando con el consentimiento del paciente” los autores sí quieren que el consentimiento surta un efecto excluyente del tipo. Sin embargo, ello no surgiría sólo del consentimiento, sino del hecho de que se trataría de “disposiciones totalmente normales sobre el patrimonio o la integridad corporal”, “con la consecuencia de que los tipos correspondientes deberían quedar excluidos ya bajo el punto de vista de la adecuación social”.

Si se acepta esto se tendrá que decir que las decisiones que se toman de manera jurídicamente válida dentro de la facultad de disposición concedida legalmente, siempre son normales y socialmente adecuadas y en todo caso no admiten una valoración jurídica que las considere como categorías del injusto. Pues, con ello el Derecho penal se entrometería de manera inadmisibile en la libertad dispositiva del titular del bien jurídico. Resulta claro que el principio de una exclusión general del tipo en virtud del consentimiento es mucho más preciso que el criterio vago de la adecuación social³¹.

PAEFFGEN³², por su parte, intenta deducir el carácter meramente justificante del consentimiento en la lesión física del § 228 del *StGB* (por supuesto no de su texto literal). Opone a la opinión defendida por mí: “Este enfoque no puede responder de manera sistemáticamente correcta por qué el efecto de un consentimiento jurídicamente válido, después de la promulgación de la ley, debería depender de otros criterios, sobre todo del criterio de la falta de inmoralidad previsto en el § 228”.

A ello hay que decir dos cosas: primero, en los casos del § 228 no hay ningún consentimiento válido. La disputa solamente gira alrededor de

³⁰ STRATENWERTH - KUHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 2004, § 9, n° marg. 9, 10.

³¹ Más detalladamente, ROXIN, *FS-Klug*, 1983, t. 2, p. 303 y ss.

³² PAEFFGEN, en *Nomos Kommentar zum StGB*, 2ª ed., 2005, t. 2, § 228, n° marg. 7.

la clasificación sistemática del consentimiento indiscutiblemente válido. Y segundo, el § 228 se puede conciliar sin problemas con la idea de que el § 223 también protege, junto con el sustrato real del cuerpo, la autonomía de personalidad referida a él. Una inmoralidad tendría lugar sólo en los casos en los que la lesión física cometida con consentimiento no sirve al despliegue autónomo de la personalidad del titular del bien jurídico, sino a la destrucción de sus posibilidades de desarrollo de la vida (como, por ejemplo, en mutilaciones graves e irreparables)³³.

Sin embargo, para el § 303 y ss. del *StGB* PAEFFGEN también llega a una exclusión del tipo: “no se ve por qué en una renuncia, que está totalmente sujeta a la libertad de disposición del titular del bien jurídico (§ 903, *BGB*), un ‘consentimiento’ no debe anular ya el injusto típico, pues estos tipos son caracterizados por el hecho de que sólo se le da protección al bien jurídico en la medida en que la voluntad del derechohabiente para este bien no renuncia a la protección jurídica (ejemplar en este sentido el abandono de la cosa —*res derelictae*— en el § 959 del *BGB*)”. En este sentido, esto coincide con la opinión aquí defendida. Sin embargo, tampoco se deja ver por qué no debería valer lo mismo para un consentimiento válido en la lesión física. Pues, dentro del marco del § 228 del *StGB*, el cuerpo también “está totalmente sujeto a la libertad de disposición del titular del bien jurídico”.

(V)

LA CONCEPCIÓN DE AMELUNG

Para concluir nos ocuparemos de la concepción de AMELUNG, quien se opone con especial agudeza contra los defensores de la solución de tipo y les reprocha, por un lado, “lagunas de protección” y, por otro, también una extensión inadecuada de la posibilidad de castigo penal. En lo que sigue discutiré las dos objeciones sucesivamente, incluyendo las opiniones de otros autores.

³³ Más detalladamente, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. I, § 13, n.º marg. 38 y ss.

a — El argumento de las lagunas de protección

Ya en 1981³⁴ AMELUNG se había opuesto a autores que consideran la facultad de disposición sobre el sustrato real típico como componente del bien jurídico protegido mismo. Esta opinión se ve en dificultades cuando el ordenamiento jurídico les niega una facultad de disposición a ciertas personas, como por ejemplo, niños pequeños. El injusto de una lesión física o una intervención patrimonial en tales casos tendría entonces que ser valorado como menor que en un acto cometido frente a un titular del Derecho. La ley, que no ofrece ningún asidero para ello, sería “tergiversada” mediante el recurso a la tipicidad, el cual apela a una “precomprensión personalista”.

En el año 1998, AMELUNG³⁵ se opone directamente contra la “idea directriz de ROXIN”, según la cual la autonomía de personalidad junto con el sustrato real protegido por el tipo constituyen el bien jurídico, de modo que un consentimiento realizado en ejercicio de esta autonomía excluiría una lesión del bien jurídico y una consumación del tipo. “El tipo de daño protege el patrimonio de bienes y no la facultad del propietario de disponer de su cosa. Caso contrario quedarían desprotegidas penalmente cosas como la *res extra commercium*, los monumentos nacionales, las partes correspondientes al capital activo en la quiebra, etcétera, que están exentas de la facultad de disposición del propietario (...) Asimismo, el § 223 del *StGB* sólo protege el cuerpo y no a la vez la posibilidad de usarlo en autodeterminación autónoma. Si fuera de otra manera, entonces la pierna de un paralítico quedaría sin protección (o por lo menos sin protección total) y uno tendría que preguntarse si el que golpea a un bebé incapaz de voluntad puede ser sancionado (plenamente)”.

En el año 2007³⁶, este enfoque se radicaliza aún más, especialmente en el tipo de la lesión. A la opinión de que el § 223 del *StGB* protegería “dos valores fusionados estrechamente el uno con el otro: el cuerpo

³⁴ AMELUNG, nota 3, ps. 26 y 27.

³⁵ AMELUNG, nota 3, p. 28.

³⁶ AMELUNG - LORENZ, “Mensch und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung”, *FS-Otto*, 2007, ps. 527, 530 y 531.

y la persona en forma de su autonomía”, opone las “lagunas de protección”, que se dan a su parecer en la lesión de personas, que “no tienen posibilidades reales de acción”. Allí piensa “en bebés, personas en estado vegetativo o personas que sin consciencia agonizan de manera irremediable”. Si se insiste en que la “persona” sería el objeto de protección de los delitos de lesiones, entonces en estos casos se protegería “sólo una ficción” o se tiene que extraer “la consecuencia inhumana” de que se tendría que “excluir del ámbito de protección de los delitos de lesiones físicas a los permanentemente incapaces de actuar, es decir, a seres humanos que necesitan especial protección”.

De todo ello AMELUNG saca la conclusión de que el bien jurídico del § 223 y ss. del *StGB* no sería la persona humana, sino solamente el cuerpo como hecho biológico. Esto, aunque sonaría “naturalista”, sería superior éticamente a la propuesta del bien jurídico que apela al personalismo, en razón que, su opinión no se fundaría en características que no tiene cada ser humano, sino en lo que uniría a todos los seres humanos como seres biológicos: la facultad de sufrir. El § 223 “vendría a impedir con ayuda del Derecho penal los hechos en que alguien causa sufrimiento a otro lesionando su cuerpo”. El tipo protegería “el cuerpo humano como fuente de sufrimientos, que surgen a partir de su lesión”³⁷.

En defensa de mi opinión había expuesto que para los casos de incapacidad de acción habría una sustitución en la voluntad³⁸ que sería ejecutada por padres, tutores, asistentes, o que tienen la custodia, de modo que ante un consentimiento de la persona responsable también aquí no subsistiría un perjuicio para la voluntad. Y para el caso construido de que momentáneamente no exista ningún representante de voluntad (AMELUNG³⁹: “el autor mata a los padres y luego maltrata a su

³⁷ AMELUNG - LORENZ, “Mensch und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung”, *FS-Otto*, 2007, ps. 527 y 531.

³⁸ Más detalladamente, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. I, § 13, nº marg. 92 y ss.

³⁹ AMELUNG, *Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes*, 1981, p. 27, anotación 31.

hijo de cuatro años”), sólo podría estar provisoriamente pendiente el ejercicio de la facultad de decisión.

AMELUNG declara semejantes consideraciones como “sumamente artificiales”⁴⁰ y explica la imposibilidad de un perjuicio de disposición fundado de tal manera. Sostiene que una propuesta tal contradiría a la naturaleza de la autonomía al declararla transferible, que los representantes legales no podrían tener autonomía ya por el hecho de que los fines de su cargo estarían preestablecidos y que estarían controlados por el Estado y que un poder de disposición pendiente sería una mera construcción para salir del paso⁴¹.

Se puede discutir sobre el peso de estas objeciones. STERNBERG-LIEBEN⁴² considera a mis propuestas sobre la representación de la voluntad como “acertadas” y JOX⁴³ propone para decisiones de representantes la categoría de “autonomía sustitutiva”. RÖNNAU⁴⁴, en cambio, ve aquí “un punto débil en la construcción del modelo de integración” (así llama a la opinión defendida por mí porque integra la autonomía del titular del bien jurídico en el ámbito de protección del tipo). Sigue en gran parte a la argumentación de AMELUNG, pero resalta transigiendo⁴⁵ “que para cada concepto de bien jurídico, que pone la persona y sus necesidades de libertad en el centro de la construcción dogmática, quedan (...) casos extremos, en los que la posibilidad de despliegue de la personalidad pierde importancia o resulta excluida y, de acuerdo a la opinión correcta dominante, debe mantenerse la protección penal”.

RÖNNAU mismo, quien en coincidencia conmigo considera el consentimiento como excluyente del tipo, intenta resolver el problema con ayu-

⁴⁰ AMELUNG, *Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes*, 1981, p. 27, anotación 31.

⁴¹ AMELUNG - LORENZ, “Mensch und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung”, *FS-Otto*, 2007, ps. 527 y 532.

⁴² STERNBERG-LIEBEN, *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, 1997, p. 64, anotación 36.

⁴³ JOX, *Ethik Med*, 2004, ps. 401, 404 y s., 406 y s.

⁴⁴ RÖNNAU, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001, p. 71 y ss.

⁴⁵ RÖNNAU, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001, p. 73.

da del llamado modelo básico desarrollado por él. De acuerdo a este modelo, los bienes jurídicos individuales se protegen “porque sirven como base para el desarrollo personal del titular concreto de bienes”⁴⁶. De este modo, la protección penal de bienes jurídicos de personas provisionalmente incapaces de actuar se justifica “porque otorga la posibilidad de poder usar sus bienes voluntariamente en el futuro, una vez superado el momento en que se carece de conciencia o el momento en que ella resulta limitada”⁴⁷.

Es una idea constructiva que se podría combinar absolutamente con la consideración de que hasta la obtención o recuperación de la capacidad de actuar se podría tener en cuenta la representación de la voluntad. Pero si uno se basa solamente en el modelo básico hay que aceptar, y RÖNNAU no excluye esto⁴⁸, que no nos permite avanzar en los casos en donde el titular del bien jurídico no tiene perspectiva de recuperar jamás la capacidad de actuar, como es el caso de personas en estado vegetativo irreversible o de enfermos mentales incurables.

No obstante, reflexiones ulteriores me han enseñado que las disputas que giran alrededor de la capacidad de actuar no son importantes en absoluto. En efecto, atribuimos al ser humano, mientras viva, una cualidad de persona que va más allá de su existencia físico-biológica. La autonomía que forma el núcleo de la personalidad contiene, en primer lugar, el derecho del ser humano de permanecer indemne en su integridad corporal y su patrimonio, en la medida que intereses mayores no justifiquen una intervención. Sólo en segundo lugar surge de la autonomía el derecho de disponer sobre su cuerpo o su patrimonio según su propia voluntad. Desde luego, también quien está dormido, el inconsciente, el enfermo mental, el moribundo, la persona en estado vegetativo y el bebé tienen el derecho central a la protección de la esfera corporal y patrimonial. Si estos seres humanos no pueden hacer uso de las posibilidades de actuar que les otorgan los bienes jurídicos asignados a su persona, o por lo menos no pueden por el momento o en su to-

⁴⁶ RÖNNAU, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001, p. 453.

⁴⁷ RÖNNAU, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001, p. 101.

⁴⁸ RÖNNAU, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001, p. 109 y ss.

talidad, entonces esto claramente provoca un déficit de autonomía. No obstante, la protección contra injerencias que se deduce de la autonomía de personalidad se mantiene sin reparos. Dado que los tipos penales persiguen precisamente la protección contra injerencias, el disvalor de su realización no puede ser afectado por la limitación de la posibilidad de actuar del titular del bien jurídico: el maltrato a un bebé no da lugar a un disvalor menor que el maltrato a un adulto.

Por lo tanto, la discusión tal cual ha tenido lugar hasta ahora resulta algo limitada en virtud de que considera a la autonomía de personalidad exclusivamente bajo el punto de vista de la libertad de disposición. Esta mirada sesgada se basa en que siempre se ha mirado sólo al consentimiento como manifestación de una disposición referente al sustrato típico. Los tipos empero, deben proteger precisamente contra las intervenciones que se realizan sin consentimiento o sin un consentimiento válido. La facultad de disposición sólo significa la exclusión de la protección típica cuando se hace uso de ella en base a una configuración autónoma. Si ella no existe, de manera momentánea o no, o el titular del bien jurídico no quiere hacer uso de ella, no cambia en nada que una intervención en su esfera corporal o patrimonial viola su autonomía de personalidad de una manera totalmente constitutiva de injusto. Por consiguiente, no surgen lagunas de protección "inhumanas" de ningún tipo.

Esta forma de concebir la cuestión me parece más adecuada que el "modelo básico" de RÖNNAU. Esto es así porque de manera simple explica por qué una lesión física o patrimonial se presenta como un perjuicio de la autonomía de personalidad también en enfermos mentales incurables, en pacientes en estado vegetativo y moribundos. La autonomía así concebida se extingue recién con la muerte del ser humano y su posesión es independiente del hecho que se recupere alguna vez la capacidad de actuar.

La solución desarrollada aquí también es superior a la concepción "naturalista" de AMELUNG que quiere entender una lesión física no como perjuicio de la autonomía de personalidad, sino sólo como causación de sufrimientos. No quiero devolverle al venerado homenajead sus reconvenciones de "inhumanidad" o de inferioridad ética de la posición combatida. Pero sí quiero advertir que las supuestas "lagunas

de protección” criticadas por él aparecen de manera especial precisamente en su opinión. Pues, un homicidio o una lesión física no supone necesariamente causar sufrimientos. ¿Se supone que un homicidio sin dolor ya no cumple con el tipo del § 212? ¿No debe ser una lesión cuando alguien le corta el pelo a una mujer que está dormida o cuando atonta o duerme a alguien usando gotas para dormir que no causan dolores? Esto no se puede sostener. La autonomía de la esfera corporal también se puede violar de manera típica más allá de la generación de sufrimiento.

*b — El reproche de la extensión
de la punibilidad*

Por otro lado, AMELUNG —pero no sólo él— indica de manera crítica que una concepción “personalista” del bien jurídico, de ser consecuente, tendría que llevar a una ampliación notable de los casos sujetos a castigo penal. Así, ya BRANDTS - SCHLEHOFER⁴⁹ sostuvieron que de seguirse mi opinión siempre se tendría que suponer un daño material cuando a alguien se le hace imposible el trato con su patrimonio de acuerdo a los fines correspondientes. Si un propietario de un terreno le imposibilita al vecino el uso de un derecho de paso cambiando la cerradura en el portal de entrada, entonces el vecino ya no puede disponer de su patrimonio (la llave) de acuerdo a los fines correspondientes. Sin embargo, se tendría que rechazar la existencia de un daño material.

Como BRANDTS - SCHLEHOFER mismos resaltan, nunca he supuesto otra cosa, sino que siempre he exigido que el autor “influya sobre el objeto de disposición de manera típica, despreciando la facultad de disposición del titular del bien jurídico”⁵⁰. En el caso citado no hay ninguna intervención en el objeto de disposición (la llave) y por lo tanto tampoco un daño material.

BRANDTS - SCHLEHOFER opinan empero que una respuesta tal no sería compatible con mi tesis de partida según la cual los bienes jurídicos

⁴⁹ BRANDTS - SCHLEHOFER, *JZ*, 1987, ps. 442 y ss., 447.

⁵⁰ Así ya ROXIN, *Libro de memoria para Noll*, 1984, ps. 275 y ss., 280.

sirven para el despliegue personal del particular. Pero esta presunta contradicción no existe. Pues, primero el principio *nullum crimen sine lege*, al que está vinculado todo intérprete, establece inequívocamente que en el § 303 la limitación de la posibilidad de disposición tiene que basarse en un daño material. Y segundo, la tesis de que una disposición válida del titular del bien jurídico excluye la tipicidad, no lleva en absoluto a la conclusión de que cada perjuicio de la posibilidad de disposición cumpliría con el tipo incluso sin un daño material (es decir, sin intervención en el objeto).

RÖNNAU⁵¹ retomó la crítica de BRANDTS - SCHLEHOFER y la complementó advirtiendo que según mi concepción los “enriquecimientos impuestos” también tendrían que calificarse como perjuicios del bien jurídico. Ilustra tal idea con el ejemplo siguiente: alguien, en ausencia del propietario, coloca una carpa sobre una pila de chatarra (que el propietario quiere que se oxide) para dilatar el proceso de corrosión⁵². Sin embargo, también ve que exige una “intervención típica”, es decir, un daño material, el cual falta aquí. No obstante, esta restricción le parece “timorata”. Sostiene la opinión de que mi concepción tendría que acarrear “tensiones con el principio de la protección fragmentaria de bienes jurídicos”⁵³.

Sin embargo, la objeción está fuera de lugar si se insiste, como lo hago, en la necesidad de un deterioro o una lesión del objeto real típico. Con ello no recojo con una mano lo que antes había repartido con la otra, como dice RÖNNAU⁵⁴, sino más bien apelo de manera obvia a un precepto constitucional. Del hecho que una intervención en la chatarra de hierro que cambia su sustancia y se realiza con el consentimiento del propietario no sea un perjuicio al bien jurídico en el sentido del § 303 del *StGB*, no puede seguirse además la conclusión de que la preservación de la integridad de la chatarra de hierro, que sucede sin consulta al

⁵¹ RÖNNAU, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001, p. 57.

⁵² RÖNNAU, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001, p. 61.

⁵³ RÖNNAU, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001, p. 77.

⁵⁴ RÖNNAU, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001, p. 74.

propietario, por ello tendría que ser un daño material punible. No veo aquí ninguna relación lógica.

RÖNNAU mismo sostuvo⁵⁵ que entre los seguidores del modelo de integración sería “indiscutido que el enriquecimiento del bien jurídico individual en virtud de la libertad de disposición realizada por el derechohabiente no significa que se tenga que desterrar totalmente del bien jurídico al componente material-objetivo”. Como ya se dijo, en los bienes jurídicos, ello más bien es una parte esencial de un concepto de bien jurídico que incluye la autonomía de personalidad. Se puede descartar un perjuicio de la libertad de disposición (mas no de la autonomía de personalidad), cuando falta en el caso concreto o la libertad no está afectada por la intervención, ¡pero no se puede descartar la lesión (o el peligro) del bien jurídico típico!

En su última publicación sobre el tema⁵⁶ también AMELUNG aduce nuevamente la objeción de la extensión del tipo sin hacer referencia, sin embargo, a su predecesor. Para ilustrar su idea elige un caso de la lesión física: “el paciente *P* desea ser operado por el médico *A* por una enfermedad cancerosa y es eso lo que se le promete. Más tarde, *P* se entera de que en vez del médico *A*, el médico *B*, quien está igualmente capacitado, ha llevado a cabo la operación exitosamente”. AMELUNG lo quiere dejar impune, porque el tipo de la lesión física sería consumado, pero “el daño del cuerpo [sería] (...) justificado”. En cambio, según su opinión, la “teoría unitaria”, que hace que la lesión de la autonomía de la personalidad sea un requisito de la consumación del tipo, tendría que sancionar al médico *B* por lesiones físicas aunque el cuerpo como tal no ha sido herido de manera antijurídica. Eso está muy cerca de la afirmación según la cual “existiría una lesión física sin herir el cuerpo”.

Sin embargo, como se deduce de lo ya expuesto, esto no es así. Pues no basta cualquier “lesión de la autonomía”, sino que ésta tiene que manifestarse precisamente en un perjuicio que lesione el cuerpo. Eso falta cuando, junto con la opinión dominante en la literatura, una ope-

⁵⁵ RÖNNAU, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001, p. 57.

⁵⁶ AMELUNG - LORENZ, “Mensch und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung”, *FS-Otto*, 2007, ps. 527, 532 y s.

ración médicamente indicada y exitosa no se considera una lesión física. Entonces, el mero desacato de la voluntad del paciente no es suficiente para suponer una lesión física.

Si la jurisprudencia lo ve diferente y valora cada intervención médica no cubierta por un consentimiento como lesión física (y siendo que no tenemos un tipo referido al tratamiento médico arbitrario), es porque ha incluido en el ámbito de protección del § 223 del *StGB* la lesión de la autonomía como un segundo tipo adicional. Pero de mi concepción del consentimiento no se sigue la asunción de una lesión física ni para el caso de tratamiento médico arbitrario ni para los casos propuestos por AMELUNG⁵⁷.

La cuestión parece ser al revés. AMELUNG tiene que preguntarse cómo llega en el caso por él propuesto a suponer la impunidad del médico *B*. Pues, bajo el encantamiento de su concepción naturalista del bien jurídico, en cada intervención médica él ve una lesión física típica y acerca del caso de operación creado por él, sólo dice: "la lesión del cuerpo está justificada y por ello *B* no puede ser sancionado por el § 223 del *StGB*". ¿Pero de dónde toma la justificación, si precisamente falta un consentimiento de ser operado por *B*? A esto no ofrece respuesta alguna. De manera tal que podríamos devolverle a AMELUNG su reproche en el sentido de que esto lleva a una ampliación inadecuada de la posibilidad de castigo penal.

(VI)

CONCLUSIÓN

Con ello llego al final de mis explicaciones. Me he manifestado una vez más sobre los puntos discutidos que plantean una y otra vez AMELUNG y otros autores. Pretendo con ello defender mi punto de vista de una forma mejorada (y ojalá de una manera concluyente) contra nu-

⁵⁷ Véase acerca de eso ya mi manual (*Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. I, § 13, nº marg. 26): "si en una intervención sanante sin consentimiento del paciente está dado el tipo del § 223, es una cuestión que se encuentra fuera de la teoría del consentimiento".

merasas objeciones, intentando contribuir quizás con ello a un acercamiento de las partes en disputa. ¡A KNUT AMELUNG, el antiguo discípulo y amistoso colega de larga data, quien, como yo, considera las disputas científicas como caminos hacia el progreso del conocimiento, le deseo mucha suerte y años de trabajo fértiles para el porvenir!

*La polémica en torno a la heteropuesta
en peligro consentida **

*Sobre el alcance del principio
de autorresponsabilidad en el Derecho penal*

* Título original: «Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung»
(manuscrito). Traducción de ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS (Universidad Autónoma
de Madrid), publicada en «Indret», enero de 2013.

(I)

INTRODUCCIÓN

El punto de partida de mis reflexiones se halla en la distinción entre la cooperación a una autopuesta en peligro dolosa y la heteropuesta en peligro consentida. Concorre la autopuesta en peligro cuando alguien sufre un daño a través de su propia acción arriesgada, aunque también otro haya contribuido a producirlo. Por ejemplo, *A* y *B* emprenden en un terreno intransitable una carrera de motos, en la que *A* sufre por su propia culpa un accidente mortal¹. En este caso, *B*, aunque haya cooperado causalmente a la muerte de *A*, no puede ser penado por un homicidio imprudente, pues (dado que la autopuesta en peligro de *A* es penalmente irrelevante) tampoco puede ser punible tomar parte en tal suceso.

Anteriormente el Tribunal Supremo Federal alemán veía las cosas de un modo distinto y por eso condenó a *B* por homicidio imprudente, pero en 1984 cambió de opinión² y absolvió del reproche de haber cometido ese delito a un acusado que había facilitado una jeringuilla de heroína a otra persona, falleciendo ésta tras inyectársela de propia mano. El pasaje decisivo de la sentencia dice así: "las autopuestas en peligro queridas y ejecutadas por uno mismo de forma responsable no caen bajo el tipo de un delito de lesiones o de homicidio si el riesgo que se realiza es el conscientemente corrido con esa puesta en peligro. Quien

¹ Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt.) 7, p. 112.

² BGHSt. 32, p. 262.

se limita a incitar a tal autopuesta en peligro o simplemente la posibilita o favorece no se hace penalmente responsable de un delito de lesiones o de homicidio". Desde entonces se sostiene en Alemania de forma prácticamente unánime la impunidad de la cooperación a una autopuesta en peligro dolosa.

La situación es diferente cuando se trata de la heteropuesta en peligro consentida. Por ella entiendo el caso de que alguien ponga en peligro a otro, pero de forma tal que éste asuma tal puesta en peligro con pleno conocimiento del riesgo. Probablemente el caso más frecuente en la práctica es el de quien, tras asistir a una fiesta nocturna, se deja llevar en un automóvil por otro invitado, sabiendo que éste ha consumido alcohol y que no está por tanto en condiciones de conducirlo de forma segura. ¿Responde por homicidio imprudente el conductor si, por la influencia del alcohol, se produce un accidente mortal?

Deseo presentar además —de un modo muy breve— otros cinco casos extraídos de la jurisprudencia alemana para mostrar la diversidad de situaciones reales en las que esta figura jurídica puede tener importancia y a fin de que sirvan también para evaluar las distintas propuestas de solución ofrecidas.

*a — El caso del río Memel («Memel-Fall»)*³

Este caso, aún hoy famoso, fue resuelto por el Tribunal Supremo imperial (*Reichsgericht, RG*) antes de la Segunda Guerra Mundial. Un barquero, ante la insistencia de dos viajeros y a pesar de haberles advertido del peligro que suponía para su empresa tanto el tiempo tormentoso como la profundidad de las aguas, accedió a cruzar el río Memel con ellos a bordo. La barca zozobró y los viajeros se ahogaron. ¿Cometió el barquero un homicidio imprudente?

*b — El caso del sida («Aids-Fall»)*⁴

El caso nos transporta a la actualidad. Una mujer al tener relaciones sexuales con un hombre, sabiendo que éste está enfermo de sida,

³ Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt), 57, p. 172.

⁴ Bayerisches Oberstes Landesgericht (BayObLG), JR, 1990, p. 473.

renuncia conscientemente a adoptar medidas de protección y resulta por ello infectada. ¿Es el varón responsable de unas lesiones imprudentes?

*c — El caso de la furgoneta («Kleintransporter-Fall»)*⁵

El caso de la furgoneta se refiere a un supuesto en el que un trabajador de la construcción se expuso a viajar sobre la insegura superficie de carga de ese vehículo en contra de lo que el conductor le aconsejaba, y al producirse, sin culpa de éste, un accidente, salió despedido a la calzada, produciéndose su muerte. ¿Un homicidio imprudente?

*d — El caso del autosurfista («Auto-Surfer-Fall»)*⁶

En este caso varios jóvenes practicaban, de acuerdo con el conductor de un automóvil, el “deporte” de mantenerse en pie sobre el techo del vehículo circulando a una velocidad de 70-80 km/h. Cuando uno de los jóvenes se cae y resulta gravemente lesionado, ¿es el conductor penalmente responsable de ello?

*e — El caso de la prueba de aceleración («Beschleunigungstest-Fall»)*⁷

El caso resuelto por el Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*, BGH) en 2008, ha sido objeto de una controversia especialmente amplia e intensa⁸. Unos jóvenes habían organizado una competición

⁵ Oberlandesgericht (OLG) Zweibrücken, *JR*, 1994, p. 519 y s.

⁶ OLG Düsseldorf, *NStZ-RR*, 1997, p. 325.

⁷ BHGSt. 53, p. 55.

⁸ BRÜNING, “Anmerkung zum Urteil des BGH vom 20/11/2008 (4 StR 328/08) - Die einverständliche Gefährdung bei Fahrlässigkeitsdelikten”, *ZJS* 2009, p. 194; DÖLLING, “Zur Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung bei einverständlicher Fremdgefährdung”, en GEISLER - KRETSCHMER - SCHNEIDER (eds.), *FS-Klaus Geppert*, 2011, p. 53 y ss.; DUTTGE, “Anmerkung zum Urteil des BGH vom 20/11/2008 - 4 StR 328/08 (Fahrlässige Tötung bei illegalem Autorennen)”, *NStZ* 2009, p. 690; KÜHL, “Anmerkung zu BGH: Fahrlässige Tötung des Teilnehmers eines „Beschleunigungsrennens”, *NJW* 2009, p. 1158; LASSON, “Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung - Überblick über einen nach wie vor aktuellen Streit in

automovilística (una “prueba de aceleración”), consistente en que dos automóviles, circulando el uno al lado del otro a una velocidad de 240 km/h, adelantasen a un tercer vehículo no implicado en la competición. Al efectuar esta maniobra, muy difícil de realizar a causa de la estrechez de la calzada, uno de los coches participantes derrapó y volcó, muriendo uno de sus pasajeros. La cuestión es si ambos conductores fueron responsables de un homicidio imprudente, a pesar de que los pasajeros estaban de acuerdo con la prueba de aceleración y filmaron toda la carrera, y de que quien sufrió finalmente el fatal accidente era además quien había dado la señal de salida.

También la jurisprudencia española ofrece muchos supuestos de esta misma índole, a los que aquí no me voy a referir. En todo caso, resulta patente que la heteropuesta en peligro consentida es un fenómeno frecuente, cuyo tratamiento jurídico constituye, precisamente por este motivo, un problema importante.

(II)

¿ES NECESARIO DISTINGUIR LA HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA DE LA COOPERACIÓN A UNA AUTOPUESTA EN PELIGRO?

La primera cuestión a considerar es la de si se ha de reconocer un grupo autónomo de casos de heteropuesta en peligro consentida o si,

der Strafrechtsdogmatik”, *ZJS* 2009, p. 359; MURMANN, “Zur Einwilligungslösung bei der einverständlichen Fremdgefährdung”, en PAEFFGEN-BÖSE-KINDHÄUSER-STÜBINGER-VERREL-ZACZYK (eds.), *FS-Puppe*, 2011, p. 767; PUPPE, “Mitverantwortung des Fahrlassigkeitsstaters bei Selbstgefährdung des Verletzten - Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 20/11/2008”, *GA* 2009, p. 486; RENZIOWSKI, “Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und ihre Grenzen”, *HRRS* 2009, p. 170; ROXIN, “Zur einverständlichen Fremdgefährdung: Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 20/11/2008 - 4 StR 328/08”, *JZ* 2009, p. 399; STRATEN-WERTH, “Einverständliche Fremdgefährdung bei fahrlässigem Verhalten”, en PAEFFGEN-BÖSE-KINDHÄUSER-STÜBINGER-VERREL-ZACZYK (eds.), *FS-Puppe*, 2011, p. 1017; TIMPE, “Übungsfall: Das Autorennen”, *ZJS* 2009, p. 170. Acerca de la decisión en la instancia previa ya Rengier, “Das todliche einverständliche Wettrennen auf der Autobahn”, *Iurratio*, 2008, p. 8.

por el contrario, se debe suponer que nos hallamos también aquí ante una autopuesta en peligro con la cooperación de un tercero, lo que tendría como consecuencia que, a igual conocimiento del riesgo, habría que admitir en todo caso la impunidad del colaborador.

CANCIO MELIÁ⁹, por ejemplo, piensa que la distinción que yo he desarrollado es probablemente “el criterio de más éxito elaborado en los últimos tiempos”¹⁰, pero concluye que “la distinción entre auto- y heteropuesta en peligro carece de un fundamento suficiente para servir de base al enjuiciamiento dogmático de la conducta de la víctima”. Este autor se basa para decir eso en el “principio de autorresponsabilidad”¹¹, que prohibiría distinguir, respecto del “autogobierno de los propios bienes”¹², entre autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. Él mismo llega por tanto a la conclusión¹³ de que el daño derivado de una empresa común se ha de “atribuir al ámbito de responsabilidad de la víctima” siempre que “la actividad quede en el marco de lo conjuntamente organizado por autor y víctima”, ésta actúe de forma autorresponsable y “no incumba al autor un especial deber de protección con respecto a los bienes de la víctima”.

Esta solución tiene la ventaja de la sencillez y la claridad. También en Alemania es relativamente frecuente equiparar ambos grupos de casos: así lo hicieron, entre otros, ya antes que CANCIO MELIÁ, OTTO¹⁴ y

⁹ CANCIO MELIÁ, *Opferverhalten und objektive Zurechnung*, ZStW 111 (1999), p. 366.

¹⁰ CANCIO MELIÁ, *Opferverhalten und objektive Zurechnung*, ZStW 111 (1999), ps. 368 y 369.

¹¹ CANCIO MELIÁ, *Opferverhalten und objektive Zurechnung*, ZStW 111 (1999), p. 373 y ss.

¹² CANCIO MELIÁ, *Opferverhalten und objektive Zurechnung*, ZStW 111 (1999), p. 369.

¹³ CANCIO MELIÁ, *Opferverhalten und objektive Zurechnung*, ZStW 111 (1999), p. 375.

¹⁴ OTTO, *Eigenverantwortliche Selbstschädigung und - gefahrung sowie einverständliche Fremdschädigung und - gefahrung*, en JESCHECK - VOGLER (eds.), *FS-Trondle*, 1989, p.157 y ss. (170).

FRISCH¹⁵, y así lo ha hecho ahora de nuevo, con motivo del “caso de la prueba de aceleración”, TIMPE¹⁶, que considera la heteropuesta en peligro consentida como “un caso particular de la autopuesta en peligro realizada con propia responsabilidad”.

Sin embargo la distinción entre autopuesta y heteropuesta en peligro se ha impuesto en la jurisprudencia alemana y también, ampliamente, en la doctrina. Hay buenas razones para ello. Pues aquel que no desencadena el suceso lesivo por sí mismo, sino que se expone al peligro originado por otro, se somete así, como yo mismo había anticipado¹⁷, a un desarrollo imprevisible “en el que a menudo no existe ya aquella posibilidad de intervenir para controlarlo o cancelarlo que todavía podría tener quien se pusiera a sí mismo en peligro; además, quien se expone a una heteropuesta en peligro normalmente no tiene el mismo conocimiento de la capacidad del otro para dominar las situaciones arriesgadas que el que tiene para valorar la medida y los límites de su propia habilidad”. En este mismo sentido dice DÖLLING¹⁸: “De la participación en la autopuesta en peligro se ha de distinguir la heteropuesta en peligro consentida porque en ésta el riesgo para el que se expone al peligro no es dominable de la misma manera ...”. Por lo demás, aquí el autor se injiere en una esfera jurídica ajena, mientras que eso no ocurre en el caso de la autolesión.

Por su parte, LUZÓN PEÑA¹⁹ califica el principio de autorresponsabilidad como “una mera *petitio principii*”, pues no advierte por qué razón

¹⁵ FRISCH, *Tatbestandsmaßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, ps. 87 y ss., 149 y s., 169 y ss., 182.

¹⁶ TIMPE, *ZJS* 2009, p. 175.

¹⁷ ROXIN, *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, en K. LACKNER (ed.), *FS-Gallas*, 1973, p. 250.

¹⁸ DÖLLING, Anmerkung zu OLG Zweibrücken JR 1994, 518, *JR* 1994, p. 520; el mismo, en GEISLER - KRETSCCHMER - SCHNEIDER (eds.), *FS-Geppert*, p. 55.

¹⁹ LUZÓN PEÑA, “Alteritätsprinzip oder Identitätsprinzip vs. Selbstverantwortungsprinzip. Teilnahme an Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und Gleichstellung: das Kriterium der Risikokontrolle”, *GA (FG-Claus Roxin)*, 2011, p. 302.

la responsabilidad habría de afectar exclusivamente a la víctima en los casos de la heteropuesta en peligro consentida. En su opinión no es convincente que el causante del daño no haya de tener “ya ningún deber de protección y respeto” frente a los bienes jurídicos de la víctima.

OTTO²⁰, por el contrario, siguiendo la tesis de la equiparación que él mismo preconiza, afirma, en relación con el caso de la carrera de motos anteriormente citado, lo siguiente: “Si participar en la insensata carrera en calidad de conductor independiente de una de las motocicletas se enjuicia como intervención impune en una autopuesta en peligro ajena, pero transportar a otro pasajero en el asiento trasero se hubiera de considerar para el conductor como una heteropuesta en peligro consentida, la argumentación se haría depender de aspectos casuales del acontecimiento (...) En relación con la puesta en peligro en sí no resultan adecuadas tales diferenciaciones”. OTTO justifica esta apreciación diciendo “que el acompañante podría lograr en cualquier momento posterior al comienzo del viaje que éste concluya (...) efectuando la manifestación pertinente al efecto”.

Sin embargo, precisamente ese ejemplo muestra que la situación de peligro no es sin más idéntica, pues el acompañante no puede saber tan exactamente como el conductor mismo en qué medida éste puede controlar tales riesgos. Cuando el conductor se dispone a realizar una maniobra especialmente peligrosa, es difícil para el acompañante hacer que ese proceso concluya “efectuando la manifestación pertinente al efecto”. En realidad, todo se desarrolla en cuestión de segundos y es más que dudoso que en tal situación el conductor llegue a hacer caso de una “manifestación” semejante de su acompañante.

En el caso de la prueba de aceleración el Tribunal de instancia también llegó a la conclusión de que los acompañantes no habían tenido ya durante la calamitosa maniobra de adelantamiento ninguna posibilidad de intervenir en el suceso; toda la carrera de aceleración había durado sólo 18 segundos²¹. Del mismo modo, quien se hace llevar en un coche por un conductor que se encuentra en un estado de intoxicación

²⁰ OTTO, en JESCHECK - VOGLER (eds.), *FS-Trondle*, 1989, p.157 y ss. (170).

²¹ Más detalladamente ROXIN, *JZ* 2009.

ética tampoco puede saber en la misma medida que éste hasta qué punto se halla todavía en condiciones de dominar una difícil situación de tráfico, por lo que queda indefenso ante los fallos que el conductor pueda cometer.

La heteropuesta en peligro consentida es por lo tanto estructuralmente distinta de la autolesión inmediata. El “poder de evitación” —menor, por lo general, aunque no siempre—, de aquel que se expone a la puesta en peligro ocasionada por otro, habla en favor de no ignorar sin más su déficit de control y de conocimiento, dejando así abierta la comprobación acerca de si y, eventualmente, en qué casos puede entrar en consideración, cuando concorra una heteropuesta en peligro consentida, la punición del tercero causante del daño.

(III)

LA DELIMITACIÓN DE LA HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA RESPECTO DE LA COOPERACIÓN A UNA AUTOPUESTA EN PELIGRO DOLOSA

Si se reconoce la heteropuesta en peligro consentida como un grupo autónomo de casos, entonces se plantea ciertamente el problema de su delimitación con respecto a la autopuesta en peligro. Tal delimitación viene siendo trazada por la jurisprudencia y por una opinión extendida en la doctrina de acuerdo con el criterio del dominio del hecho. Con especial claridad se ha expresado en este sentido el Tribunal Supremo Federal alemán en su decisión más reciente, relativa al caso antes citado de la prueba de aceleración²²: “El criterio decisivo para distinguir entre la intervención impune en una autopuesta en peligro o una autolesión realizada con propia responsabilidad y la —en principio típica— heterolesión es la línea que separa la autoría y la participación. Si el dominio del hecho sobre la acción que provoca la puesta en peligro o la lesión no sólo concurre en el sujeto al que se lesiona o se pone en peligro, sino al menos también en el tercero que interviene en la produc-

²² BHGSt. 53, p. 60 con otras referencias extraídas de la jurisprudencia.

ción de ese daño o peligro, este último comete un hecho propio y no puede ser declarado exento de pena, en razón de la accesoriedad de la participación, aduciendo la inexistencia de un hecho principal del sujeto lesionado (...) Lo mismo rige en principio para los casos de hetero- y autopuesta en peligro imprudentes. En ellos la delimitación entre auto- y heteropuesta en peligro se establece también atendiendo al dominio ejercido sobre el curso del acontecimiento, que se puede constatar ampliamente con arreglo a los mismos criterios objetivos desarrollados para el dominio del hecho en los delitos dolosos (...).”

Esta delimitación ha provocado sorpresa y críticas, porque en los delitos imprudentes no se distingue por lo demás entre autoría y participación y porque el dominio del hecho consiste en un señorío doloso de la acción típica que de antemano no puede estar presente en las auto- o heteropuestas en peligro imprudentes²³.

De hecho, este recurso a la teoría de la participación resulta equivocado. Pues aquí no se trata de quién tiene el dominio del hecho —que en relación al tipo realizado no posee ninguno de los intervinientes—, sino de quién procede la puesta en peligro que se realiza inmediatamente en el resultado. Si esta puesta en peligro procede de la víctima —que por ejemplo se inyecta a sí misma la jeringuilla de heroína letal o que, en el curso de una carrera con infracción de las normas de tráfico, se cae de su propia motocicleta—, entonces concurre una autopuesta en peligro dolosa y la cooperación de terceros queda impune en todo caso. Si este acto de puesta en peligro no procede en cambio de la víctima, que se limita a someterse con conocimiento del riesgo a la puesta en peligro procedente de otra persona, estamos entonces ante una heteropuesta en peligro consentida a tratar de acuerdo con sus propias reglas, que enseguida examinaremos.

Mezclar la puesta en peligro que lleva inmediatamente al resultado con las reglas de la teoría de la participación conduce también con frecuencia a delimitaciones defectuosas. Así, por ejemplo, es muy discuti-

²³ A ello ha hecho referencia, cada vez con más énfasis, PUPPE; por último en *Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 2010, § 6, nº marg. 6; la misma, *Nomos-Kommentar* (NK), 3ª ed., 2010, antes del § 13, nº marg. 179 y ss.; la misma, GA 2009, 492 y s.

do si en el caso del sida antes citado, estando informada la víctima de la enfermedad de su pareja, el sujeto infectado coopera a una autopuesta en peligro o se trata más bien de una heteropuesta en peligro consentida. Si se atiende al dominio del hecho, éste concurre por igual en ambos intervinientes, porque la conducta sexual se realiza de un modo conjunto, en común. No obstante, el BGH, de acuerdo con sus citadas explicaciones, apreciaría todavía en un caso semejante una heteropuesta en peligro consentida, porque el dominio del hecho "no sólo concurre en el sujeto al que (...) se pone en peligro". El Tribunal Superior de Baviera (*Bayerisches Oberstes Landsgerecht, BayObLG*)²⁴ ha admitido en cambio una intervención en una autopuesta en peligro dolosa y lo ha justificado diciendo que en definitiva el dominio del hecho concurriría también en la persona sometida a la situación de peligro. Pero si lo que se considera decisivo es, como aquí se propone, qué acción conduce inmediatamente a la puesta en peligro típica, nos hallamos ahora, con independencia de cualesquiera otras consideraciones relativas al dominio del hecho, ante un caso inequívoco de heteropuesta en peligro consentida, pues el peligro procedía tan sólo de la persona infectada.

También en el caso de la prueba de aceleración se muestra que orientarse al dominio del hecho conduce a la confusión. Esto vale especialmente si, como supone la mayor parte de los autores, se declara suficiente para que concurra una autopuesta en peligro dolosa que se dé un "condominio" de la persona expuesta al peligro. Yo le doy la razón en efecto al BGH cuando dice que en ese caso no había una autopuesta en peligro del pasajero acompañante, sino una heteropuesta en peligro consentida, pero esto era así porque la puesta en peligro que condujo inmediatamente a la muerte sólo procedía del conductor. Sobre el dominio del hecho y las consecuencias que de él cabe extraer para la delimitación se puede muy bien seguir discutiendo. Así, por ejemplo, dice KÜHL²⁵ respecto de esta sentencia del BGH: "En la especialidad deportiva automovilística de los rallies corresponde un dominio de igual

²⁴ BayObLG, JR, 1990.

²⁵ KÜHL, NJW 2009, p.1158.

rango (...) al acompañante que lee la hoja de ruta y da las órdenes de conducción y el presente caso parece coincidir en sus características con las propias de un rally". Y en STRATENWERTH²⁶ podemos incluso leer lo siguiente: "Aquí no se puede poner seriamente en duda la autopuesta en peligro de todos los intervinientes, siendo completamente indiferente cuál de ellos se sentara al volante o fuese meramente transportado".

El BGH se acerca a la solución correcta cuando habla más tarde²⁷ del "dominio de la puesta en peligro" y, adhiriéndose a diferentes voces de la doctrina, añade todavía lo siguiente: "En la comprobación de quién tiene el dominio de la puesta en peligro corresponde una especial significación al suceso que lleva inmediatamente a la producción del resultado". Esto habría de conducir, en el caso enjuiciado en esa sentencia, al punto de vista que aquí se defiende, pero la combinación de la puesta en peligro que provoca el resultado con el pensamiento del dominio del hecho sigue siendo aún confusa, pues si se llega a producir el resultado el causante del peligro no "domina" precisamente el acontecimiento peligroso; lo que sucede más bien es que el dominio de la situación se le va de las manos.

(IV)

¿SE HA DE TRATAR LA HETEROPUESTA EN PELIGRO COMO UN CASO DE CONSENTIMIENTO?

El BGH trata la heteropuesta en peligro consentida como un caso de consentimiento y en ello, sorprendentemente, le han seguido la mayoría de los escritos que se publicaron en relación con el caso de la prueba de aceleración²⁸. Pero esto es erróneo. La objeción decisiva la for-

²⁶ STRATENWERTH, en PAEFFGEN - BÖSE - KINDHÄUSER - STÜBINGER - VERREL - ZACZYK (eds.), *FS-Puppe*, 2011, p. 1018.

²⁷ BHGSt. 53, p. 61.

²⁸ Véase únicamente DÖLLING, en GEISLER - KRETSCHMER - SCHNEIDER (eds.), *FS-Klaus Geppert*, 2011; MURMANN, en PAEFFGEN - BÖSE - KINDHÄUSER - STÜBINGER - VERREL - ZACZYK (eds.), *FS-Puppe*, 2011, STRATENWERTH, en PAEFFGEN - BÖSE - KINDHÄU-

muló ya CANCIO MELIÁ, cuando dijo²⁹ “que el diagnóstico psíquico *per se* no puede ser relevante”. La cuestión de si alguien debe responder penalmente por las consecuencias de una heteropuesta en peligro consentida es una cuestión de imputación de responsabilidad que ha de ser enjuiciada con arreglo a criterios normativos y que no se puede resolver atendiendo exclusivamente a una declaración de voluntad de la víctima.

A eso se añade que un verdadero consentimiento habría de estar referido al resultado y no podría concurrir prácticamente nunca, por tanto, en los casos de heteropuesta en peligro consentida, pues en ellos quien consiente parte de que no se producirá la lesión del bien jurídico. La necesidad de que el consentimiento esté referido al resultado se puede apoyar en tres datos que se refuerzan mutuamente.

Por lo pronto y en primer término, no es posible siquiera advertir por qué el consentimiento doloso en un daño procedente de otra persona debería ser tratado de un modo distinto a la causación dolosa de un daño por parte de un tercero. Esta última sólo concurre cuando el causante se ha conformado con el resultado o, como dice la jurisprudencia, lo ha “tomado en cuenta, aprobándolo”. Falta el dolo, en cambio, si ha confiado en la evitación del resultado. A la vista de ello no puede resultar convincente considerar que se ha consentido dolosamente en una lesión, por ejemplo en la propia muerte, cuando respecto de su producción sólo se ha actuado imprudentemente, pues el sujeto afectado no se ha conformado de ningún modo con ella, sino que ha confiado en un desenlace feliz.

Además, cabe objetar que el consentimiento no es un caso de puesta en peligro, sino un acto de disposición sobre un bien jurídico sobre el que se tiene capacidad para disponer. De una renuncia a un bien jurídico propio no se puede hablar cuando alguien quiere conservar ese

SER - STÜBINGER - VERREL - ZACZYK (eds.), *FS-Puppe*, 2011. También GRÜNDWALD, “Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung”, *GA* 2012, p. 364 y ss. (aprecia aquí un caso de consentimiento).

²⁹ CANCIO MELIÁ, *Opferverhalten und objektive Zurechnung*, *ZStW* 111 (1999), p. 366.

bien jurídico y parte de la suposición de que el riesgo al que se expone no conducirá a un daño.

Por último tampoco se puede decir que con el consentimiento en la acción arriesgada de quien realiza la heteropuesta en peligro decaiga su desvalor de acción y con ello la responsabilidad por el daño eventualmente resultante. Este argumento, aducido probablemente por primera vez por OSTENDORF³⁰, adolece del inconveniente de que con el consentimiento del sujeto afectado no se puede eliminar el desvalor de acción de la conducta del autor, sino tan sólo expresar una renuncia a la conservación del bien jurídico que falta por completo en los casos de la heteropuesta en peligro consentida: si alguien en conocimiento del riesgo se sube al coche que otro conduce sin estar en condiciones idóneas de hacerlo esto no cambia en nada el desvalor de acción de la conducción en estado de embriaguez. También en el caso de la carrera de aceleración el conductor del auto siniestrado contravino numerosos preceptos jurídicos, detallados uno por uno por el BGH³¹, que no podía dejar sin vigor un consentimiento del acompañante.

Así lo ha captado con la mayor precisión WEIGEND³² cuando afirma que el consentimiento no se podría “referir a la acción del autor, sino sólo al menoscabo del objeto del bien jurídico, esto es, al resultado en sentido amplio. Puesto que los deberes de acción y de omisión no son impuestos por el individuo, sino por la comunidad jurídica, únicamente ésta puede también dispensar de cumplimiento (...) El individuo sólo se puede ocupar de que la acción no se dirija a un objeto prohibido”.

MURMANN³³ ha intentado eludir esta consecuencia construyendo una norma de conducta únicamente orientada a la “protección de la víctima”: “El consentimiento suspende (...), respecto de la concreta re-

³⁰ OSTENDORF, “Grundzüge des konkreten Gefährdungsdelikts”, *JuS* 1982, p. 426 y ss. (432).

³¹ BHGSt. 53, p. 58 y s.

³² WEIGEND, “Über die Begründung der Strafflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen”, *ZStW* 98 (1986).

³³ MURMANN, en PAEFFGEN - BÖSE - KINDHÄUSER - STÜBINGER - VERREL - ZACZYK (eds.), *FS-Puppe*, 2011, p. 776 y s.

lación jurídica, una norma de conducta existente para la protección de la víctima y, con ello, reformula esa relación jurídica permitiendo la creación de un peligro que en otro caso estaría prohibido”.

Con ello se transforma la norma de conducta con validez general en una relación individual con la consecuencia de que una conducta esté por un lado prohibida y por el otro permitida. Incluso si de esta forma se quisiera escindir un “desvalor de acción” referido a la víctima de la infracción de la norma, quien presta su consentimiento, en la medida en que no acepte con él la lesión del bien jurídico, sólo habría consentido en una acción peligrosa tendente a la evitación del resultado y no a la efectiva producción de éste. Que alguien pretenda conservar su bien jurídico y al mismo tiempo consienta en su destrucción constituye una contradicción insoluble.

Se debería por ello renunciar a una relativización del desvalor de acción y persistir en la tesis inicial: la norma de conducta la establece el legislador, se dirige a todos y no está a disposición del titular del bien jurídico, que puede renunciar a él, pero no derogar la norma de conducta. Una conducta imprudente sigue siendo imprudente aunque el afectado haya consentido en ella. En este punto fracasan también todas las soluciones que, mediando un consentimiento, niegan la infracción del deber de cuidado por la acción del autor o proclaman su “adecuación social”.

Una objeción contundente contra el tratamiento de la heteropuesta en peligro consentida según las reglas del consentimiento resulta también del hecho de que los partidarios de esta solución hacen depender la eficacia del consentimiento de requisitos completamente diferentes.

Algunos autores exigen únicamente, aparte de la libertad de decisión de quien consiente, “su conocimiento del alcance del proceso en cuestión”³⁴. Por su parte, el BGH excluye, en su más reciente jurisprudencia, una justificación por consentimiento cuando media, de acuerdo con una “consideración prospectiva objetiva”, un peligro concreto de

³⁴ Es representativo de ello STRATENWERTH, en PAEFFGEN - BÖSE - KINDHÄUSER - STÜBINGER - VERREL - ZACZYK (eds.), *FS-Puppe*, 2011, p. 1023, que no reconoce una heteropuesta en peligro consentida y aplica de antemano las reglas del consentimiento.

muerte y con este fundamento ha sancionado penalmente por homicidio imprudente a los conductores de los dos automóviles en el caso de la prueba de aceleración³⁵. Otro punto de vista mantiene DÖLLING³⁶ que, en el caso de heteropuesta en peligro consentida en que se produzca la muerte, quiere excluir la imputación de responsabilidad por homicidio imprudente “sólo si concurre un consentimiento cualificado”, que estaría presente “cuando el valor de la autonomía de la víctima ejercida a través del consentimiento y el valor de los fines perseguidos con el hecho superan el desvalor que subyace a la puesta en peligro de su vida”. Ello tiene que conducir en la mayor parte de los casos a la punibilidad de quien provoca el peligro. Incluso en el caso del río Memel DÖLLING pretende penar al barquero y decidir sólo de otra forma si, por ejemplo, se hubiese tratado “de la visita al padre fatalmente enfermo en el lecho de muerte”³⁷. En aplicación de tales principios a los casos de sida, HELGERTH³⁸ llega a la conclusión de que la heteropuesta en peligro consentida, también en el caso de que la pareja estuviese completamente informada, sólo podría ser considerada como un consentimiento eficaz “en el marco de una comunidad de vida entre cónyuges”. MURMANN³⁹, por el contrario, quiere atender para la valoración de la eficacia del consentimiento al “carácter libre de la decisión de la víctima”. Tal condición estaría ausente en quienes prestan ciertamente su consentimiento “con una plena información del riesgo y del beneficio esperado de la acción propuesta”, pero se dejan “llevar precipitadamente, al sopesarlos, por determinados motivos o estados de ánimo”.

³⁵ BHGSt. 53, ps. 63 y 64.

³⁶ DÖLLING, “Fahrlassige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers”, GA 1984, 71 y ss. (71); del mismo modo, DÖLLING, “Zur Strafbarkeit wegen fahrlassiger Tötung bei einverständlicher Fremdgefährdung”, en GEISLER - KRETSCHEMER - SCHNEIDER (eds.), *FS-Klaus Geppert*, 2011, p. 60.

³⁷ DÖLLING, GA 1984, p. 93.

³⁸ HELGERTH, “AIDS - Einwilligung in infektiösen Geschlechtsverkehr”, *NStZ* 1988, p. 263 y s.

³⁹ MURMANN, en PAEFFGEN - BÖSE - KINDHÄUSER - STÜBINGER - VERREL - ZACZYK (eds.), *FS-Puppe*, 2011, p. 784.

Estas opiniones, completamente divergentes, muestran que, bajo el manto del consentimiento —esto es, de una reacción supuestamente psíquica— se ocultan en realidad criterios de imputación muy diferentes. De ello se desprende asimismo que el consentimiento no puede constituir un punto de partida idóneo para resolver el problema del tratamiento de la heteropuesta en peligro consentida.

En contra de las voces antes citadas, ésta es también la opinión dominante en Alemania⁴⁰. Ello vale tanto para las exposiciones monográficas⁴¹ como para los más importantes estudios sobre el tema⁴² y para las ediciones más recientes de la mayor parte de los grandes co-

⁴⁰ Amplias referencias en RÖNNAU, Comentarios previos al § 32 StGB, en LAUFHÜTTE - RISSING - VAN SANN - TIEDEMANN (eds.), *Leipziger Kommentar (LK) Großkommentar zum StGB*, t. 2, 12ª ed., 2006, antes del § 32, n° marg. 167.

⁴¹ FIEDLER, *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung - unter besonderer Berücksichtigung des viktimologischen Prinzips*, 1989, pp. 68, p. 194; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, 1990, ps. 34, 37 y s.; GÖBEL, *Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts*, 1992, p. 26 y ss.; ZACZYK, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, 1993, p. 51 y s.; STERNBERG-LIEBEN, *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, 1997, p. 214 y ss.; NIEDERMAIR, *Körperverschwendung mit Einwilligung und die Guten Sitten*, 1999, p. 121 y ss.; LEUPOLD, *Die Tathandlung der reinen Erfolgsdelikte und das Tatbestandsmodell der "actio libera in causa" im Lichte verfassungsrechtlicher Schranken*, 2005, p. 121.

⁴² Citaré sólo a: GEPPERT, "Rechtfertigende „Einwilligung“ des verletzten Mitfahrers bei Fahrlagestraftaten im Strassenverkehr?", *ZStW* 83 (1971), p. 947 y ss. (969 y ss.); ROXIN, *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, en K. LACKNER (ed.), *FS-Gallas*, 1973, p. 241 y ss. (251); SCHÜNEMANN, "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlage- und Gefährdungsdelikte", *JA* 1975, StR, p. 193 y s.; WEIGEND, *ZStW* 98 (1986), p. 44 y ss. (70); OTTO, "Einverständnis, Einwilligung und eigenverantwortliche Selbstgefährdung", en SCHLÜCHTER (ed.), *FS-Geerds*, 1995, p. 603 y ss. (621); CANCIO MELIÁ, *Opferverhalten und objektive Zurechnung*, *ZStW* 111 (1999), p. 357 y ss. (365); HELLMANN, "Einverständliche Fremdgefährdung und objektive Zurechnung", en SCHÜNEMANN - ACHENBACH - BOTKE - HAFFKE - RUDOLPHI (eds.), *FS-Roxin*, 2001, p. 271 y ss. (275 y ss.); DUTTGE, "Erfolgzurechnung und Opferverhalten.- Zum Anwendungsbereich der einverständlichen Fremdgefährdung", en DANNECKER (ed.), *FS-Otto*, 2007, p. 227 y ss. (232); el mismo, *NStZ* 2009, p. 690 y ss. (691); PUPPE, *GA* 2009, p. 486 y ss. (490).

mentarios⁴³. También la jurisprudencia civil se ha apartado de la solución del consentimiento⁴⁴.

(V)

LA SOLUCIÓN DE LA IMPUTACIÓN

En la heteropuesta en peligro consentida no se trata por tanto del consentimiento del lesionado, sino de la cuestión de la imputación al tipo objetivo. Éste es un criterio como el que, entre los autores españoles, defienden también en principio CANCIO MELIÁ y LUZÓN PEÑA, aunque ellos llegan a resultados que en parte difieren entre sí y de mi propia solución.

Yo había propuesto, ya en el año 1973⁴⁵, tratar la heteropuesta en peligro consentida como un caso de restricción teleológica del tipo y excluir la imputación al tipo objetivo allí “donde la heteropuesta en peligro equivalga, bajo todos los aspectos relevantes, a una autopuesta en peligro”. Se trata por tanto de una aplicación analógica de las reglas de la autopuesta en peligro con propia responsabilidad, un supuesto éste en el que hoy está prácticamente fuera de discusión la impunidad de la cooperación de terceros. Tal analogía puede ser admitida sin reparos porque opera en beneficio del autor y parece tener además fundamento porque ambas constelaciones de casos presentan tal semejanza que

⁴³ RÖNNAU, en LAUFHÜTTE - RISSING - VAN SANN - TIEDEMANN (eds.), *LK*, t. 2, 12ª ed., 2006, antes del § 32, n° marg. 168; STERNBERG-LIEBEN, Comentarios previos al § 32 *StGB*, en ESER - HEINE - PERRON - STERNBERG - LIEBEN - EISELE - BOSCH - HECKER - KINZIG (eds.), *Schönke-Schröder, StGB Kommentar*, 28ª ed., 2010, antes del § 32, n° marg. 102; PUPPE, Comentarios previos al § 13 *StGB*, en KINDHÄUSER - NEUMANN - PAEFFGEN (eds.), *Nomos-Kommentar (NK) zum StGB*, 3ª ed., t. I, 2010, antes del § 13 n° marg. 184; DUTTGE, Comentario al § 19 *StGB*, en JOECKS - MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar (MK) zum StGB*, t. I, 2003, § 19, n° marg. 195 y 196.

⁴⁴ BGHZ 34, p. 355 y ss.

⁴⁵ ROXIN, *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, en LACKNER (ed.), *FS-Gallas*, 1973, p. 252.

no pocos autores consideran incluso la heteropuesta en peligro consentida como un caso de la autopuesta en peligro.

Ciertamente, como ya se ha dicho, esto no es del todo correcto porque hay una diferencia entre ponerse uno mismo en peligro o exponerse al peligro generado por otro. El que consiente en una heteropuesta en peligro tiene la mayoría de las veces un menor "poder de evitación". Aquél no puede valorar la capacidad de controlar el riesgo que posee quien lo genera con la misma precisión que éste y tampoco puede intervenir en ese acontecimiento en la misma medida.

Por eso condicioné de antemano la analogía al cumplimiento de determinados requisitos de equiparación. Junto al conocimiento del riesgo y al consentimiento en la acción arriesgada causante del daño exigí y exijo aún hoy además, que "el sujeto al que se pone en peligro cargue con la misma responsabilidad que quien lo provoca por la acción común".

Mientras que los dos primeros requisitos resultan indiscutidos y son respetados también entre los teóricos radicales de la equiparación y en el marco de la solución del consentimiento, el criterio de la responsabilidad de igual rango precisa de alguna explicación. El punto de partida de mis ideas a este respecto es fácilmente imaginable: si para el tratamiento de la heteropuesta en peligro consentida es importante saber a quién se ha de atribuir la responsabilidad por el resultado producido (bien al sujeto dañado o bien a aquél que ha desencadenado inmediatamente el resultado dañoso), resulta entonces normativamente obligado convertir la medida de la responsabilidad por el acontecimiento en criterio de la imputación.

Esto significa que quien se expone al peligro procedente de otro carga con la misma responsabilidad que éste si asume el riesgo en virtud de una propia y libre decisión, sin ser presionado por el causante del riesgo y sin haberse sometido a su voluntad. Pues el mencionado menor poder de evitación del sujeto expuesto al peligro queda compensado en tal caso por la voluntad incondicionada de que se realice la acción con independencia de esa diferencia de riesgo.

De acuerdo con ello, está justificada una distinta valoración según que quien se sube al coche que conduce una persona que no se halla en condiciones de conducirlo por haber consumido alcohol, ante las advertencias de éste, termine sin embargo por convencerla de que lo lleve

(por ejemplo, diciendo “¡no se preocupe, yo asumo toda la responsabilidad!”), o que, a la inversa, sea el conductor el que venza los reparos del dubitativo invitado (diciéndole, v. gr., “¡no tenga miedo, yo me hago cargo de todo!”). El primer caso, si se produce un accidente condicionado por el abuso del alcohol, yo lo equipararía a una autopuesta en peligro consciente y con propia responsabilidad. Por tanto, aquí no habría que imputar el resultado al conductor. En el segundo caso, por el contrario, habría que admitir una lesión o un homicidio imprudentes.

Es digno de hacer notar que el criterio de la responsabilidad de igual rango por lo sucedido, que ha sido ampliamente ignorado por la doctrina⁴⁶, juega en la jurisprudencia un rol relevante, sin que haya sido nunca tematizado su significado dogmático. Así ya el RG en el caso del Memel⁴⁷ puso el acento en que el barquero había “hecho referencia repetida y enérgicamente” a los dos viajeros “sobre lo peligroso de la empresa e intentado disuadirles de ella” y “sólo por la insistencia de aquellos y cuando pusieron en duda su valor personal, cedió a regañadientes y, por generosidad y para mostrarse amable con ellos, puso en juego su propia vida”. un supuesto de estas características ha de ser equiparado en efecto a una autopuesta en peligro. En cambio, si el barquero, para hacerse con algún dinero, hubiese despejado los reparos de los viajeros (“¡quien se atreve, gana!”), habría sido condenado por el RG —¡y con razón!— por un homicidio imprudente.

En el caso del sida, el BayObLG⁴⁸ también hace hincapié en que la mujer que mantuvo relaciones sexuales sin protección con un portador del virus habría “sido advertida varias veces por el acusado acerca de su infección, de los peligros de tener relaciones sexuales no protegidas, de las consecuencias posiblemente mortales de una infección y de la

⁴⁶ LEUPOLD, *Die Tathandlung der reinen Erfolgsdelikte und das Tatbestandsmodell der “actio libera in causa” im Lichte verfassungsrechtlicher Schranken*, 2005, p. 123 exige incluso —yendo demasiado lejos— una “responsabilidad preponderante de la víctima”, que sólo quiere admitir en caso de que quede excluida o reducida la imputabilidad de quien ocasiona el peligro.

⁴⁷ RGSt. 57, p. 174.

⁴⁸ BayObLG, JR 1990, p. 473 y s. (474).

ausencia de posibilidades de curación". La mujer se habría "impuesto, con su deseo de mantener esa relación sexual sin protección, a la voluntad del acusado, que inicialmente se había opuesto decididamente a tal solicitud". El Tribunal motiva así el fallo absolutorio con el argumento de que se habría tratado de "una autopuesta en peligro libre y responsable". En lugar de esto y por las razones ya expuestas, se tendrá que admitir una heteropuesta en peligro consentida, que sin embargo debería ser equiparada en todos sus aspectos relevantes a una autopuesta en peligro; de este modo el Tribunal tiene razón en cuanto al resultado y en gran medida también en la fundamentación, al orientarla a la decidida voluntad de la mujer.

De un modo distinto se habría tenido que resolver ese caso si la iniciativa de mantener relaciones sexuales sin la protección adecuada hubiese partido del varón y éste hubiera abusado del amor de su amiga para cumplir sus deseos. Así lo ve también PUPPE⁴⁹ cuando dice: "Sería problemático el caso si él (esto es, el varón) hubiese ejercido cualquier forma de presión, si por ejemplo le hubiese exigido a ella las relaciones sexuales no protegidas como una prueba de amor. Quien fuerza a otro a ponerse en peligro actúa respecto de él de un modo contrario al cuidado debido aunque esa coacción no alcance el nivel de un estado de necesidad justificante o exculpante". Yo preferiría expresarlo de otra manera, porque una infracción del deber de cuidado concurre también cuando la iniciativa parte de la mujer y porque la exigencia de una "prueba de amor" no es una coacción en un sentido jurídico-penal. Pero en el resultado estamos de acuerdo, pues si el varón, al ejercer presión para mantener relaciones sexuales sin protección, se hubiese aprovechado del cariño de su amiga, habría residido en él la responsabilidad preponderante de lo sucedido y podría ser con razón castigado.

También en el caso de la furgoneta, en el que un trabajador, que estaba siendo transportado en la superficie de carga del vehículo, salió despedido de él al producirse un accidente sin culpa del conductor y falleció en el siniestro, el Tribunal Superior (*Oberlandesgericht*, OLG)

⁴⁹ PUPPE, AT, I, 2002, § 6, n° marg. 7.

de Zweibrücken⁵⁰ puso expresamente el acento en que el conductor se había negado en un primer momento a transportarlo por no disponer de asiento. “Pese a todo X (esto es, el trabajador) se subió al fondo de la furgoneta y se sentó (...) en el suelo”. Este OLG ha advertido correctamente que existía una heteropuesta en peligro consentida, pero también que el accidentado era personalmente responsable de lo sucedido por haber aprobado su transporte y que había asumido el riesgo, de modo que el conductor tenía que ser absuelto. Asimismo en el caso del autosurfista⁵¹ se tendrá que asignar una responsabilidad de igual rango al joven que por su propio deseo realizó la peligrosa travesura, de modo que —en contra de la decisión del OLG de Düsseldorf— el conductor también habría debido ser absuelto.

En la más reciente decisión del BGH, la del caso de la prueba de aceleración, el Tribunal afirma, con razón, la existencia de una heteropuesta en peligro consentida, pero la trata, como ya se ha expuesto anteriormente, de acuerdo con las reglas del consentimiento, cuya efectiva presencia fue rechazada al menos en cuanto a la maniobra de adelantamiento a causa del concreto peligro para la vida a él vinculado. “En todo caso existía un peligro de esta índole al continuar la carrera todavía hasta un momento en el que el adelantamiento simultáneo de un tercer automóvil no implicado en la prueba estaba asociado, para todos los participantes en el tráfico, a unos riesgos enormes, que no eran ya controlables. En una puesta en peligro masiva de tales características J.P. Sim. (esto es, el pasajero) no podía consentir con eficacia justificante respecto de su propia persona”⁵².

Esto es correcto, desde el punto de vista que aquí se defiende, en el resultado, pero no en su fundamentación. Pues se tiene que partir de que, ciertamente, todos los intervinientes estaban de acuerdo con la prueba de aceleración como tal y cargaban con igual responsabilidad por ella (el pasajero dio incluso la señal de salida y filmó todo lo sucedido), pero ese acuerdo no se había extendido a la maniobra de adelan-

⁵⁰ BayObLG, *JR* 1990, p. 518 y ss. (518).

⁵¹ OLG Düsseldorf, *NStZ-RR* 1997, p. 325.

⁵² BHGSt. 53, p. 64.

tamiento del tercer vehículo, que encerraba un peligro extraordinario para la vida⁵³.

Pero incluso si se quisiera extender el acuerdo a todos los peligros que sobrevinieran durante la carrera, la mayor responsabilidad con mucho por la maniobra de adelantamiento causante del resultado habría quedado en los conductores. El BGH insiste por tanto también⁵⁴ en que los pasajeros “sólo” habrían estado “expuestos a las consecuencias de la acción” de los conductores de los vehículos y viajaron “sin la posibilidad de evitar su puesta en peligro mediante sus propias acciones”. También por este motivo los dos conductores habrían debido ser condenados por un homicidio imprudente.

Ciertamente si lo que hubiese ocurrido es que el pasajero que resultó muerto cargara con la misma responsabilidad que el conductor de su coche por la maniobra de adelantamiento —si, por ejemplo, aquél le hubiese incitado y animado a éste a realizarla—, entonces la heteropuesta en peligro consentida, en contra de lo que supone el BGH, habría tenido que llevar a la exclusión de la imputación, pues habría sido equivalente a una autopuesta en peligro responsable; y una contribución a ella es también impune aunque tenga un desenlace mortal.

La concepción que aquí se ha expuesto e ilustrado con algunos ejemplos ha sido en general ignorada por los partidarios de la tesis del consentimiento y por los teóricos radicales de la equiparación, pero ha encontrado con todo no pocos seguidores. Así la monografía de FIEDLER⁵⁵ intenta “ampliar argumentativamente (...) la concepción básica de ROXIN” y “añadir nuevas plantas al edificio intelectual, al que ROXIN (...) había puesto ya los cimientos”. Este autor incorpora a su propia solución los requisitos que yo designé como “presupuestos de equipa-

⁵³ ROXIN, *JZ* 2009, p. 399 y ss. (402); PUPPE, *GA* 2009, p. 486 y ss. (496); la misma, *AT*, 2ª ed., 2011, § 6, n.º marg. 9; JÄGER, *Examensrepetitorium AT*, 4ª ed., 2009, n.º marg. 145b, 122. Acerca de la sentencia de la instancia previa véase también RENGIER, *Iurratio*, 2008, p. 8 y ss.

⁵⁴ BHGSt. 53, p. 61.

⁵⁵ FIEDLER, *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung - unter besonderer Berücksichtigung des viktimologischen Prinzips*, 1989, p. 97.

ración”⁵⁶. Del mismo modo procede ESCHWEILER⁵⁷, que liga mis criterios de equiparación con una solución del consentimiento. Y NIEDERMAIR por su parte afirma⁵⁸: “la solución acertada pasa por la heteropuesta en peligro consentida como exclusión de la imputación objetiva (...)”, para la que menciona todos los presupuestos que yo mismo he señalado.

En la jurisprudencia, el OLG de Zweibrücken ha acogido literalmente mi propuesta de solución en la sentencia, varias veces citada, del caso de la furgoneta⁵⁹: “La responsabilidad por las consecuencias de una heteropuesta en peligro está⁶⁰ excluida cuando equivale en todos los aspectos a una autopuesta en peligro (...) Éste es el caso si el sujeto al que se pone en peligro es consciente del riesgo en la misma medida que quien lo provoca, si el daño es consecuencia del riesgo corrido y no se añaden otros descuidos del autor y si el sujeto al que se pone en peligro carga con la misma responsabilidad que quien lo provoca por la acción común”. No está del todo claro que, como cree DÖLLING⁶¹, este OLG intente “incorporar las ideas de ROXIN a la teoría del consentimiento”⁶², pero no es necesario entrar aquí en esta cuestión. También LASSON⁶³ invoca para valorar la “prueba de aceleración” examinada por el BGH a mi fórmula de equiparación citada por el OLG de Zweibrücken⁶⁴.

⁵⁶ FIEDLER, *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung - unter besonderer Berücksichtigung des viktimologischen Prinzips*, 1989, p. 177.

⁵⁷ ESCHWEILER, *Beteiligung an fremder Selbstgefährdung*, 1990, p. 52.

⁵⁸ NIEDERMAIR, *Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten*, 1999, p. 121.

⁵⁹ OLG Zweibrücken, *JR* 1994, p. 519 y s.

⁶⁰ En el texto de la sentencia se dice erróneamente “están”.

⁶¹ DÖLLING en su comentario de *JR* 1994, p. 520 y s. (521).

⁶² El OLG —p. 519— quiere incluir “también las consideraciones desarrolladas (...) en relación con el consentimiento justificante”, pero “ponderarlas de nuevo”.

⁶³ LASSON, *ZJS* 2009, p. 366.

⁶⁴ Este autor quiere admitir en el caso concretamente enjuiciado una equiparación con la autopuesta en peligro dolosa: LASSON, *ZJS* 2009, p. 367.

En los comentarios la solución de la imputación encuentra también una atención creciente. Así, STERNBERG-LIEBEN⁶⁵ llega a la conclusión de que habría que “continuar reflexionando sobre una exclusión de la imputación objetiva”, que él mismo está dispuesto a admitir, apelando a mis consideraciones, “cuando la heteropuesta en peligro consentida se pueda equiparar a una autopuesta en peligro”, para lo cual invoca también el criterio de la responsabilidad de igual rango por el curso de riesgo. En un sentido análogo se pronuncia RÖNNAU⁶⁶, en el que es probablemente el más minucioso comentario acerca de este problema. Este autor hace hincapié en que se tendría que encontrar “una solución más allá del consentimiento”⁶⁷ y refiere las diferentes propuestas de solución, pero designa como “fundamentales” los criterios que aquí se propugnan para la exclusión de la imputación⁶⁸. Hay que coincidir necesariamente con el juicio en que se resume su posición: “En la dogmática jurídico-penal posiblemente el futuro pertenece a la solución de la imputación —que aún habrá de ser precisada en sus detalles—. Esta posición designa con la autorresponsabilidad el principio de imputación decisivo, evita los problemas metodológicos de la solución del consentimiento y no se ve obligada por lo demás a modificar las reglas del consentimiento”. Y, en cuanto a los grandes tratados, cabe citar a JAKOBS⁶⁹, que sigue “en la cuestión principal a ROXIN”.

Aun sin dejar de reconocer lo discutido de la cuestión, mi propuesta de solución tiene pues alguna posibilidad de terminar imponiéndose. Sin embargo, se ha topado en el último año con la competencia del pun-

⁶⁵ STERNBERG - LIEBEN, en ESER - HEINE - PERRON - STERNBERG - LIEBEN - EISELE - BOSCH - HECKER - KINZIG (eds.), *Sch-Sch StGB Kommentar*, 28ª ed., 2010, antes del § 32 y ss., n.º marg. 106.

⁶⁶ RÖNNAU, en LAUFHÜTTE - RISSING - VAN SANN - TIEDEMANN (eds.), *LK*, t. 2, 12ª ed., 2006, antes del § 32, n.º marg. 167 y siguientes.

⁶⁷ RÖNNAU, en LAUFHÜTTE - RISSING - VAN SANN - TIEDEMANN (eds.), *LK*, t. 2, 12ª ed., 2006, antes del § 32 n.º marg. 168 *in fine*.

⁶⁸ Aquí y en lo que sigue: RÖNNAU, en LAUFHÜTTE - RISSING - VAN SANN - TIEDEMANN (eds.), *LK*, t. 2, 12ª ed., 2006, antes del § 32, n.º marg. 169.

⁶⁹ Jakobs, *AT*, 2ª ed., 1991, 7/129, n. 199.

to de vista manifestado por LUZÓN PEÑA⁷⁰, quien trata también la heteropuesta en peligro consentida con las reglas de la imputación objetiva, pero no eleva a criterio decisivo el grado de responsabilidad por el suceso, sino “el control objetivo sobre el riesgo que tenga la víctima”⁷¹. Esto conduce a soluciones que en parte coinciden con las mías, pero en parte difieren de ellas.

En el caso del río Memel este autor se inclina por la absolución⁷². Los pasajeros habrían tenido “el mismo grado de control que el barquero y la posibilidad de ordenarle regresar hasta el momento en que se introdujeron con el bote en la zona de aguas turbulentas; y a partir de ese momento la falta de control del bote por parte del barquero habría sido prácticamente idéntica” que la de los pasajeros. Igual resultado alcanza en el caso del sida: “La persona sana tiene el mismo grado de control que la enferma”.

Mientras que LUZÓN PEÑA llega en estos dos casos al mismo resultado que yo alcanzaría con el criterio de la responsabilidad de, al menos, igual rango por el suceso, en otros casos su solución difiere de la mía. Así, “en el ejemplo del pasajero que acepta ser llevado en un coche por alguien que se encuentra bajo una importante influencia del alcohol” quiere castigar al conductor del automóvil “porque el pasajero carece de cualquier posibilidad de controlar el riesgo”. Yo, en cambio, decidiría aquí de otro modo si el pasajero fuese la fuerza motivadora y hubiese incitado expresamente al titular del vehículo, renuente en un principio, a que lo llevara en su coche.

⁷⁰ Luzón Peña, “Alteritätsprinzip oder Identitätsprinzip vs. Selbstverantwortungsprinzip. Teilnahme an Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und Gleichstellung: das Kriterium der Risikokontrolle”, *GA (FG-Claus Roxin)*, 2011, p. 295 y ss.

⁷¹ Luzón Peña, “Alteritätsprinzip oder Identitätsprinzip vs. Selbstverantwortungsprinzip. Teilnahme an Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und Gleichstellung: das Kriterium der Risikokontrolle”, *GA (FG-Claus Roxin)*, 2011, p. 308.

⁷² Luzón Peña, “Alteritätsprinzip oder Identitätsprinzip vs. Selbstverantwortungsprinzip. Teilnahme an Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und Gleichstellung: das Kriterium der Risikokontrolle”, *GA (FG-Claus Roxin)*, 2011, p. 309.

También en el caso del “autosurfista”, LUZÓN PEÑA quiere sancionar penalmente al conductor, porque los surfistas no controlaban el riesgo⁷³. Pues para ellos, desde el techo del automóvil, sería “enormemente difícil o incluso imposible pedir al conductor que frenara o se detuviera y, aparte de ello, no controlaban tampoco los movimientos y oscilaciones del coche”. Yo estoy dispuesto a conceder que la posibilidad de control es una circunstancia que indica una responsabilidad de igual rango por el acontecimiento. Pero no querría que valiera esta circunstancia como el único criterio decisivo por las tres razones siguientes.

En primer lugar, la existencia de una posibilidad de control es a menudo dudosa. Así, de ningún modo está dicho que el pasajero que nota la inseguridad de la conducción de quien se halla bajo la influencia del alcohol no pueda hacer que éste se detenga. Tampoco es del todo seguro que la pareja de una persona infectada pueda interrumpir todavía la relación sexual inmediatamente antes de que ésta alcance el estadio de la infección. Y tampoco se sabe si un barquero experimentado está tan indefenso en medio de la tormenta como lo están los pasajeros; de hecho, en el caso del río Memel el barquero sobrevivió.

En segundo lugar, no está claro cómo habrían de ser enjuiciados los casos en los que en la fase decisiva nadie tiene ya una posibilidad de control. En el caso del río Memel LUZÓN PEÑA supone que se daría esta situación respecto de la “zona de aguas turbulentas” y encuentra en ello el fundamento para la absolución del barquero. En el caso del “autosurfista”, en cambio, el conductor debería ser condenado aunque, durante el viaje, tampoco podría controlar lo sucedido y, antes de la partida, los surfistas habrían podido en todo momento cancelar la empresa. Lo mismo vale para el caso de la furgoneta, en el que la colisión se produjo sin culpa del conductor.

En tercer lugar, no me parece adecuado dejar fuera de toda consideración la cuestión de quién tuvo la influencia dominante en el desarrollo de la conducta peligrosa. Así, para la atribución de responsabilidad

⁷³ Luzón Peña, “Alteritätsprinzip oder Identitätsprinzip vs. Selbstverantwortungsprinzip. Teilnahme an Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und Gleichstellung: das Kriterium der Risikokontrolle”, *GA (FG-Claus Roxin)*, 2011, p. 310.

en los casos del río Memel y de la furgoneta, me parece más importante el hecho de que los pasajeros fueran los únicos y decisivos iniciadores de la empresa arriesgada que la cuestión de en qué medida podían controlar la totalidad del suceso. Y también en el caso del sida yo querría equiparar la heteropuesta en peligro consentida, a la que se expuso la mujer, con una autopuesta en peligro responsable, ante todo porque fue ella la que, en contra de todas las advertencias del varón, le había urgido a mantener relaciones sexuales sin la protección adecuada.

Puesto que todas estas soluciones han suscitado hasta ahora un enorme debate, sólo podemos afirmar con seguridad una cosa: ¡la discusión tiene que continuar!

Defensa necesaria provocada *

* Título original: «Die provozierte Notwehrlage», en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 75 (1963), ps. 541-590.

Traducción de **DARÍO NICOLÁS ROLÓN**

(I)

PLANTEO DEL PROBLEMA

El derecho de legítima defensa, que parece haber estado aclarado hace tiempo, se ha puesto en movimiento. En esto hay dos grupos de problemas que causan bastantes dificultades a la jurisprudencia y que, actualmente, reciben una atención intensa en la literatura: en primer lugar, el principio de ponderación de bienes¹ que, fundamentalmente, no integra el ámbito de la legítima defensa, aunque a él siempre se regresa por diferentes maneras; y luego, la cuestión de si, y en qué medida, el derecho de legítima defensa puede ser excluido cuando el agredido se ha representado o ha provocado la agresión ilegítima². Este último tema formará el objeto de este artículo.

Para evidenciar el significado práctico y la extensión de la problemática se presentarán algunos casos sintetizados y adaptados de la jurisprudencia. Ellos nos servirán de ejemplo para ofrecer una solución

¹ También recientemente: SCHAFFSTEIN, *Notwehr und Güterabwägungsprinzip*, MDR 1952, ps. 132-136.

² El tratamiento fundamental hasta ahora de ese tema proviene de LENCKNER, GA 1961, ps. 299-314; de ahí que nos debemos ocupar de su meritorio estudio; entre los recientes artículos se pueden consultar, SCHRÖDER, JR 1962, p. 187 y ss. ahora en: SCHÖNKE - SCHRÖDER, 2ª ed., 1963, § 53, n° marg. 23-33; BAUMANN, MDR 1962, p. 349 y ss.; GUTMANN, NJW 1962, p. 286 y ss.

posterior. Se renuncia a una agrupación comprensiva de los diferentes antecedentes, en favor de una correlación cronológica:

1. El acusado se dirige hacia una taberna, a pesar de que cuenta con que allí se expondría a un ataque violento, ¿tendría influencia esa circunstancia sobre su derecho de defensa necesaria, si se produce efectivamente la agresión esperada³?
2. Después de un extenso intercambio de palabras en la habitación matrimonial, el esposo de la acusada saltó de la cama, y amenazó con “matarla”, dirigiéndose hacia ella. Acto seguido, la acusada tomó un revólver y le disparó. Asumido que ello habría sido necesario para la defensa: ¿tendría algún significado para el derecho de defensa necesaria: que la acusada haya pretendido realizar el homicidio de su esposo “hace mucho tiempo”, ¿que ella, “de acuerdo con su plan”, ha querido dejar aparecer el hecho bajo una luz posiblemente favorable a ella? Y, ¿que el ataque de su marido era la “oportunidad deseada” para la realización de su plan⁴?
3. La acusada, camino a casa, advirtió que un grupo de personas agredían a los peatones. En lugar de tomar otro camino, con el que, de igual modo, también podría llegar a su domicilio, preparó su arma de fuego, y prosiguió su camino, ¿se afecta su potestad defensiva contra las agresiones ilegítimas⁵?
4. El acusado ha sido golpeado por *J* hace un año y medio. Cuando volvió a encontrárselo en una taberna, iniciaron nuevamente una pelea, en cuyo transcurso el acusado, con un revólver, mató al agresor *J* ¿Se asumió que ello habría sido necesario para la defensa! ¿Está excluida la justificación porque, a pesar de que habría sido posible, el acusado no decidió “eludir el altercado”, y porque tampoco quiso escaparse de la agresión porque “confiaba en la posesión de su arma de fuego”? ¿Cambiaría en

³ RG, JW 1926, p. 1171 con comentario de WEBER.

⁴ RGSt. 60, ps. 261 y 262.

⁵ RGSt. 65, ps. 163-165.

algo la situación si se afirmara que el acusado habría dado comienzo a la nueva discusión⁶?

5. El acusado que “dio motivo” a la agresión ilegítima de otro, “para lesionar o matar al agresor, en el transcurso de su defensa”⁷, ¿puede invocar para sí la protección de las disposiciones sobre defensa necesaria? Un caso posterior es muy similar: los acusados, armados con un hacha y un garrote, se dirigieron hacia sus enemigos para provocarlos y esperar “a ver qué harían. Si los otros, a causa de las provocaciones, golpearan primero, entonces podrían despacharlos ordenadamente y golpearlos”, lo que así ocurrió. ¿Estarían justificados los golpes en la medida en que sirvan para la defensa⁸?
6. El padre del acusado, un hombre “violento”, “se hartó de la madre y la tomó del cuello”. El acusado liberó a su madre de las manos de su padre, y luego se defendió de él. Cuando el padre lanzó graves amenazas contra el hijo, éste tomó un garrote del lavabo de la cocina y golpeó al padre agresor, fracturándole el cráneo⁹. ¿Se puede negar el derecho de defensa necesaria “porque el acusado ha tenido la posibilidad de alejarse y de eludir las agresiones posteriores”?
7. El acusado atentó “dolosa e ilegítimamente contra la vida de una persona” y, con eso, luego de concluir su agresión ilegítima, motivó la agresión hacia él por dos rivales ofendidos. ¿Tiene permitido hacer uso de armas de fuego en su defensa, o debería huir¹⁰?
8. El acusado insultaba a los transeúntes que pasaban frente a su casa en la noche de fin de año. Cuando pasaba por la casa del acusado, T, quien, unas horas antes lo había maltratado en forma considerable, sin reconocer al acusado, lo llamó diciéndole:

⁶ RGSt. 71, ps. 133-135; además BOLDT, *ZakDR* 1937, p. 342.

⁷ RG, *HRR* 1940, 1143.

⁸ BGH, en *MDR* 1954, p. 334.

⁹ OLG Celle, *HanRpfl.* 1947, p. 15.

¹⁰ OLG Kiel, *HESst.* 2, ps. 206-208.

¡“Ven aquí si no tienes miedo”! *T* se dirigió hacia el acusado con la intención de golpearlo. Cuando fue alumbrado por la luz de la calle, el acusado reconoció a *T*. Dado que se quería vengar de *T*, aunque conocía la temible forma de agresión de *T*, se sintió inferior, tomó su navaja y, en su defensa, apuñaló a *T*¹¹ ¿Está cubierto el acusado por el derecho de defensa necesaria, a pesar de que habría podido huir rápidamente?

9. El aprendiz *A* molestaba con silbidos al jefe carnicero *B* en la cocina de salchichas, diciéndole en el transcurso del altercado: “Cuidate de que no te haga pasar el cuchillo por el estómago”. Acto seguido, *B*, “con la intención de agredir a *A*”, se dirigió cautelosamente hacia aquél ¿Puede *A* defenderse con el cuchillo¹²?
10. El acusado intentó “quitarle la novia” a *S* camino a casa. Cuando *S* se dirigió hacia él, éste huyó, pidiéndole, sin embargo, a *S* que lo siguiera. *S* lo hizo, golpeando luego al acusado con un puño lleno de llaves. El acusado se defendió, y apuñaló a *S*¹³ ¿Defensa necesaria?
11. El ebrio *M*, aunque no inimputable, perturba al morador de una barraca que alquila, por medio de insultos, desmanes y violentas agresiones. El acusado manifestó su opinión desfavorable sobre las agresiones y decidió defenderse de las nuevas con un cuchillo. Cuando volvió a casa, se produjo lo esperado: *M* se abalanzó sobre el acusado, quien se defendió con el cuchillo. *M* muere¹⁴ ¿Está cubierto por el derecho de defensa necesaria, a pesar de que si hubiera esperado podría haber ingresado a su domicilio sin que nadie lo notara?
12. El acusado se acercó por la noche a una pareja de enamorados “para observarlos en el juego del amor”. El enamorado *P* se dio cuenta de la presencia del acusado por un ruido, y le exigió que

¹¹ OLG Braunschweig, *Nds. Rpfl.* 1953, p. 166.

¹² BGH, *MDR* 1958, ps. 12 y 13, informado por DALLINGER.

¹³ OLG Neustadt, *NJW* 1961, ps. 2076 y 2077.

¹⁴ BGH, *NJW* 1962, p. 308; además BAUMANN, *MDR* 1962, p. 349 y s.; SCHRÖDER, *JR* 1962, p. 187 y ss.; GUTMANN, *NJW* 1962, p. 286 y ss.

“desapareciera”. Al negarse, *P*, que era más fuerte, tomó del chaleco al acusado y lo sacudió. En la defensa, el acusado le produjo una herida mortal a *P* en la espalda con el cuchillo¹⁵ ¿Está justificado?

Los casos revelan que la problemática de la defensa necesaria culpable es habitual. Si se repara que, en general, sólo llegan a los tribunales superiores casos de lesiones graves, pero que la mayoría de las veces son agravios corporales inofensivos, se puede hablar de un fenómeno extendido en todo el país. Hasta ahora no se han desarrollado criterios seguros y generalmente reconocidos para el examen jurídico. Para afirmar¹⁶ o negar la legítima defensa, la jurisprudencia ha recurrido, caso por caso, a la idea de la voluntad de defensa¹⁷ o —cuando la evitación era posible— a la idea de necesidad de defensa¹⁸. También ha recurrido reiteradamente a la idea de abuso del derecho¹⁹.

Por razones de seguridad jurídica se debe intentar desarrollar criterios fijos para la jurisprudencia, hasta ahora orientada más a las particularidades del caso individual, operando con cláusulas generales contradictorias —tales como la “razonabilidad”, la “necesidad” y el “abuso”—. En un ámbito en el que una agresión mortal y un hecho justificado se encuentran muy próximos entre sí, un ciudadano tiene que poder saber qué puede hacer y qué no. Cuando se habla ocasionalmente de una “evitación” resultante del derecho de defensa necesaria, la crítica dominante no se puede relacionar con el cambio de las representaciones ético-sociales correspondientes a la “humanización” de ese ámbito jurídico²⁰. Esto corresponde, sin embargo, a la referida falta de claridad de la delimitación²¹. Debemos esforzarnos en vedar esa posibilidad.

¹⁵ *BayObLG* 1962, ps. 1782/1783; también ERDSIECK, *NJW* 1962, p. 2240.

¹⁶ Por ejemplo, *supra* nros. 1, 2, 3, 12.

¹⁷ Como los casos ilustrados bajo el n° 5.

¹⁸ Como por ejemplo, *infra*, nros. 4 (Razonabilidad), 6, 7, 8, 9, 10.

¹⁹ *Supra*, n° 11 (incisivo contra el razonamiento del abuso OLG, *supra*, n° 10).

²⁰ Comp. también BAUMANN, *MDR* 62, p. 349.

²¹ Así, por ejemplo, es molesto cuando LENCKNER (*GA* 1961, ps. 309/310) debe afirmar a la pregunta de si se debe garantizar o no la defensa necesaria en el caso de una

La solución de nuestros casos se puede buscar desde un principio de dos maneras diferentes: o bien al considerar las acciones emprendidas en una situación de defensa necesaria como un proceder penalmente relevante; o bien al justificar el acto de lesión, aunque la punibilidad se remita a la creación de la situación de defensa necesaria, es decir, a la puesta de causas originarias. El primer camino ha sido transitado por la jurisprudencia hasta ahora, el segundo camino se basa en la construcción teórica denominada *actio illicita in causa*. Estos caminos serán tratados a continuación, pues plantean puntos de vista novedosos (*infra*, II). Luego de ello, se ingresará a las acciones defensivas lesionantes (*infra*, III).

(II)

EL «ACTIO ILLICITA IN CAUSA»

La figura jurídica del *actio illicita in causa* (a.i.i.c.) en el sentido en el que se presenta en la discusión actual, parece haber sido empleada primero por BAUMANN²². De acuerdo con ella, las acciones necesarias para la defensa justifican la producción intencional, dolosa o imprudente de una situación de defensa necesaria.

No obstante, se castiga a quien se defiende por un hecho doloso o imprudente —de acuerdo con su representación— debido a la producción de una situación de defensa necesaria. Esa “construcción”, según BAUMANN²³, se parece en algo a la autoría mediata con un instrumento que actúa conforme a Derecho, con la diferencia de que el autor no está justificado en la causa, sino que es un instrumento que está justificado *in actu*. También se remite al paralelo con la *actio libera in causa*²⁴.

provocación ilegítima-culpable, que “una respuesta generalmente válida no es posible ni en uno ni en otro sentido” y que la decisión depende “preponderantemente de las circunstancias del caso particular”.

²² Comp. ahora *Lehrbuch*, 2ª ed., p. 231.

²³ *MDR* 1962, p. 350.

²⁴ *Lehrbuch*, 2ª ed., p. 231; *MDR* 1962, p. 349.

Esa doctrina, que ha tenido algunos partidarios en la antigua literatura²⁵, ha sido retomada y extendida por LENCKNER²⁶ y SCHRÖDER²⁷. Ambos quieren resolver —a diferencia de BAUMANN— sólo una parte de los casos de provocación con ayuda de la *a.i.i.c.*²⁸. Si prescindimos de las diferencias de opiniones sobre el ámbito de aplicación y nos ocupamos de los aspectos constructivos comunes de la teoría, difícilmente se les podría discutir a los partidarios de la *a.i.i.c.* dos circunstancias: la provocación es causal para el resultado, en el sentido de la teoría de la equivalencia²⁹, y también el dolo (o la previsibilidad y evitabilidad) respecto de la posterior lesión del bien jurídico se pueden afirmar ya en el momento de la “primera causa”. La conclusión de que “tentativa + saber y querer” o “causación + evitabilidad” deben resultar un delito doloso o imprudente es, sin embargo, precipitada.

A ello se contraponen varias objeciones. Éstas se relacionan con el fundamento de la causa ilícita (1), con la justificación *in actu* (2), con las consecuencias para la autoría y participación (3), con la delimitación de las acciones de preparación y la tentativa (4). Los cuatro grupos de preguntas, como se mostrará, dependen entre sí, aunque cada una trae en consideración algunos aspectos especiales de la problemática en su conjunto, razón por la cual serán explicadas sucesivamente. Sólo podemos ingresar a las diferencias de los casos presentados inicialmente en la medida en que la construcción de la *a.i.i.c.* lo permita.

²⁵ Comp. también HEGLER, *Festgabe für Richard Schmidt*, ps. 62, 64, con comprensivas referencias bibliográficas.

²⁶ GA 1961, p. 299 y ss.

²⁷ JR 1962, p. 187 y ss.

²⁸ RICHARD LANGE, a quien asimismo los autores se remiten, no me parece que sostenga la misma posición. Emplea el concepto de BAUMANN de la *a.i.i.c.* (KOHLR. - LANGE, 42ª/43ª ed., previo al § 51, 2, ps. 191 y 192; § 53, V, ps. 205 y 206), aunque denomina a la acción defensiva sólo un hecho aparentemente justificado, y habla de que la defensa necesaria “no está permitida”. Que LANGE quiera asumir realmente una justificación *in actu* es dudoso.

²⁹ Los partidarios de la “interrupción” del contexto causal o de responsabilidad y de la doctrina de la “prohibición de regreso” deberían vedar ese punto de vista a los partidarios de la *a.i.i.c.*; entonces entre la causa y el resultado se encuentra la acción libre y dolosa del provocado.

a — El fundamento de la causa ilícita

1 — Entre los partidarios de la *a.i.i.c.* existe acuerdo en que la provocación como tal no necesita ser ilícita³⁰. Ésta también debe conducir a la punición por un hecho doloso en el caso de la producción intencional de una situación de legítima defensa, “si no amenaza producir ninguna afectación a un interés jurídicamente protegido”, cuando se trata, por ejemplo, “de burlas (...) por debajo del límite de la injuria”³¹. Es irrelevante, en palabras de SCHRÖDER³², si el comportamiento provocador puede aparecer bajo algún punto de vista como ilegítimo. El comportamiento (del provocador) —como en el caso del abuso del § 226 del *BGB*— experimenta su desaprobación jurídica sólo cuando tiene como finalidad colocarse abusivamente bajo el amparo de los presupuestos de la defensa necesaria³³.

Si se quiere afirmar una ilegitimidad de la causa fundante de la punición —y dado que se denomina “ilícita” y debe portar la pretensión punitiva, ese requisito no interesa— se la puede derivar sólo del fin pretendido. Tal ilegitimidad es, sin embargo, a pesar de la referencia del § 226 del *BGB*, difícil de fundamentar. Entonces, las consecuencias de un comportamiento que no es ilegítimo en sí, las acciones defensivas lesionantes, son consentidas formal y materialmente por los partidarios de la *a.i.i.c.* —en la medida en que no se pueda hablar de un paralelo con

³⁰ Pues se da una diferencia particular que será tratada posteriormente. En ese contexto, depende de si en todo caso nadie hace como presupuesto principal a la ilegitimidad de la acción provocadora.

³¹ LENCKNER, *GA* 1961, p. 301.

³² Es, sin embargo, muy claro, ya que SCHRÖDER habla aquí de un “abuso del instituto de la defensa necesaria”, si una expresión se puede interpretar en el sentido de la *a.i.i.c.* La circunstancia de que un “abuso del derecho de defensa necesaria relacionada con la acción de defensa” se rechaza expresamente, y que se dirige el abuso contra la provocación engañosa, habla sin embargo decisivamente a favor.

³³ En el caso de la realización imprudente de una situación de defensa necesaria, esa interpretación veda naturalmente esa argumentación. Dado que SCHRÖDER no necesariamente exige una provocación ilegítima (*JR* 1962, p. 189: provocación suficiente), la fundamentación de la justificación queda en ese sentido sin aclarar. Lo propio rige para BAUMANN, *MDR* 1962, p. 349 y ss.

el § 226 del *BGB*— por lo que surge la pregunta de cómo es que la producción intencional o dolosa de una acción propia, que se debe valorar en sí como positiva, debe tornar un hacer no prohibido en ilegítimo³⁴⁻³⁵.

2 — Sin embargo, ésa no es la única dificultad que se dispara a través de la construcción de la causa ilícita. Cuando se parte pues —siempre también por cualquier razón— de que la provocación, por ejemplo, una burla, se puede presentar como la puesta ilegítima de una causa de muerte en el sentido del § 212 del *StGB*, entonces en ella hay un ataque actual que fundamenta una tentativa. No se puede eludir esa consecuencia y ver en la burla una acción preparatoria; pues nunca saldría el hecho del estadio de la preparación y no podría ser nunca punible, porque todo lo que luego hace el provocador es, de acuerdo con los fundamentos de la *a.i.i.c.*, conforme a Derecho. Si se asume, pues, conforme con ello, una causa ilícita punible en virtud de su fin, entonces se le debe permitir al provocado una agresión mortal en el marco de su legítima defensa. Le debería estar permitido silenciar al provocador. Entonces, sin embargo, el caso no sería problemático³⁶ porque el provocante no podría ejercer su derecho de legítima defensa contra la defensa de una agresión ilegítima, su acción no sólo sería ilícita en la causa, sino también *in actu*, con lo que el caso acaba sin dificultades, y la *a.i.i.c.* sería redundante.

3 — Si en lugar de ello se es de la opinión de que el proceder del ofendido o del desafiado permanece ilegítimo, incluso cuando era necesario para detener la provocación —sobre tales presupuestos se basa la justificación del provocador *in actu*— y de ello se concluye que se

³⁴ Sobre que algo diferente se da en la autoría mediata con un instrumento que actúa conforme a Derecho, comp. *infra*.

³⁵ En principio no es diferente cuando realmente existe una provocación ilegítima, por ejemplo, una ofensa que no es más actual. Entonces, una ofensa actual podría sólo con el fin perseguido devenir en una acción ilegítima de lesiones corporales. Esto no es bien posible cuando la realización posterior de ese fin (el acto de lesión) se encuentra justificado.

³⁶ Comp. también con LENCKNER, GA 1961, p. 300.

pueden asumir puñaladas o algo similar, en la medida en que no sean ofensivas, entonces, consecuentemente, se debería atribuirle a la provocación el carácter de una tentativa ilegítima de delito. Pero, si se hace eso, se llega entonces al curioso resultado de que un comportamiento, al que en ninguna fase del acontecer se le atribuye algo ilícito, aparece como delito punible. Un desafío no ilegítimo y una acción de defensa necesaria justificada conjuntamente conforman un delito doloso (o también imprudente). No es claro cómo es esto posible.

4 — Los teóricos de la *a.i.i.c.* no se han ocupado en detalle de este problema difícil de resolver. Sólo LENCKNER parece haber visto esta cuestión. Sostiene³⁷ que la puesta de una causa de reemplazo, si bien es ilegítima (lo que, como vimos, también es difícil de hacer plausible), no es una agresión en el sentido del § 53 del *StGB*. Para fundamentarlo se basa únicamente en que, de otro modo, el provocado tendría un derecho de legítima defensa ya contra la provocación. Sin embargo, no se puede argumentar de ese modo. Pues la existencia de una agresión no puede depender de qué consecuencias resultarían para la defensa necesaria del agredido y para la construcción de la *a.i.i.c.* La conclusión: “no puede ser lo que no está permitido” pone las cosas de cabeza. Cuando se da una agresión ilegítima, cae la figura del *a.i.i.c.*; dicha figura jurídica, sin embargo, no prueba que falta una agresión.

En realidad, es esto, sin embargo, así: si se ve a la provocación como una acción ilegítima que fundamenta la punibilidad, y si se considera un comportamiento³⁸, que se dirige a la lesión de un bien jurídico ajeno, entonces no se puede negar absolutamente que se le debería conceder al provocado un derecho de legítima defensa, con lo que la *a.i.i.c.* se excluiría. Si no se considera a la provocación como una lesión corporal ilegítima, o como una acción de homicidio, de modo que se presente la reacción del provocado como un ataque ilegítimo, entonces no se puede hacer más comprensible la ilegitimidad de la causa, y la *a.i.i.c.* se evidencia también como carente de objeto.

³⁷ LENCKNER, GA 1961, p. 303, comentario 16.

³⁸ Comp. sólo SCHWARZ - DREHER, 24ª ed., § 53, I, A.

El tercer camino para salvar la teoría propuesto por LENCKNER pasa por negar la agresión (afirmando la ilegitimidad) es intransitable. Esto lo muestra cualquier ejemplo práctico: dice LENCKNER, lo que sólo también es consecuente desde su punto de partida, con respecto a la punición por tentativa del provocador, “no puede ser dudoso que un comienzo de ejecución ya se presente en el momento en el que el autor pone la causa para la posterior situación de defensa necesaria”³⁹. Entonces, si se asume esto —y, es lo que se debe hacer, pues la puesta de una posterior acción lesiva no entra en consideración por la justificación *in actu* como comienzo de ejecución— no me parece posible bajo ningún punto de vista considerar un comportamiento como tentativa de homicidio punible, por un lado, y, negar la cualidad de agresión, por el otro. Pues la tentativa presupone un peligro inmediato sobre el bien jurídico protegido —y además en eso consiste la esencia de la agresión—. Si una tentativa de homicidio no es una agresión, entonces, ¿qué debe ser pues una agresión?

Cómo se da vuelta entonces la cuestión: siempre se vuelve al problema de la ilegitimidad y a la punibilidad de la acción provocadora. Dado que esa pregunta sólo se puede afirmar o negar, ambas respuestas no son, sin embargo, acordes con la construcción de la *a.i.i.c.*, la que fracasa ya entonces por estas razones.

b — La justificación «in actu»

Una segunda dificultad que se presenta con la asunción de la *a.i.i.c.* radica en que el resultado —la lesión o incluso la muerte del agresor ilegítimo— es consentido por los partidarios de esa doctrina: las acciones de aquellos que han provocado la situación de defensa necesaria de forma culpable deben estar justificadas *in actu* junto con sus consecuencias, pues una separación no es posible. Esas mismas consecuencias deben servir para fundamentar un homicidio, una lesión corporal, o un delito imprudente. Esa sola circunstancia no demanda pues importantes reflexiones. Entonces, al igual que en los casos de una auto-

³⁹ LENCKNER, GA 1961, p. 304.

ría mediata con un instrumento que actúa conforme a Derecho, a la que también recurren los sostenedores de la *a.i.i.c.*, se justifica⁴⁰ de igual modo que se castiga la acción del hombre de atrás a pesar de la identidad del resultado con la acción que, sin embargo, está justificada para el instrumento. En ese ejemplo paralelo se evidencia, sin embargo, que no se puede transferir la solución de un caso a otro.

Entonces, en el caso de una autoría mediata con un instrumento que actúa conforme a Derecho —se piensa en el caso en el que alguien logra la imposición de una prisión preventiva a través de una falsa denuncia y el soborno de testigos— se trata de acciones de diferentes personas que reposan en diferentes presupuestos objetivos y subjetivos y, al que, por eso, subyacen diferentes valoraciones. Dado que, en tales casos, no se puede separar el resultado de los elementos personales del injusto (por ejemplo, la posición de juez de instrucción) de la consciencia subjetiva de la situación (de quien conoce los momentos de sospecha, del otro que sabe de la inocencia de la víctima), de modo que éste podría ser valorado como simple *faktum* conforme a Derecho, o como hecho ilegítimo, se concibe aquí al mismo tiempo como producto de una acción prohibida y, al mismo tiempo, como producto de una acción conforme a Derecho.

En la *a.i.i.c.* esto es diferente. Entonces, “aquel que ejerce la defensa necesaria” sabe completamente bien cómo ha llegado a esa situación. Ya aquí se revela como insuficiente la analogía con el instrumento que actúa conforme a Derecho. Si el juez de instrucción de nuestro ejemplo conociera de antemano la ilegitimidad de la denuncia, su acción no sería conforme a Derecho, y se excluye la autoría mediata del hombre de atrás. La situación es, pues, diferente en el caso de la provocación y posterior acción de defensa respectivamente. Dado que sólo se puede desaprobar la provocación y sus consecuencias a causa de la situación creada, es contradictorio, si se aprueban esas consecuencias, que deben fundar el desvalor de la causa, expresamente al mismo tiempo. En los casos en los que el “instrumento” que actúa conforme a Derecho es también tal que la medida de la “herramienta” permanece

⁴⁰ Véase arriba y nota 23; también LENCKNER, GA 1961, p. 303.

objetivamente falsa en el resultado: el mismo legislador lo asume y concede una pretensión indemnizatoria por padecer injustamente una prisión preventiva. En el caso de la *a.i.i.c.*, por el contrario, las acciones defensivas y el resultado deben estar en orden, tanto objetiva como subjetivamente, y, al mismo tiempo, fundamentan un delito consumado. Esto difícilmente puede convencer.

Además, la referencia al *actio libera in causa* que se emplea para fundamentar la *a.i.i.c.*⁴¹ no ayuda demasiado. Entonces la acción del ebrio que como agredido conserva su derecho de defensa necesaria, permanece ilegítima y no se presentan aquí desde el principio todas las fricciones en las que se cae con la *a.i.i.c.* Esto es tan fácil de determinar que no merece una explicación más detenida. Sin embargo, se evidencia en la referencia a ese caso absolutamente anticipado como en situaciones similares cómo necesitan una posterior explicación los fundamentos estructurales de esa figura jurídica.

c — Autoría y participación

1 — La tercera objeción que se puede dirigir contra la *a.i.i.c.* surge de la doctrina de la autoría. Cuando se rechaza el concepto extensivo de autor siguiendo la posición que actualmente predomina, y se parte de que, fundamentalmente, el dominio del acontecer fundamenta ya la autoría en los delitos dolosos y no la simple causación en el sentido de la teoría de la equivalencia, se le tiene que reprochar a la *a.i.i.c.* ya a causa de la falta de los presupuestos del autor. Entonces si alguien se deja provocar por una burla, una injuria u otro desafío, es un asunto suyo. El provocador puede sólo desear y quererlo, pero de ninguna manera lo tiene en sus manos. No se puede dudar de que ésta es también la posición de la ley, porque el provocado actúa con su agresión ilegítima y culpable, y es responsable completamente por su hacer. La *a.i.i.c.* también se distingue en ese punto de la autoría mediata con ayuda de un instrumento que actúa conforme a Derecho y de la *actio libera in cau-*

⁴¹ Véase arriba y nota 24; también LENCKNER, GA 1961, p. 303; SCHRÖDER, JR 1962, p. 188.

sa. Pues, en esos casos, el hombre de atrás tiene el dominio del hecho sobre el engaño o inimputabilidad del instrumento. En el caso de la provocación de aquel que es imputable, y ha descubierto la situación fáctica y jurídica, falta, sin embargo, dicho presupuesto.

Naturalmente no se necesita seguir nuestra concepción de autor, y éste tampoco es el lugar para desarrollarla en detalle⁴². Sin embargo, debe repararse que la misma teoría subjetiva de la participación, cuando no se le otorga a los puros deseos fuerza fundante de la autoría, y esta opinión se entiende en el sentido de la teoría del dolo, tal como lo hace la mayoría de sus sostenedores⁴³, aquí debe conducir a negar la autoría. Entonces, dado que el provocador no tiene poder sobre otro —ninguna burla o algo similar es una coacción— no le queda otra alternativa que esperar y remitirse a la decisión del rival y aguardarla. Tiene que subordinar su voluntad a la del otro.

2 — Pero no sólo en la fundamentación de la autoría, sino también en la punición del eventual partícipe, la construcción de la *a.i.i.c.* conduce en algunos puntos hacia soluciones dudosas. De acuerdo con ello, alguien es punible por una instigación o una complicidad en un delito doloso si provoca a otro o colabora con él en la creación intencional o dolosa de una situación de defensa necesaria. Entonces el “hecho” radica en la *illicita* causa, sobre la que se debe relacionar también la autoría. Quien, por el contrario, no ha contribuido a la puesta de la causa de reemplazo e interviene recién luego como “ayudante necesario”, al lesionar o matar al agresor provocado, es impune bajo todas las circunstancias. Entonces consuma *in actu* un acto justificado (o participa en aquél)⁴⁴.

Sobre esto hay que decir: con seguridad es correcto que se comprenda al iniciador o al cómplice de la provocación como partícipe. Pero es-

⁴² Debo remitir a mi libro sobre *Täterschaft und Taherrschaft*, 1963.

⁴³ Comp. sólo BOCKELMANN, *Strafrechliche Untersuchungen*, ps. 31 y ss., 88 y ss., 109 y ss.; BAUMANN, *Lerhbuch*, 2ª ed., p. 445.

⁴⁴ Comp. también en particular LENCKNER, *GA* 1961, ps. 306 y 307; BAUMANN, *Lehrbuch*, 2ª ed., p. 231.

to tampoco es diferente si en la punibilidad no se repara en la causa sino en la acción *in actu*. Entonces, cuando —entre otros presupuestos a presentar— se les prohíbe la justificación, al mismo tiempo, el iniciador o fomentador del comportamiento provocante con eso ha inspirado o colaborado con la acción *in actu*, de manera que, en ese sentido, no resulta ninguna diferencia en la punibilidad.

Se observan diferencias sólo en la acción de lesión indirecta. Los partidarios de la *a.i.i.c.* quieren dejar impune a cada co-causación. Pero, ¿es esto correcto? Se presenta el caso en el que el provocador *A* descubre que su cómplice *B* lo puede ayudar con relación a su hacer provocativo, lo incorpora a su plan y ambos provocan la agresión de un tercero para poder golpearlo bajo la protección de la defensa necesaria. Entonces, se castiga a *A* por la lesión corporal dolosa, pero se absuelve a *B* por estar justificado. Ese tratamiento desigual de ambos, que han realizado conjuntamente el plan delictivo, no convence. Si bien se puede sostener que se castiga a *A* por el desafío y no por la lesión; fácticamente, sin embargo, recién alcanza su objetivo con el hecho perpetrado por *A*, y sólo se lo puede hacer responsable por esa finalidad. En tales situaciones es pues poco razonable dejar a *B* impune, que consuma el delito para *A* en calidad de ejecutante o co-ejecutante. Sucede otra cosa, naturalmente, cuando el ayudante necesario que interviene no conoce de la creación voluntaria de la situación de defensa necesaria por parte del agredido. Pero no es necesario contar con la *a.i.i.c.* para garantizar la punición. Entonces, dado que objetivamente existe una situación de defensa necesaria, y el interviniente actúa subjetivamente de manera leal, no hay ninguna doctrina que le prohíba la protección del § 53 del *StGB*. Para la valoración jurídica del partícipe *in actu* hay diferencias esenciales, que se desdibujan con la construcción de la *a.i.i.c.*

3 — Las dudas dirigidas principalmente desde la doctrina de la participación contra la *a.i.i.c.* rigen sólo para la producción intencional o dolosa de una situación de defensa necesaria. Pues, en el caso de una producción de resultados imprudente no interesa la autoría, y los problemas de participación no cumplen en este ámbito ningún rol. Al respecto se pueden formular otras objeciones. Dado que la autoría imprudente presupone una lesión del cuidado necesario en el tráfico, los par-

tidarios de la *a.i.i.c.* asumen que aquel que emprende acciones desafiantes, sin pensar en una agresión objetivamente previsible, lesiona de esa manera los deberes de evitación fundados en los §§ 222, 230 del *StGB*. Ello es una ampliación de la responsabilidad por imprudencia. Entonces el provocado sin voluntad de lesión es, en tales casos, total responsable por su ataque; y nadie necesita dirigir su cuidado a impedir la auto-puesta en peligro consciente, con conocimiento de la situación fáctica y jurídica. No es punible la producción dolosa consciente de acciones de auto-puesta en peligro o de suicidio.

d — La tentativa

1 — Un cuarto argumento que se tiene que introducir en el campo contra la *a.i.i.c.* consiste en las consecuencias que se pueden extraer para delimitar los actos preparatorios y la tentativa. Cuando se justifica la acción *in actu*, no se puede incorporar una tentativa punible con la parte de la acción que fue realizada conforme a Derecho, sino que se tiene que asumir un comienzo de la ejecución (por ejemplo, una tentativa de homicidio) ya con el comienzo del desafío, es decir, con la primera palabra. LENCKNER, que se ha ocupado de esa cuestión, ha llegado a la conclusión de que existe ya una tentativa en el momento “en el que el autor con intención hostil comienza a desafiar al otro a una agresión”⁴⁵.

LENCKNER sostiene que la solución es adecuada, y, en verdad, independiente de la concepción moderna de la tentativa que se pueda tener. Pero eso no se puede aceptar. Si con las teorías objetivas material-individual actualmente dominantes se requiere para el comienzo de ejecución que el bien jurídico se encuentre directamente en peligro por las representaciones del autor, no se puede hablar de eso en la medida en que el desafío no reconozca el mínimo resultado. Esto se observa a cada momento en la vida: puñaladas, burlas, injurias que se presentan por miles cotidianamente. No obstante, comparado con esto es muy raro que alguien se sienta motivado a realizar acciones punibles. Un peligro directo no puede tener lugar, porque depende de que el provocado

⁴⁵ LENCKNER, GA 1961, p. 305.

desactive el peligro concreto con una agresión ilegítima. LENCKNER pasa por alto esto, cuando se basa en la jurisprudencia del BGH y dice: "ya hay una tentativa punible cuando el autor se representa el riesgo para realizar el homicidio planeado o el robo tan pronto cuando aparezca la víctima, entonces no puede valer aquí otra cosa, en la medida en que el provocador esté decidido a intervenir ni bien se produce la provocación". Independientemente de que ese punto se encuentra discutido en la jurisprudencia⁴⁶, las cosas son diferentes en los casos tratados por la jurisprudencia a los supuestos en los que la respectiva víctima completamente ignora lo que sucede a su alrededor. Las inhibiciones que se oponen a las agresiones ilegítimas de los provocados, tanto como consecuencia de las prohibiciones legales como también a causa de los riesgos reconocibles de tales comportamientos, caen fuera de tales situaciones. No se puede basar en éstas para probar el carácter de tentativa de la provocación.

2 — Además, también está vedado el paralelo con los casos de la *actio libera in causa* y con el uso de un instrumento que actúa conforme a Derecho. Incluso también en el caso de la *actio libera in causa* se acepta que la tentativa no comienza con la embriaguez sino recién con el comienzo de la ejecución en un estado de inimputabilidad⁴⁷. Sin embargo, LENCKNER no reconoce que sería correcto, por el contrario, colocar la tentativa al comienzo de la provocación en el caso de la *a.i.i.c.*⁴⁸. En el caso de la *actio libera in causa*, sostiene que de ninguna manera es seguro que el ebrio vaya a reaccionar de acuerdo con su plan originario, con lo que el estado de embriaguez no es imputable. En esos puntos decisivos, la cuestión es diferente en el caso de la *a.i.i.c.* "Si la provocación tiene el resultado deseado, el autor está prácticamente obligado a ejercer su defensa necesaria, porque de otro modo debería quedar sin protección y soportar el ataque del provocado".

⁴⁶ Comp. BOCKELMANN, *Strafrechliche Untersuchungen*, p. 135 y ss.; MEZGER, *NJW* 1954, p. 564.

⁴⁷ Comp. por ejemplo, SCHRÖDER, en SCHÖNKE - SCHRÖDER, 2ª ed., § 43, n° marg. 16.

⁴⁸ LENCKNER, *GA* 1961, ps. 304 y 305.

Esas consecuencias no necesitan ningún ejemplo. Si lo veo correctamente, la situación se comporta de manera inversa a como lo observa LENCKNER. Su argumentación va mucho más allá del problema esencial para la cuestión de la tentativa. Entonces en él se fundamenta el presupuesto no discutido de que la provocación tiene el "resultado deseado". Si lo tiene, es una pregunta que se tiene que negar, no obstante, en las situaciones críticas. Cuando LENCKNER justifica la punición de la tentativa en los casos de provocación sin resultado, al sostener que el provocado habría estado en peligro si la provocación habría tenido el resultado deseado, entonces se presenta una contradicción en sus fundamentos. En concreto, pues, no se da ningún peligro que pueda fundamentar un comienzo de ejecución. Y en lo que concierne a la comparación con el *actio libera in causa*, puede ser que el comportamiento del ebrio no sea imputable con seguridad; pero el comportamiento del provocado —otra persona completamente imputable— es poco menos imputable. Tampoco ayudan mucho los fundamentos sobre la tentativa de la autoría mediata. Pues sólo cuando se asume que el provocante es usado como un instrumento que actúa conforme a Derecho, entre la causa y la acción lesiva de la libre voluntad de otro, se encuentra la libre voluntad de otro que excluye un peligro indirecto de la "víctima"⁴⁹.

3 — Pero no sólo el anticipo de la tentativa, sino también el temprano recorte de todas las posibilidades de desistimiento hablan decisivamente contra la solución de la *a.i.i.c.* Cuando el provocado no entra en la burla, o no se ve movido al menos a una agresión ilegítima —es la regla del caso— tendría lugar en todos los casos una tentativa frustrada, que excluye el desistimiento de la puñalada no exitosa ¿Cuántas tentativas de homicidio punibles pueden permanecer impunes? Los partidarios de la *a.i.i.c.* deberían considerar la circunstancia de que tal caso no llega a los tribunales y que, en la imposibilidad de demostrar la voluntad de perjuicio, ésta tendría siempre sólo una existencia teórica. Yo creo que un hombre ebrio que no considera una burla, o no ha prestado atención a una palabra, se sorprendería, si se le dice que se ha perpetrado sobre él una tentativa de homicidio.

⁴⁹ Comp. sólo BGHSt. 4, ps. 270-275 (273).

Si se sostienen todas esas circunstancias, entonces se tiene que reconocer que la figura jurídica de la *a.i.i.c.* no es adecuada para resolver los problemas de la situación de defensa necesaria provocada.

(III)

EL ABUSO DEL DERECHO COMO LÍMITE DEL PODER DE DEFENSA EN EL CASO DE UNA SITUACIÓN DE DEFENSA NECESARIA CULPABLE

Al descartar la *a.i.i.c.* restan dos posibilidades para tratar nuestros casos. O bien, como BINDING⁵⁰ y LISZT⁵¹ sostienen contra la uniforme posición actual, dejar siempre impune al provocador, o bien se puede considerar como punible al hacer del provocador bajo ciertos presupuestos, porque no es posible una penalización independiente de la primera causa que le prohíba al provocador el derecho de defensa necesaria en la acción defensiva lesiva, es decir: renunciar a una justificación *in actu*. Se puede fundar tal limitación del derecho de defensa necesaria sólo por el comportamiento anterior o con el fin perseguido por el provocador. En ese sentido, la idea de la causa ilícita tiene un núcleo correcto indiscutible. Pero la provocación no es únicamente lo punible, sino que es también la razón sobre la que no se le permite al agredido un derecho de defensa necesaria que de otra forma sí tendría. Su expresión teórica correcta tiene lugar en el concepto de abuso del derecho⁵².

Dado que el principio del abuso implica una limitación inherente de todos los derechos, no necesita una mención en el Derecho positivo⁵³.

⁵⁰ *Normen*, t. 2, Erste Hälfte, 2ª ed., 1914, p. 625.

⁵¹ 22ª ed., 1919, p. 138; también LISZT - SCHMIDT, 26ª ed., t. I, p. 196; de EB. SCHMIDT ahora abandonada, comp. *Niederschriften der Strafrechtskommission*, t. 2, Anexo nº 21, p. 57.

⁵² Comp. sobre esto en general en el contexto con el derecho de defensa necesaria SCHAFFTEIN, *MDR* 1952, ps. 132-136; además ED. SCHMIDT, JESCHECK y LANGE en los consejos de la Comisión de Derecho Penal, t. 2, ps. 133-135.

⁵³ Comp. KOHLR. - LANGE, 42ª/43ª ed., § 53, II, p. 204; LANGE, *Niederschriften über die Beratungen der Strafr. Komm.*, t. 2, ps. 130, 135.

Si se quiere buscar, sin embargo, una vinculación en los casos de legítima defensa, entonces es adecuado para ello el concepto de "ilegitimidad" previsto en el § 53, párr. 1º del *StGB*. Una acción defensiva abusiva no es, en el sentido de la ley, una defensa "ilegítima". De esa manera, con ese principio se previene el error de creer que la idea del abuso se trata de una doctrina de Derecho civil traspuesta en el Derecho penal⁵⁴. En realidad se trata de un principio jurídico que siempre recibe su contenido concreto de las particularidades de la materia jurídica pertinente⁵⁵. Por esa razón no tenemos frente a nosotros ninguna cláusula general indeterminada (si ése fuera el caso, entonces se fundamentarían las dudas expuestas con un criterio completamente vago). Antes bien, primero los aspectos fácticos que fundamentan las situaciones de defensa necesaria y los principios valorativos dejan reconocer lo que no es abusivo y lo que sí.

Si se considera esto, no se pueden levantar más objeciones serias contra la idea del abuso⁵⁶. Esto no ofrece, sin embargo, a diferencia de la *a.i.i.c.*, ninguna construcción formal aplicable, sino que nos obliga a ingresar en la materia jurídica, y a extraer de ella las soluciones adecuadas pertinentes. De ahí que primero debemos tener un panorama general de las reglas de la materia y someter las constelaciones típicas de casos a una explicación independiente⁵⁷. En esto se observa que la situación de defensa necesaria se puede basar en diferentes presupuestos tanto objetiva como subjetivamente.

⁵⁴ Sobre esa posición se funda que el OLG, *HSt.* 2, ps. 207/208, que rechaza expresamente los razonamientos del abuso del derecho.

⁵⁵ Comp. también JESCHECK, *Niederschr. d. Strafr. Komm.*, t. 2, p. 134.

⁵⁶ Otros fundamentos para la posible exclusión de la defensa necesaria como que sea el provocador el real agresor, o que le falte la voluntad de defensa (comp. también LENCKNER, GA 1961, p. 300 con evidencias; también MEZGER, *Niederschr. D. Strafr. Komm.*, t. 2, p. 134), son, comprendidas literalmente, incorrectas. Entonces el provocado agrede ilegítimamente y contra él se quiere defender el otro también. En un sentido amplio, si se mira a la provocación, se acierta en algo correcto, pero se designan sólo las razones por las cuales la referencia a la defensa necesaria puede ser abusiva, se incorporan pues a esos principios jurídicos generales.

⁵⁷ Sobre los fundamentos metodológicos de ese proceder véase también *supra*.

Del lado subjetivo, encontramos, junto con los actuales casos de la provocación intencional que hasta ahora han sido únicamente discutidos, (1) a la producción de una situación de legítima defensa, que si bien no tiene motivos perjudiciales, es, sin embargo, dolosa (2); en esto entran situaciones de defensa resultantes de los comportamientos causados imprudentemente o culpablemente (3). También se puede subordinar la cualidad objetiva del comportamiento provocante a una valoración divergente. Se puede tratar de un comportamiento jurídicamente adecuado (a); el comportamiento que lleva al otro al ataque puede, si no es adecuado, sin embargo, ser considerado por el legislador como conforme a Derecho (b); puede ser un comportamiento ilegítimo, a pesar de no ser una acción que fundamenta una legítima defensa (c); y puede ser finalmente socialmente desaprobado, cuando representa también un hacer jurídicamente no prohibido (d). Cuando esos aspectos fácticos objetivos y subjetivos se relacionan entre sí, obtenemos un tipo de “muestra maestra” de los comportamientos que entran en consideración, sobre los que se ocupa nuestro trabajo.

a — La provocación intencional

El caso generalmente designado como “provocación intencional”⁵⁸ que coloca a alguien en una situación defensiva por medio de la producción de un ataque ilegítimo, para lesionar, matar o bien para poder perjudicar al agresor bajo la protección de la legítima defensa, ha sido muy tratado desde hace tiempo⁵⁹. Eventualmente se puede dudar del significado práctico de la problemática; aunque en realidad sin demasiada razón⁶⁰. En los casos de los ejemplos anteriormente presentados tratados por la jurisprudencia, el juicio se fundamenta dos veces expresamente con la intención perjudicial del provocador, y en una gran cantidad de otras decisiones, la producción intencional de la situación

⁵⁸ Comp. MAURACH, *Allgemeiner Teil*, 2ª ed., p. 248.

⁵⁹ Comp. HEGLER, *Festgabe für Richard Schmidt*, p. 62 y ss., con numerosos argumentos.

⁶⁰ Comp. por ejemplo BALDUS, *Niederschr. D. Strafr. Komm.*, t. 2, p. 135.

de defensa no se encuentra excluida según los antecedentes, incluso cuando el resultado no depende exclusivamente de eso⁶¹. Por cierto, también es necesaria una explicación detallada de la constelación de casos, porque su examen correcto se antepone, como se mostrará, para las restantes formas de aparición de la situación de defensa necesaria culpable así como para el conocimiento necesario⁶².

Le corresponde a la actual doctrina uniforme que la intención del provocador —uno que se ha servido de un medio para la realización de una agresión— se tiene que penar por un hecho doloso⁶³. Los fundamentos para ello, sin embargo, son diferentes, como ya HEGLER ha determinado, aunque no concluyentes⁶⁴. De ahí es que debemos interpretar nuevamente la cuestión. Queremos diferenciar desde el principio según las cualidades objetivas del comportamiento provocador, a diferencia de los procesos disponibles hasta ahora, y examinar en detalle todos los casos de provocación intencional. Sólo de esa manera se puede lograr una solución útil.

1 — El comportamiento provocador está jurídicamente prohibido

Si se asume que un juez de instrucción se encuentra en la situación en la que debe emprender registros en el domicilio de su enemigo. El juez lo hace correctamente, aunque espera que su deudor irritable, como sucede habitualmente y pareciera suceder también en este caso, no se deje llevar por la situación, para que no se le permita ejercer una defensa necesaria de su integridad corporal, libertad, o de otro modo, para injuriar a su agresor. Casos similares pueden tener lugar entre los funcionarios de policía que detienen a alguien o que deben imputarle algo a alguien por su comportamiento en el tráfico, entre los auxiliares necesarios que intervienen obligados a evitar resultados y en situacio-

⁶¹ RG, HRR 1940, 1143 y BGH, MDR 1954, p. 335; ambos n° 5 del panorama general.

⁶² Comp. por ejemplo, nros. 1, 2, 3, 4, 6, 10, 11 del panorama general.

⁶³ Comp. al respecto sintéticamente con argumentos ahora EB. SCHMIDT, *Niederschriften über die Beratungen der Strafr. Komm.*, t. 2, Anexo n° 21, p. 57.

⁶⁴ *Festgabe für Richard Schmidt*, p. 63.

nes similares. Tales constelaciones no son construidas. Ofrecen, antes bien, debido a su "imposibilidad probatoria" y a la imposibilidad de comprender el propio comportamiento, una oportunidad tentadora para provocaciones intencionales, especialmente porque se trata de intervenciones en los bienes jurídicos de otros que pueden motivar fácilmente a los afectados a conductas no reflexivas.

¿Se debe penar al provocador realmente por una lesión dolosa, una privación de la libertad, etcétera? Si se asume un abuso del derecho de legítima defensa, sólo se puede hacer eso a causa de los malos pensamientos del actuante. Pero no se le puede dar el consejo que omita su comportamiento provocador; entonces también están obligados. Se le puede a lo sumo recomendar consumir las mismas acciones con una menor intención hostil en su representación. Solo: independientemente de que nadie tiene el poder de controlar sus inhibiciones, tal posición tendría que caer al piso del Derecho penal de hecho, y recaer en el más puro Derecho penal de ánimo y, por ende, ya por razones del Estado de Derecho, se debe rechazar. Además, tal doctrina también exigiría en exceso al juez. Los pensamientos son accesibles a la prueba cuando encuentran una expresión en hechos que permiten lograr ingresar a la representación interna del actuante. Si, sin embargo, la acción mal intencionada se realiza de modo que debe producirse de la misma manera que en el caso de motivos conformes a Derecho, entonces se puede reconocer en el autor la tendencia provocadora, sólo si el acusado es tan tonto como para confesarlo. Ya que eso no se hace, no es casualidad si el tribunal no haya resuelto nunca tal tipo de casos. A estos casos, sin embargo, también se tiene que aplicar la teoría, al renunciar a una fundamentación ficticia, fundamenta una punibilidad ficticia y además insostenible fácticamente.

Esas dificultades probatorias no son solamente un problema procesal. También son el síntoma de un proceder fáctico que debe orientar la interpretación a un contexto jurídico: de acuerdo con eso, sucede en esos casos que el rol social de los actuantes (su adecuación como juez de instrucción, policía, garante, etcétera) presenta como irrelevante sus deseos personales y motivos. No interviene como persona individual, sino que lo hace como portador de un cargo. Su función le da a su acción un significado relevante, el que no puede ser modificado por sus inten-

ciones “privadas”. El fin social del acontecimiento (“su fin objetivo”) sobrepasa la puesta final-subjetiva del actor. Por esa razón, una intención perjudicial en el marco de nuestro primer grupo no puede fundamentar una punibilidad. Una limitación del derecho de defensa necesaria no entra en consideración bajo el punto de vista del abuso del derecho aquí tampoco.

**2 — El comportamiento provocador es objetivamente
conforme a Derecho**

Las provocaciones conforme a Derecho, hacia las que el actuante, sin embargo, no está obligado a actuar, podrían presentarse también de diferentes maneras. Primero entran en consideración hechos que se encuentran cubiertos por la causa de justificación: *A* se defiende contra el ataque de *B* de una manera objetivamente adecuada, pretende, sin embargo, que *B* se vea llevado por la defensa a realizar ataques más intensos⁶⁵. De esa manera, *A* quiere lograr que se le permita causar graves lesiones al agresor provocado con la reacción necesaria resultante —una situación que en el caso de una riña es completamente pensable—. *O*: *A* requiere el bote de remos del vecino *B* enemistado con él para salvar a los naufragos bajo los presupuestos del estado de necesidad suprallegal. Como era de esperar, *B* se niega, *A* quiebra con violencia su resistencia y entrega el bote al equipo de salvataje de naufragos. En realidad, le era indiferente el hundimiento. Se trataba para él desde el principio únicamente de poder quitarle algo a *B*.

Además de ese “aprovechamiento” de las causas de justificación se puede entender, sin embargo, también como provocación a la simple percepción de los derechos públicos o privados. Por ejemplo, *A* sostiene una opinión en unos comicios de una manera no aprobada. Desea que los partidarios del partido opositor respondan a su discurso con agresiones ilegítimas, para que sus innumerables fuertes partidarios pue-

⁶⁵ Si se supone lo que no se encuentra excluido de los antecedentes, que en el caso ilustrado arriba nº 6, él deseó finalmente tornar inofensivo al padre agresivo y desactivar por esa razón una agresión posterior, tendríamos frente a nosotros un caso práctico de tal tipo.

dan golpear en la cabeza a los agresores. El plan tiene éxito. aquí pertenecen, si se asume una motivación correspondiente, varios casos significativos en la jurisprudencia: alguien va a una taberna para poder castigar a los agresores allí esperados con una defensa adecuada⁶⁶; alguien elige intencionalmente el camino a casa en el que se cuenta con la agresión de un grupo de marginales —con el objetivo de poder lesionarlos bajo la protección de su derecho a la defensa necesaria para que se dejen de molestar⁶⁷—; o alguien fuerza el ingreso a su habitación con un cuchillo con la intención de quitar del camino con las medidas de defensa necesaria a un morador tirano que violentamente le quiere impedir el acceso⁶⁸.

El grupo de casos que se encuentra en discusión se distingue de lo anteriormente explicado porque el comportamiento provocador no estaba prohibido, porque el actuante habría podido omitir el resultado, que no habría sucedido. La cuestión de si en el caso de provocaciones intencionales de tal tipo se encuentra excluida la justificación de la legítima defensa, se afirma generalmente de manera evidente. La nueva jurisprudencia del tribunal federal superior incluso va más lejos. En el caso mencionado de que alguien quiso ingresar en su departamento “con el riesgo de que con eso provoque la agresión del impredecible M, agresión que sin embargo sólo puede rechazar al precio de importantes (...) lesiones” (*supra*, II) no era de ningún modo seguro que se diera una intención o también un dolo de lesión. Para el BGH no importa; incluso la posibilidad reprochable no reconocida de tal punto de partida debería presentar la legítima defensa como abusiva, a pesar de que el derecho del acusado para ingresar en el propio departamento era completamente indiscutible.

Si primero dejamos de lado esas ampliaciones, y nos limitamos a los casos de intención, entonces se puede fundamentar un eventual abuso del derecho también aquí solamente con el motivo de lesión. Entonces, objetivamente, el comportamiento del provocado se encuentra absolu-

⁶⁶ Comp. síntesis nº 1.

⁶⁷ Comp. síntesis nº 3.

⁶⁸ Comp. síntesis nº II.

tamente en orden. La asunción general de que el fin de perjudicar transforma un comportamiento consentido en un injusto punible, encuentra su reverso en la jurisprudencia en los denominados elementos de justificación subjetiva, especialmente en la “voluntad defensiva” de la legítima defensa. De acuerdo con eso, la justificación del § 53 del *StGB* —también en los casos que presentamos— presupone una voluntad de defensa, que debe comprender no sólo el conocimiento de la situación de defensa, sino también —al menos junto con otros motivos fundantes— el motivo de defensa. Con relación a la jurisprudencia del tribunal del reino⁶⁹, el tribunal dice⁷⁰: “el agredido debe (...), con la voluntad de actuar, invertir la lesión jurídica. No es relevante si junto con eso persigue otras intenciones. En otro lugar⁷¹, eso significa que quien se defiende se puede amparar en la legítima defensa, cuando su comportamiento además se encuentra codeterminado por el enojo contra el agresor, en la medida en que la voluntad de defensa conjunta no se haya retirado. Recurrir a la defensa necesaria debe estarle permitido al actuante, en la medida en que la intención de defensa no tenga un significado absoluto para la certeza. La literatura en general se ha adherido a esa opinión⁷².”

Si se sigue eso, entonces, el motivo del daño no excluye la apelación a la defensa necesaria, éste debe, sin embargo, motivar la finalidad defensiva que, verdaderamente, no tiene que predominar, aunque no puede tener un “significado muy colateral”. Si se emplea ese punto de vista a nuestros casos de provocación intencional, entonces resulta de hecho una solución en igual sentido que el punto de vista de la doctrina dominante, lo mismo cuando la acción que produce el ataque es en cada tramo conforme a Derecho. Entonces, la defensa se domina en toda su ob-

⁶⁹ RGSt. 54, ps. 196-201 (199); 69, 261-262 (262).

⁷⁰ BGHSt. 5, ps. 245-252 (247).

⁷¹ BGHSt. 3, ps. 194-199 (194).

⁷² Comp. *Leipz. Kommentar*, 8ª ed. (Jagusch), § 53, 3, b, p. 406, SCHÖNKE - SCHRÖDER, 2ª ed., § 53, Rand. 27, KOHLR. - LANGE, 42ª/43ª ed., § 53, VI, p. 206; WELZEL, *Lehrb.*, 8ª ed., p. 79; BAUMANN, *Lehrb.*, 2ª ed., p. 238, más en el sentido de la posición sostenida a continuación en el texto sólo MAURACH, *Allg. Teil*, 2ª ed., p. 249.

jetiva adecuación subjetivamente por la finalidad de lesión. Se debe producir pues una punición por un hecho doloso.

No obstante, no considero correcto ese resultado. Ésta se basa, como creo, en una falsa interpretación de la voluntad de defensa en la legítima defensa. Esto se puede fundar con diferentes consideraciones.

En primer lugar: es correcto que se pueda amparar en la defensa necesaria aquel que ha reconocido que se enfrenta con una agresión ilegítima. Quien, en el caso conocido de la escuela, dispara a su enemigo sin haber notado que aquél le había apuntado su pistola, no actúa en legítima defensa. Ello no es un problema de voluntad defensiva sino que es una cuestión de dolo. Quien no reconoce las circunstancias que habrían excluido el dolo, pretende realizar un injusto delictivo con acciones externas, y es punible por tentativa⁷³.

Difícil de escindir es, sin embargo, una cuestión muy similar de si debe estar disponible para la defensa necesaria, fuera del dolo de defensa vinculado obligatoriamente con el conocimiento del ataque, también una voluntad de defensa en el sentido de que saber que se trata de una defensa —al menos no de manera preponderante— y no de un daño voluntario al otro. Semejante presupuesto extensivo se puede discutir. El Derecho no puede exigir más que un comportamiento objetivo y subjetivamente conforme a Derecho. El orden jurídico puede exigir que alguien reprima sus impulsos agresivos de tal forma que su comportamiento externo se encuentre libre de objeciones. Y éste es el caso: tanto la provocación como la acción defensiva se mueven completamente en el marco de lo que le corresponde como su derecho al actuante. Se tiene que ajustar a esos límites. No se le puede exigir más: porque no se castigan motivos, sino los hechos.

Quien decide aquí otra cosa, tiene que asumir, por lo tanto, incluso en los casos explicados⁷⁴, una lesión corporal dolosa o una privación de

⁷³ Comp. también v. WEBER, *JZ* 1951, ps. 260-263; mi tratamiento sobre *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, ps. 158-163, y sobre la discusión en general SCHÖNKE - SCHRÖDER, 2ª ed., § 43, n° marg. 37.

⁷⁴ Comp. también WELZEL, *Lehrb.*, 8ª ed., ps. 93 y 94; KOHLR. - LANGE, 42ª/43ª ed., previo § 47, I, 5, B, 2, h, p. 163.

la libertad, tiene que asumir que un vecino sádico con mala voluntad provoca, al contarle las travesuras del hijo, que el padre lo golpee para corregirlo, o que la esposa y su amante logren sacar del medio al esposo con una denuncia, basada en la verdad, de un delito. Entonces también aquí ocurre que el fin de perjuicio se sirve objetivamente por completo de un medio conforme a Derecho. Sin embargo, si, en el caso de las constelaciones mencionadas, de acuerdo con la absolutamente posición dominante, tiene lugar la impunidad, la solución para nuestros casos no puede ser otra.

En segundo lugar: el ejemplo del abuso, al que siempre se alude para fundar la homologación, más bien, en verdad, habla contra nuestra posición⁷⁵. Entonces el comportamiento abusivo se evidencia porque alguien resulta perjudicado seriamente con el amparo en una posición jurídica formal, aunque materialmente no aprobada. Donde, sin embargo, como aquí, el comportamiento del provocante no es adecuado, el otro no tiene motivo para sentirse afectado y provocado. Para volver con los casos mencionados de la jurisprudencia, ¿nadie pensaría, de acuerdo con los principios civiles, en juzgar como defraudación la visita a una taberna, el uso de la calle, el ingreso a la propia habitación (las intenciones con las que esto puede tener lugar)!

En tercer lugar: se puede extremar ese razonamiento y preguntar si esa forma de proceder del provocador intencional "conforme a Derecho", al que debemos conformar su legalidad, y negar el carácter defraudatorio de su comportamiento, no corresponde incluso a motivos con valores reconocidos. Si es pues realmente sólo moralmente reprochable, cuando alguien transita por la calle y se cruza con unos *hooligans*, y en eso persigue el único fin de hacer tornar incapaces a los bandidos agresivos actuando dentro de los límites de la defensa necesaria ¿Por qué no puedo permitirme tener la intención de golpear dentro de lo necesario a los tiranos de la taberna o al vecino, quienes, sin ninguna razón comprensible, quieren atacarme?

No me parece correcto aludir a una modificación de las miradas ético-sociales, en virtud de las cuales, la sentencia "el Derecho no puede

⁷⁵ Comp. también sólo *supra* en el texto.

devenir en injusto”, carece de validez⁷⁶. Esa oración no es⁷⁷, como se piensa hasta el momento, la característica de un principio de defensa necesario superado y riguroso. Ésta designa, antes bien, un pilar del orden jurídico⁷⁸. Esto se aclara cuando la posición de la nueva jurisprudencia se piensa consecuentemente hasta el fin. Debe ser que la gente violenta, que afecta el orden jurídico, se mueve únicamente con fines agresivos por la calle, se divierte en una taberna, o necesita bloquear el ingreso a extraños para —cuidadosamente protegidos por la ley— poder afectar derechos y sus deberes de evitación de los ciudadanos. Se renunciaría a un derecho que sancione tales circunstancias. Se trataría de un orden ideal para los infractores de la paz y para los anarquistas.

El tribunal del reino ha tenido conocimiento de ese contexto. Ha expresado claramente que, incluso cuando el acusado “ha buscado el riesgo de la riña o, eventualmente, cuenta con que en la taberna se producirán violencias de hecho”, no hay ninguna afectación a su derecho de legítima defensa⁷⁹. Se ha planteado⁸⁰ correctamente la pregunta de “si se juzga desde el punto de vista de la paz social, debe ser exigido por los reclamantes que se omita el empleo de una (...) calle pública, porque allí se divierte un grupo de personas con las que hasta entonces no se tenía nada que ver, que hacen aparecer con su voluntad agresiva un tráfico jurídico inseguro y fundamentan el temor de que se produzca una riña con ellos”. Que se deba rechazar esa pregunta “salta a la vista” dijo entonces el tribunal del reino⁸¹.

Lo que antes saltaba a la vista, evidentemente no se mantiene actualmente en vigencia. SCHRÖDER afirma acertadamente que, de acuer-

⁷⁶ Comp. también BAUMANN, *MDR* 1962, p. 349, que quiere concordar en los resultados con las razones de los considerandos del muy explicado caso BGH (ejemplo nº II).

⁷⁷ Se discutirá sobre su alcance en particular.

⁷⁸ Comp. también —pues sin relación con nuestros casos intencionales— las explicaciones y literatura en EB. SCHMIDT, *Kommissionsniederschriften*, t. 2, Anexo nº 21, ps. 56 y 57.

⁷⁹ *Supra*, ejemplo nº 1

⁸⁰ *Supra*, ejemplo nº 3.

⁸¹ Pues no se tratan los casos intencionales en esta sentencia.

do con la nueva jurisprudencia, el caso de la taberna (véase nº 1), actualmente sería decidido indudablemente de otra manera⁸²; y esto corresponde con el ejemplo del uso de la calle (véase nº 3). A esto se le tiene que poner un término. Tampoco es, como quieren SCHRÖDER⁸³, GUTMANN⁸⁴ y LENCKNER⁸⁵, que en la provocación conforme con el Derecho se permita distinguir entre "intención" y simple "dolo" con los efectos de que en el primer caso se castigue, y en el segundo se garantice sin limitaciones el derecho de defensa necesaria. Entonces si alguien actúa, para proteger el orden jurídico o para lesionar al infractor, no puede ser investigado; y tampoco subjetivamente esto es sólo la contracara de lo otro. No se trata, en todo caso, de la diferencia entre la intención y el dolo. Porque no siempre se necesita tener un motivo decoroso para predicar la conformidad con el derecho de la intención. Uno de los ejemplos contados al comienzo evidencia esto claramente. El odio y la maldad pueden estar en juego, y a menudo se mezclan entre sí los diferentes motivos de una manera confusa. Pero perseguirlo en particular y demostrar qué factor más o menos ha dominado, no es función del juez. El juez sólo tiene que determinar lo que es accesible al conocimiento jurídico: si el comportamiento que motiva la agresión fue o no objetivamente necesario para la acción lesiva.

Llegamos al resultado: cuando el legislador considera como conforme a Derecho el comportamiento provocador, se presenta la defensa objetivamente adecuada contra el ataque ilegítimo de otro, por lo tanto, ningún abuso de legítima defensa tiene lugar, cuando el provocante ha deseado la reacción del otro para perjudicarlo bajo la protección de la legítima defensa.

3 — El comportamiento provocador es ilegítimo

Pertenecen al tercer grupo los casos de provocación intencional ilegítima aunque no fundamentan una legítima defensa. Se ofrecen nu-

⁸² JR 1962, p. 188.

⁸³ JR 1962, p. 188.

⁸⁴ NJW 1962, p. 287, en el comentario 4.

⁸⁵ GA 1961, p. 301.

merosos ejemplos: alguien injuria a otro, para motivarlo a una agresión ilegítima y, pues, para perjudicar a otro, bajo los presupuestos de una legítima defensa; golpea a otro para provocar un acto de venganza, que le permite una legítima defensa. O: alguien es descubierto intencionalmente en el caso de un adulterio con una mujer casada. Él cuenta con una agresión del hombre celoso y debido a eso se ha ocultado un arma para volverlo inofensivo en el transcurso de la defensa necesaria, y luego poder continuar la relación prohibida sin molestias.

Para adelantar el resultado: en el caso de tales constelaciones se prohíbe de hecho el poder de la legítima defensa debido al abuso de una situación jurídica. El comportamiento del provocado permanece pues antijurídico y punible (dado que falta una agresión actual), pero de eso no se deduce sin más una legitimación de la defensa: puede ser que ambos actúen ilegítimamente. Cuando el legislador permite normalmente reacciones que lesionan los bienes jurídicos con agresiones ilegítimas dentro de lo necesario, llega a esa decisión social y éticamente legítima a través de dos principios de la doctrina de la legítima defensa: el ya mencionado principio (supra-personal) de la garantía del derecho (el derecho no necesita evitar el injusto) y el requerimiento de la protección personal ("tu no necesitas dejar que te lesionen").

Ambas consideraciones no corresponden sin embargo con este tipo de provocaciones: quien se ve motivado a la agresión por un comportamiento ilegítimo intencional actúa porque se mueve fuera de la ley, sin legitimación supra-personal y no se le permite debido a eso intervenir contra el provocado como representante y garante del orden jurídico⁸⁶. Y quien intencionalmente de manera reprobada se ha puesto en una situación de legítima defensa para lesionar a los otros, no necesita la protección personal y la colaboración del orden jurídico. Esto significa: quien —como aquí ocurre— produce los presupuestos formales del Derecho, con conciencia de que le falta su legitimación material, abusa del derecho y no se le permite ampararse en aquél.

Ese punto de partida reconoce además por qué son diferentes los casos de provocación ilegítima y conforme a Derecho entre sí. Entonces

⁸⁶ Sobre una fundamentación profunda de ese principio comp. *infra*.

quien al cumplir su función, ejecuta la ley, arresta u otorga mandatos punitivos, quien se defiende en ejercicio de sus derechos de un ataque no provocado, salva vidas humanas, expresa una opinión política, al actuar confirma el orden jurídico, cuya protección no se puede prohibir. Se abusa de su derecho a través de comportamientos objetivos, que extraen de él presupuestos social-éticos, no por medio de emociones ocultas y motivaciones. En tales casos se trata sin embargo de una provocación ilegítima que no fundamenta por eso ninguna defensa necesaria.

Esa posición no se puede controvertir. Existe acuerdo de que el provocador intencional se tiene que castigar por un hecho doloso. La circunstancia de que pueda prohibírsele el derecho de defensa necesaria ha dado motivo, sin embargo, a una nueva construcción de la doctrina de la *a.i.i.c.*

En particular aquí existen sin embargo algunas diferencias. Mientras que BAUMANN⁸⁷ quiere justificar las acciones de lesión bajo todas las circunstancias, y quiere limitar la desaprobación a la causa, LENCKNER⁸⁸ y SCHRÖDER⁸⁹ asumen un abuso del derecho de defensa necesario al menos, en la medida en que el provocador ilegítimo tenga la posibilidad de huir. Cuando éste no es, sin embargo, el caso, tiene lugar también una justificación. Se tiene que aceptar que la prohibición de legítima defensa en todos o al menos en muchos casos de esos tipos no es viable, por lo tanto, permanece restante para nosotros sólo la alternativa de dejar al provocador impune, porque no es procedente una vuelta a la *a.i.i.c.* de acuerdo con el resultado de las explicaciones previas. La cuestión merece pues una ponderación cautelosa.

LENCKNER, que ha tratado el problema en lo fundamental, introduce como argumento para conceder el derecho de legítima defensa cuando falta la posibilidad de escapatoria, que en tales situaciones ésta tendría lugar sólo de dos maneras: o bien el autor ejerce una legítima defensa, para defenderse de un ataque, o debe asumir la agresión sobre sus propios bienes. No puede estar obligado, "porque éste —en cada ca-

⁸⁷ *Lehrb.*, 2ª ed., p. 231, *MDR* 1962, ps. 349 y 350.

⁸⁸ *GA* 1961, p. 189.

⁸⁹ *BGH*, *MDR* 1958, p. 13 (síntesis nº 9); *MDR* 1962, p. 146 (síntesis nº 11).

so en sus resultados prácticos— sería volver a reconocer un deber de tolerancia, que no sería compatible con el hecho de que el ataque, a pesar de la provocación, era ilegítimo”. “Esto debería”, piensa LENCKNER, “únicamente valer cuando la provocación como tal también debería haber sido un injusto grave. Entonces, el autor debería ser castigado y resarcido en la forma prevista en la ley, no, sin embargo, que se lo declare inocente y al otro se lo entregue a la justicia. Totalmente diferente sería últimamente una legalización de la venganza privada y con esto, una vuelta al pensamiento primitivo y arcaico”. Estos argumentos tienen peso, aunque no son contundentes. Se pueden suministrar cuatro argumentos contra esto.

1 — No se puede hablar de una “legalización de la venganza privada”, cuando se le prohíbe al provocador la justificación. El provocado no obstante actúa ilegítima y culpablemente y es castigado por una pequeña lesión, que le ha agregado a otro. No se legaliza su venganza privada —lo que, de hecho, sería un pensamiento jurídico primitivo—, sino que se renuncia a legalizar el comportamiento del provocador, lo que en el caso del hombre que, de acuerdo con la posición indiscutida actualmente, se castiga por un hecho doloso, no es más que correcto y consentido.

2 — Tampoco se presenta un “deber de tolerancia” del provocador. Eso le permite defenderse; sólo que no puede lesionar impunemente al otro. Esto no carece absolutamente de sentido; pues dado que el provocado habitualmente no interviene en el homicidio, sino que quiere acordar con los otros sólo una golpiza, mucho se ganaría (incluso político-criminalmente) si el provocador guarda el cuchillo y el revólver y se defiende con las manos. Incluso cuando el resultado es dudoso, y algunos golpes recibe, se ha podido defender de lo peor, sin lesionar a los otros. En todo caso, me parece que tal solución es por lejos tolerable a la posición contraria, que le permite al provocador primero apuñalar o disparar al otro en una situación de defensa necesaria, para castigarlo luego por homicidio; pues con eso la víctima no volverá a la vida. La nueva jurisprudencia del tribunal federal superior, que asume un derecho de legítima defensa limitado del provocador culpable, permite el

empleo de sus manos para la defensa pero no el cuchillo⁹⁰, es, en ese punto —al menos en lo que concierne a la provocación intencional—, totalmente aceptable.

3 — Sobre todo se tiene que pensar lo siguiente: cuando se asume que el provocador en verdad se deja llevar “prácticamente” y no teóricamente a una situación de agresión, en la medida en que no se quiera castigar a otro por una lesión u homicidio del otro, entonces es así como la posición contraria no llega a ningún resultado. La única diferencia consiste en que no se castiga por una acción lesiva, sino que lo es por una causa provocante. Esto es sin embargo una cuestión constructiva, que no modifica en nada la cosa. Entonces cuando el provocador se hace ideas sobre las consecuencias de su comportamiento, se puede decir o una cosa o la otra: o bien lesionó al otro —entonces será juzgado por un delito doloso—; o bien renunció a la lesión y permanece impune —entonces debe asumir a la lesión entre las circunstancias—. Esa alternativa no se modifica en un ápice con la asunción de una posición contraria. Principalmente nadie llega a castigar al provocador. La solución objetiva diferente, la impunidad del provocador, actualmente no la sostiene nadie, de manera que no se deduce de ninguna manera un argumento contra la prohibición de la defensa necesaria de la necesidad de tolerancia limitada.

4 — La referencia a la falta de legítima defensa del provocador, finalmente, tampoco está justificada, porque en estas constelaciones se trata de la punición de aquel que ha abusado del derecho de defensa en forma exitosa. El provocador, que ha escenificado todo el preludio, se ocupa de que en el posterior altercado no padezca daños propios. Si la jurisprudencia le prohíbe o no la legítima defensa, no tiene sobre esto ninguna influencia. Y además: cuando se quiere proteger al provocador, que se ha representado el ataque, se debe pensar también en la protección de su víctima. O ¿debe el provocado, porque el provocador le dispara conforme a Derecho, tener deber de tolerancia, tal como debe-

⁹⁰ BGH, *MDR* 1958, p. 13 (síntesis n° 9); *MDR* 1962, p. 146 (síntesis n° 11).

ría asumirse de acuerdo con la posición rechazada, no sólo práctica sino también teóricamente? Se llegaría de hecho, pues, a las consecuencias que se quieren evitar.

Como resultado se puede afirmar: en los casos de provocaciones intencionales ilegítimas, la prohibición de la defensa necesaria conduce sólo a soluciones teórico-prácticas correctas.

4 — El comportamiento provocador es contrario
a valores social-éticos

Como cuarto grupo se encuentran finalmente los daños que si bien no importan una provocación formalmente ilegítima, lo son desde el punto de vista ético social. Aquí se cuentan las formas de proceder que, sin cumplir con el tipo penal de la injuria, se representan de acuerdo con el juicio general como "impertinentes". Una burla intencional, graves indiscreciones, afirmaciones fácticas denigrantes expresadas sin razón sobre conductas anteriores constituyen esos casos. De los casos inicialmente expuestos, cuyos aspectos fácticos en ese punto son insuficientes, se extraen por lo menos los siguientes ejemplos: alguien enoja a otro a pesar de una intimación por un silbido continuo y lo llama a bajar: "Cuídate que no te clave el cuchillo en el estómago!" O: el provocador intenta quitarle al otro la novia, y lo provoca llamándolo a la agresión. O: el autor se esconde en el parque por la noche para espiar a una pareja de enamorados⁹¹.

En tales situaciones y de manera similar debe conducir además hacia una prohibición del derecho de legítima defensa. Para ello hablan varias razones:

1 — En la intensidad tales casos no se distinguen esencialmente de los del tercer grupo. Considerar a la ilegitimidad formal como el único criterio preponderante, no es por ende adecuado, porque la ilegitimidad no se manifiesta en una agresión actual en los casos de las ofensas explicadas, como se han tratado arriba, sino que es algo pasado,

⁹¹ Síntesis nros. 9, 10, 12. Pues no había en ambos casos (nros. 9 y 12) con seguridad ninguna provocación intencional; pero no importa en ese contexto.

que afectan provocativamente debido a su material inadecuación, antes que debido a su cualidad formal. El provocado no actúa allí contra una agresión ilegítima, sino que reacciona por su parte de una manera ilegítima sobre un desafío no digno de aprobación. En ese punto, sin embargo, no se comporta de otra manera en las situaciones a explicar, y, por esa razón, una equiparación está prohibida.

2 — Una diferenciación entre la ilegitimidad formal y la provocación materialmente abusiva no es por ende recomendable, porque es muy difícil de separar ambos casos entre sí. De las varias veces mencionadas “burlas debajo de los límites de la ofensa” se extrajeron las características de contenido. Prácticamente sucede que alguien emprenderá sólo un ataque ilegítimo sobre el provocador, cuando se siente lesionado de manera significativa. En tal situación hay en realidad sólo dos posibilidades: o bien afirmamos que el provocado se ha motivado para realizar el injusto, y que las alteraciones producidas por el otro no tienen nada de objetivamente reprochable. Entonces tenemos una provocación conforme a Derecho, que, por ejemplo, cubre también una crítica fácticamente justificada, y, por ende, permanece intacta la legítima defensa. O la expresión provocadora es, en verdad, digna de aprobación ¿Por qué no tiene que haber ninguna lesión? El espacio intermedio que permanece aquí es en todo caso pequeño y no definible, y no puede formar ninguna línea delimitante útil entre la aprobación y el rechazo del derecho de legítima defensa.

3 — Además entra en consideración la circunstancia de que las provocaciones abusivas, que no son comprensibles como ofensas a causa de su especial dirección del ataque (como indiscreciones y afirmaciones reales, fundamentalmente descalificadoras), a pesar de la falta de punibilidad en muchos casos devienen las lesiones ilegítimas del derecho de personalidad general. Cuando ese derecho que ha sido reconocido por la jurisprudencia civil como una circunstancia completa, digna de protección, después de la guerra, ha sido suficientemente interpretado, y entre otros también comprende la esfera privada e íntima, suficientemente interpretada, se ven como ilegítimas una gran parte de las provocaciones aquí explicadas, y pueden ser clasificadas en el ter-

cer grupo⁹². Las fronteras del derecho general de la personalidad no están determinadas claramente, el desarrollo está en curso y sus resultados aún se aguardan. Pero la falta de claridad, en la que el concepto de la ilegitimidad formal se apoya, y hacia la cual parece ser la tendencia del Derecho civil, aparece en todos los ámbitos de la afectación de la personalidad. No se repara en las situaciones cambiantes de la frontera de la prohibición jurídico positiva, sino que se repara, desde un principio, en la ilicitud social-ética. También la seguridad jurídica habla a favor de ese argumento: entonces el provocador sabe si su comportamiento, de acuerdo con el convencimiento general, es inadecuado; empero la doctrina en general no puede acordar si existe una afectación ilegítima a la personalidad según el § 823, párr. 1º del BGB.

Con esto hemos mostrado los cuatro casos posibles de provocación intencional. Nuestra solución es simple: la legítima defensa se prohíbe, cuando el comportamiento provocador es socialmente contrario a los valores, es abusivo, es "impertinente". Si el provocador intencional puede evitar el ataque o no, no es importante (a diferencia de la posición de LENCKNER y SCHRÖDER).

Por el contrario, se tiene que garantizar el poder de legítima defensa, si está expresamente permitida por el orden jurídico y es intachable el hacer que dispare la agresión de acuerdo con su sentido. No importa la intención y el motivo del actuante (a diferencia de la opinión dominante).

b — La provocación dolosa

Una aparición práctica habitual y difícilmente demostrable de provocación intencional es el caso de la provocación dolosa. Aquí sucede que el provocador no persigue el fin lesivo, aunque, sin embargo, tiene en miras la posibilidad de una agresión y de una reacción que afecta un bien jurídico, y se conforma con ello. El tratamiento de tales constela-

⁹² De la jurisprudencia pertenecen aquí, por ejemplo, los casos de los enamorados (síntesis nº 12), en ERDSIEK (NJW 1962, p. 2240) también se asume una afectación ilegítima del derecho general a la personalidad.

ciones no ha tenido lugar en la jurisprudencia hasta ahora. Dado que en general no se diferencia entre las diferentes formas de una situación culpable de defensa necesaria, falta también una determinación expresa sobre el dolo del provocador. Sin embargo, se reconoce de los antecedentes suministrados, que debió haber existido en una gran sucesión de casos (cuando no intencional) al menos un dolo de lesión en el caso del desafío; el cuidadoso guardado de un arma blanca o de fuego es aquí mayoritariamente un indicio seguro⁹³. En la literatura, el grupo de casos en los tiempos modernos especialmente en el caso de LENCKNER y SCHRÖDER ha encontrado atención, que pueden ambos llegar a soluciones divergentes a pesar de un punto de partida similar.

LENCKNER quiere dejar impune la provocación dolosa⁹⁴. A diferencia de la criminalización ilimitada de los casos de intención, según su doctrina, permanece la defensa necesaria en un completo contexto, en la medida en que el provocador se permita o se deje llevar al desafío, si no se sirve de un medio expresamente prohibido⁹⁵. Además la lesión de otro no siempre debe ser punible en el caso de una provocación ilegítima inequívoca. Antes bien se tiene que considerar el tipo y gravedad del desafío y de la lesión. Una postura válida en general no sería aquí posible ni en un sentido ni en el otro⁹⁶. La decisión depende preponderantemente de las circunstancias del caso particular. Debido a ello, si bien el derecho de defensa necesaria pierde su perfil claro y precisable, sin embargo no se puede evitar la consecución de resultados justificados. Pero tampoco se diferencia nuevamente en los casos no determinados en detalles, que deben conducir hacia la punición: si el provocador puede eludir, se le prohíbe la legítima defensa; si el escape no era posible, la lesión se justifica, pero tiene lugar punición por un hecho doloso de acuerdo con los fundamentos de la *a.i.i.c.*

⁹³ Comp. por ejemplo, n° 3 (puesta a disposición de un arma de fuego); n° 4 (el autor busca un altercado, "porque confía en el dominio de su arma de fuego"); n° 6 (tenencia de un hacha); n° 11 (hincado de un cuchillo).

⁹⁴ Si bien se distingue de la intención, no lo hace en los casos de culpa.

⁹⁵ GA 1961, ps. 309 y 310.

⁹⁶ Aquí y en lo sucesivo: GA 1961, p. 312.

SCHRÖDER⁹⁷ sigue a LENCKNER en ese sentido, cuando admite la fundamentación de la punición en los casos de la penalización, en parte, debido a la prohibición del derecho de defensa necesaria, en parte, con ayuda de la *a.i.i.c.* Pero se diferencia esencialmente de LENCKNER en la cuestión de cuándo principalmente debe tener lugar una punibilidad. Entonces, repara en si el comportamiento provocador es objetivamente reprochable. Esto se puede afirmar, según su posición, no sólo en el caso de provocaciones ilegítimas, sino también en el caso de puñaladas y de otros desafíos.

Él quiere pues que sean suficientes para la punición los grupos tratados por nosotros nros. 3 y 4 también en la provocación dolosa. Que quiera excluir de la punibilidad los grupos 1 y 2, se advierte claramente, cuando explica que aparecería “un cierto tipo de limitación no aceptable de defensa necesaria, cuando el comportamiento que ha disparado la agresión no ha tenido ningún motivo justificado o comprensible”.

Con independencia de las constructivas diferencias con respecto a la *a.i.i.c.*, que aquí no volveremos a tratar, la solución de SCHRÖDER en la provocación dolosa se corresponde, en definitiva, con la que nosotros ya consideramos correcta —a diferencia del mismo SCHRÖDER— en los casos intencionales. La cuestión es si tal aceptación desde nuestro punto de vista amerita tratar de la misma manera la provocación dolosa y la intencional.

Esto es correcto por diversas razones:

1 — Primero corresponde a los principios generales de nuestro Derecho penal positivo, que la intención y el dolo habitualmente experimenten el mismo juicio. Hay siempre excepciones, siempre que haya razones especiales que aquí no se presentan. Por el contrario: la intención y el dolo presentan un contenido de desvalor similar, y *a)* procuran además aparecer entre sí en forma confusa, de modo que también teóricamente difícilmente se pueden diferenciar entre sí *b)*.

a) En lo que concierne al parentesco entre el dolo y la intención en la provocación, éste se basa en la estructura especial de la formación

⁹⁷ JR 1962, p. 189.

del caso aquí existente. Dado que el ataque exige una acción defensiva lesionante, en el caso de burlas habituales, injurias, etcétera, no se puede esperar sin más que pueda confiar el provocador, en muchos casos, con buenas razones, de que no caerá en una situación de legítima defensa. Sin que se deba ingresar a la difícil separación entre dolo eventual y culpa imprudencia consciente, se puede decir que en los casos en los que el actuante no se deja caer en la no producción de una agresión ilegítima, existe sólo una provocación imprudente. Para la provocación dolosa entran principalmente pues en consideración situaciones en las que el autor, a causa del mal tipo de desafío, cuenta con una agresión desde el principio. Entonces, sin embargo, recibe él la lesión de los otros, tampoco puede pretenderla, aunque tampoco puede ser mal recibida; entonces de otro modo sólo necesitó abstenerse de su comportamiento. No es muy claro que tal caso se diferencie especialmente de la intención; él experimenta con razón el mismo tratamiento.

b) Asumido que la intención de defensa y de lesión se presentan habitualmente en forma yuxtapuesta. El autor se dice: "Si ofendo a otro de una manera específica, tal vez me agreda. Entonces tengo que defenderme con un cuchillo o con un revólver. Me parece correcto, porque de esa manera puede finalmente vengarme por todo" ¿Es esto una provocación intencional o dolosa? Si se asume una provocación intencional, entonces se tiene que extender ese concepto a la producción de consecuencias, que si bien no aspira a ser conforme a un plan, se permite, no obstante, para el caso de que tenga lugar. Entonces apenas algo quedaría restante para el caso de la provocación dolosa. Si se dice, sin embargo, lo que es completamente correcto, que aquí se trata de una producción dolosa de una situación de legítima defensa y de consecuencias lesivas, entonces esa constelación —por cierto, completamente típica— se presenta tan cercana a los casos intencionales que una diferenciación no sería, por el contrario, razonable.

2 — Los abusos teóricos de la distinción de situaciones de legítima defensa producida intencional o dolosamente caen en dificultades prácticas. Lo que se puede averiguar parcialmente con seguridad es normalmente sólo que el provocador ha tenido en vista seriamente la

posibilidad de un ataque y se representa "hincar" de cuchillo o usar el revólver. Pero no puede estar determinado, en la medida en que el aspecto fáctico se deje reconocer, en el comienzo de los casos presentados, estos aspectos hayan jugado un rol en la judicatura. Si, no obstante, en el caso de tal situación fáctica, el autor desafía al otro de una manera objetivamente reprochable, y, por lo tanto, produce un resultado intencional o dolosamente, apenas se puede demostrar. Y en verdad no sólo porque el provocador, si dependería de que difícilmente las expresiones lo lleven a la cárcel, sino especialmente porque también los diferentes motivos de la acción e impulsos en el caso del autor procuran ser tan enmarañados entre sí que estos ni para el solo ni para el tribunal se pueden separar racionalmente.

3 — Las razones que conducen en el caso de un comportamiento social y éticamente desaprobado del provocador intencional hacia la prohibición del derecho de legítima defensa también rigen aquí: quien dolosamente de una manera reprochable desafía a otro, no tiene detrás de sí en el caso de su hacer al orden jurídico y no se puede amparar, por esa razón, en el derecho contra lo injusto; y la protección no tiene lugar en quien se ha puesto en una situación de legítima defensa dolosa e injustificadamente. La solución de SCHRÖDER es, pues, contra la posición de LENCKNER, correcta en el resultado. Desde nuestro punto de vista, se agregan otros reparos a la difícilmente ejecutable delimitación de provocación dolosa e intencional, que la tornan superflua. La jurisprudencia ha tratado hasta ahora de manera muy descuidada los casos prácticamente más importantes de provocación dolosa. Esto no rige sólo para la nueva ya hablada⁹⁸ decisión del BGH, sino también para una sentencia anterior de otro tribunal. En esto radica el caso RGSt. 60, p. 26 y ss.⁹⁹, donde una mujer le disparó a su marido luego de un extenso intercambio de palabras en el dormitorio, y donde se ha podido prever una provocación al menos culpable y dolosa; la instancia previa había determinado que la mujer había esperado tal circunstan-

⁹⁸ *Supra*, p. 561 y ss. (síntesis n° 11).

⁹⁹ N° 2 de la síntesis.

cia para matar a su marido, y dejar que el hecho apareciera bajo una luz favorable a ella. No obstante, el RG afirmó la existencia de una legítima defensa sin entrar en los pormenores de la situación concreta: "Para asumir la existencia de una provocación intencional, en la que posiblemente otra valoración podría tener lugar, aquí no hay ningún indicio. Incluso cuando esto debería ser correcto (lo que no es claro de acuerdo con los antecedentes), aún se tendría que haber explicado, con qué tipo de comportamiento la mujer motiva al hombre a la agresión y si ésta no había contado con la posibilidad de una agresión mortal al menos desde el principio. La cuestión decisiva para la aceptación o rechazo de la legítima defensa no ha tenido lugar".

De manera inversa procede el OLG Celle¹⁰⁰ en el caso en el que un hijo para proteger a la madre del padre violento, decide golpearlo. Aquí el tribunal asume una provocación que ha conducido al "abuso de la defensa necesaria", "ya porque" el hijo, en lugar de escapar, obtuvo un hacha luego del primer ataque del padre. Se tiene que afirmar pues un dolo eventual de lesión en el caso de esa situación fáctica. Entonces si el hijo no habría esperado que, a su regreso, iba a provocar al padre a una nueva agresión, no habría tomado esa herramienta peligrosa. Pero esa afirmación no alcanza para la negación de la defensa necesaria. Es una legítima defensa defenderse de un ataque y también defender a otros. En esto no hay nada reprochable. Cuando el tribunal castiga por una agresión dolosa, entonces se basa en que la cualidad de la provocación no debe considerarse. Mientras que en el primer ejemplo, la defensa necesaria se afirma en forma precipitada, se niega aquí por lo tanto de manera precipitada¹⁰¹.

Se advierte: le faltan a la jurisprudencia hasta ahora criterios útiles de juicio, porque no reconoció ni en los casos de provocación dolosa como grupo independiente de casos, ni ha comprendido correctamente las diferenciaciones que resultan del sentido social de la acción que motiva la defensa. Por eso también las decisiones aquí pertenecientes,

¹⁰⁰ N° 6 de la síntesis.

¹⁰¹ Si se puede postergar el juicio a causa del comportamiento del padre-hijo, es harina de otro costal. Esta cuestión no tiene nada que ver con el problema de la provocación y estaría también en el ejemplo precedente (comportamiento de la pareja).

en las que la defensa necesaria acertadamente se niega en sus resultados¹⁰², se basan más bien en un correcto sentido jurídico, que en conocimientos seguros.

*c — La producción imprudente de una situación
de defensa necesaria
que dé una provocación culpable*

— La provocación imprudente

Bajo la expresión “provocación imprudente” queremos sintetizar todos los casos en los que alguien, sin lesión del oponente desde el principio aspira o también ha contado con eso producir una situación de defensa necesaria por medio de su comportamiento provocador realizado de manera previsible y evitable. En particular, se pueden distinguir aquí diferentes constelaciones típicas, de las cuales las siguientes tres serán abordadas:

1 — Alguien provoca a otro dolosamente e, imprudentemente, no piensa si el oponente reaccionará con una agresión ilegítima y lo pondrá en una situación de defensa necesaria. La extraordinaria habitualidad de tales casos nos exime de buscar ejemplos. En virtud de ello, nos podemos acordar de algunos ejemplos de la jurisprudencia: alguien emprende una agresión dolosa y delictiva sobre la vida humana, y es agredido por el agresor provocado de manera ilegítima¹⁰³. O: A enoja a B con silbidos y alusiones desafiantes. Acto seguido es atacado por B¹⁰⁴. O: alguien se esconde por la noche para espiar las intimidades de una pareja de enamorados, es descubierto y puesto en una situación de defensa¹⁰⁵.

2 — Además se producen situaciones en las que no sólo se quiere la producción de una situación de defensa, sino también la de provocación: alguien causa con un comportamiento gravemente ilegítimo e im-

¹⁰² Comp. síntesis nros. 4, 8.

¹⁰³ Síntesis nº 7.

¹⁰⁴ Síntesis nº 9.

¹⁰⁵ Síntesis nº 12.

prudente una colisión. El conductor del auto afectado se enfada tanto por eso que agrede al provocador "imprudente" y lo pone en una situación de defensa necesaria.

3 — Finalmente, no son raros los casos en los que alguien provoca intencionalmente a otro, para ponerlo en una situación comparativamente violenta sin daño (como al comienzo de una riña), y éste, sin embargo, reacciona de manera inesperadamente violenta (por ejemplo, con un ataque con un cuchillo) y coacciona al desafiador hacia una acción de lesión con una intensidad no prevista (por ejemplo, con un disparo de revólver). También aquí la situación puede apoyarse en la imprudencia, como finalmente sucede¹⁰⁶.

El examen jurídico de tales constelaciones no ha sido hasta ahora explicado claramente¹⁰⁷. Aparentemente, BAUMANN quiere justificar en todos los casos la acción defensiva como tal y con ayuda de la *a.i.i.c.* dejar producir una punición por un hecho imprudente. SCHRÖDER¹⁰⁸ y LENCKNER¹⁰⁹ transfieren las soluciones divergentes que se han desarrollado para la provocación dolosa, *mutatis mutandis* a los casos de la imprudencia: donde se da una posibilidad de huida, se debe prohibir la defensa necesaria. Si no existe posibilidad para una huida, la defensa está justificada, pero se responsabiliza a quien se defiende, bajo el punto de la *a.i.i.c.*, por un hecho imprudente. Mientras que se trata de igual modo a la provocación intencional y dolosa, SCHRÖDER y LENCKNER juzgan ambos grupos de casos de manera diferente, proceden para eso, sin embargo, en el caso de las provocaciones dolosas o imprudentes sin ninguna diferenciación adicional. La jurisprudencia ha favorecido en ambos casos mencionados en el n° 1 al defensor; en el tercer caso, el Tribunal Superior de Bavaria ha dejado sin consideración la problemática de la situación de defensa necesaria y ha justificado las lesiones graves del enamorado por el fisgón. Dado que la *a.i.i.c.* se aparta de

¹⁰⁶ Comp. con ese grupo de casos también LENCKNER, GA 1961, ps. 301, 307.

¹⁰⁷ MDR 1962, ps. 349 y 350.

¹⁰⁸ JR 1962, p. 189.

¹⁰⁹ GA 1961, p. 312.

nuestra posición, la pregunta sólo puede consistir en si existen provocaciones imprudentes, que hacen aparecer una defensa posterior en virtud del ataque que ha motivado. Se apartan de la posición que sostenemos aquí (como en el caso de la intención y del dolo), desde un inicio, las situaciones en las cuales el comportamiento que produce la agresión no es abusivo. En los casos restantes, la respuesta —como también otras— se puede encontrar en la función que le atribuye el instituto de la defensa necesaria. Entonces, resulta lo siguiente: los elementos constitutivos del examen jurídico y de la autodefensa que fundamentan la defensa necesaria y cuya disponibilidad conjunta o sus faltas ha conducido, en el actual grupo de casos tratados, hacia la afirmación general o hacia la negación del injusto, en las provocaciones imprudentes, se presentan por primera vez de manera dispersa. Mientras que el requerimiento de la autodefensa conserva un contorno completo, no se le puede otorgar al provocador el poder de intervenir más allá del ámbito de su defensa como garante del orden jurídico contra el injusto¹¹⁰. Esto requiere de una breve explicación: la protección que otorga la disposición sobre la defensa necesaria a los particulares contra las agresiones ilegítimas, sólo se puede prohibir, allí donde el provocador se ha colocado voluntariamente con su comportamiento abusivo. Entonces, quien sin aprobación del orden jurídico ha creado una situación con consciencia de sus consecuencias, no puede exigir que el Derecho esté de su lado. No necesita tampoco ninguna protección fáctica, porque se ha representado la agresión, y por esa razón se ha subordinado al provocado, que carece de idea del asunto. Esto es lo que sucede en los casos arriba detalladamente explicados de intención y dolo, donde también la apelación a la defensa necesaria debe ser vista completamente como abusiva. En el caso de las provocaciones imprudentes, las cosas son, sin embargo, diferentes en puntos decisivos: quien no cuenta con una agresión ilegítima —tal como sucede—, no ha podido manipular la situación, y se sorprende por el desarrollo de las cosas, y necesita protección. La circunstancia de que no es culpa-

¹¹⁰ En principio concordante OLG Kiel, *HSt.* 2, p. 207 y s., pues con la negación del principio de abuso.

ble en la situación, podría modificar la concesión de un derecho de defensa necesaria sólo cuando el orden jurídico generalmente le concediera el poder de defensa, al que culpablemente ha disparado la agresión. Se explica claramente por intermedio de la comparación con el § 54 del *StGB* que ésa no es sin embargo la situación del Derecho vigente. Si, pues, la agresión ilegítima en tales casos no pierde auxilio de la ley ya por razones jurídicas, entonces necesita esencialmente más en virtud de la diferencia de la situación fáctica. Entonces, dado que no ha esperado una agresión, es más peligroso que el prevenido provocador intencional y doloso, y no sería ético-socialmente sostenible si se lo quisiera dejar sin derecho.

Podemos decir entonces: cada acción defensiva del provocador imprudente está cubierta con la defensa necesaria, cuando no se puede proteger al agredido de otra manera. Dado que la doctrina de la *a.i.i.c.* no es aceptada por nosotros, tampoco en esos casos entra en consideración una punibilidad por un hecho imprudente, como sostienen BAUMANN, LENCKNER y SCHRÖDER. Para fundamentar nos podemos remitir a nuestras explicaciones anteriores. Sin embargo, con independencia de lo anterior, me parece esclarecedora la impunidad para un entendimiento despreocupado: casi cada ofensa debe contener el riesgo de una responsabilidad por una lesión corporal imprudente o un homicidio. Ello difícilmente puede corresponder con la voluntad del legislador.

El cuadro actual se modifica, sin embargo, en la medida en que se dé una posibilidad de evitación. Si el provocador se habría puesto en seguridad, ya sea mediante el abandono de la habitación, la solicitud de ayuda o algo similar, no se necesita producir una acción de defensa para proteger la propia persona. Aquí sólo puede tener lugar una justificación, cuando el actuante, independientemente de su propia incumbencia, se permite afirmar la majestad del derecho contra el injusto. Y, pienso, no se le permite eso. Para fundamentar esa sentencia no se necesita retomar las ya abordadas explicaciones, de que sólo el inocente está legitimado a defender el orden jurídico. Pues éstas surgen sin mayor explicación de los anteriormente explicados¹¹¹ requerimientos so-

¹¹¹ Comp. p. 564 y ss.

ciales de la vida conjunta. El principio de la afirmación jurídica, pues, del que normalmente surge un deber de evitación, es allí un presupuesto necesario del orden jurídico: el ámbito de libertad de los ciudadanos honrados se reduciría en forma intolerable, si se le permite al agresor violento seguir sin peligro su camino. Un pueblo pacífico—formulado en forma exagerada—debería vivir en una continua huida de los infractores de la ley. El Derecho no puede permitir eso.

Si se coloca esa perspectiva adelante, entonces se ve claramente que las provocaciones imprudentes merecen otra valoración. Entonces, aquí no es que el agresor infringe con su hacer la paz social de la comunidad, sino que se trata respectivamente altercados individuales. Quien agrede a un inocente, amenaza la seguridad de todos los demás ciudadanos inocentes, y por eso se deben prohibir desde el inicio tales comportamientos. Quien, sin embargo, es provocado por un particular de una manera abusiva, y se defiende contra aquél, su acción tiene, subjetiva y objetivamente, sólo el sentido de una venganza privada. El agredido se tiene que defender solo, la comunidad, sin embargo, no; entonces sólo él es el afectado. Cuando en tales casos se permite lesionar a un ser humano sin necesidad o incluso matarlo, entonces eso sería bárbaro y vendría un tipo de pena de muerte, que no conoce nuestro orden jurídico. Una lesión a un bien jurídico que no se encuentra cubierta por los requerimientos de defensa, es, por esa razón, abusiva, de manera que ésta hace siglos —aunque con ambivalencias y contradicciones— revela como justificada la jurisprudencia tendente en ese sentido en los casos de provocación imprudente en cuanto a sus resultados.

d — La provocación culpable

El criterio de la posibilidad de evitación, que no juega ningún rol de acuerdo con la posición aquí sostenida contra las otras opiniones en el caso de una provocación intencional y dolosa, es decisiva también en los casos de imprudencia para la aceptación de un derecho de defensa necesaria. Esto no rige sólo aquí, sino también en situaciones en las que si bien existe un comportamiento provocador, no se puede hablar de una imprudencia con respecto a la producción de la situación de defensa necesaria. Esto puede suceder en los tres grupos de casos trata-

dos bajo el punto a), pues no siempre se requiere de un ataque sin intención previsible¹¹². Como otros especialmente ilustrativos ejemplos pueden servir los casos arriba mencionados de adulterio: cuando el adúltero toma todas las previsiones, para no ser descubierto, y contra todas las expectativas irrumpen el agresor enojado, entonces no se puede decir que ha producido una situación "imprudente"; pues, la previsibilidad falta. Se entiende también que se permite defender al atacado en tales circunstancias con los medios necesarios. Sin embargo, ¿se tiene que permitir, por ejemplo, a nuestro adúltero golpear al hombre injuriado, apuñalarlo o incluso dispararle, cuando quiere evitar su agresión? Por lo arriba expuesto se extrae simplemente por qué no se le permite.

Entonces, si en los casos de la provocación imprudente, la necesidad de una posibilidad de evitación aparece como abusiva, ésta no radica en la imprudencia, sino en la provocación que priva al actuante de la legitimación a través de su poder supra-personal del orden jurídico, y reduce la discusión a una contienda interna. En ese punto, sin embargo, nuestro caso de adulterio está completamente asimilado, y todas las razones que hablan a favor de una prohibición de una defensa necesaria, que no está condicionada por un requerimiento de protección, aquí son correctas. El elemento de la imprudencia sirve sólo a la delimitación de la provocación dolosa, aunque no tiene ningún sentido para el fundamento del abuso. No es decisivo para la desactivación del

¹¹² En esas ponderaciones me parece también que radica la razón fundamental para que la jurisprudencia ocasionalmente tienda a exigir evitar a toda costa las disputas entre las personas próximas entre sí. Esto lo dice, por ejemplo, el OLG Celle en los casos ya tratados, porque un hijo ha golpeado con un hacha a su padre (síntesis n° 6): "Tal deber (de evitar) sin embargo siempre lo tiene el hijo contra el padre". Y el BGH habla pues (síntesis n° 9) de "un círculo vital con un ánimo en sí no hostil", en los cuales el poder de defensa sería restringido. Esto tiene en un buen sentido, como en tales situaciones la discusión tiene un carácter "privado" desde un principio, al que está limitado el "ámbito vital interno", y no le concierne al público que se deba ordenar necesariamente insistir sobre el principio de afirmación del derecho. Estos casos apenas tratados hasta ahora merecen una investigación profunda, lo cual, sin embargo, escapa de nuestro tema.

principio de conservación del derecho si el disparador de la agresión se puede prever¹¹³.

Con esto no entra la cuestión fácil de responder acerca del círculo de personas que en tales situaciones deben ser evitadas. En general, tal deber sólo existe cuando el provocador ha cometido una falta respecto del agresor. La agresión o la lesión de los integrantes de una familia también se tiene que introducir. En pocos casos entra en consideración también una ofensa de un extraño como una razón necesaria para la evitación.

LENCKNER¹¹⁴ tiene razón cuando afirma que el “psicópata que ha asesinado a varias personas y que por eso será linchado por una turba”, apenas puede invocar el § 53, “cuando apuñala al agresor, a pesar de que se podría haber estado a salvo sin más de haber huido”. Como regla fija, cuando el provocador debe evitar a un no interviniente, éste podría —con las reservas de las investigaciones detalladas— recurrir a la idea de la ayuda necesaria. Allí, donde se habría permitido intervenir a un tercero colaborador presente, él no puede, como titular de un derecho, sin razón sentirse provocado y parte de la situación. Prácticamente, esto acierta en lo esencial para los testigos de los delitos. Esa limitación tiene la ventaja de que comprende los casos importantes, no privilegia a los que intervienen sin necesidad, y emplea un criterio preciso y jurídicamente delineado. Entonces, a través de la agresión del no partícipe se amenaza la paz jurídica general, y el principio de la afirmación del Derecho está nuevamente en su lugar, incluso cuando el agredido había cometido un delito contra otro antes.

(IV)

CONSIDERACIONES GENERALES

I — El resultado de nuestra investigación se puede sintetizar fácilmente: la apelación a la defensa necesaria se prohíbe por ser jurídicamente abusiva, cuando el actuante ha producido dolosa o intencio-

¹¹³ Sobre presupuestos muy divergentes se basa naturalmente la *a.i.i.c.*

¹¹⁴ GA 1961, p. 311.

nalmente la situación de defensa con un comportamiento ético-socialmente abusivo. Si por el contrario el agresor es provocado de una manera reprochable, sin que el provocador haya contado conscientemente con la posibilidad de una agresión, entonces se presenta una defensa sólo como abusiva, cuando el lesionado habría podido evitar la agresión. En todos los otros casos, la defensa necesaria está cubierta por una defensa, incluso cuando el defensor ha producido la agresión, o incluso la ha pretendido.

2 — Cómo se distingue tal solución de las opiniones desarrolladas en la doctrina en sus resultados, ya ha sido expuesto. Sin embargo, vale la pena echar un vistazo con respecto al método del tratamiento del problema, el que nos puede llevar a otros contextos.

a) Ambos criterios, que han fundado la prohibición de la defensa necesaria en el estado expuesto de la discusión, son, como hemos visto, los elementos de la “causa *illicita*” y de la “intención”¹¹⁵. Ambas formas de pensamiento se distinguen esencialmente en sus derivaciones y conclusiones. En un aspecto, sin embargo, coinciden: excluyen del complejo en su conjunto del procedimiento de la acción que se extiende desde el comienzo de la provocación hasta la lesión de los bienes jurídicos una parte aislada, e intentan reducirlas a un elemento básico idéntico pensable en todas las variaciones, a las que la responsabilidad penal se tiene que vincular. En esto, proceden los representantes de la *a.i.i.c.*, dividen primero el acontecer causal en dos fases —la provocación y la acción *in actu*— y por lo tanto, reconducen la primera parte a un factor causal en el sentido de la teoría de la equivalencia; dependiendo de si la vinculación comprende la causa con el resultado del dolo, o sólo era previsible, llega de esa manera a la asunción de un hecho doloso o imprudente. Aquellos que, por otra parte, limitan la prohibición de la defensa necesaria a una provocación intencional, preparan,

¹¹⁵ También en las recomendaciones de la Comisión de Derecho Penal se explicaron solamente los casos de provocación intencional, sin que se hayan mencionado los casos restantes de situaciones culpables de defensa necesaria, o que sólo se haya mencionado la cualidad del hacer provocante; comp. *Niederschriften*, t. 2, ps. 127, 134, 135.

en forma metódicamente similar, el proceder que conduce a la lesión de los bienes jurídicos, que representa una unidad clasificada en diferentes matices de significados, una situación objetiva y subjetiva, un elemento subjetivo cuidadosamente depurado de todo lo objetivo: el motivo de la lesión, que conduce a la punibilidad, incluso cuando se manifiesta en forma completa en maneras de proceder libres de reparos.

En un caso se revela una causalidad que dispara la agresión, en otros, el motivo como un factor decisivo para la valoración jurídica. Ahora pienso: ambos criterios son —independientemente de todos los reparos en particular—, en principio, irrelevantes para la clasificación de derecho e injusto, como de lo que aquí se trata. Entonces al limitarse la causalidad libre de valores, y a la motivación interna, se prescinde del sentido objetivo social del acontecer y de sus diferencias. Esto se evidencia en los efectos prácticos:

b) Para la existencia de una *a.i.i.c.* digamos, debería ser irrelevante, en la aplicación consecuente de la ejecución de la construcción, si alguien se ha colocado intencional o dolosamente en la defensa necesaria, y si el comportamiento provocador es en sí jurídicamente desaprobado, ilegítimo u ordenado. Entonces, en el caso de cada constelación posible ha causado el actuante la agresión y la lesión del bien jurídico con su —siempre creado— comportamiento, de modo que sólo necesita haber contado con el resultado final, para presentar, en todo caso, a alguien como autor doloso. Tal solución (que se permitiría corresponder a la posición sostenida por BAUMANN) es completamente consecuente. Aunque nivela todas las diferenciaciones sociales dadas, al colocar al provocador intencional, quien ha movido a la víctima con su grave ofensa a la agresión, en el mismo nivel que aquéllos, sólo bajo la aplicación de violencia pueden imponer su buen derecho (como por ejemplo, al dar un paseo por calles públicas, o al ingresar al propio departamento). La nueva jurisprudencia del BGH, que niega en los hechos para la imprudencia de esas diferencias, podría recibir un fundamento teórico con la *a.i.i.c.*¹¹⁶.

¹¹⁶ Característico de eso es la circunstancia que BAUMANN consciente en sus resultados la decisión del BGH, *NJW* 1962, p. 308 (*supra*, nº 11) en el caso de la necesidad

Pues, ya que la cosa exige absolutamente un menor tratamiento, otros partidarios de la *a.i.i.c.* (LENCKNER, SCHRÖDER) han emprendido ciertas diferenciaciones en el caso de las provocaciones dolosas, al reparar en parte en el desvalor de los valores ético-sociales de las provocaciones (SCHRÖDER), en parte en la justicia del caso particular (LENCKNER)¹¹⁷. El contenido material que queda sin comprender con la categoría de la causalidad nuevamente se presenta aquí. Seguramente esto se tiene que celebrar, aunque no es compatible con la posición de la teoría. Entonces si sólo la causación intencional del resultado fundamenta la pena, las circunstancias del caso particular a lo sumo pueden impactar en la determinación de la pena. Los puntos de vista decisivos para la imputación penal permanecen en la concepción de la *a.i.i.c.* o bien sin consideración, o al menos sin examen teórico.

c) No se comporta de una manera diferente con la entonación unilateral de la "intención", que sólo claramente se destaca en la entrega como elemento excluyente de la defensa necesaria. La prescindencia de todas las diferencias de las situaciones objetivas conduce de manera similar como en el caso de la *a.i.i.c.* hacia el aplanamiento de las diferencias relevantes para la valoración jurídica. Quien tiene una intención de dañar es impune, con independencia de si esa intención está justificada de una manera abusiva, o es objetivamente libre de reparos, o incluso si se ha manifestado con acciones externas conforme a mandatos jurídicos. Esa equiparación idéntica en sus formas es por esa razón falsa, porque el sentido social hacia el que el Derecho debe retrotraer su naturaleza es un fenómeno objetivo, que no tiene significado para el ánimo interior del actuante, en la medida en que su comportamiento exterior está libre de reproches. La intención interna no sale hacia fuera y no puede ofrecer ninguna llave para la solución de los problemas que aquí se presentan.

atribuida de la defensa como particular y le ofrece al *Bundesgerichtshof* expresamente la figura de la *a.i.i.c.* como reemplazo para su "difusa construcción de abuso" (*MDR* 62, p. 350).

¹¹⁷ Comp. en particular véase *supra*.

Mientras que el criterio de la "intención" abarca demasiado en ese punto, es, en otro punto de vista, demasiado estrecho, al excluir enteramente los casos de producción de la situación de defensa necesaria de manera dolosa, imprudente o culpable. Ya que los problemas fácticos, como nos muestran los casos tratados por la jurisprudencia, no se pueden dejar de lado, hay que ayudarse con los conceptos generales carentes de contenido como la "razonabilidad" y "necesidad" caso por caso. Sucede que, de acuerdo con el cuadro de la judicatura en los ejemplos del tratamiento de la situación de defensa necesaria culpable, ésta aborda sin excepción únicamente la figura de la provocación intencional y se remite, en el resto, a todas las aplicaciones de esa, o de aquella decisión. Es pues —*mutatis mutandis*— como en el caso de la *a.i.i.c.*: los puntos de vista decisivos para la ilegitimidad material deben, fuera de la posición teórica inadecuada para la superación de los problemas, desarrollarse, en cierta manera, en forma salvajemente creciente. De ahí es que la materia ha sido omitida preponderantemente en la jurisprudencia, y nunca ha sido desarrollada teóricamente.

d) Ese estado de cosas no es casualidad. Éste se basa, si lo veo correctamente, en un método predilecto hace tiempo en el pensamiento jurídico, en penetrar un complejo de preguntas en una forma comprensible, que se abstrae un elemento común de la completitud de los antecedentes que entran en consideración, del cual se puede deducir la solución en los casos futuros. Se necesita subsumir cualquier forma de aparición de la vida sólo de los elementos abstractos, para disponer de un resultado consumado. En tal proceder es pues forzoso que se tenga que fundamentar, con respecto a la situación de defensa necesaria provocada, o bien —objetivamente— la causalidad que provoca la agresión —al considerar los casos más difíciles y claros—, o bien la intención de perjuicio, como si fueran un concepto superior.

La falta metódica de ese proceder radica en la abstracción, pues la corrección social o la intolerancia sobre las cuales únicamente puede fundarse el alcance jurídico del derecho de defensa no es en absoluto separable de los fenómenos. No existe ningún factor aislado que pueda ser portador para sí del sentido social de esas manifestaciones de vida. Con la desincorporación de elementos particulares se separa el valor

del significado del procedimiento, como el espíritu del cuerpo. Es pues necesario que permanezcan separados la causalidad libre y la intención interna del desvalor social o de la falta de valor del acontecer. Otros elementos abstractos se negarían de la misma manera.

e) De eso resulta que las cuestiones que se encuentran en discusión exigen un método divergente para el tratamiento del problema. En eso, el punto de partida es claro: se deben examinar las apariciones de la vida, de cuya clasificación jurídica se trata —aquí la situación de defensa necesaria causada— como un todo sin el acortamiento de su ilegitimidad material. La provocación y las acciones de lesión que surgen de allí se tienen que considerar como una unidad de sentido, y la defensa necesaria se tiene que afirmar o rechazar, dependiendo de si el comportamiento se revela como socialmente adecuado o perjudicial bajo consideración de todas las circunstancias.

Comencemos pues con las dificultades primero: entonces tales “integralidades”, formas de consideración enemigas de la abstracción caen con derecho en descrédito, porque se extraen fácilmente de las delimitaciones conceptuales, y producen en las decisiones una “mirada esencial” intuitiva e irracional, que ocupa toda la materia del Derecho jurisprudencial, y que favorecen una contradictoria jurisprudencia de sentimientos. Esto se ha evidenciado en nuestro tema: tan pronto como las decisiones caen al suelo de las construcciones teóricas, las fórmulas vacías de la “razonabilidad” y “necesidad” devienen, con ayuda del sentimiento jurídico, en dudosas reglas generales. Incluso de esas debilidades recibe el procedimiento de abstracción su razón relativa, que consiste en la claridad y predecibilidad de los fundamentos de las decisiones.

f) Sin embargo, no es necesario elegir entre esos ambos sentidos diferentes el fin de posibilidades erróneas. El sentido social de las formas de comportamiento a explicar surge definitivamente de una comprensión dogmática-precisa. Se debe emplear sólo en lugar de un procedimiento abstrayente —como quiero llamarlo— un procedimiento “concretizante”, en los que la ilegitimidad material inherente a los criterios generales de valor se desarrollan en cuanto al contenido de las apariciones reales de la vida. Cómo ha ocurrido esto, debió haber sido mos-

trado con el tipo de tratamiento de los problemas seguido en el texto: La corrección "social" se tiene que contraponer en el ámbito de la defensa necesaria en ambos principios rectores "la auto-defensa" y la "confirmación del derecho"; entonces se tiene que comprender descriptivamente los sectores de la realidad a ser explicados en las formas típicas de formación, de modo que recibamos un sustrato de juicio integrado de manera diversa de acuerdo con su significado jurídico-social; y finalmente se deben relacionar ambas esferas entre sí de tal modo que se obtengan, a partir de los puntos de vista principales en la impregnación con el material jurídico estructurado, resultados precisos transferibles.

Los principios abstracto-generales se materializan en el tránsito por las reglas de cada materia especial y conducen hacia un resultado, respectivamente modificable, que corresponde con las particularidades de la constelación de casos. Eso no es ninguna subsunción: antes bien, recibe su contenido concreto de un principio general indeterminado con el despliegue de procesos vitales reales diferenciados de acuerdo con su sentido social. De esa manera, según los grupos de casos, resultan soluciones clasificadas, en parte divergentes, y principalmente adecuadas de la totalidad del círculo de problemas. En esto, al fin es posible, con la síntesis de las concordancias, llegar a una descripción abreviada de los casos de abuso excluyentes de la defensa necesaria, que en su claridad y aplicación práctica está a la par de las construcciones formales abstrayentes, aunque es superior en su corrección fáctica.

g) Tal procedimiento, que fue mostrado brevemente de una manera gráfica, ha tenido contra otros métodos varias ventajas:

I. Las decisiones son realistas porque se obtienen de la contemplación de cursos de acción no simplificados en una relación directa con los elementos de la ilegitimidad material —un contexto, que, por regla, se ha perdido en la deducción de los conceptos generales formales—. Esto se confirma con un viejo adagio: se tienen que "crear las leyes del objeto, y se encuentran sin requerir de una fórmula general"¹¹⁸.

¹¹⁸ SCHILLER en una carta a KÖRNER del 10 de diciembre de 1804; intercambio epistolar entre SCHILLER y KÖRNER, Cotta-Verlag, 1892, t. 4, p. 298.

II. Sólo tal proceder tiene necesaria flexibilidad en el doble sentido para una superación dogmática de las diferentes manifestaciones de la vida. Puede ser: a) Que sean considerados grupos de tipos de casos que no han permanecido sin consideración, porque su significado surgiría de la correspondiente concreción individual a elaborar de las medidas del injusto material y no de una fórmula general ya existente: b) Que sigan la dinámica de los desarrollos constantes de las normas de comportamiento ético-jurídico, al no hacer a la cualidad material de la conducta del provocador eje de un criterio formal estático, sino al hacerlo una concesión o negación de la defensa necesaria, y dejarlo abierto, desde el principio, para las modificaciones de los aspectos fundamentales de la sociedad. Entonces si es así¹¹⁹, "que un (...) esquema se puede aplicar extendidamente, que puede conservarse activo, para poder captar los diversos objetos".

III. Sólo de esa manera se puede encontrar una síntesis entre el requerimiento de soluciones comprensibles, adaptables y posibles de controlar, y el mandato de justicia individual. El dualismo entre la fijación de premisas constructivas y de la falta de contenido de las fórmulas vacías desaparece con la siempre repetida concreción de las medidas generales de las respectivas particularidades de la materia jurídica.

No es en vano ser conscientes de ese trasfondo. Pues la ilegitimidad material debe recibir su legitimación de cada trabajo sobre los límites del derecho y del injusto, es un tema similar al de la "confianza y fe" en el Derecho civil. El método jurídico específico de la separación conceptual abstrayente se opone al contenido del principio jurídico contenedor en sí mismo de la totalidad del mundo social, así a la decisión individual sin orientación predilecta del sentido jurídico del juez. En esto consiste una de las causas para la inseguridad, que tiene lugar en todos lados no sólo en la determinación de las fronteras de la defensa necesaria, sino también en la formulación de contenido de un estado de necesidad supralegal. Tal vez se podría seguir en este ámbito, si no se dejan de considerar estos puntos de vista expuestos.

¹¹⁹ Como GOETHE en una carta a SCHLOSSER (del 26 de septiembre de 1813) ha formulado; Artemis-Ausgabe, t. 19, p. 713.

3 — De todo eso se ha obtenido finalmente con respecto al tratamiento de nuestro tema un resultado seguro *de lege ferenda*: no es necesario regular en la ley *expressis verbis* la problemática de la situación de defensa necesaria provocada. En los consejos de la Comisión de Derecho Penal se han hecho dos consejos de ese tipo. La formulación de EB. SCHMIDT¹²⁰ reza: “no puede recurrir a la defensa necesaria, quien sólo ha provocado la agresión, con el fin de lesionar con su defensa al agresor”. Y SCHWALM¹²¹ dice: “no actúa en defensa necesaria, quien ha provocado la agresión, para lesionar al agresor”.

Por qué ambas posiciones desde el punto de vista aquí sostenido no merecen aprobación, no necesita ser de nuevo repetido ahora. Éstas permanecen (en concordancia con la posición dominante) en el punto hacia el cual el debate debe dirigirse. Pues también la solución propia, como se ha sintetizado arriba, se expresa en breves oraciones. Sin embargo, tal regla debería, si se debiera comprender la totalidad del círculo de cuestiones de la defensa necesaria provocada —y la codificación de una unidad comprendida no tendría ningún sentido— devenir necesariamente más comprensiva a la que aparece en un Código Penal. Además de que, si quisiera hablar el legislador, se debieran esperar con el mismo derecho explicaciones sobre el principio de ponderación de bienes en la defensa necesaria, sobre la defensa frente a niños y débiles mentales y sobre tales otras preguntas. Finalmente aquí también aparecen otros restantes problemas similares en los fundamentos de la justificación, que se caería en la falta de límites y al final se trataría de un libro de estudios en lugar de una ley.

Esa inevitable conclusión resalta un descubrimiento fundamental: los principios jurídicos generales como el principio del abuso no son ni idóneos ni necesarios en su expresión concreta de una fijación, que sólo se aproxima a la creación jurídico-positiva. Entonces una ley debe bastarse a sí misma, y limitarse a sus principios. La concreción de su

¹²⁰ *Niederschriften*, t. 2, Anexo nº 21, p. 57. EB. SCHMIDT considera sin embargo “una codificación en vistas de una doctrina actualmente dominante bastante fija (...) apenas necesaria”.

¹²¹ *Niederschriften*, t. 2, p. 129.

contenido y su desarrollo hasta en los detalles de la materia jurídica es una tarea que nunca termina, que de acuerdo con su naturaleza es una tarea que le corresponde a la praxis y a la ciencia. Cada mirada a la jurisprudencia muestra que nos encontramos recién al comienzo de nuestro tema. Sobre eso es necesario continuar con la discusión.

*Las «restricciones ético-sociales»
al derecho de legítima defensa **

(Intento de balance)

* Título original: «Die «sozialethischen Einschränkungen» des Notwehrrechts-Versuch einer Bilanz», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 93 (1981), ps. 68-104. Traducción de **JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENÍTEZ**, Profesor Adjunto Interino de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

(I)

OBJETIVO DE ESTE TRABAJO

Los límites de la autorización de legítima defensa parecían clara y convincentemente trazados por el especialmente afortunado texto del antiguo § 53 —32 actual— del Cód. Penal alemán (*StGB*). Este panorama cambió esencialmente en la postguerra. Las “restricciones ético-sociales” de los —aparente o realmente mantenidos por el texto legal— derechos de legítima defensa se convirtieron en un punto central de la dogmática penal. Un número cada vez más creciente de artículos especializados y libros¹ viene a ocuparse de estas cuestiones, que han pro-

¹ Cito sólo los siguientes trabajos doctrinales alemanes (por orden temporal), prescindiendo de pequeños comentarios y dictámenes:

SCHAFFSTEIN: “Notwehr und Güterabwägungsprinzip”, *MDR* 1952, ps. 132-136; EB. SCHMIDT: *Leitsätze zum Thema Notwehr, Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, t. 2, 1958, Anexos 51-59; LENCKNER: “Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff”, *GA* 1961, ps. 199-314; BAUMANN: “Rechtsmissbrauch bei Notwehr”, *MDR* 1962, ps. 349-350; GÜTMANN: “Die Berufung auf das Notwehrrecht als Rechtsmissbrauch?”, *NJW* 1982, ps. 286-288; ROXIN: “Die provozierte Notwehrlage”, *ZStW* 75 (1963), ps. 541-590; GRIBBONM: “Zumutbarkeitserwägungen im Notwehrrecht”, *SchlHA* 1964, ps. 155-159; HIMMELREICH: “Erforderlichkeit der Abwehrhandlung, Gebotensein der Notwehrhandlung. Provokation und Rechtsmissbrauch. Notwehrexzess”, *GA* 1966, ps. 129-145; DERS: “Nothilfe und Notwehr: Insbesondere zur sogen. Interessenabwägung”, *MDR* 1967, ps. 361-366; KRATZSCHR: *Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht*, 1968; LENCKNER: “Gebotensein und Erforderlichkeit der Notwehr”, *GA* 1968, ps. 1-10; BOCKELMANN: “Mens-

vocado también decisiones jurisprudenciales², asimismo, cada vez más frecuentes. Casi puede decirse que “el material es apenas abaricable”³. En las más recientes manifestaciones científicas ya han surgido las acusaciones de que la discusión estaría tendiendo “hacia una parcelación de limitaciones especiales a la legítima defensa, en relación a

chenrechtskonvention und Notwehr”, en *Festschr. f. Engisch*, 1969, ps. 456-467; RUDOLPH: “Notwehrexzess nach provoziertem Angriff”, *JuS* 1969, ps. 461-466; BOCKELMANN: “Notwehr gegen verschuldete Angriffe”, en *Festschr. f. Honig*, 1970, ps. 19-31; SCHMIDHÄUSER: “Über die Wertstruktur der Notwehr”, en *Festschr. f. Honig*, 1970, ps. 185-199; KRATZSCH: “§ 53 StGB und der Grundsatz nullum crimen sine lege”, *GA* 1971, ps. 67-82; BERTEL: “Notwehr gegen verschuldete Angriffe”, *ZStW* 84 (1972), ps. 1-36; Fr.-Chr. SCHROEDER: “Notwehr bei schuldhaftem Vorverhalten”, *JuS* 1973, ps. 157-161; SUPPERT: *Studien zur Notwehr und notwehrrähnlichen Lage*, 1973; ARZT: “Notwehr, Selbsthilfe Bürgerwehr”, en *Festschr. f. Schaffstein*, 1975, ps. 77-88; KRATASCH: “Das (Rechts-) Gebot zu sozialer Rücksichtnahme als Grenze des strafrechtlichen Notwehrrechts”, *JuS* 1975, ps. 435-441; GEILEN: “Eingeschränkte Notwehr unter Ehegatten”, *JR* 1976, ps. 314-318; HIRSCH: “Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs”, en *Festschr. f. Dreher*, 1977, ps. 211-234; KLOSE: “Notrecht des Staates aus staatlicher Rechtsnot”, *ZStW* 89 (1977), ps. 61-102; OTTO: “Rechtsverteidigung und Rechtsmissbrauch im Strafrecht - Zum Zusammenhang zwischen den §§ 32, 34 StGB”, en *Festschr. f. Würtenerberger*, 1977, ps. 129-160; SEELMANN: “Grenzen privater Nothilfe”, *ZStW* 89 (1977), ps. 37-60; COURAKIS: *Zur sozioethischen Begründung der Notwehr*, 1978; HAAS: *Notwehr und Nothilfe*, 1978; KRAUSE: “Zur Problematik der Notwehr”, en *Festschr. f. Bruns*, 1978, ps. 71-88; FELBER: *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen*, 1979; HASSEMER: “Die provozierte Provokation des Notwehrrechts”, en *Festschr. f. Bockelmann*, 1979, ps. 225-244; KRAUSE: “Zur Einschränkung der Notwehrbefugnis”, *GA* 1979, ps. 329-337; KREY: “Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachgütern”, *JZ* 1979, ps. 702-715; MARXEN: *Die sozioethischen Grenzen der Notwehr*, 1979; SCHUMANN: “Zum Notwehrrecht und seinen Schranken”, *JuS* 1979, ps. 559-566; SCHÜNEMANN: “Liebhaber und Teilhaber”, *JuS* 1979, ps. 275-280.

² Las más importantes sentencias específicas son: BGH, *NJW* 1962, p. 308; BGH, *NJW* 1969, p. 802; BGHSt. 24, p. 356; BGH, *NJW* 1975, p. 62; BGHSt. 26, p. 143; BGHSt. 26, p. 256; BGHSt. 27, p. 336. Entre otros: BGH, *GA* 1968, p. 182; BGH en DALLINGER, *MDR* 1974, p. 722; en DALLINGER, *MDR* 1975, p. 194; en DALLINGER, *MDR* 1975, p. 366; BGH en HOLTZ, *MDR* 1977, p. 281; BGH, *NJW* 1979, p. 2053; BGH, *NJW* 1980, p. 2263. Igualmente, OLG. Hamm., *NJW* 1977, p. 590 y un sinnúmero de sentencias de las Audiencias (OLG).

³ MARXEN (nota 1), 1979, p. 19.

constelaciones de casos, igualmente especiales, en un debate, por lo demás, más o menos aislado”; o de que la legítima defensa habría perdido en la praxis “sus claros contornos”⁴, y que estaría teniendo lugar “una erosión del planteamiento hecho en el Código, que ya ha superado la dimensión de la mera interpretación de la ley”⁵.

Por el contrario, quiero intentar mostrar, desde una perspectiva global, que no está lejano el momento de alcanzar un consenso sobre los límites del derecho de legítima defensa. Ciertamente, en la discusión se han aportado todos los argumentos imaginables, que iban cayendo en las manos de cada una de las distintas opciones. Pero la mayor parte de las conclusiones se discuten menos que las formas de llegar a ellas; e, incluso, bajo los fundamentos empiezan a delinearse poco a poco —en medio de la confrontación— aquellos que pueden formar el armazón capaz de sostener una concepción global unitaria. Finalmente, se dibujan con toda claridad, también, los cuatro ámbitos problemáticos en los que vienen al caso restricciones ético-sociales: son los casos de agresiones provenientes de inculpables o personas con culpabilidad notablemente disminuida, o bien de agresiones provocadas por el propio agredido, o insignificantes, o, finalmente, que tiene lugar en una determinada relación de garante. El centenario de la ZStW, que desde su nacimiento tomó parte en el debate sobre estos problemas, constituye un motivo idóneo para ocuparse de ordenar el voluminoso material, y seguir avanzando un poco en la clarificación de los discutidos temas, en los que se concreta el desarrollo de los principios penales.

(II)

PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN Y DE DEFENSA DEL DERECHO COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO DE LEGÍTIMA DEFENSA

1 — El punto de partida ha de ser el reconocimiento de que los límites de la autorización para ejercitar la defensa sólo pueden desarro-

⁴ HASSEMER (nota 1), 1979, p. 227.

⁵ Cfr. la bibliografía citada en la nota 1, que se completa con otras citas en el texto.

llarse a partir de los principios del propio derecho de legítima defensa⁶, que, como el “principio de protección” (*Schutzprinzip*) y el de “defensa del Derecho” (*Rechtsbewahrungsprinzip*) —también llamado “principio de mantenimiento o afirmación del derecho” (*Rechtsbehauptungsprinzip*)— han conseguido, entretanto, un reconocimiento apenas impugnado⁷. También el BGH (Tribunal Supremo Federal) ha asumido actualmente la idea de que la legítima defensa “no sólo sirve, en general, para la protección del que ha sido agredido, sino también para la defensa del Derecho” (BGHSt. 24, ps. 356, 359). Con ello se quiere decir que quien rechaza una agresión antijurídica en el marco del § 32 del *StGB*, no sólo está protegiendo el concreto objeto afectado por la agresión; al tiempo está impidiendo que sea lesionado el ordenamiento jurídico supra-personal como tal. Si sólo se tratase de asegurar los objetos o personas individuales amenazados, entonces el legislador tendría que exigir de los agredidos que evitasen, por principio, la defensa, o que acudiesen a la ayuda de la autoridad, si ello fuese posible en el caso concreto; pues ambas opciones son menos peligrosas para el agredido, es decir, le aseguran mejor que el intento de rechazar violentamente la agresión por su propia cuenta. Pero si la ley —al contrario de lo que ocurre en los §§ 34 y 35, *StGB*— no exige en el § 32 “un peligro no evitable de otra manera”, y si —a diferencia del derecho de autoprotección del § 229 del *BGB* (Código Civil alemán)— renuncia al presupuesto de que “no pueda obtenerse a tiempo la protección de la autoridad”, sino que, en lugar de ello, el § 32 del *StGB* autoriza el ejercicio de la defensa a quien está siendo agredido antijurídicamente—o a los que acuden en su ayuda—, incluso si el peligro podía ser evitado de otra manera, siempre y cuando ello sea “necesario para evitar una agresión antijurídica actual a sí mismo o a otro”, si la ley es así—decía—, enton-

⁶ Así, ya mi estudio (nota 1), 1963, p. 557. De los demás trabajos cfr., por todos, JESCHECK, *AT*, 3ª ed., p. 277; SCHÖNKE - SCHRÖDER - LENCKNER, 20ª ed., § 32, n° marg. 47, con amplias citas bibliográficas; ambos siguen la interpretación casi general actualmente.

⁷ ROXIN (nota 1), 1963, p. 566 ss. (587); el mismo, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, p. 26; JESCHECK, *AT*, 3ª ed., ps. 269-170; SCHÖNKE - SCHRÖDER (nota 6).

ces esto sólo puede basarse en que debe concederse al particular la oportunidad de defender —a modo de poder supra-personal— el ordenamiento jurídico frente a abusos.

Además, la ulterior circunstancia de que nuestro derecho de legítima defensa no exija, por principio, proporcionalidad valorativa entre el mal rechazado y el causado por la defensa, sino que autorice también la producción de un perjuicio no proporcionado en el agresor, siempre y cuando ello fuere “necesario” para la defensa —es decir, si la agresión sólo podía rechazarse de esa manera— se basa, a la vez, en los principios de protección y de defensa del Derecho. Se garantiza una protección privada lo más amplia posible. Pero con ello se antepone, también, la no lesión del ordenamiento jurídico al puro valor de los bienes, es decir, se tiene en cuenta que puede sacrificarse un bien jurídico muy valorable para la conservación de otro de menor valor, si con ello se rechaza, a la vez, una agresión contra el ordenamiento jurídico. El legislador estima en tan alto grado el valor que tiene la defensa o prevalimiento del Derecho frente a lo injusto, que deja que la balanza se incline hacia el lado de la defensa. También el derecho de auxilio necesario (*Nothilfe*) comporta la doble fundamentación de la protección individual y la defensa del Derecho: por un lado, se fortalece la protección del particular, ya que puede ser ayudado por otros; pero, por otro lado, la autorización a los que auxilian, no estando afectados personalmente, sirve, de nuevo y precisamente, para la defensa del ordenamiento jurídico⁸.

⁸ SEELMANN (nota 1), 1977, ha mantenido recientemente la tesis de que “en el auxilio necesario (*Nothilfe*) tendría que existir siempre una proporcionalidad entre el bien jurídico agredido y el lesionado por la acción de auxilio” (*op. cit.*, p. 60). Yo no puedo seguirlo, porque de esa forma se debilitan fundamentalmente tanto el principio de defensa del derecho, como la protección del agredido, sin que para ello conceda la ley un punto de apoyo, ya que ésta, por el contrario, equipara la defensa ejercida “por uno mismo o por otro”. Además, ¡sería una conclusión incomprensible si, en caso de coincidencia del agredido y el auxiliador en la misma acción de defensa, el agredido fuese justificado, y penado, sin embargo, el auxiliador (por falta de proporcionalidad)! SEELMANN se apoya sobre todo en que él no quiere conceder al auxiliador particular mayores derechos que a los policías, a los que considera sometidos siempre al principio de proporcionalidad. Pero, en primer lugar, esto es muy discutible (la polémica no puede tratarse aquí más detenidamente); y, en segundo lugar, si ello fuese cierto, su razón se encon-

Mientras que antiguamente la opinión dominante no iba más allá de la idea de la autodefensa, y, actualmente, ha quedado elevado al mismo rango —junto a ella— el punto de vista, absolutamente dominante, de la defensa del Derecho, pretende HAAS⁹, recientemente, reconducir la legítima defensa al exclusivo principio de defensa del Derecho¹⁰. Se apoya, para ello, ante todo, en la comparación con la regulación del estado de necesidad de los §§ 34 del *StGB* y 228 del *BGB*, que indudablemente sirve para la protección individual, y de la que se deduce —en su opinión— que todos los aspectos en los que el derecho de legítima defensa va más allá de los §§ 34 del *StGB* y 228 del *BGB*, y que, por lo tanto, logran una significación autónoma primordial, se basan en el principio de defensa del Derecho. De esta construcción es, efectivamente, correcto que la diferencia entre legítima defensa y estado de necesidad justificante se fundamenta en la “agresión ilegítima”, como presupuesto de la legítima defensa. Pero esto no impide que el legislador conceda mayor margen de protección individual al que es víctima de una agresión antijurídica, que a aquel que lesiona bienes jurídicos de alguien que no le ha agredido; el legislador puede regular de forma diferente las distintas autorizaciones para ejercer la protección —incluso prescindiendo de fines supra-individuales— según la situación de interés de los respectivos participantes. Coinciden ambas vertientes: el antijurídicamente agredido merece mayor protección, porque el agresor merece menor consideración que quien no lo es; y el agredido merece, además, mayor protección, en tanto en cuanto con su defensa contribuye también a la afirmación del ordenamiento jurídico.

traría en la “prepotencia de la autoridad”, tal y como el propio SEELMANN ha destacado. “El poder estatal puede imponerse restricciones, porque está seguro del resultado final” (*op. cit.*, p. 55). Todo esto no concierne al auxiliador privado, y por eso no comprendo por qué SEELMANN, tras haber acentuado que en esa “prepotencia de la autoridad” se encuentra una “causa fundamental” para la vinculación de las actuaciones de la autoridad al principio de proporcionalidad de bienes, no quiere concederle importancia ulteriormente a ese punto de vista.

⁹ Nota 1, 1978.

¹⁰ Semejante, SCHMIDHÄUSER (nota 1), 1970; críticamente al respecto, ROXIN, *ZStW* 83 (1971), p. 387, y HIRSCH (nota 1), 1977, p. 218 y ss.

2 — Ciertamente, las ideas político-criminales básicas, que subyacen a los principios de protección y de defensa del Derecho, y que han de ser decisivas para la interpretación de los preceptos sobre legítima defensa, no han aparecido muy claramente formuladas —hasta ahora— en la polémica. Tratados y comentarios muy representativos señalan la autoprotección y la defensa del Derecho como bases del derecho de legítima defensa, para hacer valer a la hora de la interpretación —a un mismo nivel— los aspectos individuales y los ético-sociales. Esto produce la impresión de que el principio de protección se entiende como aspecto individual de la legítima defensa y el de defensa del Derecho como aspecto ético-social. Tal interpretación es, en sí misma, posible si el principio de defensa del Derecho se contempla como un principio de naturaleza ético-social, debido a su característica de dirigirse hacia el mantenimiento del ordenamiento jurídico. No es ésta la idea, evidentemente, puesto que el aspecto jurídico-social se emplea (al menos así lo hace JESCHECK) para definir las restricciones ético-sociales al derecho de legítima defensa, y, sin embargo, el principio de defensa del Derecho hace extensiva la autorización de defensa más allá, incluso, de lo necesario para la seguridad del agredido. Ambos conceptos no se corresponden, por tanto: ciertamente, puede considerarse el principio de protección como “jurídico-individual”; pero la idea de la defensa del Derecho no es “jurídico-social” —en el sentido en el que se utiliza el concepto de “restricción ético-social”—, de tal suerte que esas restricciones, en torno a las que giran las más recientes aportaciones, pueden aparecer como cuerpos extraños, traídos desde fuera del derecho de legítima defensa, y de difícil legitimación legal¹¹.

3 — La tesis de que con el derecho de legítima defensa el legislador hace entrar en juego tanto la prevención especial como la prevención general, posibilita conclusiones más precisas. El principio de protección sirve a la prevención especial, en el sentido de que mediante la defensa por parte de los agredidos debe impedirse que un determinado agresor realice una acción antijurídica. El principio de defensa del De-

¹¹ JESCHECK, *AT*, 3ª ed., p. 270; SCHÖNKE - SCHRÖDER - LENCKNER, 20ª ed., § 32, nº marg. 1.

recho sirve a la prevención general, puesto que el rechazo de la agresión muestra a otros potenciales quebrantadores del Derecho que no se puede agredir a alguien sin correr un riesgo. La consideración de que le amenazan una serie de perjuicios, que le pueden ocasionar tanto el agredido como los que acudan en su auxilio —perjuicios que, posiblemente, sean más graves que el propio peligro generado por el agresor y que el provecho pretendido por él— es absolutamente idónea para disuadir de agresiones y estabilizar la confianza en el Derecho por parte de la población. De hecho no ha sido el extremado individualismo¹² —demasiado frecuentemente conjurado— el que ha mantenido inalterados los principios básicos de nuestro derecho de legítima defensa, a pesar de las discusiones con motivo de la reforma penal, prolongadas durante decenios, sino el temor a un debilitamiento del orden jurídico de paz, que podría comportar la renuncia al principio de defensa del Derecho. Sí ha sido generalmente rechazada¹³ la conocida sentencia del BGH (*NJW* 1962, p. 308), según la cual también puede evitarse una agresión antijurídica mediante una conducta absolutamente intachable, y, en consecuencia, habría que esperar a que el dócil agresor a nuestra morada la abandone voluntariamente, tras haber entrado en ella, y si el propio BGH se ha corregido al respecto (cfr. BGHSt. 27, p. 336), y ha señalado que “la cuestión de la no desvaloración ético-social de la conducta del agredido (...) no puede conducir a una restricción de su derecho a la legítima defensa”, si todo ello es así —decía—, no se ha debido a la idea —ajena a nuestro ordenamiento jurídico— de que el ciudadano debe estar autorizado —debido a su libertad no limitada socialmente— para hacer prevalecer a cualquier precio su posición jurídica, sino más bien a la sensata reflexión preventivo-general de que los notorios perturbadores de la paz (matones y gamberros) estarían siendo animados y fomentados si —ante la alternativa de huir o resistir—

¹² Sobre la, a veces enérgica, crítica ejercida bajo dicho punto de vista, frente a la regulación legal, ya en el siglo XIX, cfr. SUPPERT (nota 1), 1973, p. 63 y s.; COURAKIS (nota 1), 1978, p. 38 y ss.

¹³ Cfr., por todos, ROXIN (nota 1), 1963, p. 560 y ss.; el mismo, *ESJ-Strafrecht*, AT, 1973, caso nº 13, con bibliografía; BOCKELMANN (nota 1), p. 20 y ss., habla de “resultados insostenibles” y de “penoso ejemplo” jurisprudencial.

las víctimas no estuvieran autorizadas para defenderse, sino que debieran quitarse de en medio.

4 — El reconocimiento de la orientación preventiva del derecho de legítima defensa¹⁴ no tiene nada que ver con la rechazable tesis de que la legítima defensa tiene carácter punitivo¹⁵. Eso no puede ser así porque ni es presupuesto de la legítima defensa que la agresión sea punible, ni el rechazo de la agresión tiene nada que ver con una punición, en sentido jurídico, para la que no están autorizados, en absoluto, los particulares. Pero es preciso ser conscientes de que el legislador persigue fines preventivos no sólo, y ni siquiera en primer término, mediante la pena —como *ultima ratio* de la política criminal—, sino también con las distintas prohibiciones, mandatos y autorizaciones, y, por tanto, también con la autorización de legítima defensa. Si esa incorporación de los ciudadanos a la consecución de fines preventivos —y la consiguiente relativa suspensión del monopolio estatal de la fuerza— se considera inevitable y correcta, o, por el contrario, un arriesgado “atacismo social”¹⁶, es un problema político criminal *de lege ferenda*¹⁷; en todo caso dicha incorporación coincide con la estructura de la legítima defensa en el Derecho vigente.

5 — Si se quieren extraer orientaciones más claras para la interpretación y delimitación del derecho de legítima defensa, a partir de los principios de protección individual y de defensa del Derecho, de la prevención especial y general, entonces hay que clarificar más preci-

¹⁴ El componente preventivo-general de la legítima defensa ha sido actualmente elaborado ampliamente por HAAS (nota 1), 1978, p. 143 y ss., pero está más o menos claro —al menos en el fondo de la argumentación— siempre que se acentúa el principio de defensa del Derecho.

¹⁵ Así, con especial claridad, H. MAYER, *Studienbuch*, 1967, p. 99. En contra, con razón, JESCHECK, *AT* 3ª ed., p. 270. En medio, diferenciadamente HAAS (nota 1), 1978, p. 151 y ss.

¹⁶ Así, AMELUNG: *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, p. 373; al respecto, cfr. mi *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, p. 32, cuya nota 68 ha venido provocada por AMELUNG.

¹⁷ La cuestión ha sido equilibradamente discutida por ARZT (nota 1), 1975.

samente la relación existente entre ambos principios. Así resulta que el punto de partida ha de ser la protección individual, ya que el § 32 del *StGB* sólo autoriza al que se defiende a rechazar las agresiones “a sí mismo o a otro”. Los bienes jurídicos estatales o de la colectividad sólo son susceptibles de legítima defensa cuando ha sido agredido un bien jurídico individual del Estado (por ejemplo, su propiedad), o bien cuando el precepto pretende proteger también al particular frente a determinados perjuicios (por ejemplo, el § 183a del *StGB*)¹⁸. Tampoco es posible la legítima defensa frente a una tentativa imposible, ya que falta un interés de protección¹⁹, y la defensa del ordenamiento jurídico, con independencia de dicho interés, no es cuestión que competa a los particulares. Asimismo debe quedar excluida la ayuda defensiva si el propio agredido no quiere defenderse, es decir, si no precisa ninguna protección (BGHSt. 5, ps. 245, 248)²⁰. JESCHECK lo ha formulado sin rodeos²¹: “El interés general en la defensa del ordenamiento jurídico se manifiesta sólo a través del medio, que es la protección del derecho del particular”. La razón obvia de ello reside en el hecho de que la designación del ciudadano como voluntario policía, auxiliador del “Derecho” por antonomasia, no sólo pone en abierta contradicción las facultades de los particulares con los derechos, cuidadosamente diferenciados, de la autoridad, sino que, además, con la incontinencia de excesos privados se contribuiría más al perjuicio de la paz colectiva que a su defensa²².

¹⁸ Tampoco en la denominada “legítima defensa del Estado” se trata de un problema de legítima defensa, sino de si, en casos extremos, puede quedar justificada por estado de necesidad una acción lesiva de bienes jurídicos en favor del Estado; cfr. en resumen, acertadamente, JESCHECK, *AT*, 3ª ed., p. 273.

¹⁹ Cfr., por todos, SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2ª ed., 9/93; SCHÖNKE - SCHRÖDER - LENCKNER, 20ª ed., § 32, n° marg. 12.

²⁰ Distinto, SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2ª ed., 9/93; FR.-CHR. SCHROEDER (nota 1), 1972, p. 141, que erigen la defensa del ordenamiento jurídico en fin autónomo de la legítima defensa, es decir, no vinculado a la protección individual.

²¹ *AT*, 3ª ed., p. 270.

²² También aquí es erróneo el paralelismo con la pena: mientras que éste sólo puede apoyarse en necesidades preventivo-generales, no ocurre lo mismo, precisamente, en la legítima defensa.

6 — La protección individual es, pues, fundamento de la legítima defensa. Pero el principio de protección es inflexible, por cuanto se mantiene siempre equiparado a “lo que es necesario para la defensa frente a una agresión”. Tanto si la agresión resulta inculpable, o si había sido provocada, como si es insignificante, o si tuvo lugar en el marco de una relación de garante: eso no influye absolutamente nada sobre el perjuicio que amenaza al bien jurídico del agredido, y, por eso, si en primer plano se mueve unilateralmente la idea de la máxima protección individual, tal y como ocurría antiguamente, todo el derecho de legítima defensa se manifiesta inflexible y “enérgico”. Por el contrario, hay que tener en cuenta que las necesidades preventivo-generales no son —ni mucho menos— siempre las mismas. Es fácilmente perceptible —y se fundamentará más detenidamente— que dichas necesidades son menores en casos de agresiones inculpables, provocadas culpablemente, insignificantes o en el seno de relaciones de garante, que en el resto de los supuestos. Si actualmente la defensa del Derecho tiene una importancia por sí misma en el marco de la legítima defensa —y esto es indiscutible, porque, tal y como ha quedado explicado, la regulación legal no puede explicarse sólo por el principio de protección—, ello no se debe a un “relevo” del principio de protección, sino a que la importancia o insignificancia de las exigencias preventivo-generales modifican la clase y nivel de protección que se concede a los particulares, según las especificidades de los respectivos grupos de casos²³.

El máximo de legítima defensa concedido por el texto legal —no hay deber de huir, ni de buscar ayuda, ni tampoco de tomar en consideración la proporción de bienes— va más allá, debido a razones de prevención general, de lo necesario para asegurar los bienes individuales, y está orientado según la imagen del agresor culpable-malicioso, que no tiene ninguna relación con el agredido, y peligroso, que irrumpe desde fuera en la esfera jurídica de la víctima. Si no concurre una agresión que cumpla plenamente esos presupuestos, entonces lo que se corresponde con la finalidad de la regulación legal es que también la autorización para ejercitar la legítima defensa según las exi-

²³ BGH, *NJW* 1962, p. 309; BGHSt. 24, p. 359; 28, p. 146.

gencias de la protección individual del bien jurídico se retraiga, es decir, que se exija rehuir y recurrir a otras posibilidades de ayuda de distinta amplitud; pues, un derecho de legítima defensa que fuese más lejos no cumpliría ninguna función político-criminal, y sería perjudicial, puesto que permitiría dañar bienes jurídicos sin fin ninguno. Pero tampoco la protección individual a conceder en cada caso puede —como por lo demás es general en el ordenamiento jurídico— dejar en suspenso el deber de consideración social (*soziale Rücksichtnahme*), siempre que una especialmente enérgica salvaguarda de la propia esfera jurídica no esté legitimada por exigencias preventivas supra-individuales. Por tanto, si el interés de la defensa del Derecho es pequeño, corresponde cargar al agredido con el riesgo de tener que soportar perjuicios insignificantes, si dicho riesgo sólo puede evitarse al precio de un grave perjuicio para el agresor, tal y como se deduce de la fácilmente demostrable existencia, en la Constitución y en todo el ordenamiento jurídico, de una vinculación de la persona a la sociedad. Todo esto coincide, como se sabe, con las conclusiones a las que ha llegado la jurisprudencia más reciente, que concuerda, por consiguiente, con las bases valorativas que fundamentan y justifican el derecho de legítima defensa²⁴.

(III)

LA FUNDAMENTACIÓN LEGAL DE LAS RESTRICCIONES ÉTICO-SOCIALES, SU CONSTITUCIONALIDAD Y LA UNIDAD TELEOLÓGICA DE SUS ORÍGENES

En mi opinión, las anteriores reflexiones posibilitan respuestas capaces de alcanzar un consenso, y válidas para los —tan vehementemente discutidos por la doctrina— aspectos concretos de nuestro tema.

1 — La tantas veces planteada cuestión de si las restricciones ético-sociales a la legítima defensa se fundamentan en el concepto de que el hecho resulte “requerido por la legítima defensa” (*Gebotenheit*), contenida en el § 32.1 del *StGB*, o bien —según la fórmula utilizada preferentemente por la jurisprudencia— en el principio jurídico general del

²⁴ SCHROEDER (nota 1), p. 139.

“abuso del derecho”, o bien en la exigencia de proporcionalidad, que se deduce de los principios del Estado de Derecho, es una discusión ociosa, si se le asigna a estos fundamentos su correcta posición valorativa. Pues, ciertamente, si, por ejemplo, se tiene que repeler una agresión de un inimputable, su lesión no está “requerida” por la legítima defensa, y es, por tanto, un “abuso del derecho” y “desproporcional” en relación a esa situación. Pero estos tres elementos (y otros similares) no son más que principios reguladores generales, carentes de contenido por sí mismos, y que sólo pueden recibir su contenido material de los citados principios normativos y, a la vez, político-criminales del derecho de legítima defensa. Si se tiene esto claro resulta legítimo el uso de tales conceptos y particularmente provechosa la “referencia”²⁵ al elemento legal del “estar requerido” (cfr. más detenidamente, *infra*, 2). Los que creen poder deducir directamente de dichos principios reguladores una graduación de la defensa legítima, están encubriendo con ello un decisionismo, dirigido por un sentimiento del Derecho, inexistente en las bases legales.

2 — Sólo una concepción que extraiga las restricciones ético-sociales a la legítima defensa de los límites inmanentes desde un principio a dicho derecho, puede ser válida como interpretación de la ley y, además, evitar el reproche de constituir una libre creación de Derecho, anticonstitucional (art. 103.2, GG) y prohibida en Derecho penal. Más que el de ningún otro autor es conocido el de KRATZSCH, plasmado en varias publicaciones²⁶, de demostrar que las restricciones ético-sociales al derecho de legítima defensa serían contrarias al principio *nullum crimen sine lege*, y, por tanto, sólo mantenibles como propuestas político-criminales *de lege ferenda*. Esta objeción merece la gran atención que ha encontrado durante mucho tiempo, pero, al final, no convence por dos razones:

a) Incluso con una estricta aplicación del principio *nullum crimen sine lege* al § 32 del StGB, que se atenga exactamente a los límites del

²⁵ ROXIN (nota 1), 1963, p. 556.

²⁶ (Nota 1), 1968, 1971, 1975.

texto legal, hay que decir que las restricciones ético-sociales son compatibles con el mismo. Pues el legislador destacó²⁷ expresamente en la 2ª Ley de Reforma Penal que el derecho de legítima defensa “estaba necesitado de una limitación en base a causas ético-sociales, mediante las que fuesen eliminados los casos que no merecen la justificación”. Mediante la reintroducción de la exigencia del “estar requerido”, que había sido suprimida en los proyectos de 1962 y en el alternativo de 1966, debe quedar abierta —según su explicación de motivos— la posibilidad de negar la justificación en tales casos. Con esto cambió significativamente la situación legal, en comparación con el antiguo § 53 del *StGB*. Así, en tanto que en el antiguo Derecho era válido opinar que el presupuesto de que la acción de defensa tenía que “estar requerida” (*geboten*) no significaba otra cosa que la “necesariedad” (*Erforderlichkeit*), exigida en todo caso en el antiguo § 53, con lo que dicho presupuesto quedaba vacío de contenido autónomo, la reintroducción de aquel criterio, sin embargo, significó un voto explícito a favor de las restricciones ético-sociales, que, por tanto, son ahora perfectamente compatibles con el texto legal. No es lícito interpretar que un elemento legal es tautológico, y, por tanto, carente de significado autónomo, cuando de su interpretación puede deducirse un sentido racional y expresamente pretendido por el legislador. Ciertamente el criterio de que “esté requerido por la legítima defensa” (*Gebotenheit*) sería demasiado indeterminado —dada su ausencia de contenido— para cumplir los presupuestos del art. 103.2 de la *GG*, si hubiera que interpretarlo a la luz de sí mismo. Pero ya que el concepto sólo cumple la función de remitirse a los límites inmanentes a la propia legítima defensa —que son determinables, tal y como se ha señalado, a partir del texto y del sentido de la ley—, las restricciones —como conclusiones de la interpretación— concuerdan plenamente con el principio del *nullum crimen*²⁸.

b) Sin embargo —y prescindiendo de lo anterior—, según una correcta interpretación el principio del *nullum crimen* no es aplicable en

²⁷ “Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform”, *Bundestags-Drucksache* V/4095, p. 14.

²⁸ Cfr. especialmente LENCKNER (nota 1), 1968, 2ª ed., 31/32.

todo caso a las causas de justificación, o, al menos, no en el sentido de “fijación” de los límites del texto legal. Al respecto ya he señalado en otra ocasión²⁹ que el legislador no puede concebir las causas de justificación como “tipos”, en el sentido de descripción tipificada de un recorte de la realidad (*Tatbestände*). Las causas de justificación se aplican, por el contrario, a un gran número de tipos, y, por tanto, a circunstancias absolutamente diversas, y tratan de conflictos de intereses (en la legítima defensa: entre agredido y agresor) que, según la naturaleza de las cosas, no son regulables sobre la base de las descripciones cuasitípicas de la realidad, sino, exclusivamente, según algunos principios (en la legítima defensa: principios de protección y defensa del ordenamiento jurídico); pero sólo las estructuras inmanentes a esos principios pueden marcar los límites de la interpretación. Al respecto sólo puede hablarse de “creación del derecho” (*Rechtsfindung*), o de analogía prohibida, cuando los principios reguladores de una causa de justificación son derogados *contra legem*, es decir, por ejemplo, si se pretendiera sustituir, en general, el principio de defensa del Derecho por el de “ponderación de bienes”³⁰.

Un desarrollo judicial de los principios legales rectores, es decir, su referencia concreta a los distintos grupos de casos, es, por el contrario,

²⁹ *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, p. 31.

³⁰ KREY: *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, 1977, ps. 233-236, apoya su tesis de que la prohibición de analogía —mantenida estrictamente por él (¡y con razón!) en otras ocasiones y sometida al texto legal— no valdría para las normas de autorización, en la consideración de que las causas de justificación se deducen del total ordenamiento jurídico, y serían aplicables, por tanto, a cualquier sector del mismo. Debido a la “unidad del ordenamiento jurídico” (o, al menos, a la unidad de las causas de justificación) no podría dejar de observarse en derecho penal el desarrollo judicial del derecho realizado en otro sector del mismo, superando el texto legal. Esto es correcto; no sería aceptable, de hecho, que en una misma circunstancia se concediese la legítima defensa, por ser compatible con el principio del *nullum crimen*, y, sin embargo, por ejemplo, el derecho civil lo negase, en base a una restricción legal en ese sector del Derecho. Pero ya que KREY no autorizaría, naturalmente, ninguna “libre formación o creación del Derecho” y, consecuentemente, la interpretación de las causas de justificación tiene que estar vinculada a los límites de la interpretación teleológica, no se deduce ninguna opinión divergente de la aquí mantenida —ciertamente frente a lo que él supone en sus *Studien*, p. 236 (nota 1), 1979, ps. 711 y 712—.

la forma de aplicación de la ley metodológicamente correcta en este ámbito. Ciertamente existen otras fundamentaciones de las restricciones ético-sociales, tal y como se mostrará más adelante, que no siempre son compatibles con los citados principios rectores. A ellas, y sólo ellas, les es aplicable el reproche de HASSEMER, citado al principio, de que estarían produciendo una "erosión del planteamiento del Código" (cfr. *supra* nota 4).

Finalmente, también la tan temida por MARXEN (cfr. *supra* nota 3) "parcelación de limitaciones especiales a la legítima defensa, en una discusión más o menos aislada", puede evitarse, pero sólo si las restricciones a la legítima defensa se deducen de los citados principios fundamentales. Pues, ciertamente, por un lado se garantiza de esta forma que las constelaciones típicas de casos son trazadas según sus propias especificidades. Y, por otro lado, se hace posible la unidad sistemática, que comporta una seguridad y regularidad en la aplicación del Derecho, concretamente en el ámbito del derecho de legítima defensa, ya que en todo caso se trata de especificaciones de los mismos principios. A continuación debe aclararse cómo se realiza, en particular, esa aplicación a los cuatro grupos de casos de restricciones ético-sociales, en confrontación con otras soluciones divergentes.

(IV)

LA AGRESIÓN NO CULPABLE O CON CULPABILIDAD NOTABLEMENTE DISMINUIDA

1 — Como conclusión, existe unidad actualmente en que no se le concede a nadie un derecho ilimitado de legítima defensa frente a la agresión de un irresponsable jurídicamente, tanto si esa capacidad de responsabilidad se basa en los arts. 17, 19, 20 y 35 del *StGB* —tal y como se hace actualmente—, como si se apoya en el art. 3º de la *JGG* (ley sobre delincuencia juvenil). Muchos autores³¹ admiten esto también en los casos de agresores con culpabilidad notablemente disminuida, es decir, cuando falta el dolo, o cuando la capacidad de culpabilidad re-

³¹ Distinto, sin embargo, actualmente, por ejemplo, KRAUSE (nota 1), 1978, p. 83.

sulta considerablemente disminuida, o también, en casos de error de prohibición atenuante de la pena. Todo eso es correcto. Pues, en la medida en que el legislador exculpa total o parcialmente al agresor, lo convierte en digno de consideración, y renuncia —a pesar de la desaprobación de su conducta agresora— a aplicar la ley, o su pleno rigor, contra él. De ello se deduce que tampoco puede ser misión de los particulares “defender” ilimitadamente el Derecho frente a tales agresores. Allí donde el propio ordenamiento jurídico rebaja el nivel de las exigencias preventivo-generales, sólo puede deducirse que el interés en la “defensa del Derecho” —también en la legítima defensa, por tanto— se reduzca al nivel que viene determinado por las exigencias de un principio de protección, vinculado, en todo caso, a consideraciones sociales. Es decir: el agredido tiene que evitar al agresor o buscar ayuda de la autoridad, si ello es posible. En caso de que la situación no lo haga posible, tiene que ofrecer una resistencia disuasoria y soportar el riesgo de pequeños perjuicios. Pero, por lo demás, está autorizado para protegerse en el marco de lo “necesario”, es decir, que conserva su derecho de legítima defensa. Sin embargo, una defensa que fuese más allá de ese límite no está “requerida” (*geboten*), porque el principio de defensa del Derecho no puede fundamentarla, tal y como se ha explicado anteriormente.

2 — Una interpretación —ciertamente no dominante, pero sí representada por una minoría doctrinal muy cualificada— pretende, por el contrario, bien negar la existencia de “agresión”³², o bien de “agresión antijurídica” en el sentido del § 32 del *StGB*, en los casos de peligros provenientes de personas que actúan sin culpabilidad o con culpabilidad notablemente disminuida. Estos autores niegan al agredido el más mínimo derecho de legítima defensa en tales casos. Por supuesto que tampoco quieren dejar desprotegido al agredido, pero lo remiten a las reglas del estado de necesidad contenidas en los §§ 34 del *StGB* y 228 del *BGB*, con cuya ayuda se puede llegar —dada la necesaria ponderación de intereses— a las mismas conclusiones a las que se llega

³² OTTO (nota 1), p. 141 y ss.; el mismo: *Grundkurs Strafrecht, Allg. Strafrechtslehre*, 1976, p. 120; MARXEH (nota 1), 1979, p. 62; SUPPERT (nota 1), 1973, p. 321 y ss., para el caso de incapacidad de culpabilidad del agresor.

aplicando los principios propios de la legítima defensa. Por eso la importancia práctica de esta discusión es muy pequeña, y la agudeza aplicada en ella no siempre ha merecido la pena. Sin embargo, sí lo merece aclarar por qué no es recomendable interpretar que las restricciones ético-sociales se encuentran, en tales casos, dentro del elemento "agresión", o de su "antijuricidad".

a) En primer lugar, tal interpretación es simplemente incompatible con el texto legal y, por tanto, con la voluntad del legislador cognoscible a través del mismo. Esto hay que aplicarlo, por de pronto, a la equiparación entre "agresión" y "agresión culpable". Incluso para el lenguaje normal resulta forzada la suposición de que no es posible ser agredido por quien se equivoca o actúa a causa de un error. La específica terminología jurídica del § 32 del *StGB* prohíbe eso precisamente: si el legislador concibe la "agresión antijurídica" como el presupuesto de la legítima defensa es porque tienen que existir también agresiones "conforme a Derecho" (*rechtmässig*); pero entonces es imposible que sólo la agresión culpable sea "agresión", ya que si así fuese, quedaría excluida la posibilidad de representarse agresiones conforme a Derecho³³.

Pero tampoco la idea de que la antijuricidad de una agresión presupone la culpabilidad, o una culpabilidad muy cualificada (dolo, inexistencia de error, etcétera)³⁴, es conciliable con la ley. Ciertamente, la construcción de un concepto de antijuricidad específico de la legítima defensa no está totalmente excluida; pero toda vez que la nueva ley diferencia expresa y claramente "antijuricidad" y "culpabilidad", sería un salto mortal terminológico computar la culpabilidad o sus formas más graves, dentro de la antijuricidad, lo que sólo podría entrar en discusión si la ley ofreciese un punto de referencia para tan esotérica construcción conceptual. El caso es, sin embargo, el contrario, ya que

³³ H. MAYER, *AT*, 1953, p. 204; el mismo, *AT*, 1967, p. 98; BERTEL (nota 1), 1972, p. 11; HRUSCHKA: *Dreher-Festschrift*, 1977, p. 202; KRAUSE (nota 1), 1978, p. 83; HAAS (nota 1), 1978, p. 356; semejante también SCHMIDHÄUSER (nota 1), 1970, p. 193 y ss.; el mismo, *AT*, 2ª ed., 9/86, p. 341 y s.

³⁴ De las críticas más recientes, cfr., también, HIRSCH (nota 1), 1977, p. 215 y ss.; FELBER (nota 1), 1979, p. 62 y ss.

la fundamentación de la ley sólo pretende introducir restricciones ético-sociales —*expresis verbis*— a través del requisito de “estar requerido por la legítima defensa” (*Gebotenheit*), y de ningún modo quiere excluir, por principio, la legítima defensa frente a inculpables³⁵.

b) En segundo lugar, tampoco los principios subyacentes al texto legal y su fundamentación conllevan la total exclusión de la legítima defensa, en casos de agresiones inculpables o con culpabilidad notablemente disminuida. En esa confusión sólo puede incurrirse si se le atribuye (muchas veces inconscientemente) al principio de la defensa del Derecho un fin más o menos punitivo, pues, en efecto, los agresores del presente grupo de casos, o bien no pueden ser penados en absoluto, o bien sólo apenas. Pero el sentido preventivo de la legítima defensa no consiste en que ejerza fines de pena, sino en la separación (*Abschichtung*) entre la conducta conforme a Derecho y la antijurídica. En la legítima defensa el otorgamiento de la autorización pone de manifiesto lo que está permitido y lo que está prohibido. Esta clarificación es posible y correcta también si el agresor no es responsable, o no lo es plenamente. También si un menor no cuenta (todavía) con la pena criminal, tiene pleno sentido preventivo dejarle claro a él y a la colectividad que cualquier víctima de sus agresiones está autorizado para ejercer la legítima defensa y hacer prevalecer el Derecho frente a él. El hecho de que esa defensa del Derecho tenga que estar guiada por consideraciones sociales, y, por tanto, deba ser menos drástica que frente a un agresor plenamente capaz de culpabilidad, no altera para nada el hecho de que incluso en los supuestos de retroceso de la legítima defensa a las necesidades mínimas de un principio de protección condicionado socialmente —incluso en tales casos— se encierra una correspondiente porción de defensa del Derecho, que quedaría sacrificada inconvenientemente, en caso de que se negase absolutamente la legítima defensa.

³⁵ *Bundestags-Drucksache* V/4095, p. 14. En la fundamentación del Proyecto de 1962, en el que se basa el derecho vigente (excluyendo la reintroducción del elemento de “estar requerido”), se dice (*Bundestags-Drucksache* IV/650, p. 156): Por lo demás, el derecho de legítima defensa no está tampoco restringido, según este principio, frente a personas que actúan sin culpabilidad.

c) En tercer lugar hay que tener en cuenta, finalmente, que la remisión de la problemática desde el ámbito de la legítima defensa hasta el del estado de necesidad sólo posibilita dudosas soluciones sustitutivas. Pues, o bien puede remitirse al agredido, en tales casos, al estado de necesidad disculpante del § 35 del *StGB*, tal y como se entendió con frecuencia antiguamente —en cuyo caso se le sitúa en el marco del injusto penal, es decir, enfrentado a la valoración legal, al tiempo que se llega a conclusiones inadmisibles por exclusión del auxilio necesario—, o bien se justifica al agredido, tal y como hoy se considera mayoritariamente, pero apelando a los §§ 34 del *StGB* y 228 del *BGB*, en cuyo caso tienen que trasladarse a otras causas de justificación unas limitaciones que, en realidad, son inherentes, sin embargo, al propio derecho de legítima defensa. Esto oscurece los principios valorativos y dificulta su unidad sistemática, pues ya que —por tratarse de restricciones ético-sociales— la vía del estado de necesidad no es viable para los restantes grupos de casos, las limitaciones tendrían que presentarse como inmanentes a la legítima defensa, con lo que se da lugar a una fundamentación ideológicamente contradictoria.

3 — Tras todo lo anterior, sólo queda abierta la cuestión de si tiene que determinarse el concepto de “antijuricidad” de la agresión según el desvalor del resultado amenazante, o bien según el desvalor de la acción de agresión. Antes predominaba la primera interpretación, por lo que, consecuentemente, era lícita, también, la legítima defensa, por ejemplo, “frente a conductas precedentes conformes al cuidado exigido en el tráfico y, por tanto, carentes de desvalor de acción, aunque peligrosas”³⁶. Al respecto se fue prefiriendo la opinión de que una agresión sólo es antijurídica cuando la acción del agresor pone de manifiesto un desvalor de la conducta, es decir, cuando por lo menos es infractora del deber de cuidado³⁷. Esto es correcto porque sin desvalor de la conduc-

³⁶ Así, BOCKELMANN, *AT*, 3ª ed., p. 93; igualmente, JESCHECK, *AT*, 3ª ed., p. 273.

³⁷ Esto ha sido fundamentado minuciosamente, con posterioridad, por HIRSCH (nota 1), 1977, p. 222 y ss., y por FELBER (nota 1), 1979. Asimismo, ante todo, LANCKNER: *StGB*, 13ª ed., § 32, 2 d); MAURACH - ZIPF, *AT*, 5ª ed., p. 378; SCHUMANN (nota 1), 1979, p. 660: *SK-Samson*, § 32, nros. marg. 14, 15 (en donde se exige infracción subjetiva del deber de cuidado).

ta no tendría el más mínimo contenido el principio de defensa del Derecho, sin el que, por lo demás, la legítima defensa pierde su fundamento. El Derecho no precisa “ser defendido” frente a una conducta que coincide plenamente con sus exigencias. Querer proceder preventivamente frente a una conducta objetivamente conforme al deber de cuidado es una contradicción en sí misma. Es válido, pues, lo siguiente: de la misma manera que el principio de defensa del Derecho no puede separarse del de protección individual (cfr. *supra*, II, 5), tampoco puede existir nunca en la legítima defensa el principio de protección sin la idea de la defensa del Derecho. Esto no significa que, por ejemplo, un transeúnte no pueda realizar lo necesario para su protección “frente a un conductor que, a causa del hielo, invade inevitablemente la acera”³⁸. Pero tal protección, sin la menor intención de defensa del Derecho, es materia genuina del estado de necesidad, y sólo puede tratarse según los §§ 34 del *StGB* y 228 del *BGB*. En tales casos no se requiere una restricción ético-social, apoyada en el elemento del “estar requerido” (*Gebotensein*), sencillamente porque no hay legítima defensa³⁹.

(V)

LA AGRESIÓN PROVOCADA CULPABLEMENTE POR EL AGREDIDO

1 — En este terreno la doctrina dominante ha llegado siempre a la conclusión de que hay que negar la legítima defensa al llamado provocador intencionado: por tanto, el que, por ejemplo, injuria a otro gravemente para así incitarle a una agresión física y derribarle a puñetazos en rechazo de esa agresión, no puede apelar a la legítima defensa, sino que será condenado por lesiones dolosas. Esto concuerda plenamente con los principios fundamentales del derecho de legítima defen-

³⁸ JESCHECK, *AT*, 3ª ed., p. 273; allí se presupone una inevitabilidad objetiva del posible deslizamiento.

³⁹ Al respecto, expresamente, mi estudio (nota 1), 1963, p. 541 y ss., al que me remito complementariamente, en la medida en que el texto que sigue no llega a conclusiones distintas; expresamente sobre el tema, también BERTEL (nota 1), 1972, p. 1 y ss., que se confronta críticamente, ante todo, con mis tesis.

sa, pues el que se pone intencionada y maniobreramente en una situación de peligro con una conducta jurídicamente desvalorada no necesita ninguna protección; incluso, a veces, el ordenamiento jurídico no protege a la persona adulta capaz de culpabilidad frente a peligros que él mismo preparó con premeditación⁴⁰. Luego, sin necesidad de protección no hay legítima defensa; no se corresponde con la finalidad del derecho de legítima defensa una reafirmación del Derecho—independiente de la necesidad de protección—frente a la agresión antijurídica del provocado (cfr. *supra*, II, 5).

Sin embargo, algunos autores pretenden no negar —o no negárselo totalmente— el derecho de legítima defensa al provocador intencionado. BOCKELMANN⁴¹ se opone a la negación de autorización de legítima defensa en casos de agresión provocada intencionadamente, porque considera que tampoco “la conducta ilegal puede privar a nadie de la protección del ordenamiento jurídico contra un agresor”. Esto es correcto. Pero el provocador intencionado pierde su derecho de legítima defensa no por su conducta antijurídica, sino porque no necesita ser protegido frente a peligros por él queridos, inmanentes a la situación creada por él mismo. JESCHECK⁴² pretende concederle al provocador

⁴⁰ Esa fundamentación se encuentra expresamente raras veces. Parecido, de todos modos, ZIPF, en MAURACH - ZIPF, AT, 6ª ed., p. 387, quien supone un consentimiento del provocador, y por eso pretende penar al agresor sólo por tentativa imposible. A mí me parece que provocación intencionada y consentimiento son dos cosas distintas; pues el provocador no quiere, ciertamente, soportar la agresión, sino defenderse (es incorrecta, por tanto, la frecuente fundamentación de que al provocador le faltaría la voluntad de defensa). Pero ZIPF ve claramente que no es preciso defender al provocador con la ayuda del derecho de legítima defensa contra lo querido por él mismo.

⁴¹ (Nota 1), 1970, p. 28 y ss. (31); le sigue, en las conclusiones, HASSEMER (nota 1), 1979 (sobre HASSEMER, cfr. también nota 51).

⁴² AT, 3ª ed., p. 278, en relación con SCHÖNKE - SCHRÖDER - LENCKNER, 20ª ed., § 32, n° marg. 57, que, sin embargo, pretenden penar al provocador según los principios de la *actio illicita in causa* (al respecto, cfr. *infra*, 4, a). JESCHECK, por escrito, y mi colaborador CORTÉS ROSA, oralmente, me han opuesto el argumento de que al provocador intencionado, que no puede quitarse de en medio, no debería negársele la legítima defensa, porque entre la provocación y el momento de la agresión podría haber cambiado su actitud. Pero en tal caso de provocación intencionada “extinguida” o “interrumpida” hay que conceder legítima defensa, también según la opinión aquí mantenida (...)

intencionado la autorización de legítima defensa, al menos cuando éste no puede evitar la agresión del provocado, argumentando que “el provocador no puede ser colocado por el Derecho en el callejón sin salida de, o bien poner a disposición del agresor su vida o integridad corporal sin oponer defensa, o bien de tener que enfrentarse a una pena”. Pero, ya que la huida y evitación de la situación se contraponen a priori con la intención del provocador intencionado, no se comprende por qué debe reservársele el derecho de legítima defensa, por el solo hecho de que no puede hacer algo que él mismo no quiere hacer, en absoluto. Tampoco es cierto que el provocador esté en una situación sin salida, porque él parte de que su intención de lesionar permanece oculta, y de que puede permitirse la —aparentemente legal— lesión de otro, bajo la cobertura de la legítima defensa. Si alguien concibe ese plan, y acto seguido es penado, esto se debe al daño ocasionado —refinadamente manipulado— y no a que se le haya impuesto un deber de tolerar una agresión antijurídica⁴³, o a que se haya dejado desprotegida su vida o integridad.

2 — En casos de provocaciones culpables, pero de otra naturaleza, es decir, en situaciones de legítima defensa causadas imprudentemente, o incluso con dolo eventual⁴⁴, puede constatarse actualmente

Pues, en tal caso, la lesión del agresor no se presenta ya como realización de un plan de lesionar previamente concebido (sobre el criterio de la realización del plan, cfr. nota 45), y, por tanto, el principio de protección vuelve a formar parte de sus derechos. Cuando, por el contrario, el provocador sólo realiza su intención de lesionar y —puesto que él no quiere evitarlo— no busca ni tiene en cuenta otras posibilidades, no me parece teleológicamente adecuado hacer depender la conformidad a derecho o la antijuricidad de su acción lesiva de una circunstancia accidental. Indiferente para él, y no tenida en cuenta por él como es la oportunidad de huir.

⁴³ LENCKNER, que se expone a los mismos reparos hechos en la nota 42, en la medida en que pena al provocador intencional como autor doloso, debido a la producción de la situación de legítima defensa.

⁴⁴ En relación a la provocación dolosa me decidí de forma distinta en mi estudio de la *ZStW* (nota 1), 1963, p. 574 y ss. Actualmente no quisiera mantener esa opinión. Pues si alguien considera la agresión de otro, provocado por él, como consecuencia secundaria no deseada e improbable, sigue necesitando protección ante la efectiva situación de agresión tomada en cuenta. Cuando, por el contrario, el provocador desea

una amplia coincidencia, en que el derecho de legítima defensa del agredido sigue existiendo, por principio. Esto es exacto también según los principios básicos del derecho de legítima defensa. Pues, ya que el agresor ha causado adecuadamente la situación de peligro, pero no la ha manipulado intencionadamente, es decir, ya que la situación resultante no aparece como la realización de su plan, sigue estando, en tal caso, necesitado de protección. Pero el interés de la defensa del Derecho está bastante disminuido, al igual que ocurría en el primer grupo de casos (agresión sin culpabilidad, o notablemente disminuida). Pues la perturbación que la ley quiere impedir mediante autorizaciones tajantes e intimidatorias de legítima defensa proviene del peligro no provocado de convertirse en víctima de una agresión ajena a uno mismo. La experiencia enseña que la confianza en el ordenamiento jurídico se ve seriamente dañada si las personas, por temor a un atraco, no se atreven a salir solas a la calle por la noche. Tales situaciones tienen que ser prevenidas —incluso al precio de una cierta desconsideración hacia el agresor— si es que quiere defenderse efectivamente la seguridad jurídica general. Por el contrario, las agresiones provocadas producen mucha menos alteración en los sentimientos de la población, porque la alteración nace, en estos casos, de la interacción mutua de dos culpables. El *quivis ex populo* no se siente afectado y puesto en peligro, porque la población se dice a sí misma que tiene en su propia mano la posibilidad de evitar tales situaciones observando un comportamiento pacífico y apropiado. Por eso, por otra parte, es preciso conceder protección al agredido sólo en el marco del deber de consideración social, lo que viene a formar parte de sus derechos cuando no es posible enfrentarle exigencias urgentes de prevención general⁴⁵.

la agresión existirá siempre una provocación intencionada. Una provocación con dolo directo de primer grado sólo puede acontecer muy difícilmente, porque nadie puede estar absolutamente seguro de la reacción del provocado. Pero si alguna vez se da el caso, tendrá que afirmarse una provocación intencionada. Crítica de mi anterior posición, ante todo, en KRATZSCH (nota 1), 1968, p. 207 y ss.

⁴⁵ Sobre la realización del plan como un criterio de diferenciación no suficientemente apreciado penalmente, cfr. mi trabajo "Gedanken zum dolus generalis", en *Festschrift für Würtenberger*, 1977, ps. 109-128.

La jurisprudencia ha elaborado muy sutilmente en los últimos años esta tesis, precisamente en relación a este grupo de supuestos. El que ha tenido la culpa de la agresión tiene que evitarla (BGHSt. 24, p. 358; 26, p. 145), incluso huyendo. No puede ejercitar una “defensa ofensiva” (*Trutzwehr*), mientras sea suficiente una “defensa protectora” (*Schutzwehr*) o disuasoria frente al agresor (BGHSt. 24, p. 359; 26, p. 145). Hay que soportar perjuicios y lesiones pequeños en estos casos (BGHSt. 24, p. 359; 26, ps. 145 y 146). Por el contrario, no es necesario que se deje dar una grave paliza aquel que ha sido coculpable en la agresión (BGHSt. 26, p. 145); tampoco dura ilimitadamente el deber de una cuidadosa ponderación en la defensa frente a una agresión provocada, sino que se “consume, en cierto modo, si la forma moderada de defensa ejercida por el defensor se muestra duraderamente ineficaz” (BGHSt. 26, p. 256 y ss.). Todas estas sentencias son concreciones jurisprudenciales de los principios básicos contenidos en la ley. Se trata de una complementación judicial del ámbito de la regulación legal que, en su minuciosidad creativa de derecho, se mueve plenamente dentro de los límites de la interpretación.

BERTEL⁴⁶, que considera especialmente alta la necesidad de disuasión precisamente en los casos de agresión culpable, llega, por cierto, a una solución exactamente inversa: “... cuanto más comprensibles son los motivos que han determinado al agresor a la agresión, mayor es el peligro de que la agresión antijurídica pueda llegar a ser la conducta social media en situaciones similares, si el ordenamiento jurídico no se le opone decididamente”. Sin embargo, frente a esta consideración hay que decir que una perturbación social especialmente grande sólo proviene, precisamente, de las agresiones sin motivo (es decir, no provocadas) y que, además, el ordenamiento jurídico pena o no pena igualmente agresiones provocadas como no provocadas, en función de contra qué se dirijan. La diferencia reside, exclusivamente, en lo que la ley permite al defensor. Y, al respecto, hay que tener en cuenta —junto a lo ya dicho— que precisamente desde puntos de vista preventivos se “previenen” mejor las agresiones provocadas si se “frena” a ambas par-

⁴⁶ (Nota 1), 1972, p. 12.

tes, a ser posible, en su manera de proceder: al agresor, porque a su víctima se le sigue reconociendo plenamente el derecho a defenderse, en casos serios, y al provocador, porque se le motiva —mediante el deber de consideración social, que se le impone— a no provocar absolutamente ninguna agresión, si es posible, con su conducta desvalorada jurídicamente.

3 — También en relación a la en otros tiempos extraordinariamente discutida cuestión de qué cualidad tiene que mostrar la conducta previa, para poder constituir una “provocación culpable”, la discusión ha llevado, paulatinamente, a un amplio acuerdo. La sentencia BGHSt. 27, p. 336 le puso parcialmente fin, al declarar que “una conducta previa no desvalorable ético-socialmente no puede comportar restricción alguna al derecho de legítima defensa” (cfr. al respecto, *supra*, II, 3). Después de eso está claro que la conducta ordenada por el Derecho y la declarada objetivamente conforme a Derecho⁴⁷ no son motivo ninguno para reducir la autorización de legítima defensa, incluso si dichas conductas habrían de provocar agresiones previsiblemente. Esto debería de estar, actualmente, fuera de toda duda⁴⁸, incluso en supuestos de provocación intencionada. Pues el que actúa en plena conformidad con los mandatos y autorizaciones legales está respetando con su conducta el ordenamiento jurídico, cuya estabilidad pretende precisamente la ley al otorgar el máximo de legítima defensa. El que se deja provocar por dicha conducta se dirige tanto contra el Derecho como el que no ha sido provocado, y no se hace merecedor, por tanto, de un trato más benevolente.

Sigue siendo dudoso, por el contrario, si la conducta previa tiene que ser verdaderamente “antijurídica” para comportar una restricción de la autorización de legítima defensa, o bien si es suficiente una conducta ético-socialmente desvalorada. También la jurisprudencia reciente

⁴⁷ Cfr., al respecto, extensamente, mi estudio (nota 1), 1963, p. 559 y ss.

⁴⁸ Distinto, tal vez, sólo ZIPF, en MAURACH - ZIPF, AT, 5ª ed., p. 388, donde, aparentemente, debe entrar en juego ya una restricción a la legítima defensa, cuando el defensor —incluso sin mediar una conducta reprochable previa— simplemente ha conocido la posibilidad de una agresión o la habría podido conocer.

es poco clara en este punto. La sentencia BGHSt. 24, p. 359 exige “una conducta reprochable por el Derecho”, es decir, presupone un actuar formalmente antijurídico. Por el contrario, las sentencias BGHSt. 26, ps. 143 y ss., y 256 y ss. no dejan ver tal disposición, en tanto que la sentencia BGHSt. 27, p. 336, sólo niega la restricción de la autorización de legítima defensa en casos de “conducta previa ético-socialmente no desvalorable”, es decir, que, al parecer, quiere afirmar dicha restricción en caso de “desvaloración ético-social”. Yo mismo he mantenido en otras ocasiones⁴⁹ que debería ser suficiente la “desvaloración ético-social” de la conducta previa, en tanto que, sin embargo, ha ido avanzando la opinión⁵⁰ que persevera en la exigencia de una acción previa formalmente antijurídica.

La decisión entre ambas posibilidades se facilita mucho si uno se da cuenta de que la importancia práctica de la polémica no es mucha. Pues los casos más frecuentes son aquellos en que alguien provoca a otro —mediante injuria, acometimiento personal, allanamiento de morada, daños, o cualquier otra intromisión semejante en sus derechos— a una agresión, que no está cubierta por la legítima defensa por el mero hecho de que la agresión implícita en la conducta previa ya no es “actual”. En tales situaciones la provocación es, en todo caso, antijurídica. Lo es, incluso, si ha dañado a un bien jurídico no protegido penalmente, como, por ejemplo, a la posesión, o al “derecho general de la personalidad” (*allgemeine Persönlichkeitsrecht*). Como conductas simplemente desvaloradas ético-socialmente quedan las vejaciones, alusiones, indiscreciones, burlas, etcétera, subyacentes a la conducta, y que pueden entenderse jurídicamente como injuria u otra lesión del derecho general de la personalidad (por ejemplo, de la dignidad humana individual, o de la esfera privada o íntima). Frente a mi concepción anterior, sobre la que, por cierto, todavía no está dicha la última pala-

⁴⁹ (Nota I), 1963, p. 570 y ss., para una más profunda confrontación con la problemática; de acuerdo, *SK-Samson*, 2ª ed., § 32, p. 28; SCHÜNEMANN (nota 1), 1970 (con fundamentación a tener en cuenta).

⁵⁰ Así, en confrontación con mi opinión, ante todo, KRATZSCH (nota 1), 1968, p. 206 y ss.; LENCKNER, *JZ* 1973, p. 254; SCHÖNKE - SCHRÖDER - LENCKNER, 20ª ed., § 32, nº marg. 59; OTTO (nota 1), 1977, p. 145; SCHUMANN (nota 1), 1977, p. 564 y ss.

bra, me parece, actualmente, que las mejores fundamentaciones están contra la restricción de la autorización de legítima defensa en tales casos. Pues el Derecho no mide con las finas medidas de la Moral, sino con módulos tipificables algo más toscos. Quien sólo se hace merecedor de una censura ético-social, se mueve todavía en el terreno del Derecho. Lo que no está prohibido tiene que estar tolerado por el Derecho; el defensor defiende el Derecho (aunque no la Moral), sin reducción ninguna, cuando alguien se deja provocar a una agresión, mediante una de las citadas conductas⁵¹.

4 — Es decir, que, recurriendo a los principios rectores del derecho de legítima defensa, ha ido alcanzándose en la discusión de las dos últimas décadas una solución al tratamiento de las agresiones culpablemente provocadas —que son el caso de restricción ético-social de mayor importancia práctica y más discutido en el pasado— que puede considerarse dominante y firme, en lo esencial. Esta solución merece prevalecer sobre dos construcciones, asentadas al margen de esa conexión con los fundamentos, y que pretenden dominar los casos de provocación con otros principios.

a) La figura jurídica de la denominada *actio illicita in causa* se basa en la doble suposición de que la autorización de legítima defensa subsiste siempre⁵² o, en todo caso, siempre que no existe posibilidad de eludir la agresión⁵³, incluso en los casos de provocación culpable, pero,

⁵¹ En casos especiales de “provocación provocada”, es decir, cuando, por ejemplo, a una injuria se responde con otra injuria y ésta es la que pone en marcha la agresión, permanece sin restringir la autorización de legítima defensa, porque el agresor dejó primero el terreno del Derecho y, por eso es el provocador responsable (igual, SCHÖNKE - SCHRÖDER - LENCKNER, 20ª ed., § 32, nº marg. 59). A HASSEMER (nota 1), 1979, corresponde el mérito de haber prestado especial atención a esta constelación de casos. Pero la idea de las restricciones ético-sociales no es llevada *ad absurdum* a través de estos casos, tal y como él piensa.

⁵² Principal representante, BAUMANN (nota 1), 1962, AT, 8ª ed., p. 304.

⁵³ Principal representante, LENCKNER (nota 1), 1961; SCHÖNKE - SCHRÖDER - LENCKNER, 20ª ed., § 32, nros. marg. 55-60; también DREHER - TRÖNDLE, 40ª ed., § 32, nros. marg. 23, 21.

a la vez, el defensor puede ser responsabilizado —dada su provocación culpable— como causante doloso o imprudente del resultado. Por mi parte he intentado oponerme en otro lugar⁵⁴ a esta construcción, en expresa confrontación con sus representantes; allí me remito ahora⁵⁵. Le debemos a BERTEL⁵⁶ una perspicaz contracrítica en defensa de la *actio illicita in causa*. Pero tampoco esta crítica puede debilitar el argumento decisivo contra esta teoría, a saber, que el legislador no puede colocarse en ambos lados a la vez, en caso de conflicto entre dos personas. Si, por un lado, se justifica por legítima defensa al provocador doloso, que ha lesionado al agresor, pero, por otro lado, se le pena por lesiones dolosas, apelando a la *actio illicita in causa*, se produce entonces una aporía irresoluble: el agredido tiene que decirse a sí mismo —cuando dirige su golpe— que está actuando a la vez conforme al Derecho (en legítima defensa) y antijurídicamente (consumando unas lesiones punibles). ¿De qué le sirve al agredido que se le conceda la legítima defensa si no puede hacer uso de ella, porque sabe que su golpe —supuestamente justificado— constituye también una realización punible del tipo? Pero también el agresor, por su parte, tendría que actuar justificadamente, por un lado, en cuanto que rechaza una lesión punible del provocador, pero antijurídica y puniblemente, por otro lado, ya que no está autorizado a defenderse frente a la legítima defensa del agredido. Esto es válido también, *mutatis mutandis*, para la provocación imprudente. En este supuesto la “causa” puede ser juzgada como voluntaria puesta en peligro de uno mismo, que, según los principios generales de la imputación, sería impune. Pues el provocado se expone premeditadamente a la legítima defensa del agredido. La construcción no es, por tanto, admisible; debería abandonarse⁵⁷.

⁵⁴ (Nota 1), 1963, ps. 545-556.

⁵⁵ De acuerdo conmigo, BOCKELMANN (nota 1), 1970, p. 26 y ss.; RUDOLPHI (nota 1), 1969, p. 465 y ss.; SCHÜNEMANN (nota 1), 1979, p. 280, y las monografías: COURAKIS (nota 1), 1978, p. 118, nota 309; MARXEN (nota 1), 1979, ps. 57 y 58; entre los Tratados: JESCHECK, AT, 3ª ed., p. 278, nota 45; SK-Samson, 2ª ed., § 32, n° marg. 26.

⁵⁶ (Nota 1), 1972, ps. 14-26.

⁵⁷ Los argumentos en contra podrían multiplicarse sin esfuerzo. Son, generalmente, específicos de la legítima defensa. Por el contrario, la situación del problema se

MARXEN⁵⁸ ha desarrollado recientemente la segunda de las soluciones especiales, cuya conclusión es que “la reducción de la legítima defensa en caso de agresión provocada se basa en el mismo fundamento que la punición de la omisión en supuestos de un hecho previo generador del peligro”. Es decir, que este autor aprecia la agresión culpablemente provocada desde el punto de vista de la injerencia: “el provocador crea una situación de peligro para el provocado, en tanto que le induce a la agresión. Con ello se originan en él deberes de garante. Está constreñido a conducir el trascurso de los acontecimientos que puedan surgir por un camino no peligroso para el provocado. Tiene que precaver la agresión con medios cuidadosos”. MARXEN deduce también de la dogmática de la omisión que la provocación (como allí la injerencia) tiene que haber causado la agresión adecuadamente y contrariando el deber. También opina, por lo demás, que mediante “la vinculación de la provocación en la legítima defensa a la dogmática de la omisión” podría “contrarrestarse la tendencia a la ampliación de los grupos de casos...”⁵⁹.

Por fructífero que sea actualmente el *topos* de la relación de garante para las restricciones de la legítima defensa en el ámbito de las relaciones personales especiales (cfr. *infra* VII), la idea de la injerencia no puede, sin embargo, seguir ayudando en el campo de la agresión culpablemente provocada. Ya de por sí es sorprendente que MARXEN opine que “el problema de la legitimación formal se suavizaría notablemente si las limitaciones a la legítima defensa se dedujesen del § 13, *StGB*”. Pues si esas restricciones no pudiesen extraerse de los propios principios rectores del derecho de legítima defensa, por la vía de la interpretación, tal y como se ha visto anteriormente, la reducción de la legítima defensa —que supone, a la vez, una ampliación de la punibilidad— con la ayuda del § 13 del *StGB* sería un caso de analogía perjudicial prohi-

presenta parcialmente distinta en la causación de una situación de necesidad según el § 34 del *StGB*; cfr. LENCKNER: “Der verschuldete rechtfertigende Notstand”, *JuS*, 1979, p. 779 y ss.

⁵⁸ (Nota 1), 1979, ps. 56-60. Sigüientes citas: p. 57.

⁵⁹ Ésta y las siguientes citas, como en nota 1, 1979, p. 59.

bida. Prescindiendo de eso, la cuestión de la posición de garante derivada de la injerencia es, precisamente, tan discutida —tanto en relación a su misma existencia, como a sus presupuestos— que su “exportación” al ámbito de la legítima defensa difícilmente podría contribuir a su más segura estructuración jurídica.

Pero, ante todo, la idea de la injerencia es inaplicable a la provocación de agresiones. Pues la producción de una situación de necesidad por un hecho precedente convierte al causante en garante sólo si la víctima no puede auxiliarse por sí misma, en tanto que, sin embargo, el provocado permanece como dueño de sus decisiones, y la situación de peligro en la que cae se crea por su propia agresión. El paralelismo no tiene lugar, tanto menos cuanto que también los deberes del “injerente” y del provocador son absolutamente diferentes (allí: la salvación; aquí: comportamiento cuidadoso), y de los deberes de uno no pueden extraerse claves para la medida de los otros. Si en ambos casos se exige una conducta antijurídica, eso no se debe a un “préstamo” del derecho de legítima defensa al § 13 del *StGB*, sino a la idea mucho más propagada de que una conducta conforme a Derecho no puede producir perjuicios penales. Por lo demás, tampoco es evidente la forma en que el § 13 del *StGB* podría contrarrestar tendencias “ampliadoras”, estableciendo restricciones a la legítima defensa. MARXEN quiere, aparentemente y en contraposición a la aquí defendida opinión dominante, negar toda restricción de la legítima defensa “cuando el agredido sólo contaba con la posibilidad de que su conducta evitase la agresión antijurídica, o cuando no podría prever y evitar que aconteciese la situación de legítima defensa”. En todo caso, eso no se deduce de la injerencia, sin embargo, en la que una vez reconocida la situación de garante, la producción imprudente de una situación de peligro obliga, precisamente, a la evitación del resultado. Los “límites inmanentes”, cuya superación hace que la legítima defensa aparezca como “abuso del derecho” y como “no requerida” (*geboten*), son, además, bastante claramente cognoscibles —tal y como ponen de manifiesto las ampliamente coincidentes soluciones de la doctrina científica y la jurisprudencia—, mientras que, sin embargo, el punto de vista del “medio cuidadoso”, extraído de la dogmática de la omisión —que por cierto no lo conoce—, no puede experimentar precisión ninguna.

(VI)

LA AGRESIÓN INSIGNIFICANTE

1 — También existe actualmente una casi absoluta unanimidad entre jurisprudencia y doctrina científica en que el derecho de legítima defensa debe experimentar una restricción si la agresión es insignificante: tales agresiones pueden, ciertamente, rechazarse en legítima defensa, y tampoco es preciso someter, por norma, la defensa al marco de la pura proporcionalidad de bienes, pero, sin embargo, una lesión grave y generalmente peligrosa para la vida (o acaso la muerte) del agresor no puede considerarse “requerida por la legítima defensa”, frente a tales agresiones insignificantes, y, por lo tanto, es punible. Normalmente esto se expresa diciendo que no se concede el derecho de legítima defensa en casos de “extremada” o “intolerable” desproporción entre el perjuicio que se rechaza y el que se ocasiona⁶⁰.

También en este grupo de casos puede fundamentarse, y a la vez precisarse, el sentido de esta restricción, apelando a los principios básicos de la legítima defensa, que desde un principio conducen a soluciones aceptables y obvias para el sentimiento jurídico. Si partimos, también en estos casos, de que el derecho ilimitado de legítima defensa encuentra su legitimación exclusivamente en las necesidades —supuestas por el legislador— de defensa preventiva del Derecho, entonces este interés en la defensa del Derecho tiene que disminuir a la medida normal de una necesidad de protección socialmente conformada, allí donde pueda deducirse del ordenamiento jurídico, que también la necesidad penal de prevención sólo está reconocida en una forma muy atenuada⁶¹. Éste es el caso, por ejemplo, en los hechos punibles según el § 153

⁶⁰ El primer estudio especial sobre el tema lo suministró en la postguerra, SCHAFFSTEIN (nota 1), 1952; la última investigación profunda (sobre la Importantísima parcela de la defensa de los bienes) procede de KREY (nota 1), 1979. Ambos autores coinciden ampliamente en cuanto a las conclusiones, aunque no en todos los puntos de la fundamentación, con la interpretación aquí hecha.

⁶¹ Se trata, por tanto, del mismo tope argumental que ya ha sido combatido en la apreciación de las agresiones inculpables o con culpabilidad disminuida (cfr. *supra*, IV, 1).

de la *StPO*, y en los delitos perseguibles a instancia de parte (§§ 376, 383.2, *StPO*), así como en las infracciones administrativas (§ 47, *OWiG*), en los que se aplica el principio de oportunidad sin más presupuestos, es decir, que la sanción no se considera, por principio, como medio imprescindible de prevención por antonomasia. Es decir, cuando ni siquiera parece necesaria una sanción penal comparativamente leve, entonces es que la afirmación del Derecho —a costa de causar una lesión peligrosa para la vida— no es, en absoluto, la finalidad de la ley⁶².

No hay que fijarse exclusivamente, por tanto, en la insignificancia del perjuicio (en el sentido del § 248.a *StGB*, por ejemplo), tal y como demuestra la comparación entre los párrs. 1º y 2º del § 153.1 de la *StPO*. Una agresión puede seguir siendo insignificante —y, por tanto, el agredido está obligado a atenerse a consideraciones sociales— aun cuando el perjuicio estrictamente material no lo sea. Hay que darle la razón a KREY⁶³, por tanto, en que “tampoco en caso de necesidad puede dispararse al ladrón para proteger 60 marcos alemanes (DM)”. Por eso, el deber de atenerse a la consideración social del caso va más allá de la simple “evitación del desorden”⁶⁴, y del ámbito de la mera “bagatela”, y afecta a la totalidad de la criminalidad menor, y depende, además, de las especificidades de cada caso concreto⁶⁵.

⁶² A este punto de vista se refirió, en primer lugar, incidentalmente, BOCKELMANN (nota 1), 1979, p. 30. También puede encontrarse actualmente en KRAUSE (nota 1), 1978, p. 86 y ss., en tanto que el tan fundamental estudio de KREY (nota 1), 1979, no lo incluye.

⁶³ (Nota 1), 1979, p. 713; KREY ha introducido también el término “agresión considerable” (*erheblicher Angriff*).

⁶⁴ Para el que incluso están totalmente excluidos del marco de la legítima defensa los casos, que no pueden considerarse “agresiones” debido a la ausencia de posibilidad de medida del perjuicio al bien jurídico (como empujones, etcétera); cfr. al respecto, JESCHECK, *AT*, 3ª ed., p. 279.

⁶⁵ Cfr. al respecto los ejemplos de OTTO (nota 1), 1977, p. 146 y ss., cuya solución merece aprobación, sin excepción; además, la casuística de BLEI, *AT*, 17ª ed., p. 136, y BALDUS, *LK*, 9ª ed., § 53, nº marg. 31: “puede existir manifiesta desproporción incluso cuando amenaza un daño no insignificante, si éste puede compensarse fácilmente y con seguridad”.

Si bien es cierto que, en este ámbito, las opiniones sobre los presupuestos de la restricción de la legítima defensa sólo se diferencian en cuestiones de matiz, SCHMIDHÄUSER, sin embargo, defiende una posición absolutamente divergente. Opina este autor que también para evitar una sustracción de 10 céntimos⁶⁶, o un insignificante hurto de manzanas⁶⁷, podría dispararse al ladrón, en caso de necesidad. Así opina sobre el caso, por ejemplo, de que “un degenerado vagabundo se sube a un árbol” y se da un festín de manzanas: “si ha sido amonestado a gritos y, sin embargo, persiste impasible en su hurto de manzanas, y no existe ninguna otra posibilidad de poner fin a su acción, entonces el sujeto está autorizado a ejercitar la legítima defensa, incluso haciendo disparos peligrosos para la vida, si no cuenta con ningún otro medio, y prescindiendo —ante tal irrupción en la autonomía ajena— del valor insignificante. El ordenamiento jurídico (...) no precisa soportar tal abierto triunfo sobre su autoridad, que se alimenta, precisamente, de la disponibilidad a defenderlo de cuantos están de su parte”. Para SCHMIDHÄUSER todo esto no depende, fundamentalmente, de “la salvación del concreto objeto puesto en peligro por el agresor”; éste (objeto) no sería más que “el medio a través del cual el ordenamiento jurídico afirma su vigencia empírica en la sociedad”. El “ordenamiento jurídico consagrado tradicionalmente” se concibe como “el mayor bien de la comunidad”, para cuya defensa habrá de admitirse incluso la “lesión de la vida del agresor”⁶⁸.

Ciertamente, es posible imaginarse esa concepción⁶⁹, pero no coincide manifiestamente —en cuanto supervaloración excesiva del prin-

⁶⁶ AT, 2ª ed., 9/91, p. 345.

⁶⁷ (Nota 1), 1970, p. 198; aquí también la siguiente cita.

⁶⁸ AT, 2ª ed., 9/86, p. 341.

⁶⁹ A esta concepción rinden homenaje, frente a la tradición más antigua, destacadamente los autores del Código Penal prusiano de 1851 y del alemán de 1871, cfr. al respecto, recientemente la demostración en KREY (nota 1), 1979, p. 707. A la misma se refiere también la sentencia RGSt. 55, p. 82 y ss. Para esta “concepción extrema de la legítima defensa” está acuñada la tantas veces citada palabra de GEYER de “moral homicida” (*Totschlagsmoral*), en v. HOLTZENDORFF, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, t. 4, 1877, p. 94.

cipio de defensa del Derecha— con la voluntad del legislador moderno, que no entiende “requerida” una legítima defensa cuando las agresiones son tan insignificantes “que puede exigirse que se soporten”⁷⁰. Esa concepción desconoce, además, que el Derecho vigente no realiza, en lugar ninguno, su interés preventivo ilimitadamente y sin consideración a la vida del quebrantador del Derecho; con razón, KREY⁷¹ ha deducido del “máximo rango constitucional de la vida humana” incluso un mandato constitucional de negar la legítima defensa si “para rechazar una agresión insignificante hubiese de sacrificarse una vida humana”. Finalmente, no parece tampoco correcto político-criminalmente establecer “la vigencia empírica” del Derecho como bien máximo, en todo caso, con independencia de la clase concreta de la lesión del Derecho, anteponiéndolo así al valor de la vida humana. Pues las agresiones irrelevantes alteran tan poco la conciencia general del Derecho y su consiguiente vigencia, que tales reacciones desproporcionadas sólo podrían perjudicar el prestigio del Derecho ante los ojos de la colectividad (“esto no sería defensa del Derecho, sino lo contrario”, según LENCKNER⁷²). Aunque SCHMIDHÄUSER defiende enérgicamente su teoría frente a las críticas que se le dirigen, su tesis no es admisible⁷³, tal y como se ha visto.

2 — Apelando a la Convención Europea de Derechos Humanos, se ha mantenido la solución exactamente opuesta, aplicada al ámbito parcial de la defensa de los bienes. Según esta solución nunca debe ser legítimo poner en juego la vida del quebrantador del Derecho para ejer-

⁷⁰ *Bundestags-Drucksache* V/4095, p. 14.

⁷¹ (Nota 1), 1979, p. 713; cfr. también mi comentario en *ZStW* 83 (1971), p. 388; “directamente inconstitucional”.

⁷² SCHÖNKE - SCHRÖDER - LENCKNER, 20ª ed., § 32, nº marg. 50.

⁷³ Cfr. al respecto ya mi crítica a la primera edición del tratado de SCHMIDHÄUSER en *ZStW* 83 (1971), p. 387 y s. No acierto a comprender por qué esta crítica —o mi “ejemplo distorsionante y poco pertinente”, en opinión de SCHMIDHÄUSER— prescinde de lo expuesto por SCHMIDHÄUSER; tampoco HIRSCH (nota 1), 1977, p. 216, nota 19, lo ve así. Sobre la crítica a la totalidad de la teoría de SCHMIDHÄUSER, detenidamente, HIRSCH (nota 1), 1977, ps. 218-222.

cer la defensa de los bienes, incluso frente a las más graves agresiones a los mismos⁷⁴. Esta opinión se apoya —como es sabido— en el art. 2º de la Convención, cuyo párr. 1º prohíbe toda muerte intencionada, “salvo en ejecución de una condena que imponga pena de muerte”, y cuyo párr. 2º sólo menciona entre las excepciones el ejercicio de la violencia absolutamente necesaria “en defensa de una persona contra una agresión ilegítima” (párr. 2º, a). *A contrario sensu* se ha deducido que bajo ninguna circunstancia sería legítima la muerte de un ser humano frente a agresiones no violentas contra los bienes. La larga discusión sobre la importancia de ese precepto —que según la doctrina dominante tiene rango normativo de ley ordinaria federal— conduce a la convicción de que, en efecto, su sentido no es claro⁷⁵, pero de que, en todo caso, y en conclusión, apenas tiene importancia para el derecho de legítima defensa del *StGB*. Ahora bien, esto no se deduce, por cierto, de que la Convención “sólo se ocupe de las injerencias de la autoridad en los derechos y libertades de los que han de someterse al Derecho”⁷⁶, tal y como queda demostrado, tanto por la investigación de su origen, como por los decisivos textos francés e inglés, y su interrelación. Pues, por un lado, si así fuese, siempre estarían mucho más limitadas las autorizaciones de defensa de la autoridad (es decir, en la práctica, de la policía), de tal manera que se iría mucho más allá de lo establecido anteriormente (cfr. *supra*, VI.1), y ello tanto si esas facultades de defensa se basan en el § 32 del *StGB*, como si se fundamentan en normas especiales de Derecho público; esto sería extraordinariamente insatisfac-

⁷⁴ Así, todavía, últimamente en la doctrina penal, *SK-Samson*, § 32, nº marg. 29, 30; *MARXEN* (nota 1), 1979, p. 61 y ss.

⁷⁵ Esa “oscuridad” consiste fundamentalmente en que el art. 2º, párr. 2, b) de la Convención Europea de Derechos Humanos autoriza, sin más, los disparos mortales intencionados para detener a una persona. Pero lo que está permitido para la detención tras el hecho, tendría que estar autorizado también, consecuentemente, para impedir la comisión del hecho, sobre todo en la medida en que aquí puede intervenir también una finalidad de detener.

⁷⁶ “Gutachten des Bundesjustizministeriums”, en *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, t. 2, 1958, anexo, ps. 79-83 (81). Detenidamente, en este sentido, *BOCKELMANN* (nota 1), 1969.

torio, porque favorecería la arriesgada tendencia político-criminal a utilizar preferentemente a auxiliares privados, debidamente autorizados (defensores cívicos, guardaespaldas), en lugar de a la Policía⁷⁷. Por otro lado, la limitación de la Convención a las intervenciones de la autoridad supondría —precisamente debido a esta incongruencia— interpretar también el derecho de legítima defensa —por irradiación o “repercusión”⁷⁸— como igualmente limitado; el requisito de que la defensa esté “requerida” (*Gebotenheit*) lo autorizaría sin infracción ninguna de los límites de la interpretación, puesto que la fundamentación de la ley⁷⁹ se refiere expresamente a la posibilidad de ser aplicada a cualquier otro precepto.

La solución correcta se deduce, por el contrario, de que la Convención de Derechos Humanos sólo restringe la “muerte intencionada” (*absichtliche Tötung*), en la manera señalada, y de que los términos *intentionally* e *intentionnellement*, que utilizan al respecto los decisivos textos originales, no incluyen el *dolus eventualis*⁸⁰. Sin embargo, sólo el dolo eventual de causar la muerte tiene importancia práctica: alguien dispara contra el ladrón de millones, que está utilizando fuerza en las cosas, porque no tiene ningún otro medio para impedir el hecho, o la huida con el botín; en este caso no está excluido el riesgo de una lesión mortal, aunque el protector de los bienes espera evitar tal consecuencia. Desde luego que la Convención no abarca con su prohibición tal conducta; es decir, que se le permite realizarla tanto al defensor como a cualquiera que preste auxilio necesario. Ahora bien, si el defen-

⁷⁷ Esto lo impugna BOCKELMANN (nota 1), 1969, p. 467, en cuanto que le concede también al policía un derecho privado de auxilio (*privates Nothilferecht*), para el que no deben valer las restricciones de la Convención de Derechos Humanos. Pero no puede suponerse que la Convención quería autorizar la ampliación de los límites por ella misma establecidos para las intervenciones de la autoridad, mediante la concesión de esas facultades de intervención como derechos privados.

⁷⁸ Así, por ejemplo, STRATENWERTH, *AT*, 2ª ed., n.º marg. 436.

⁷⁹ *Bundestags-Drucksache*, V/4095, p. 14.

⁸⁰ BLEI, *AT*, 17ª ed., p. 314; JESCHECK, *AT*, 3ª ed., p. 290, nota 51 con referencias a literatura extranjera; SCHÖNKE - SCHRÖDER - LENCKNER, 20ª ed., § 32, n.º marg. 32; OTTO (nota 1), 1977, p. 137 y s.

sor, en vez de eso, mata intencionadamente al ladrón de un tiro dirigido a la cabeza, entonces su conducta entra en colisión, ciertamente, con la Convención Europea de Derechos Humanos, y, asimismo, tampoco constituye “defensa necesaria”, según el § 32.2 del *StGB*, de tal forma que la Convención no dice más que lo que ya rige según el Derecho alemán.

Ya que el defensor sólo necesita hacer incapaz de lucha o de huida al agresor, sigue planteándose la cuestión de si, en general, puede considerarse “necesaria” para ejercer la defensa de los bienes la muerte “intencionada”. KREY⁸¹ lo afirma para “situaciones extremas”; desde el momento en que incluye el dolo directo de primer grado (es decir, la causación segura de la muerte) en el concepto de “intención” (*Absicht*). Actualmente, la necesidad de efectuar tales “disparos dirigidos a causar la muerte” es, sin duda, una posibilidad real en la defensa, cuando se trata de salvar la vida de personas, tal y como ponen de manifiesto diversos ejemplos prácticos. Piénsese que un secuestrador solamente lesionado puede todavía, en determinadas circunstancias, asesinar a sus víctimas. Pero en la defensa de bienes no se plantea, normalmente, “ese” problema, y todavía no se ha dado nunca en la historia de la jurisprudencia —al menos en lo que yo alcanzo— un caso en el que una agresión no violenta sólo pudiese evitarse mediante la muerte segura (y no simplemente como consecuencia *eventualiter*) del agresor. Con todo, es teóricamente imaginable tal situación⁸². Si realmente sucediera alguna vez, consideraría de hecho que no existe autorización para causar “intencionadamente” la muerte⁸³, y, por cierto, lo mismo

⁸¹ (Nota 1), 1979, p. 709.

⁸² KREY (nota 1), 1979, p. 709, construye el caso de un terrorista que se dispone a volar un puente y del que sólo su cabeza entra de forma momentánea en la mira del policía, es decir, que con toda seguridad hay que matarlo si se debe impedir el hecho. ¡Pero, un atentado que encierra un peligro colectivo tal, tendrá que contemplarse ya, normalmente, como “violencia”, en el sentido del art. 2º, párr. 2, a) de la Convención de Derechos Humanos!

⁸³ Esto coincide con el § 41, párr. 2º, del Proyecto-tipo de ley unitaria de la Policía, en la que no se autoriza “un disparo, que con una probabilidad rayana en la seguridad ha de producir la muerte”, para la defensa de los bienes.

pensaría —a causa del antes referido “efecto de irradiación o repercusión”— si el caso se refiriese a un particular que ejercita la defensa. Esta conclusión me parece lícita desde puntos de vista político-criminales, también, a la vez que concordante con los fundamentos valorativos del Derecho alemán: según éstos —tal y como demuestra la supresión de la pena de muerte (art. 102, GG)—, la muerte intencionada de un ser humano no puede estar justificada más que para salvar una vida humana directamente amenazada. El efecto preventivo (de prevalimiento del Derecho) del derecho de legítima defensa no puede resentirse si se le somete a ese límite, porque esa restricción carece, en realidad, de relevancia práctica.

(VII)

AGRESIONES EN EL MARCO DE RELACIONES DE GARANTE

1 — Se trata de un grupo de casos, comparativamente recientes, cuya discusión se ha suscitado destacadamente por algunas sentencias del BGH sobre legítima defensa en supuestos de agresiones entre cónyuges⁸⁴. Al respecto se plantean más exigencias en cuanto a la “necesidad de la acción de defensa” cuando se trata de “actitudes, no hostiles en sí mismas, del mismo medio o ambiente”. Por principio se le exige a los cónyuges que “renuncien (...) a los medios de defensa efectivos, sin duda, pero posiblemente mortales ...”, cuando se trate de “hacer frente a lesiones corporales leves”⁸⁵. Esto concluye en una restricción ético-social a la autorización de legítima defensa, que coincide plenamente —adecuándose al caso respectivo— con las restricciones establecidas en los otros grupos de casos: el cónyuge que se defiende tiene que “quitarse de en medio” —si las circunstancias lo permiten— cuando la defensa sólo es posible causando graves lesiones al agresor. Si no puede evitarlo, tiene que pensarse mucho la elección de medios de defensa mortales ante agresiones leves, y, en casos extremos, tiene

⁸⁴ BGH, NJW 1969, p. 802; GA 1969, p. 117; NJW 1975, p. 62.

⁸⁵ Así, la “resumidora” y clarificante sentencia NJW 1975, p. 62 y s.

incluso que soportar malos tratos leves antes que, en interés de su propia defensa, matar probablemente al cónyuge agresor.

2 — Como conclusión merece ser aprobada, porque también aquí el interés de la defensa del Derecho está notablemente disminuido en comparación con los casos normales. Sin embargo, esta restricción no puede apreciarse por el solo argumento de “actitudes, no hostiles en sí mismas, del mismo medio ambiente”. Esta delimitación⁸⁶, antiguamente conveniente, se utilizó para establecer restricciones a la legítima defensa, atendiendo a la pertenencia a la misma empresa (*Betrieb*) o club de fútbol⁸⁷; pero, ya que estos ámbitos —al igual que la mayor parte de los “medios o ambientes” (*Lebenskreis*)— están sometidos a la influencia de una notable presión de competitividad y rivalidad, no se comprende bien por qué debería estar limitado aquí el derecho de legítima defensa. Incluso va demasiado lejos la idea, que yo mismo postulé con anterioridad⁸⁸, de establecer una restricción “cuando la discusión, desde un principio, tiene un carácter privado, no trasciende del marco interno, y no afecta de tal manera al ámbito público que hubiera que perseverar en el principio del prevalecimiento del Derecho, de forma absolutamente necesaria”; pues esta idea significaría una menor protección, por principio, del ámbito privado, conclusión para la que el ordenamiento jurídico no ofrece base suficiente.

La razón decisiva para la restricción de la legítima defensa entre cónyuges consiste en que ambos —como garantes en el sentido del § 13, *StGB*— son responsables de su mutua salud o bienestar (*Wohlergehen*)⁸⁹. GEILEN⁹⁰ lo formula diciendo “que la relación de distensión en-

⁸⁶ Se encuentra ya en BGH, en DALLINGER, *MDR* 1958, ps. 12 y 13.

⁸⁷ Datos más precisos, en GEILEN (nota 1), 1976, p. 316, nota 14.

⁸⁸ (Nota 1), 1963, p. 581, nota 112.

⁸⁹ Esto lo señalaron en primer lugar BLEI, *AT*, 17ª ed., p. 137 y s., y SCHÖNKE - SCHRÖDER - LENCKNER, 20ª ed., § 32, nª marg. 53. Fue precisado por GEILEN (nota 1), 1976, p. 314 y s. (316), y ahora MARXEN (nota 1), 1979, lo ha convertido en la base de toda su concepción.

⁹⁰ (Nota 1), 1976, p. 316.

tre causa de justificación y deber de garante en el plano de la justificación conduce a una cierta solución de compromiso”. De hecho, la coincidencia a la vez del derecho de protección y el deber de protección tiene que comportar forzosamente una restricción inmanente de la legítima defensa: el principio de la defensa del Derecho tiene que reducirse a la medida de una necesidad de protección socialmente conformada, en los casos en los que el agredido está obligado jurídicamente, en cualquier caso, a la protección y consideración del agresor⁹¹. El interés preventivo está, desde un principio, reducido por el deber de consideración social. Cuando GEILEN⁹² opina que mi anterior propuesta de solucionar tales constelaciones en base a la “ausencia de interés de defensa del Derecho” no es convincente en absoluto, ello es correcto, pero sólo en relación a la vaga fundamentación antes citada (cfr. *supra*, nota 88). Pero eso no invalida la idea de que la relación de garante sólo produce una restricción en la legítima defensa sobre la base de su influencia en el principio de defensa del Derecho, de tal modo que la base de la solución no es, en principio, distinta a la de los restantes grupos de casos⁹³.

Con la ayuda de esta solución quedan, a la vez, plausiblemente determinadas, a efectos del Estado de Derecho, las relaciones personales que conducen a un debilitamiento del interés en la defensa del Derecho: no es suficiente cualquier “vinculación” o la pertenencia al mismo “medio” o “ambiente”, sino que la relación tiene que ser de tal manera que fundamente una posición de garante, en el sentido del § 13 del

⁹¹ Por eso no resulta comprensible que MAURACH - ZIPF, *AT*, 5ª ed., p. 384, y OTTO (nota 1), 1977, p. 148 y ss., nieguen toda restricción de la legítima defensa en este grupo de casos.

⁹² (Nota 1), 1976, p. 316, nota 16.

⁹³ No se trata, por tanto, de una “solución especial” aislada, como opinan aparentemente GEILEN (nota 1), 1976, y MARKEN (nota 1), 1979. Absolutamente de acuerdo con el texto, SCHÖNKE - SCHRÖDER - LENCKNER, 20ª ed., § 32, n° marg. 53, donde “la idea de la defensa del Derecho mediante la legítima defensa no tiene plena validez cuando el agredido tiene, a la vez, el deber de preservar al otro de perjuicios”; le sigue SCHUMANN (nota 1), 1979, p. 566.

StGB. Éste puede ser el caso en una convivencia duradera, incluso sin haber contraído matrimonio formalmente, y no tiene por qué serlo necesariamente, sin embargo, en un matrimonio contraído sólo en el papel⁹⁴. Existe, con seguridad, entre padres e hijos, incluso entre familiares próximos, pero no por la mera pertenencia a círculos sociales, asociaciones o empresas⁹⁵.

3 — También el grado de restricción de la legítima defensa está necesitado de una mayor precisión de la que la jurisprudencia ha conseguido hasta ahora. Con toda seguridad, el cónyuge agredido —por seguir ejemplificando con este importante ejemplo— no puede matar o lesionar gravemente, en defensa, al otro cónyuge —incluso al precio de tener que soportar algunas lesiones— en tanto su propia vida o integridad no peligren seriamente. Pero ese deber de “solidaridad” para con el agresor sólo puede subsistir cuando se trate de una “salida de tono” (*Entgleisung*) en el marco de confrontaciones conflictivas, como acontece precisamente en las relaciones personales estrechas. Sin embargo, ese deber no puede aplicarse a los vivamente discutidos casos de “violencia matrimonial”, en que un cónyuge (generalmente el marido) maltrate regularmente al otro por motivos nimios. Pues la causación habitual de lesiones corporales (aun de las más leves) constitutivas de una opresión y humillación de un ser humano por otro exigen una plena defensa del Derecho no sometido a restricciones⁹⁶.

¡Es inadmisibles que a quien ya de por sí está manifiestamente a merced de la brutalidad de otro —debido a su propia inferioridad física— le sea negada adicionalmente por el Derecho la autorización para enfrentarse incluso con armas, en caso de necesidad, a los malos tratos

⁹⁴ Sobre el matrimonio sin vida en común, cfr. MARXEN (nota 1), 1979, p. 50.

⁹⁵ Igualmente, SCHÖNKE - SCHRÖDER - LENCKNER, 20ª ed., § 32, nº marg. 53; SCHUMANN (nota 1), 1979, p. 566; para las situaciones escolares de internados, también, actualmente y expresamente, BGH, *NJW*, 1980, p. 2263.

⁹⁶ En este sentido, con “agudeza”, también, GEILEN (nota 1), 1976, p. 317 y s.; asimismo, adhiriéndose, SCHÖNKE - SCHRÖDER - LENCKNER, 20ª ed., § 32, nº marg. 53; cfr. sobre la problemática socio-política, también, MARXEN (nota 1), 1979, p. 51 y ss.

permanentes! Por tanto, la jurisprudencia tendrá que desarrollar, en el futuro, diferenciaciones más claras al respecto.

(VIII)

RESUMEN

La conclusión es, pues, que la totalidad de las restricciones ético-sociales a la legítima defensa —excluyendo una excepción intrascendente en el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos, legítima constitucionalmente— se deducen directamente de los principios rectores que fundamentan el § 32 del *StGB*, y que sirven para calificar —por vía interpretativa— determinadas acciones de defensa como “no requeridas” (*nicht geboten*), en el sentido del § 32.1 del *StGB*. No son precisas construcciones especiales para determinados grupos de casos (por ejemplo, *actio illicita in causa*, o teoría de la injerencia), ni tampoco es necesario dar una nueva interpretación a algunos presupuestos de la justificación (por ejemplo, a la “agresión” o a la “antijuricidad” de la misma). En realidad lo que ocurre es que el máximo de legítima defensa, concedido por razones preventivas a través del principio de defensa del Derecho, se retrae a la medida normal cuando se produce un debilitamiento de las necesidades preventivas; medida normal cuyos límites marca un principio de protección vinculado al deber de consideración social. Con esto no se ha ganado un concepto capaz de subsunción, pero sí una medida normativa rectora, que al ser aplicada a los distintos grupos de casos —es decir, en su tránsito por las especificidades de la materia jurídica— ofrece soluciones concretas a los problemas, tal y como ha quedado expuesto y tal y como estaban frecuentemente formuladas —aunque con distintos fundamentos— en la doctrina y jurisprudencia, a lo largo de una discusión que ha durado decenios. Metodológicamente pueden esquivarse de esta manera los escollos de un rígido esquematismo conceptual (tal y como era propio del tradicionalmente “enérgico” derecho de legítima defensa), así como los de un casuismo disgregador (¡el peligro de la evolución más reciente!). Se gana un sistema sobre el derecho de legítima defensa claro, ideológicamente plausible y que puede fundamentarse en la propia ley; un sis-

tema que tiene en cuenta las especificidades de las múltiples situaciones de la vida, pero que a la vez salvaguarda la unidad normativa en medio de la diversidad. De esta forma el moderno derecho de legítima defensa —aparentemente tan “escabroso”⁹⁷, “sumergido en un torbellino de confrontaciones científicas”⁹⁸ y amenazado de “disolución”⁹⁹— consigue, sorprendentemente, unos contornos claros; este sistema ofrece soluciones que pueden felicitarse por contar ya con un amplio consenso en la ciencia y la praxis.

⁹⁷ MARXEN (nota 1), 1979, p. 19.

⁹⁸ MAURACH - ZIPF, *AT*, 5ª ed., p. 374.

⁹⁹ HASSEMER (nota 1), 1979, p. 237.

*Desde qué momento una agresión
es actual y provoca
una defensa necesaria **

* Título original: «Von welchem Zeitpunkt an ist ein Angriff gegenwärtig und löst das Notwehrrecht aus?», en *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*,

HANS-HEINRICH JESCHECK - JHON-WON KIM - HARVO NISHIHARA -
HANS LUDWIG SCHREIBER (comps.), Seibundo, Tokio, 1985, ps. 137-149.

Traducción de DARÍO NICOLÁS ROLÓN

(I)

Según el Derecho alemán, la defensa necesaria presupone “una agresión ilegítima actual” (§ 32, *StGB*). El Código Penal coreano del 3/10/53¹ también hace depender a la defensa necesaria de que el autor actúe “para evitar una agresión ilegítima actual en los intereses jurídicamente protegidos propios o de un tercero” (art. 21, § 1)². A causa de la similitud de ambos órdenes jurídicos, resulta razonable dedicar un pequeño aporte a la cuestión sobre cómo poder determinar la “actualidad” de la agresión en este compendio dedicado a las reflexiones de nuestro inolvidable colega fallecido muy recientemente ZONG UK TJONG.

Mientras que la cuestión sobre los presupuestos en base a los cuales se puede considerar que existe una agresión “ilegítima” está extraordinariamente discutida³; la “actualidad” de la agresión, sin embargo, no parece representar un gran problema. “Una agresión actual tiene

¹ Aquí citado en la traducción alemana por PAUL K. RYU; Colección Extranjera de Códigos Penales n° 80, 1968.

² El “Código Penal japonés modificado”, del 10/8/53 (traducido por K. SAITO y H. NISHIHARA, 1954; Colección Extranjera de Códigos Penales n° 65) habla de una “acción que es inevitable para proteger el derecho propio o ajeno contra un daño directo injustificado e inminente” (§ 36, párr. 1º). Esto podría corresponder en sus resultados con el elemento de “actualidad”.

³ He examinado de cerca en mi artículo *Sozialistische Einschränkungen des Notwehrrechts* —ZStW 93 (1981), ps. 66 y ss., 81-85— y me basta con una remisión a esa exposición.

lugar cuando es directamente inminente, se produce en el momento justo o es continua", dice JESCHECK⁴, con una fórmula también extendida en la literatura alemana. De acuerdo con ello, cuando una agresión es "directamente inminente" comienza el derecho de la defensa necesaria.

Pero, ¿qué significa "directamente inminente"? En nuestra gran obra explicativa, el *Leipziger Kommentar*, explica SPENDEL⁵ ese punto de la siguiente manera: "La agresión empieza cuando ésta amenaza producirse en cualquier momento, es decir, cuando el comportamiento del agresor pone en peligro un bien jurídico, cuya lesión pues es directamente inminente y no tiene lugar después de una gran distancia temporal". Esto suena a como si la agresión actual lo fuera en el momento en el que el agresor pasa del estadio de la preparación al de la tentativa. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte federal⁶, hay tentativa "cuando se crea una situación que pone en peligro el bien jurídico objeto de protección" (BGHSt. 4, ps. 333, 334), "cuando el modo de actuar del acusado decidido al hecho contiene una especie de agresión directa sobre el bien jurídico protegido que, por medio de éste, ya se encuentra en peligro, y que directamente se aproxima a la producción del resultado final (BGHSt. 2, ps. 380, 381)". Semejante formulación reconoce una diferencia sustancial con las expresiones a través de las cuales se explica la actualidad de la agresión que provoca la defensa necesaria.

Por otro lado, es el ya citado SPENDEL⁷ —y con él una gran parte de la literatura— de la opinión de que la agresión puede ser ya actual, cuando el estadio de la tentativa no fue alcanzado. Entonces se tiene que encontrar otro criterio que no lleve a la confusión con los elementos de la tentativa. De hecho, se encuentra en la literatura⁸ —a menu-

⁴ *Parte general*, 3ª ed., 1978, p. 274.

⁵ *Leipziger Kommentar*, 10ª ed., 1982, § 32, n.º marg. 118.

⁶ Aquí citado como BGHSt. 22, p. 80 y ss. (81).

⁷ *Leipziger Kommentar*, 10ª ed., 1982, § 32, n.º marg. 117.

⁸ BLEI, *Parte general*, 18ª ed., 1983, p. 143; LACKNER, *StGB* 15, 1983, § 32, 2c; *Leipziger Kommentar*; BALDUS, 9ª ed., 1970, § 53, n.º marg. 5; SCHMIDHÄUSER, *Parte general*,

do con la fórmula de la "inmediatez directa" "similar a la tentativa"—otro principio de delimitación, con ayuda del cual se puede trasponer la actualidad más allá de los límites de la tentativa. De acuerdo con ello, una agresión es actual, cuando ésta posteriormente no podría ser más evitada o sólo podría serlo bajo difíciles condiciones. "La agresión siempre es actual cuando el agresor está tan preparado, que no es posible una defensa posterior contra él", dice SCHMIDHÄUSER⁹. BALDUS remarca¹⁰: "Indicio para la actualidad es la circunstancia de que el retraso del resultado pondría en peligro la defensa". Para SAMSON¹¹ "depende decisivamente de si el defensor, por medio de una posterior expectativa, haya perjudicado considerablemente sus chances de defensa". De acuerdo con eso, parece como si la agresión actual ya está presente, cuando A anuncia a B un delito preparado para el próximo día bajo circunstancias que, en ese momento del hecho, no dejan ninguna o pocas posibilidades de defensa.

Es claro que ambos métodos para la determinación de la actualidad —la solución de la tentativa con su "inmediatez directa" y "teoría de la defensa eficaz" que bajo circunstancias vuelve al estadio de la preparación— no pueden permanecer juntos. Se tiene pues que decidir. Esa decisión es difícil porque ninguna de ambas soluciones convence.

(II)

La solución de la tentativa es muy conteste con el texto de la ley. Aunque teleológicamente apenas se puede fundamentar, y ésta tam-

2ª ed., 1975, n° marg. 9/94, p. 347; del mismo, *Studienbuch. Parte general*, 1982, n° marg. 6/61, p. 150; SAMSON, *Systematischer Kommentar*, 3ª ed., 1981, § 32, n° marg. 10; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 85. Otros autores se expresarían en el mismo sentido, aunque no expresamente.

⁹ *Parte general*, 2ª ed., 1975, n° marg. 9/94, p. 347.

¹⁰ *Leipziger Kommentar*, 9ª ed., 1970, § 53, n° marg. 5.

¹¹ *Systematischer Kommentar*, 3ª ed., 1981, § 32, n° marg. 10.

bién es la causa de por qué la jurisprudencia y la literatura, a pesar de que muchas de sus formulaciones no permiten reconocer una clara delimitación respecto de las disposiciones de la tentativa, recurren, sin embargo, raras veces de manera expresa a ella¹². La razón de ambas delimitaciones es muy variada. En el caso de la delimitación de la preparación y tentativa, se trata, por razones de Estado de Derecho —pues un tipo penal presupone la punibilidad fundamentalmente de la realización del tipo penal— la punibilidad se aproxima tan pronto como sea posible al tipo penal. Por esa razón, recibe especial preferencia entre nosotros actualmente la fórmula según la cual la tentativa comienza ya con el primer acto parcial de la realización del tipo penal, con la acción, pues, que desemboca sin otros “actos intermedios” directamente en el resultado¹³. No tiene sentido transferir tales consideraciones fructíferas para la determinación de la tentativa al problema de la “actualidad” de la agresión¹⁴. Pues esto significaría que con la defensa de una agresión se debería esperar hasta que sea demasiado tarde, o casi demasiado tarde. El último acto parcial previo a la realización del tipo penal se aproxima tanto a la realización del resultado que apenas es posible anticiparse al agresor.

Sin embargo, en interés del agresor, no sería deseable utilizar la autorización para defenderse muy tarde, pues cuando el agredido recién puede actuar en el último momento bajo la protección de la defensa necesaria y tenía chances, sería necesario a menudo una lesión más severa del atacante a la que podría producirse con anterioridad. Donde

¹² Sólo en JAKOBS, *Parte general*, 1983, n° marg. 12/23, p. 320, se encuentra la referencia de que la “directa inminencia” se podría determinar “análogamente a la determinación de la tentativa”.

¹³ Comp. con RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar*, 3ª ed., 1981, n° marg. 22, p. 13 y ss.; sobre la crítica a esa fórmula ROXIN, *JuS* 1979, p. 4.

¹⁴ Contra tal transferencia no habla, sin embargo, el argumento de que la defensa necesaria también sería posible contra una agresión impune (por ejemplo, quitar la posesión) —comp., por ejemplo, BALDUS, *Leipziger Kommentar*, 9ª ed., 1970, 53, n° marg. 5—. Entonces se trata de una aplicación análoga del § 22 del *StGB*, que sería posible en el caso de lesiones a bienes jurídicos impunes.

habría sido suficiente un disparo en la mano para una defensa necesaria, puede ser necesaria posteriormente una lesión grave o incluso un homicidio. En esto hay una preferencia de la "teoría de la defensa efectiva": político-criminalmente es deseable anticipar la permisión de la defensa al momento relativamente favorable y, por regla, también propicio para el agresor.

(III)

Pero también "la teoría de la defensa eficaz" es apenas realizable a pesar de su innegable preferencia teleológica. Pues debería superar, en el caso de tratamiento consecuente que sería lo mismo que ejercer una defensa necesaria contra simples planes y anuncios. Cuando A amenaza a B seriamente de que en una mejor oportunidad lo matará en una emboscada, o que lo golpeará severamente con la ayuda de amigos, habitualmente, la prometedora contra-medida seguramente exitosa puede radicar en tornar al amenazante inofensivo o incapaz de actuar. Aquí, sin embargo, hablar de una "agresión actual", y permitir una defensa necesaria, no puede concordar más con el texto de la ley. Se puede afirmar pues un "peligro actual" bajo ciertas circunstancias, cuando igualmente hay una amenaza "en el ambiente" y puede tener lugar en cualquier momento. La jurisprudencia y la doctrina dominante hablan aquí de un "riesgo duradero" y hacen bastar para ésta una justificación por un estado de necesidad (§ 34, *StGB*, art. 22, *StGB* coreano) en la existencia de otros presupuestos¹⁵. Pero ese punto de vista no se puede transferir a la defensa necesaria, porque una amenaza o planeación que no entra, en principio, en el estadio de la preparación, tampoco un medio en la acción que oculta una preparación representa de ninguna manera una "agresión". Esa distinción entre "peligro actual" y "agresión actual" también corresponde al empleo extrajurídico de las palabras. De modo que se puede decir que, en el mundo ac-

¹⁵ Comp. sólo las decisiones del BGHSt. 5, p. 371 y ss.; BGH, *NJW* 1979, p. 2053 y 2054.

tual, nos subordinamos a un peligro nuclear, pero naturalmente no podemos decir que nos encontramos frente a un ataque nuclear actual. Es menor el criterio de la actualidad al de su vinculación con la "agresión", que idiomáticamente hace imposible subordinar los peligros inicialmente anunciados al derecho de defensa necesaria.

Pero, también político-criminalmente, la anticipación de la actualidad al punto de la mejor posibilidad de defensa, solución que se opone a las debilidades de la solución de la tentativa, sería por otras razones problemática. La defensa frente a lesiones futuras es cuestión de la policía. La suspensión no inofensiva del monopolio de la violencia estatal, y la relativa desconsiderada "arrogancia", con la que según el Derecho alemán del Este, en el caso de la defensa necesaria no dispara la intervención de la policía, ni necesita apartarse o tomar distancia de la proporcionalidad de la defensa, y sólo legitima la situación temporal de agresión, no permite, sin embargo, cargar a la defensa necesaria con actividades preventivas. "Sólo en el caso de una agresión ilegítima, la coerción de la situación supera la preocupación por las competencias"¹⁶.

Contra un adelantamiento del poder de defensa al estadio completo de preparación o incluso al estadio del acuerdo o anuncio habla el peligro en el que se encontraría la paz social por personas que pretenden erróneamente defenderlo. Con buenas razones, se le permite al ciudadano, de acuerdo con el Derecho alemán del Este, una detención sólo en el caso de descubrir un "hecho fresco" (§ 127, *StPO*); el riesgo de acciones erróneas, de otro modo, sería muy grande. Dado que el temor de ser agredido enturbia más el juicio, podría tener la consecuencia funesta, si, bajo la protección de la defensa necesaria, se le permitiera emplear violencia evitable ya en el campo previo de la discusión. ¿Cuántas amenazas y actividades preparatorias no son simples intentos de amedrentar? En casos difíciles, el § 241 del *StGB* permite aquí una punición de quien amenaza. La defensa necesaria, sin embargo, en tales casos no es un medio de seguridad adecuado. Sólo se justifica allí, donde una situación de lucha puesta en marcha reduce en una medida tolerable el error o el riesgo de equivocación.

¹⁶ JAKOBS, *Parte general*, 1983, n° marg. 12/22, p. 319 y s.

(IV)

Las razones que tanto la “solución de la tentativa” como la “teoría de la defensa eficaz” son inadecuadas para la determinación de la actualidad, se reconocen ya en el camino hacia una solución correcta. Una agresión “actual” no es recién el último acto parcial de la realización del tipo penal, sino que tampoco es ya una acción que tiene lugar en el medio de las acciones preparatorias para la realización del tipo penal, o que incluso comienza antes. A una agresión ilegítima pertenece antes bien, junto con las acciones de tentativa, sólo el corto estadio de la preparación que es directamente anterior al comienzo de la tentativa. De ahí que una agresión actual es, junto con la tentativa, también una preparación que “se aproxima a la tentativa”. No es la puesta para realizar el tipo penal (§ 22, *StGB*), sino la puesta “hacia la agresión directa” (al contrario de la agresión primera preparada) el momento en el que se permite ejercer la defensa necesaria. Para el caso práctico puesto al comienzo de la agresión violenta, de ahí se interpretan esas fórmulas de que una agresión actual —no necesariamente verbal— tiene lugar con el comienzo de las hostilidades, que deben conducir en el marco de un proceder histórico idéntico hacia la realización del tipo penal.

Ésta es también la línea que ha seguido preponderantemente la jurisprudencia de Alemania del Este, sin haberla fijado teóricamente en forma clara, con juicio seguro en la aplicación práctica. Ambas decisiones importantes del Tribunal Superior del Estado Federal provienen del año 1972/1973. En una decisión del Segundo Senado del 19/9/73¹⁷, el acusado ha intentado cortar una manifestación de un grupo de personas que “ostensiblemente querían golpearse”, y provocarlos a una trifulca. Ello es lo que también sucede. Tres de los partícipes, Z, Zd, y C, se volvieron, sin embargo, y se “aproximaron” al acusado. En eso, expresaron que “ahora iba a correr sangre. C sostenía un destornillador con la mano levantada”. En esa situación, el BGH, sin dar mayores explicaciones sobre la cuestión, ha visto una agresión actual, y ha acep-

¹⁷ BGHSt. 25, p. 229.

tado el derecho del acusado a una defensa necesaria (por medio de amenazas con un arma, disparos de advertencia, y de acuerdo con su falta de eficacia también por medio de disparos dirigidos). Lo consideró correcto. En verdad, en el caso de los tres agresores que primero se "aproximaron", no se puede asumir una tentativa punible de una lesión corporal (§ 223a, *StGB*); dado que no estaban provistos con un arma de fuego, recién se afirmaría una tentativa cuando los acusados estuvieran tan cerca que se encontraran al alcance de su cuerpo, y fueran llevados a la agresión. En el caso concreto, sin embargo, no han comenzado directamente con la lesión corporal, sin embargo, sí con la agresión, porque por medio de una aproximación amenazante sobre las manifestaciones verbales cayeron en la agresión. No sería ninguna ponderación de intereses político-criminal adecuada, si se le exigiera al agredido esperar tanto con la defensa hasta que sus chances de defensa se hayan empeorado decisivamente. En esto radica el correcto núcleo de la "teoría de la defensa eficaz"; se tiene que limitar su alcance únicamente al momento del comienzo de la agresión.

En una sentencia del Primer Senado Penal del 7/11/72¹⁸, el agredido se anticipó al agresor con un disparo de revólver, cuando el agresor llevó su mano al bolsillo del pecho donde tenía un revólver cargado. El agresor ya había amenazado antes al acusado con un revólver sin ninguna razón relevante, al que había golpeado con golpes de puño frente a una tercera persona. El Tribunal Supremo Federal, en contra de lo sostenido por la instancia previa, ha asumido una situación de defensa necesaria, y con razón. En realidad, la maniobra en dirección al bolsillo del pecho no era ningún intento de homicidio. Ésta hubiera tenido lugar si el agresor hubiera extraído el revólver y comenzado el ataque. Pero, de todas maneras, el agresor con su acción comenzó las hostilidades, las que en el marco del mismo devenir histórico deberían haber conducido a la realización del tipo penal.

Es correcta aunque también muy diversamente discutida la sentencia de la RG, según los hechos¹⁹ un vigilante disparó a un ladrón en la

¹⁸ BGH, *NJW* 1973, p. 255.

¹⁹ RGSt. 53, 132 (5. Strafsenat vom 23/10/18).

pierna cuando, luego de avisos y un disparo de advertencia, éste tomó el arma en lugar de tirarla²⁰. Si se asume que el ladrón planeaba cubrirse y en una posición favorable girar y disparar, no se puede impedir la aceptación de una agresión actual con el brusco movimiento de huida; entonces, se trata sólo de una maniobra de distracción táctica en el marco de una agresión iniciada. Sin embargo, una acción punible intentada de parte del ladrón se daría primero en el momento en el que retorna y comienza el ataque con el arma cargada hacia el vigilante. Sin embargo, la "actualidad" en el sentido del § 32 del *StGB* no presupone ningún homicidio tentado, sino sólo una agresión iniciada. En ese sentido, el RG merece aprobación, cuando dice: (op. cit., p. 133): "Incluso cuando el prófugo no está tan lejos, aunque puede aún apuntar con el arma con la que estaba cometiendo el hurto rural, acción por la que está siendo perseguido por los oficiales, esto les ofrece a los oficiales la circunstancia de que el agresor aún no se ha desprendido de la defensa que en cualquier momento puede posibilitar una agresión, explicación suficiente para la asunción de que una agresión podría resultar en el próximo momento. Aquí la situación obliga a emprender acciones defensivas, porque el retraso incrementa el peligro de que se alcance una situación favorable para el delito, o también que aproveche la sorpresa de un oficial por la agresión repentina, para hacer uso de su arma. Aquí hay una agresión legítima ...".

Pues: una defensa necesaria recién se puede afirmar, cuando el ladrón tuvo aquí de hecho intenciones ocultas y su arma también estaba cargada. Si él hubiera querido en realidad sólo escapar, sólo le faltaba una agresión respectiva (no sólo actual), y esa falta no se puede compensar con que el vigilante tenía "suficientes indicadores" para asumir lo contrario. Lo que asume el vigilante, y tal vez la situación de las cosas también permite asumir (si es que no es cierto) tiene importante significado para la aceptación de una defensa necesaria putativa y el juicio sobre una punibilidad imprudente, no tiene sin embargo in-

²⁰ Contra la defensa necesaria, por ejemplo, SPENDEL, *Leipziger Kommentar*, 10ª ed., 1982, § 32, n° marg. 120, con otras referencias a vieja literatura que contiene numerosos casos similares.

fluencia para afirmar o negar una defensa necesaria²¹. También emplea el Tribunal Federal alemán formulaciones confusas, que confunden el requerimiento de la actualidad con problemas del error. Cuando dice en el caso citado arriba de la maniobra hacia el bolsillo del pecho²²: “En ese estado de cosas, el puño del agresor Sch en dirección hacia el lugar en el que la pistola cargada estaba oculta, no pudo sin más ser valorado como una acción preparatoria impune para una agresión posible. Antes bien, hubieron importantes motivos para una amenaza del acusado proveniente directamente de Sch, de la cual podría desarrollarse una acción lesiva en un segundo. Con esto hubo posiblemente —objetivamente o al menos desde la perspectiva del acusado— una situación problemática, que se pudo dominar sólo con el uso rápido de un medio de defensa”.

De esa manera se descuida una referencia clara a que “las perspectivas del acusado” son indiferentes para la afirmación de una agresión actual, y sólo fundaría una defensa putativa, cuando la víctima exclusivamente habría querido tomar un pañuelo.

De lo expuesto resulta que la defensa necesaria no se excluye sin embargo cuando, si bien se debe esperar un ataque, éste aún no ha comenzado. Una decisión del Tribunal Federal Superior castigó en un caso muy peculiar en el que un integrante de la pareja había sido afectado sensiblemente en su vida privada por medio de “las siete apariciones nocturnas” de un *voyeur* en su departamento y en el jardín. En la última de las apariciones, el marido disparó al *voyeurista* que huía, sobre su “posadera izquierda”, para impedir su próxima aparición nocturna esperada. Ello no estaba justificado con la defensa necesaria. “El

²¹ En ese sentido, acertadamente BALDUS, *Leipziger Kommentar*, 9ª ed., 1970, § 53, n° marg. 6; ESER, *Strafrecht*, t. I, 3ª ed., 1980, caso 9, n° marg. 11. Sin embargo, el RG tampoco la ha reconocido a pesar de su confusa formulación. Entonces éste habla de una “agresión ilegítima actual”, que “al menos de acuerdo a la opinión de los acusados” pudo haber sido anticipada y remite para ese caso a principios del error. Además, la problemática de la actualidad es significativa en tales casos como colocar en forma más favorable las consecuencias jurídicas de la defensa putativa del acusado al examen de un hecho doloso.

²² BGH, *NJW* 1953, p. 2053 (comp. comentario 18).

temor de que S. podía retornar en otro momento indeterminado de la noche, no fundamenta la asunción de una agresión actual”²³. Sólo la “teoría de la defensa eficaz”, que por las razones mencionadas *supra* (III) se tiene que rechazar, aquí podría asumir una defensa necesaria.

(V)

Se tiene que asumir que la “laguna de la defensa” deja abierto²⁴: el caso de que “la agresión no haya comenzado cuando la última chance de la defensa ha pasado”. SUPPERT²⁵ ha propuesto como justificación de la defensa necesaria preventiva que “la agresión después puede ser defendida sólo con un medio esencialmente agudo”, justificación que debe ser desarrollada de una aplicación análoga al derecho de defensa necesario vigente. Tal causa de justificación —fuera de la ley— de la defensa necesaria preventiva introduciría la “teoría de la defensa eficaz” y podría fortalecer con un rodeo contra el texto del § 32 del *StGB* las objeciones que derivan de ella, al no retomar la disposición de la defensa necesaria, sino al retomar sólo su aplicación análoga. La figura de la defensa necesaria preventiva tiene alguna aprobación²⁶, preponderantemente sin embargo ha sido rechazada, y con razón. Pues entonces, el legislador no habría necesitado esforzarse en limitar la defensa necesaria a una agresión “actual”, cuando sus reglas deberían haber sido aplicadas análogamente a las agresiones futuras. También rigen los argumentos que se deberían hacer valer contra la teoría de “la defensa eficaz” bajo los puntos de vista político-criminal (*supra*, III), contra la “defensa necesaria preventiva” naturalmente de una manera irreductible.

Con esa negativa de una extensión también análoga de la defensa necesaria a las agresiones futuras no se dice que nunca se le permita al

²³ BGH, NJW 1979, p. 2053.

²⁴ JAKOBS, *Parte general*, 1983, n° marg. 12/27, p. 321.

²⁵ *Studien zur Notwehr und notwehrähnlichen Lage*, 1973, p. 404.

²⁶ SAMSON, *Systematischer Kommentar*, 3ª ed., 1981, § 32, n° marg. 10; JAKOBS, *Parte general*, 1983, n° marg. 12/27, p. 321

amenazado cerrar las "lagunas de la defensa" con una intervención en la esfera jurídica del futuro agresor, ni de que, en caso contrario, quede inactivo contra el ataque posterior contra el cual no podrá, o difícilmente podría defenderse. En el caso construido por LENCKNER²⁷ de que el "dueño de una taberna alejada escucha que sus clientes acuerdan asaltarlo después de transcurrido el turno policial, y porque no estaría en condiciones de afrontar su agresión, vierte un producto adormecedor en la cerveza de los presuntos agresores", una justificación del camarero (al igual que del marido en el caso del *voyeurista*, al fin del IV²⁸) no se puede excluir desde el principio. Sin embargo, ésta se logra en la medida en que sea posible, no a causa de la defensa necesaria, sino según las reglas del estado de necesidad justificante (de acuerdo con el Derecho alemán: §§ 34 del *StGB*, 228, análogo al *BGB*; según el Derecho coreano: art. 22 del *StGB*).

Esto significa: todos los principios preponderantes según el § 32 para la defensa necesaria no rigen aquí²⁹; en su lugar entran las muchas posibilidades defensivas cuidadosas del derecho de defensa necesaria. Debe ser de otra manera, como lo requiere la defensa necesaria, ir a buscar una ayuda obediente, cuando ésta no es posible; el dueño de la taberna no tiene permitido adormecer preventivamente a los clientes si, en lugar de eso, puede llamar a la policía. El amenazado debe entonces, a diferencia del caso de una defensa necesaria, eludir la agresión antes de emprender maniobras preventivas; el dueño de la taberna debe, si es razonablemente posible, ponerse en una situación de seguridad, en lugar de adormecer a los ladrones. La víctima potencial debe —tam-

²⁷ Comp. en lugar de todo con más referencias: SCHÖNKE - SCHRÖDER - LENCKNER, *StGB*, 21ª ed., 1982, § 32, n° marg. 17.

²⁸ Para la solución de esos casos comp. con más referencias ROXIN, *Entscheidungssammlung für junge Juristen*, 2ª ed., 1984, caso 30.

²⁹ En lo esencial también lo reconoce SUPPERT, como en la nota 25; las limitaciones hechas para la defensa preventiva corresponden en lo esencial a la que hemos considerado como necesarias. Sólo no es evidente en qué consiste la "similitud" con la defensa necesaria que podría hacer un recurso similar. El esfuerzo de SUPPERT, que explicó detalladamente primero la defensa necesaria preventiva, y ha hecho las propuestas discutibles para su tratamiento, no se afecta por esa crítica.

bién en ese tercer punto totalmente diferente al derecho alemán de defensa necesaria— garantizar la proporcionalidad entre el bien jurídico agredido y el atacado; el dueño de la taberna no tiene permitido dispararle a los clientes ni tampoco lesionarlos gravemente, para prevenir la agresión. De acuerdo con el punto de partida, sería posible una justificación del adormecimiento sólo si el dueño de la taberna no puede ni comunicarse telefónicamente con la policía, ni protegerse contra la agresión esperada o poder evitarla de otra manera. No está claro con qué presupuestos se relaciona tal estado de necesidad preventivo justificante en particular y si en el Derecho alemán del Este se podría recurrir al § 34 del *StGB* o al § 228 del *BGB* que rechaza una causa de justificación extralegal de “estado-defensivo”. Esa cuestión necesita un tratamiento posterior, que espero haber anticipado en otro lugar³⁰. No tiene más que ver con la defensa necesaria y con el problema de la “actualidad” de la agresión.

³⁰ El estado de necesidad defensivo provocado por personas, en *Festschrift für Jescheck*, 1985.

*El estado de necesidad defensivo
desencadenado por seres humanos **

* Título original: «Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand»,
en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, JOACHIM HERRMANN -
JUSTUS KRÜMPELMANN - REINHARD MOOS - OTTO TRIFFTERER et al. (comps.),
Duncker & Humblot, Berlin, 1985, ps. 456-484. Traducción de **MARIO AMORETTI**

(I)

El estado de necesidad defensivo originariamente sólo ha sido conocido en su forma de defensa frente a peligros desencadenados por cosas (§ 228, *BGB*); incluso la representativa exposición que JESCHECK¹ ha hecho de nuestra Parte General concede a dicha constelación, en esta forma, tan sólo un párrafo. El significado práctico de la defensa frente a peligros procedentes de cosas es mínimo y se limita principalmente a la defensa contra el ataque efectuado por canes. Ello obedece al hecho de que los bienes inmuebles como tales solamente en raras ocasiones originan peligros; y, cuando así lo hacen (por ejemplo, ante un peligro de explosión), “el daño” o “destrucción” de los mismos, tal como se ha previsto de modo aislado en el § 228 del *BGB*, una vez más, solamente en raras ocasiones suelen ser un medio necesario o adecuado para evitarlos.

Un estado de necesidad defensivo que no se encuentre relacionado con un ataque procedente de cosas parece difícil de imaginar. La base de esta afirmación se encuentra en que todos los peligros cuya amenaza ha sido desencadenada por seres humanos han sido considerados como casos que debe ser incorporados dentro de las reglas correspondientes a la legítima defensa. Inclusive ORTRUN LAMPE, quien es la verdadera “inventora” del “estado de necesidad defensivo supralegal”²

¹ *Lehrbuch des Strafrechts, AT*, 3ª ed., 1978, § 33 II, p. 285 y s.

² *Defensiver und aggressiver übergesetzlicher Notstand*, *NJW* 1968, p. 88 y ss.

—que ha sido creado por medio de una analogía del § 228 del *BGB* para construir así una causa de justificación independiente— considera que el campo de aplicación de esta nueva categoría es “sumamente limitado”. “Si el peligro procede de un ser humano, la defensa frente a la agresión se encuentra justificada por medio de la legítima defensa; si el peligro procede de una cosa, se recurre entonces al § 228 del *BGB*. El recurso a un estado de necesidad defensivo de carácter supralegal es, por ello, normalmente sólo necesario, en el caso de que el peligro no proceda de una persona, ni tampoco proceda de una cosa, o sea, cuando el mismo sea desencadenado exclusivamente por el feto o mediante cosas que no pueden ser calificadas como bienes en el sentido del § 90 del *BGB*, tal como, el daño por radiaciones”³. Debido a que el caso de una defensa frente a radiaciones todavía no se ha convertido en un caso actual y el peligro causado por el feto en la actualidad ha sido previsto en la regulación especial del § 218 del *StGB*, se aprecia que para tal causa de justificación no existe alguna necesidad especial.

Sin embargo, la situación entretanto ha cambiado, debido a que ha sido reconocido —lo que por mucho tiempo fue pasado por alto— que en una amplia gama de peligros, los mismos que no en todos los casos han sido desencadenados por seres humanos, se cuenta con la autorización para evitarlos con la ayuda del derecho a la legítima defensa. En la consolidación de esta postura se ha producido la convergencia de dos desarrollos: el avance de la teoría personal del injusto y un preciso análisis para la determinación de la legítima defensa.

Se puede calificar como doctrina dominante a aquella postura que para configurar el injusto, como regla general, no sólo exige un desvalor de resultado, sino que, además, sin agotar este requerimiento, exige también como requisito un desvalor de acción. Si esta teoría se traspa-
sa al elemento de la “agresión antijurídica”, se debe exigir en ésta también un desvalor de acción. En consecuencia, aunque si bien es cierto que para dar lugar a un derecho a la legítima defensa, la conducta no necesariamente ha tenido que haber sido realizada de modo doloso, la misma, al menos debe contener el desvalor de acción de un de-

³ *Defensiver und aggressiver übergesetzlicher Notstand*, NJW 1968, p. 91.

lito culposo. Entonces, de ello se deduce que en ningún caso existirá una agresión antijurídica cuando un peligro desencadenado por un ser humano no muestra alguna cualidad de conducta o cuando el deber objetivo de cuidado en el tráfico jurídico no ha sido inobservado. El conductor de un automóvil que es chocado por otro vehículo y que, a causa de *vis* absoluta, patina hacia la vía de circulación de enfrente, convirtiéndose con ello en un peligro para los automóviles que allí marchan en sentido contrario, no originaría así un derecho a la legítima defensa, porque él no ha realizado acción alguna, como tampoco lo originaría el conductor del vehículo automotor que, no obstante estar siendo conducido con observancia del debido cuidado, se convierte en una amenaza contra aquel peatón que ha efectuado un ingreso intempestivo a la vía de circulación. En vista de que no es posible exigir a la persona que sufre una amenaza que se mantenga en una actitud pasiva, aceptando en contra de sí misma lesiones graves o incluso la muerte, es que en estos casos surge como solución frente a estos problemas un derecho a la defensa según las reglas específicas de un estado de necesidad defensivo.

Sin embargo, la deducción presentada anteriormente no es obligatoria. La razón de ello es que no hay coacción sistemática alguna para determinar la antijuridicidad de la agresión conforme a la regla de la teoría del injusto penal. De ese modo, por ejemplo WELZEL⁴, considera también como antijurídicos incluso los casos de amenazas contra el patrimonio que han sido originados por ataques de epilepsia, en los cuales no existe cualidad de conducta. JESCHECK⁵ exige que la agresión sea una "conducta", pero en el ámbito de la antijuridicidad, bajo el escudo de la posición tradicional, considera suficiente con que el peligro causado por seres humanos contenga tan sólo un desvalor de resultado. Ciertamente es posible en términos metodológicos realizar tal "división" sobre el concepto de la antijuridicidad penal; aunque quien recurre a la misma, debe estar en condiciones de probar su necesidad.

⁴ *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 85.

⁵ *Lehrbuch des Strafrechts, AT*, 3ª ed., 1978, § 32, II, 1, a, p. 271; 1, c, p. 273.

Esta prueba podría sin embargo no ser exitosa. Ya que la determinación de la legítima defensa en sí misma exige un injusto personal del agresor —aunque no necesariamente un injusto penal— como requisito de la legítima defensa. Hoy en día, ha sido reconocido prácticamente en todo lugar que la legítima defensa no solamente tiene por finalidad la protección individual de la persona que sufre una agresión, sino que a través de la misma también se ejercita el “prevalecimiento del Derecho”, o sea, el fin preventivo general de reafirmación del Derecho en contra del injusto⁶; pues, de otro modo, no podría entenderse el porqué la legítima defensa en esencia no exige proporcionalidad alguna entre los daños ocasionados y los daños evitados, tampoco obliga a la misma a esquivar el ataque, ni obliga a requerir ayuda de la autoridad. No obstante, de ser esto correcto, entonces las amenazas desencadenadas por seres humanos, que no presentan cualidad de conducta o que no implican transgresiones a las medidas objetivas de cuidado necesarias en el tráfico jurídico sencillamente no pueden fundamentar un derecho a la legítima defensa: lo que no es conducta, o sea lo que no puede imputársele al ser humano como persona, no pone en tela de juicio la conservación del Derecho; mientras que respecto a aquellas conductas, que se encuentran dentro del mandato normativo, no existe naturalmente tampoco algún tipo de necesidad para que el Derecho sea reafirmado con una intención de prevención general.

Con ello está explicado —al menos para los dos casos referidos— que realmente existe un estado de necesidad defensivo adicionalmente al previsto en el § 228 del *BGB*. Un tercer caso lo constituye la perforación, esto es, la muerte ocasionada a un niño durante el parto con la finalidad de evitar un serio peligro contra la vida o la salud de la madre. El mismo se parece estructuralmente a nuestra primera constelación de un peligro desencadenado por seres humanos sin cualidad de conducta; el tratamiento especial que al mismo se le concede se justifica solamente en atención a la propia tipología de las circunstancias objetivas en las que este caso se presenta en la realidad.

⁶ Para la fundamentación me puedo remitir a mi estudio sobre *Die „sozialethischen Einschränkungen“ des Notwehrrechts*, ZStW 93 (1981), p. 68 y ss.

Una posición minoritaria en la doctrina⁷ quiere excluir también de la legítima defensa los ataques realizados por sujetos sin culpabilidad o —en parte— también en aquellos casos en donde los ataques son realizados por personas que padecen de una relevante disminución de la culpabilidad. Este grupo de casos importantes en la práctica pasarían a ser clasificados dentro del estado de necesidad defensivo. El argumento central de esta postura plantea la tesis de que el Derecho no necesita ser “conservado” frente a personas que no cuentan con capacidad de ser responsables penalmente, por lo cual, en este grupo de casos no habría lugar para ejercitar el derecho a la legítima defensa. No obstante, dicha posición no debe ser acogida⁸. Primero porque no se encuentra conforme al texto del § 32 del *StGB* afirmar que la “agresión” o la agresión “antijurídica” deba de ser entendida solamente como una agresión culpable o que incluso esta última —en el caso de considerable reducción de la culpabilidad— ni siquiera resulte suficiente⁹.

En segundo lugar esta postura realiza también un juicio errado considerando que en la legítima defensa se trata de un prevalecimiento del Derecho en contra de la persona que realiza la agresión —la legítima defensa no tiene carácter penal—, cuando más bien en realidad se

⁷ Cfr. demostraciones en ROXIN, *ZStW* 93 (1981), ps. 82-84; también JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 1983, n° marg. 12/16-20, ps. 316-319, se ha adherido entre tanto —con restricciones— a esta posición.

⁸ En detalle ROXIN, *ZStW* 93 (1981), ps. 82-84.

⁹ JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 1983, n° marg. 12/16-20, p. 316, nota 24, considera que el tenor literal del § 32 se puede adaptar mejor si —como antes del mismo— se hace a la culpa ya como un requisito de la “agresión”. Sin embargo, entonces el legislador hubiese tenido que hablar en el § 32 tan sólo de una “agresión”, en lugar de una “agresión antijurídica”. El actual texto literal contiene la alternativa de una agresión legítima, que no puede imaginarse satisfactoriamente como culpable, porque la idea de que el legislador habría considerado como posible una conducta culpable-legítima puede quedar descartada. Por ello, no se puede entender la antijuridicidad de la agresión, “como indicación de la necesidad de una defectuosa justificación de un comportamiento culposo”, como quiere JAKOBS. El hecho de que una agresión culposa primero tiene que ser antijurídica fue más que sobreentendido para el legislador. Es absolutamente claro que con el derecho a la legítima defensa también se quiso ofrecer protección contra el comportamiento de personas inimputables (*BT-Drucksache*, IV/650, p. 156).

trata de la importante afirmación de carácter preventivo general del Derecho en contra del acto desaprobado de carácter antijurídico; el necesario cuidado que recibe el agresor es considerado en la medida que el Derecho en tales casos sólo puede ser reafirmado de un modo limitado, esto es, en el marco de las restricciones ético-sociales sobre las cuales se regula la base de las necesidades de protección de la persona agredida. Voy a reservar este grupo de casos para las constelaciones referidas al estado de necesidad defensivo, las mismas que más abajo serán desarrolladas.

Sin embargo, existe aún otro caso en el cual la conducta humana puede desencadenar peligros, sin que medie un derecho a la legítima defensa; en donde no existe todavía una agresión actual, aunque sí se presenta una proximidad de una inminente agresión¹⁰. El caso ha sido anteriormente considerado solamente en los supuestos de “peligro permanente”, en los cuales ya la previa comisión de un ataque —por ejemplo, mediante los maltratos del tirano en la familia— permite concluir con seguridad la inminencia de la proximidad de agresiones adicionales. La jurisprudencia ha tratado de solucionar este caso mediante una exculpación (§ 35 del *StGB*) e incluso el Tribunal Federal Supremo a seguido también este camino¹¹. No obstante son muchas las voces en la doctrina que sobre la base de determinados requisitos consideran como una causa de justificación el supuesto de una medida de defensa preventiva, sin que sea necesario esperar a que la agresión se presente de modo actual. Para ello, junto al instituto de la legítima defensa preventiva desarrollado por SUPPERT¹² mediante la analogía del § 32 del *StGB*, se ha propuesto también el estado de necesidad defensivo.

Se trata así de cuatro grupo de casos característicos que deben ser objeto de análisis desde la perspectiva del estado de necesidad defen-

¹⁰ El mismo ha sido en este contexto mencionado ya por LENCKNER, *Der Rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 102 y s., y tangencialmente también por ORTRUN LAMPE, *Defensiver und aggressiver übergesetzlicher Notstand*, *NJW* 1968, p. 91, nota 47.

¹¹ El último con la exculpación del singular caso “Spanner”, *NJW* 1979, p. 2053.

¹² *Studien zur Notwehr und „notwehrähnlichen“ Lage*, 1973.

sivo, cuyos peligros, en la medida que éstos son originados por seres humanos, no se encuentran cubiertos a través del § 228 del *BGB*: la amenaza a través de una no-conducta (III, 1) o las acciones cuidadosamente realizadas (III, 2), la perforación (III, 3) y la agresión próxima a ser inminente (III, 4). Para ello no entran en consideración las constelaciones del § 228 el *BGB*, respecto a las cuales el peligro no se origina debido a seres humanos: por ejemplo, las indicaciones de aborto o las amenazas producidas por radiaciones. Ellas están —debido a que se encuentran en parte reguladas por normas especiales y en parte son infrecuentes— alejadas de ser desarrolladas en nuestro contexto y serán mencionadas solamente de modo marginal.

(II)

La regla jurídica del estado de necesidad defensivo en gran medida no se encuentra esclarecida. La misma aborda una doble pregunta, cuál causa de justificación entra en realidad en consideración (II) y, dado el caso, bajo qué requisitos ésta puede conducir a alcanzar la justificación (III). Vamos a empezar con la primera pregunta, cuya respuesta a su vez entrega el marco dentro del cual la segunda pregunta puede ser resuelta, conforme a las concretas necesidades de una justificación.

El punto central de la discusión actual sobre el estado de necesidad defensivo versa sobre el problema de si esta constelación exige desarrollar una nueva causa de justificación o si es que la misma solamente es un caso especial del estado de necesidad, que puede ser tratado conforme al § 34 del *StGB*. Como una nueva forma de causa de justificación supralegal se ha propuesto recurrir a la aplicación por analogía del § 228 del *BGB* para desarrollar el “estado de necesidad defensivo”¹³

¹³ En primer lugar, ORTRUN LAMPE, *Defensiver und aggressiver übergesetzlicher Notstand*, *NJW* 1968, p. 91. Más tarde, con determinación, fundamentalmente HRUSCHKA, *FS-Dreher*, 1977, ps. 189 y ss., 203 y ss.; ibídem, *JuS* 1979, 385 y ss., 391 y s.; ídem, *NJW* 1980, ps. 21, 22; ibídem, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1983, 78 y ss.; en parte también JAKOBS, *Strafrecht*, *AT*, 1983, n° marg. 13/46 ss., p. 356 y s.

o recurrir a una causa de justificación sobre la base de una "situación análoga al estado de necesidad"¹⁴. Para los grupos de casos particulares (la agresión próxima a ser inminente o la colisión de "vida contra vida"), compiten con ellos el ya referido caso no regulado específicamente en la ley (en analogía del § 32 del *StGB*) de la causa de justificación de la "legítima defensa preventiva" y la figura análoga de justificación del "espacio libre de derecho"¹⁵. En la medida que posteriormente voy a hacer referencia al tratamiento de estos dos últimos institutos, aunque solamente en ciertos ámbitos de los problemas específicos, para presentar propuestas relevantes de solución, voy a ocuparme a continuación de la pregunta básica referida a si en relación al estado de necesidad defensivo necesitamos de una nueva causa de justificación supralegal o si es que ya a través del § 34 del *StGB* se cuenta con una regla adecuada.

1 — La idea de un estado de necesidad defensivo supralegal se apoya en argumentos gramaticales, lógicos y teleológicos. Los mismos que establecen que en estos casos no se puede considerar el § 34 del *StGB*. El punto de partida de esta postura consiste en la reflexión evidente de que en los casos descritos el amenazado no necesita aceptar el peligro, sino que éste contra el mismo está legitimado a protegerse. En la mayor de las veces esto es sólo posible mediante una lesión contra la persona que desencadena el peligro y que, en el peor de los casos, puede significar hacerlo sacrificando la vida de la misma. En tales casos colisionan, por tanto, la salud y la vida, de un lado, de la persona amenazada, mientras que del otro lado, de la persona que representa la amenaza. Cuando uno se plantea el caso de tal forma, que alguien únicamente puede apartar un peligro relevante erigido en contra suyo, mediante la causación de una lesión grave o incluso únicamente mediante la muerte de la persona que desencadena la amenaza, se requiere entonces para la justificación de dicha conducta, según el § 34 del *StGB*, que "el interés protegido sea considerablemente preponderante

¹⁴ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, p. 337 y ss.

¹⁵ Cfr. completo ARTHUR KAUFMANN, *Festschrift für Maurach*, 1972, p. 327 y ss.

frente al interés afectado". El bien jurídico protegido sin embargo no es considerablemente preponderante. El mismo supera a veces un poco (en el caso de una defensa no tan severa contra una afectación grave), aunque en la mayor de las ocasiones tiene el mismo valor o éste es incluso inferior.

En el gráfico caso del *voyeur*¹⁶ un esposo había disparado contra un desconocido en el trasero mientras éste huía, debido a que el mismo en reiteradas ocasiones durante la noche había ingresado a la vivienda e incluso al dormitorio de la pareja de casados causándoles miedo y sobresalto; en circunstancia en las cuales no podía conseguirse ayuda policial, de modo que, sólo podría haberse contado con nuevas incursiones de terror por parte de dicho *voyeur*. El esposo para la protección de su derecho a la inviolabilidad de domicilio y a su esfera íntima hiirió la integridad corporal del *voyeur* de modo significativo. Los intereses protegidos, a causa de la persistencia y del tipo de intranquilidad que genera la conducta agresora, podrían casi haber tenido el mismo valor, no obstante no puede hablarse de una "considerable" preponderancia de los bienes jurídicos que son objeto de protección mediante el estado de necesidad. El problema es incluso mucho más claro en el caso de la perforación. Cuando se da muerte a un niño durante el parto, para evitar graves perjuicios contra la salud de la madre, es el bien jurídico que se conserva, en relación al bien jurídico afectado, sin duda de menor valor; siempre que de otro modo el niño hubiese permanecido con vida.

A causa de esta constatación deducen los defensores de un estado de necesidad defensivo supralegal la imposibilidad de recurrir al § 34 del *StGB*. La medida de ponderación que allí se establece sería idónea solamente para el estado de necesidad agresivo, que se presenta respecto a bienes jurídicos no participantes correspondientes a otros intervinientes, pero no para el estado de necesidad defensivo, en donde el peligro procede del propio titular del bien jurídico. "En el § 34 no se trata de que los intereses de una persona son menos valiosos porque la persona es peligrosa. Una teoría jurídica de este tipo no existe y no puede

¹⁶ *Supra*, nota 12.

tampoco existir”, dice HRUSCHKA¹⁷. También GÜNTHER¹⁸ considera excluida la remisión al § 34 del *StGB* para solucionar dichos casos: “La relación de valor postulada en el § 34 primera oración del *StGB* aquí conlleva en realidad a una conclusión contraria y que resulta ser falsa”. Para JAKOBS¹⁹, rige el “requisito estricto” según el cual el interés protegido debe ser “considerablemente preponderante”, “solamente cuando han sido atacados bienes jurídicos pertenecientes a una persona que no es competente en el conflicto”.

Incluso HRUSCHKA²⁰ ha intentado sostener que una justificación por medio del estado de necesidad defensivo sustentada en el § 34 del *StGB* no solamente contravendría el texto y significado de dicha norma, sino que además la misma resultaría imposible en términos lógicos. Él construye el caso en el que A intenta tomar el bote de E para rescatar el barco de juguete de un niño X, que está a punto de hundirse; pues quiere de esta manera ingresar al bote de E y con ayuda del mismo proteger al barco de juguete de un hundimiento. E impide esto en la medida que detiene a A. Desde una perspectiva penal cabría considerar una coacción de parte de E cuando detiene a A, así como una causación de daños en relación al barco de juguete, debido a que E mediante el impedimento del curso causal de rescate ha realizado el hundimiento del barco de juguete. Naturalmente llega HRUSCHKA a la solución de que en ambos casos la acción de E estuvo justificada. La coacción estaría cubierta por el derecho a la legítima defensa. A no tendría derecho a realizar una agresión en virtud del § 34 del *StGB*, porque el interés perseguido por el mismo de rescatar el barco de juguete de X no resultaría considerablemente preponderante frente al interés de E respecto a la integridad de su cerradura, dado que los mismos serían tan sólo “aproximadamente del mismo valor”. Por el contrario, la causación de daños realizada por E sería solamente justificable mediante un estado de ne-

¹⁷ NJW 1980, p. 22; en parte expresado textualmente de la misma manera en: *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, p. 82.

¹⁸ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, p. 340.

¹⁹ JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 1983, n° marg. 13/46 ss., p. 356.

²⁰ *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, ps. 72-83.

cesidad defensivo y no en virtud del § 34 del *StGB*, debido a que tampoco el interés de *E* superaría de modo considerable el interés de *X* en salvar su barco. Si se autorizaría acá a *E* la remisión al § 34 para la justificación de los daños, entonces debería considerarse que su interés resulta considerablemente preponderante. Esto implicaría “la aceptación de que en una pareja de intereses contrapuestos que son uno y el mismo existe al mismo tiempo distintas proporciones de valor: al mismo tiempo deben tener los intereses un valor equivalente y un interés debe resultar considerablemente preponderante frente al otro —un resultado lógicamente imposible—”.

Por otro lado, el salto hacia el estado de necesidad defensivo parece ofrecer también teleológicamente ventajas decisivas. Debido a que el mismo contiene una medida de ponderación que autoriza una justificación también para el caso de afectaciones de bienes jurídicos de mayor valor jerárquico; es suficiente que “los daños no sean ajenos a la relación con el peligro”. La circunstancia de que el peligro se origine en la esfera de la persona que resulta afectada con la defensa no es solamente exclusiva del § 228 del *BGB*, sino que la misma se presenta en todos los casos del estado de necesidad defensivo. La transferencia de la aquí encontrada medida de ponderación a un estado de necesidad supralegal sería evidente. La nueva causa de justificación aparecería con los mismos derechos junto al estado de necesidad defensivo del § 34, el mismo que perdería de esa manera su posición como dispositivo central del estado de necesidad.

2 — Esta concepción se presenta a primera vista como cautivadora. No obstante, de la certeza de la misma no he podido convencerme. Ésta acierta en el sentido de que la ponderación de intereses en el caso del estado de necesidad defensivo conduce a otro resultado, en comparación al caso de estado de necesidad agresivo, y que esto, ya sin mayores constataciones adicionales, encuentra un soporte en la expresión positivo-legal del texto del § 228 del *BGB*. LENCKNER, que fue el primero en prestar atención al estado de necesidad defensivo sobre la base de su vinculación con el § 228 del *BGB*²¹, no obstante ello ha considerado

²¹ *Supra*, nota 10, ps. 102/103, 136/137.

siempre este punto de vista sólo en el marco del § 34 del *StGB* y ha rechazado una causa de justificación adicional, refiriéndose a ella como una "construcción superficial"²². No pocos autores, sin hacer mayores análisis del problema, han seguido esta postura²³.

En efecto, en contra del planteamiento de partida que se encuentra contenido en la opinión sostenida por HRUSCHKA, el tratamiento del estado de necesidad defensivo no sólo es posible encontrarlo en el marco del § 34 del *StGB*, sino que además ello resulta teleológicamente obligatorio. Para ello se presenta la afirmación de que el § 34 no se adecuaría al estado de necesidad defensivo, debido a que aquél se orientaría demasiado por la teoría de la ponderación de bienes jurídicos, la que fundamentó en gran medida el viejo "estado de necesidad suprallegal", y sobre la cual se basaron los primeros proyectos de Código Penal²⁴; debido a que es conocido que en el caso de estado de necesidad defensivo en la mayor de las veces el interés protegido no es considerablemente superior al interés afectado, sino incluso frecuentemente de menor valor. No obstante, el legislador ya en la segunda lectura del Proyecto de 1962 había abandonado la idea de hacer una ponderación abstracta de bienes jurídicos y la reemplazó por una ponderación de intereses, en la cual todos los puntos de vista relevantes para la decisión en la situación concreta debían ser objeto de consideración²⁵. Según la versión que finalmente se convirtió en ley, como SCHAFHEUTLE²⁶ alguna vez di-

²² SCHÖNKE - SCHRÖDER - LENCKNER, *StGB*, 21ª ed., 1982, § 34, n° marg. 30.

²³ Cfr. por ejemplo, BLEI, *AT*, 18ª ed., 1983, p. 167; HIRSCH, en *LK*, 9ª ed., 1974, n° marg. 76, hasta antes del § 51; ídem, *JR* 1980, p. 117; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, *AT*, 3ª ed., 1978, § 33, IV, 3, c, p. 291; KÜPER, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenollision im Strafrecht*, 1978, p. 72, nota 161; LACKNER, 15ª ed., 1983, § 34, 2, e, cc; SAMSON, en *SK*, 3ª ed., 1981, § 34, n° marg. 16; SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 1982, n° marg. 6/41, p. 142; SEELMANN, *Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen*, 1978, p. 34 y s.; WESSELS, *AT*, 13ª ed., 1983, § 8, IV, 3, p. 76.

²⁴ Cfr. *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, t. 2, 1958, Anexos nros. 23-28.

²⁵ Cfr. *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, t. 12, 1959, ps. 152-184, Anexo A, nros. 36-38 (495-501).

²⁶ *Supra*, nota anterior, p. 175.

jera, "los intereses de los afectados son ponderados según la situación concreta del caso". Tal ponderación de ninguna manera necesita que siempre se presente una situación en donde los intereses que alcanzan mayor ponderación sean aquellos cuyo bien jurídico es el más valioso; por el contrario, el valor del bien jurídico es sólo un punto de vista entre muchos otros, que se incluyen en la ponderación. Es cierto entonces que el estado de necesidad defensivo por las razones anteriormente dadas no era un tema de discusión, no obstante, ya era indiscutiblemente reconocido el hecho de que el resultado de la ponderación de intereses no responde solamente a una relación entre los bienes jurídicos en conflicto calificada de modo previo por la ley, conforme se aprecia de la Exposición de Motivos del Proyecto de 1962²⁷: "En el caso de este particular punto de vista resulta posible que en atención a las circunstancias también se renuncie a un bien jurídico, que según su rango sea absolutamente superior, frente a un bien jurídico —considerado absolutamente— de inferior valor, para protegerlo, cuando mantener a este último interés sin lesión, de acuerdo a las características del caso particular, prevalece de modo preponderante".

Es un error cuando HRUSCHKA afirma²⁸ que "en el § 34 del *StGB* no se trata de que algunos intereses sean menos valiosos, porque el peligro que genera el estado de necesidad proviene directamente de los mismos". Debido a que en el caso de que el valor de los intereses no sea determinado de modo absolutamente en abstracto, sino que la proporción de su valor dependa de "la situación concreta del caso", esta circunstancia puede llegar a establecer que cuando el peligro sea generado por el titular del bien jurídico de mayor valor, ello conlleve a que se le otorgue al titular del bien jurídico de menor valor un interés considerablemente superior en la conservación del mismo. También la paradoja lógica a través de la cual HRUSCHKA quiere refutar tal posibilidad²⁹ puede ser así resuelta fácilmente. Si se reconoce que la agresión en la autónoma esfera de libertad de un tercero no participante en la

²⁷ *BT-Drucksache* IV/650, 1962, p. 159.

²⁸ *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, p. 82.

²⁹ Véase *supra* nota 21.

situación de peligro, como es característico del estado de necesidad agresivo, otorga un importante factor de compensación en la ponderación de intereses, que juega en contra de la persona que realiza la agresión, entonces podrían ser ciertamente los bienes jurídicos en colisión en el ejemplo de HRUSCHKA del barco de juguete, en principio, "algo equiparables"; esto no obstante no cambia el hecho de que cuando A ataca a E persigue un interés de poco valor, mientras que cuando E detiene a A "el interés protegido supera de modo considerable al interés lesionado". La solución extraída del § 34 del *StGB* es por tanto irrefutable desde el plano lógico como axiológico.

La fórmula de la ponderación del actual § 34 primera oración no tiene por finalidad determinar cuál bien jurídico es el de mayor valor, sino cuál interés contiene mayor merecimiento de protección. Para la apreciación del merecimiento de protección desempeñan un papel importante, junto al valor de los bienes jurídicos en colisión: por ejemplo, la autonomía de la personalidad de los afectados, posibles deberes especiales o la propia responsabilidad del que actúa en estado de necesidad, así como también el significado individual de los daños que se quieren evitar y aquellos que son ocasionados para cada uno de los involucrados. ¿Cómo no debería poder valorarse en una ponderación de intereses la circunstancia del ámbito del cual procede el peligro? Básicamente el legislador en el § 34 primera oración mediante la traslación efectuada desde una consideración de bienes jurídicos abstractos hacia una concreta ponderación de intereses ha recogido la teoría del fin³⁰; lo que significa que únicamente mediante la consideración glo-

³⁰ El propio legislador no ha hecho un análisis con perfecta claridad; porque éste todavía trae a colación una vez más la "teoría del fin" en el § 34, segunda oración. LENCKNER, quien ha recibido el mérito crucial de analizar el § 34, señala por ello que la cláusula de adecuación carece de sentido (la última SCHÖNKE - SCHRÖDER - LENCKNER, *StGB*, 21ª ed., 1984, § 34, n° marg. 46). En esto me parece correcto que todos los puntos de vista de la ponderación se reúnan en la frase 1, en la medida que la misma concierne al "orden jurídico en su conjunto" (entre otros, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 3ª ed., 1978, § 33, IV, 3, d, p. 291 y s.) debido a que los intereses individuales en realidad se ponderan sólo de acuerdo a las medidas del orden jurídico en su conjunto. La frase 2 se ocupa de la correspondencia entre la prueba de la ponderación con la dignidad humana. La misma no está referida a los cambiantes y relativos puntos de vista de la

bal de todo el *topoi* relevante puede llegar a reconocerse la identidad del medio adecuado para alcanzar la finalidad justa.

Todo el examen efectuado hasta este momento sólo acredita que es posible tratar el estado de necesidad defensivo conforme al § 34 del *StGB*. Sin embargo, esto es también en gran parte necesario debido a que la analogía del § 228 del *BGB* no ofrece ninguna medida de solución adecuada. La misma contiene para la prueba obligatoria de la ponderación puntos de vista que son importantes, pero que no completan dicho análisis: la idea de deber considerar el origen del peligro desde la esfera de la víctima de la agresión³¹. No obstante, el resultado de la ponderación del § 228 del *BGB* no se ajusta al estado de necesidad defensivo causado por seres humanos, debido a que dicha norma está influenciada de modo decisivo por la consideración de que aquello que causa la agresión es una cosa³². Se presentan así dificultades para autorizar un tratamiento respecto a seres humanos (y sobre todo respecto de aquellos que en la mayor de las veces no han tenido responsabilidad en la causación de la situación originada), al proceder como si éstos fuesen cosas. Como sea que la solución del § 228 del *BGB* ha sido influenciada para que el bien jurídico afectado “solamente” esté referido a una cosa, se puede desprender de esto que una ponderación bajo aspectos jurídico-penales no tiene ni pizca de poder funcionar de otra forma en el caso de que el sujeto que ejercita la defensa haya sido el responsable de haber ocasionado el peligro, o sea, cuando la situación se ha desencadenado en su ámbito y él debe responder por la misma. Incluso cuando alguien mediante un maltrato hubiese provocado que un

ponderación, sino menciona los límites, en los cuales cada ponderación encuentra su respectivo punto final.

³¹ La propia relevancia de esta idea es discutida por JAKOBS (*Strafrecht, AT*, 1983, n° marg. 12/16-20, ps. 316-319), en la medida que el mismo sólo la quiere aceptar, en el caso que la persona que ejerce la defensa haya sido responsable del peligro (13/46 y ss., p. 356 y s.); con ello desde un principio quedarían sin más excluidos del campo de análisis del estado de necesidad defensivo tres de nuestros cuatro grupos de casos (agresiones sin cualidad de conducta o antijuridicidad, perforación).

³² Sobre lo mismo advierte también GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, p. 339.

perro le muerda, está aun autorizado de acuerdo al § 228 primera oración del *BGB* siempre a matar, en el caso de que la defensa contra la mordida no pueda ser evitada por medio de otro modo de defensa, quedando la persona únicamente obligada a la reparación de los daños ocasionados, conforme al § 228 segunda oración del *BGB*. Sin embargo, en el caso del estado de necesidad originado por seres humanos, no existe fundamento alguno para atribuir un valor mayor a los intereses de la persona que ejerce la defensa, cuando ésta hubiese sido la que ha desencadenado el peligro y sea así la única responsable de la situación del estado de necesidad. ¡Todo lo contrario!

Es un error teleológico que lo que es una correcta medida de ponderación en el marco del § 228 del *BGB* se traslade al estado de necesidad causado por seres humanos. Dejando de lado que en principio no debería ser aceptado que las personas, fuera del caso de la legítima defensa, puedan ocasionar daños hasta el límite de la desproporcionalidad —la exclusión del derecho a la legítima defensa carecería de sentido entonces también en cuanto a resultados prácticos—, la sola remisión a la medida de proporcionalidad de los daños del § 228 del *BGB* no obstante es demasiado rígida. Para el caso de los peligros procedentes de cosas este tipo de solución simple tiene un sentido; no obstante, donde colisionan bienes jurídicos de un alto valor personal solamente puede realizarse una ponderación tomando en cuenta todas las circunstancias que se presentan en la situación concreta. Sin embargo, esto es posible mediante el § 34 del *StGB*: no solamente la responsabilidad por el desencadenamiento de la situación de parte de quien ejercita la defensa, también la proximidad del peligro o especiales posiciones de deber pueden ser tomados en consideración en el ámbito de la ponderación, según el § 34 del *StGB*, mientras que las mismas no tienen importancia alguna, en el marco del § 228 del *BGB*. También se observa fácilmente que los tipos de casos del estado de necesidad defensivo —por un lado, la defensa preventiva donde todavía no existe una agresión actual, o la perforación, del otro lado— en parte son planteados de modo tan distinto, que no podrían ser resueltos mediante una solución única; para ello se necesita una distinción, la misma que ya se encuentra contemplada en el § 34 del *StGB*, pero que en el § 228 del *BGB* no está permitida.

No está siendo objeto de crítica el hecho de que el estado de necesidad supralegal, por ser una analogía del § 228 del *BGB*, consiste en una copia de una determinación de Derecho civil, sino que se debe tomar en consideración las particularidades descritas. Primero porque si se quisiera tratar el tema de este modo no quedaría mucho restante de la analogía y segundo porque si la comparación abstracta de los daños reemplazase una ponderación concreta de intereses a modo del § 34 del *StGB* quedaría irresoluta la pregunta acerca de cómo podría diferenciarse tal concepción de la aplicación directa del § 34.

El intento de GÜNTHER³³ de clasificar los casos de estado de necesidad defensivo en especiales “causas de exclusión del injusto” por medio de la “situación análoga al estado de necesidad” evita la falta de claridad que se presenta de aplicar por analogía el § 228 del *BGB*. No obstante, no se necesita para este supuesto tal causa de justificación del “estado de necesidad análogo”, debido a que, como ya se ha expuesto, el § 34 del *StGB* también da un marco de solución adecuado para el estado de necesidad defensivo. La propuesta de GÜNTHER³⁴, según la cual en la situación análoga al estado de necesidad es suficiente que “el interés protegido prepondere sobre el interés dañado o al menos que tenga un valor equivalente al mismo”, se encuentra demasiado orientada por el valor de los bienes jurídicos en colisión y origina problemas adicionales, en los casos donde el bien jurídico objeto de protección tiene incluso un mínimo valor, pero el interés protegido prevalece. Sin embargo, la “causa de exclusión del injusto penal” frente a la “causa de justificación” del § 34 del *StGB* tiene una particularidad adicional, debido a que la misma no excluye la “antijuridicidad” propiamente dicha, sino que excluye únicamente el injusto penal y por ello tampoco concede un derecho de agresión, sino que principalmente debe dar paso a un derecho a la legítima defensa del afectado³⁵. En resultados prácticos, esto conduciría a que el estado de necesidad defensivo tan sólo tendría

³³ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, p. 337 y ss.

³⁴ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, p. 329.

³⁵ Cfr. en cuanto al estado de necesidad defensivo (*supra*, nota 14). En ello deberían regir no obstante “Restricciones (...) a los principios válidos para el caso de la legítima defensa provocada”.

los efectos de un estado de necesidad exculpante. Lo cual será con mayor detalle desarrollado en el tratamiento por separado de cada uno de los grupos de casos.

(III)

El estado de necesidad defensivo solamente puede ser tratado de un modo tal en el que las formas particulares de aparición del mismo se sometan en el marco del § 34 del *StGB* a una ponderación de intereses en la cual se evalúen todos los puntos de vista que se presentan en cada una de ellas para ser tomados en cuenta.

1 — Como ejemplos de peligros derivados de seres humanos que proceden de una no conducta se mencionan los casos de “amenaza de lesiones a la propiedad por medio de ataques de epilepsia”³⁶. El tránsito automotor proporciona también una gran cantidad de posibles situaciones imaginables. JESCHECK³⁷ en relación a la amenaza “a través de una conducta que en sí misma no viola el deber objetivo de cuidado” menciona el ejemplo de un “conductor que a consecuencia de nieve resbaladiza de modo inevitable se empotra contra la vereda”. El caso puede desenvolverse adquiriendo mayor amplitud si es que el vehículo al deslizarse por el hielo conlleva a la pérdida de la posibilidad de maniobrar, pues aparecería incluso acá un supuesto de *vis* absoluta en el que se presenta una no conducta. Algo similar ocurre cuando una persona al volante de un vehículo súbitamente sufre un desmayo y pierde la conciencia, convirtiéndose de ese modo, al no poder ser controlado, en un peligro contra el entorno o también cuando una persona, como producto de una afectación exterior (por ejemplo, mediante el choque con un auto), se convierte en un peligro para otros en la vía de circulación.

a) Me parece seguro que en tales casos la defensa frente a los mismos no está autorizada hasta llegar a una absoluta desproporcionalidad, como ocurre en el caso de la legítima defensa o en la situación del

³⁶ Cfr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 85.

³⁷ *Lehrbuch des Strafrechts, AT*, 3ª ed., 1978, § 32, II, 1, c, p. 273.

§ 228 del *BGB*. Esto quedaría en primer lugar fácilmente aclarado con un ejemplo de la defensa que se realiza respecto a bienes jurídicos referidos a cosas. En la legítima defensa de acuerdo con la posición dominante está permitido ocasionar para la defensa de valores constituidos en cosas inclusive graves daños personales, o sea, por ejemplo, disparar al ladrón. Eso no puede acá entrar en consideración, debido a que se encuentra en la defensa ausente el prevalecimiento de algún interés del Derecho. Más bien se presentan dos puntos de vista contrarios en la ponderación: la circunstancia de que la vida y la integridad corporal *ceteris paribus* tienen un rango mayor de valor que simples valores materiales y el hecho adicional de que la persona que está defendiendo su esfera jurídica lo hace contra una fuente de peligro externa, que no ha sido originada por quien ejerce la defensa, sino más bien por un tercero, que es el perturbador. El primer punto de vista contiene definitivamente una relevancia de mayor peso, ya que la mera causación no puede ser imputada de modo personal al "perturbador". Puesto que no obstante en el caso del estado de necesidad agresivo queda autorizada la realización de lesiones corporales menores (por ejemplo, empujar a los curiosos a un lado para proceder a realizar la extinción de un incendio) para el rescate de valores de cosas significativas, es posible considerar en el caso del estado de necesidad defensivo el punto de vista del origen del peligro, al menos, para sobre la base del mismo autorizar la realización de lesiones corporales leves a efectos de salvaguardar valores de cosas, que en todo caso sean valiosas. Cuando el dueño de un valioso jarrón empuja a una persona a un lado debido a que la misma está padeciendo un violento ataque de epilepsia, para así evitar la destrucción del mismo o cuando una persona detiene de modo súbito una carroza de caballos desbocados tomando en consideración que su ocupantes pueden sufrir lesiones menores a fin de evitar que su puesto en el mercado sea arrasado por éstos con consecuentes graves daños materiales, se considera que sus intereses son "considerablemente preponderantes" y que éste debe encontrarse justificado conforme al § 34 del *StGB*. Sin embargo, con ello también se alcanza la frontera de lo permitido. Pese al origen del peligro, no le está permitido en este grupo de casos al propietario para salvar valores constituidos por cosas, por ejemplo, ocasionar una fractura de huesos o una grave contusión

cerebral; porque la diferencia de valor entre la salud de las personas y los simples bienes materiales es demasiado grande, como para que el simple origen de la causación del peligro pueda modificar la ponderación de intereses.

Es cierto que el § 34 del *StGB* permite y a la vez exige la consideración de mayores particularidades. Si el propietario de una cosa efectúa una lesión contra el causante del peligro, la misma que no es siempre insignificante, si bien es cierto que con ésta protege su propiedad, además también protege al causante del peligro frente a lesiones corporales de la misma gravedad, que hubiesen sido de esperarse en caso que éste hubiese dejado las cosas a su suerte, por ello, la ponderación es nuevamente en beneficio del mismo. En caso que el propietario haya ocasionado el peligro (por ejemplo, asustando a los caballos), no puede quedar autorizado de modo absoluto a causar daños corporales —incluso si los mismos son leves—. Sería incluso razonable considerar, que en tales casos de colisión de simples valores materiales, la limitada medida del § 228 segunda oración del *BGB* se corrige mediante su adecuación a la regla para los peligros procedentes de personas del § 34 del *StGB*, quedando con ello el propietario sin autorización para proceder a efectuar algún tipo de daños graves de cosas (por ejemplo, una rotura de pierna de un caballo) con el objeto de proteger su patrimonio, permitiendo la imposición de un gravamen contra el causante del peligro. La razón de ello es que una causación culpable genera un merecimiento de protección mucho menor de la propiedad que cuando no media responsabilidad. De esa forma autoriza el § 34 del *StGB* —muy distinto al § 228 del *BGB*— reglas flexibles para todo tipo de situaciones imaginables y que al mismo tiempo son claramente diferentes.

b) En el campo trágico de las situaciones límite del caso del estado de necesidad defensivo, que está siendo acá tratado, uno se introduce en un tipo de escenarios en los que está en juego la vida contra la propia vida o donde existe amenazas de perjuicios muy graves contra la salud. Lo que permite construir un ejemplo de cátedra para el aclaramiento de tales situaciones extremas.

En un pueblo en las montañas transita un vehículo de transporte de carga pesada, cuyo conductor repentinamente ha perdido la concien-

cia. El vehículo se desplaza a gran velocidad hacia un automóvil, cuyo conductor *F* se encuentra estacionado en el supermercado. *F* reconoce el peligro a tiempo y podría con el mero aceleramiento de su vehículo colocarse en un lugar seguro. No obstante, él observa que *L* se encuentra descendiendo una pendiente con su vehículo a toda prisa con dirección hacia este punto del supermercado. *F* podría impedir esto y rescatar a *L* en la medida en que él mantenga su vehículo en el lugar en el que se encuentra y éste sirva de ese modo como tope fijo. Él debe entonces considerar que el mismo va a resultar gravemente lesionado o incluso herido de muerte. ¿Estaría él justificado de conformidad con el § 14 del *StGB* a acelerar a costa de la vida de *L*?

En este caso se contraponen dos bienes jurídicos del mismo valor y solamente es posible justificar a *F* en el caso de que se otorgue una magnitud tal a la causación del peligro por parte de *L*, que el interés en la vida de *F*, no obstante tener un bien jurídico del mismo rango, sea valorado como considerablemente superior. Se puede en esto dudar, porque *L* —como acá se ha determinado— no ha podido prever o impedir el suceso de la pérdida de la conciencia y sus consecuencias, de modo tal que a él también no puede serle imputado el peligro causado. ¿Debe realmente poder influir el mero hecho de la causación del peligro en la ponderación de intereses? JAKOBS³⁸ discutiría esto en gran medida, porque él exige para el caso del estado de necesidad defensivo la presencia de un deber de eliminar el peligro por parte de la víctima de la agresión, como, por ejemplo, se puede derivar de los casos de injerencia. Acá no obstante falta un comportamiento previo, que entretanto cada vez más viene siendo resaltado también por la jurisprudencia como requisito para determinar un deber de injerencia³⁹. En el caso de que se haga valer al menos en lo que respecta a la antijuridicidad el comportamiento imputable como un punto de vista a ser tomado en cuenta en la ponderación, surge del mismo modo acá una equiparación

³⁸ JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 1983, n° marg. 13/46, p. 356. Su toma de postura no es del todo clara como así lo muestran su ambivalente y dudosa posición en la perforación (n° marg. 13/22, p. 346).

³⁹ Cfr. por ejemplo, BGHSt. 23, ps. 327; 25, p. 218.

de los intereses y *F* puede quedar solamente disculpado, siempre que el mismo no se sacrifique.

En cuanto al resultado, junto con la posición mayoritaria —ya sea si solamente se basa en el § 34 del *StGB*, § 32 del *StGB* o en la analogía del § 228 del *BGB*— yo considero que ya incluso el hecho de la simple causación del peligro mediante *L* presenta una razón para la justificación de *F*, en el caso de que éste sólo podría haber rescatado a *L* con el precio de un perjuicio que coloca en riesgo su propia vida. Esto debido a que los fortuitos golpes del destino que se encuentran al margen de toda precaución humana deben ser asumidos principalmente por cada persona. Sólo en el marco de un deber general de solidaridad humana puede esto trasladarse a un tercero o asumirse juntamente con otro. Es cierto que yo creo que este deber de solidaridad debe establecerse de modo más elevado en comparación con lo que sobre este mismo punto opina la extremadamente liberal doctrina dominante⁴⁰. Sin embargo, esta idea no llega tampoco tan lejos, como para que una persona tenga que aceptar graves mermas contra su salud corporal o hasta la muerte. Conforme al § 323c del *StGB* existe la obligación de aceptar peligros leves en contra de uno mismo para realizar el rescate de otro, pero no peligros “relevantes”. En el caso de que contrariamente a la situación que ha sido prevista en el § 323c del *StGB*, la acción de rescate no exija actividad alguna, sino más bien una omisión, mientras que la evitación activa de un peligro en sí misma igualmente acarrea un daño en contra de quien ocasiona un peligro, se va a tener que exigir de igual manera la asunción de peligros hasta de mediano nivel en contra de sí mismo, antes de aceptar la acción que ocasione la muerte de otro. Sin embargo, esto solamente puede significar en nuestro grupo de casos que *F* para rescatar la vida de *L* tenga que aceptar el riesgo de sufrir algunas contusiones, esguinces o escoraciones. No se puede exigir algo más allá de ello.

En este punto de partida se discute también el caso paralelo de la agresión sin culpa. La doctrina mayoritaria acierta plenamente en el

⁴⁰ La misma como es conocido considera permitido que una persona se niegue a realizar una inocua donación de sangre, que es absolutamente imprescindible para salvar la vida de otra persona. No comparto este punto vista, pues el mismo, que debe basarse en la dignidad humana, no obstante, no resulta ser muy humano.

hecho de que en caso de emergencia se puede realizar disparos en contra del inimputable que coloca la vida de otros en peligro —como por ejemplo, el homicida que camina armado disparando a diestra y siniestra—. Ahora es cierto que no puede colocarse en el mismo saco a la persona que tiene capacidad de conducir su conducta y al inimputable. Sin embargo, se puede establecer que existe un consenso en relación a aquello que debe ser un punto decisivo para la ponderación de intereses: quien no tiene responsabilidad en el curso de hechos provocados por el destino que colocan a otro en peligro se encuentra obligado a asumir una defensa para repeler el mismo que no se encuentre prohibida, sobre la base del deber general de solidaridad humana. En tales casos del estado de necesidad debe quedar restringida entonces la aplicación de aquel principio según el cual la vida humana en el marco del § 34 del *StGB* nunca debe incluirse en la ponderación de intereses. Los intereses de quien en tal situación evita un peligro contra su vida o una grave lesión corporal sobrepasan de modo preponderante según el marco del ordenamiento jurídico a los intereses del causante del peligro, pese a que existiendo un caso de colisión de bienes jurídicos, éstos tengan igual valor. Ello es válido en esta generalidad en la medida que según la situación concreta la causación del peligro, junto a la comparación del valor de los bienes jurídicos, sea el único punto de vista que resulta relevante para la ponderación. Por ejemplo, si la persona que ejercita la defensa en el estado de necesidad defensivo resulta ser la propia responsable del mismo cambia entonces el resultado de la ponderación. En tal sentido, puede remitirse a la explicación referida líneas arriba.

Me parece que la decisión de principio que acá se formula de favorecer a la persona que actúa en estado de necesidad defensivo es preferible a las soluciones de compromiso, que se deducen de las concepciones de ARTHUR KAUFMANN y GÜNTHER. Cuando KAUFMANN⁴¹ en situaciones donde se presenta un escenario de vida contra vida plantea un “espacio libre de derecho”, en el cual la conducta no está autorizada pero tampoco prohibida, a causa de la imposibilidad de adoptar una decisión, aceptando así como “no prohibido” que las partes en conflicto jun-

⁴¹ ARTHUR KAUFMANN, *Festschrift für Maurach*, 1972, p. 327 y ss.

to a sus eventuales participantes del estado de necesidad recurran a causar la muerte del "lado opuesto"⁴², con ello empeora de este modo la situación jurídica de quien ha ingresado en un estado de necesidad defensivo sin responsabilidad. Ello debido al riesgo de que la propia persona que es responsable del peligro en el cual se encuentra o aquellos que quieran ayudarlo a salir del mismo recurran posiblemente para su rescate a matar, sin que exista una prohibición de parte del ordenamiento jurídico. Lo cual me parece en atención a las razones expuestas arriba ninguna ponderación de intereses digna de formularse para ambos casos y, a su vez, demuestra también que la construcción del espacio libre de derecho es sólo aparente, pues se trata en realidad de una renuncia al conflicto por parte del orden jurídico, en lugar de efectuar otra —menos favorable— ponderación de los intereses en conflicto⁴³. En el caso de que el ordenamiento jurídico revoque el mandato contemplado en los tipos penales que prohíbe matar a otro a través de la remisión del caso a un espacio libre de derecho, no efectúa con ello una mera abstención de voto, sino que toma una decisión que trae consecuencias prácticas de gran envergadura para la protección jurídica de los participantes.

Similares objeciones se pueden hacer valer contra los resultados que obtiene GÜNTHER⁴⁴ con ayuda de las "causas de exclusión del injusto penal" de la "situación análoga al estado de necesidad". La causa de exclusión del injusto penal aprobada por dicho autor se diferencia de la causa de justificación del § 34 del *StGB*, que acá es aceptada, en que fundamentalmente mediante aquélla el causante del peligro contra la defensa del que se encuentra en estado de necesidad defensivo mantiene el acceso a defenderse mediante un derecho a la legítima defensa y,

⁴² De ese modo, ARTHUR KAUFMANN (*Festschrift für Maurach*, 1972, p. 342), incluso quiere considerar como no prohibida la conducta del médico que para salvar la vida del feto realiza una intervención preliminar violenta cuando la interrupción del embarazo ya había sido indicada de modo legal.

⁴³ Cfr. similar HIRSCH, "Strafrecht und rechtsfreier Raum", *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 89 y ss.

⁴⁴ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, p. 337 y ss.

que si bien es cierto se plantea que el mismo se encuentra limitado, al considerársele como un caso de legítima defensa provocada⁴⁵, no obstante, si fuese necesario, incluso se autoriza a quienes quieren ayudar al causante del peligro a causar la muerte de la persona que ha entrado en el estado de necesidad. No veo cómo teleológicamente podría justificarse la causación de un perjuicio a quien de todos modos, sin haber realizado acción alguna, ya es víctima de un peligro creado por otro.

2 — En el segundo grupo de casos del estado de necesidad defensivo se contemplan los casos del peligro originado a través de una conducta no descuidada. La ponderación de los intereses en disputa es acá también preferible conforme a los mismos principios aplicables para los peligros que surgen de acciones sin cualidad de conducta (presentado en 1). Debido a que si el causante del peligro ha actuado de modo cuidadoso o absolutamente no ha actuado: en todo caso no surge en contra de éste ningún reproche jurídico; de modo que los puntos de vista normativos son los mismos para la ponderación de intereses. De otro lado, no obstante, quien se ha mantenido en el marco del deber objetivo de cuidado no obtiene por ello todavía un derecho a agredir a otro. La persona que por medio de tal tipo de conducta ha sido colocada en una situación de peligro no se encuentra obligada a asumir el peligro (§ 34 del *StGB* no exige un peligro antijurídico), mientras que el hecho de haber originado el peligro como tal sí desempeña un factor en la ponderación que perjudica al causante del mismo. De ese modo, los criterios de ponderación son los mismos que en el caso de peligros sin cualidad de conducta.

La similitud entre ambos grupos de casos se hace visible también en la medida que los mismos se presentan entrelazados entre sí. En el caso ya mencionado de JESCHECK⁴⁶, donde un conductor de un automóvil “a causa de la pista congelada se empotra inevitablemente contra la vereda”, si el conductor hubiese mantenido el deber objetivo de cuidado muy difícilmente le puede ser imputada la no evitación del despiste

⁴⁵ Cfr. similar *supra*, nota 34 y texto principal de la misma nota.

⁴⁶ *Supra*, nota 37 texto principal.

del automóvil. Lo dicho es aplicable en el caso del ejemplo anteriormente referido sobre el carruaje con caballos desbocados o del frecuente caso de un vehículo, que pese a una conducción debida a causa de errores materiales desconocidos o de un daño de motor imprevisible se malogra durante el recorrido convirtiéndose a través de esto en una amenaza contra los otros miembros del tránsito. Para resolver los problemas que surgen del estado de necesidad defensivo puede remitirse de modo ilimitado a las explicaciones arriba referidas.

Una interesante variante que a su vez resulta ser relevante en la práctica está constituida por aquel grupo de casos, donde la persona que produce el peligro se ha comportado de manera cuidadosa, pero quien se encuentra en peligro ha sido el responsable del estado de necesidad. Por ejemplo, un ciclista conduce su bicicleta de manera cuidadosa y conforme a las reglas de tránsito por una pendiente cuesta abajo, en circunstancias que un peatón que desde atrás de un árbol ubicado en la avenida o de un vehículo estacionado en la misma repentinamente hace ingreso a la vía de circulación, no dando oportunidad para que el ciclista pueda verlo a tiempo. Él amenaza con atropellar al pasajero. Nosotros queremos dar por sentado que en estas circunstancias el ciclista no se encuentra en peligro, gracias a su destreza y a la fortaleza de su bicicleta, pero que el peatón sí puede ser víctima de graves lesiones. ¿Es posible que el peatón se salve mediante una patada en los rayos de la rueda para lanzar al mismo a un lado, aunque exista la posibilidad que el ciclista sufra una fractura de huesos o una contusión cerebral? En el marco que se presenta acá de rechazo a la medida del § 228 segunda oración del *BGB*, norma que no otorga significado alguno a la responsabilidad de quien provoca el estado de necesidad a efectos de conceder una justificación a la defensa, no es posible hacerlo; incluso existen dudas de si podría contemplarse una causa de exculpación en el marco del § 35, párr. 1, segunda oración del *StGB*. La ponderación de intereses, como se ha expuesto en 1, claramente debe beneficiar al ciclista. La razón se debe a que la causación que éste ha realizado resulta irrelevante frente al hecho objetivo que la causación real se basa en la responsabilidad del peatón. La defensa es también obligatoria además porque el ciclista se encuentra también incluso en una situación de estado de necesidad, ya que como puede verse fácilmente en esta co-

lisión aparecen peligros que lo amenazan, debido a una conducta anti-jurídica del peatón, la misma que otorga al ciclista la legitimidad de recurrir a una agresión. Es claro que el peatón no por ello podría quedar autorizado a causar daños al ciclista, porque éste no hubiese tenido que temer a una colisión.

Las constelaciones básicas de peligros no antijurídicos que han sido descritas pueden aún presentar modificaciones. El espacio que acá se tiene disponible impide dedicarse a ello en detalle. Lo cual tampoco es necesario. Es suficiente con reconocer que el § 34 del *StGB* permite una ponderación que otorga resultados que son racional y político-criminalmente razonables, porque directamente permite la consideración de todos los puntos de vista para cada situación concreta, mientras que la medida del § 228 del *BGB* debido a su propia rigidez no resulta apta para ello.

3 — Como perforación (*perforation*) se designa a la muerte ocasionada a un niño durante el parto para salvar la vida de la madre o protegerla de graves daños contra su salud; la mayoría de casos están basados en problemas de constitución del niño (por ejemplo, hidrocefalia). El Proyecto de Código Penal de 1962, quiso aún equiparar el caso de la perforación con el supuesto de la indicación médica para la interrupción del embarazo (§ 157, inc. 2º). La ley actual guarda silencio. En la literatura se acepta en parte una justificación de acuerdo al § 34 del *StGB*⁴⁷ y, otra parte de ella, ve en ésta un caso de colisión de deberes justificante no previsto en el § 34 del *StGB*⁴⁸. Muchos autores consideran —en atención a la contraposición de vida contra vida e incluso “sólo” contra la salud— que una justificación debe estar excluida y, en su lugar, construyen un estado de necesidad exculpante⁴⁹. JAKOBS⁵⁰ no se deci-

⁴⁷ Así fundamentalmente JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 3ª ed., 1978, § 33, IV, 3, c, p. 291; HIRSCH, en *LK*, 9ª ed., 1974, nº marg. 76, hasta § 51; SCHÖNKE - SCHRÖDER - ESER, *StGB*, 21ª ed., nº marg. 34, hasta § 218.

⁴⁸ MAURACH - SCHROEDER, *BT*, 6ª ed., 1977, t. 1, § 5, V. 2, p. 65.

⁴⁹ RUDOLPHI, en *SK*, 3ª ed., 1981, hasta § 218, nº marg. 15; DREHER - TRÖNDLE, *StGB*, 41ª ed., 1983, § 34, nº marg. 51.

⁵⁰ JAKOBS, *Strafrecht*, AT, 1983, nº marg. 13/22, p. 346, con nota 44.

de; él considera que la muerte de un niño solamente se justificaría, "cuando la situación de conflicto se presente en la esfera de responsabilidad del niño, o sea, cuando la misma corresponda a un estado de necesidad provocado". Él considera posible la construcción de una semejante "responsabilidad" del niño cuando la causa de la colisión "se puede reconducir a una particular constitución del niño". Si se toma en cuenta que sobre este tema también puede recurrirse a los planteamientos presentados por las construcciones especiales anteriormente mencionadas del "espacio libre" y de la "situación análoga al estado de necesidad", queda evidenciado con ello que pocos problemas de la Parte General pueden ser tan discutidos como éste.

El punto de partida que acá es presentado discurre sobre un caso clásico del estado de necesidad defensivo, cuya única diferencia con la constelación tratada en 1 radica en su particular tipología: una persona (en el nacimiento se trata de un niño) coloca en peligro a otra persona (la madre), sin que esta situación de peligro como conducta pueda ser imputada, ya que en el parto se está ante un proceso biológico que de ningún modo podría conllevar a que el aumento del riesgo se traslade al niño.

Un caso tan trágico como éste por las razones expuestas en 1 debe considerar la muerte del niño como justificada cuando no exista otro camino para proteger a la madre de la muerte o de graves lesiones contra su salud. El hecho de si el niño podría sobrevivir o morir en el caso que se dejen las cosas como están no puede ser lo decisivo. No quisiera incursionar en el argumento con el cual JESCHECK⁵¹ fundamenta su postura a favor de la madre, en el sentido de que incluso cuando existen casos de graves peligros contra la salud de ésta o incluso bienes jurídicos de menor entidad se permite que la "vida y salud de la madre reciban mayor protección debido al estatus pleno como ser humano que la misma tiene en la sociedad, en comparación de la vida del niño, quien no tiene aún nombre, ni forma. El hecho es que se relativiza —independientemente del estatus civil— la protección de la vida del recién

⁵¹ JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, AT*, 3ª ed., 1978, § 33, IV, 3, c, p. 291; HIRSCH, en *LK*, 9ª ed., 1974, n° marg. 76, hasta § 51.

nacido considerándola de modo general y abstracto, mientras que por el contrario yo veo el fundamento que favorece de modo preponderante a la parturienta en el caso concreto. La madre le regala la vida al niño. Ella debe asumir en esto los malestares y los perjuicios en la salud que normalmente se encuentran relacionados con el embarazo. Sin embargo, el Derecho no puede establecer que la persona que da la vida tenga que sacrificar la suya o asumir la generación de graves daños de carácter permanente para su salud. Esto ha quedado reconocido en el Derecho vigente de modo claro mediante la indicación médica para la interrupción del embarazo y, en ese sentido, es totalmente correcto cuando HIRSCH⁵², en referencia a la protección de la madre, sostiene que gracias al estado de necesidad justificante se cierra la "laguna" creada a través del "adelantamiento del inicio del ser humano en el Derecho penal". Cuando el Derecho penal, en contra del Derecho civil, reconoce la existencia del "ser humano" ya desde el inicio del parto, lo hace para así proteger al niño de modo completo en el transcurso del proceso del parto contra homicidios dolosos y contra posibles perjuicios culposos. Esto no obstante no se ha hecho para retirar la protección de la madre contra afectaciones a través del niño durante el proceso del parto; sobre esto no se aprecia ningún fundamento razonable.

No obstante, la ponderación de intereses también acá no conduce a una simple inversión de la proporción de los bienes jurídicos al estilo del § 228 del *BGB*. Mucho más como también ocurre en el caso de la persona que es colocada en un estado de necesidad defensivo sin tener responsabilidad del mismo, la persona puesta en peligro (acá la madre) tiene que asumir incluso lesiones medianas. En la práctica esto significa que la perforación no está autorizada a realizarse cuando el parto es posible de realizarse con ayuda de una cesárea sin riesgos significativos⁵³. La ponderación de intereses también se invierte cuando la propia madre se decide por el niño. Ella aclara que dará a luz de todas maneras queriendo asumir los riesgos presentes para su vida y salud, lo cual debe ser respetado por el médico.

⁵² SCHÖNKE - SCHRÖDER - ESER, *StGB*, 21ª ed., n° marg. 34, hasta § 218.

⁵³ MAURACH - SCHROEDER, *BT*, 6ª ed., 1977, t. 1, § 5, V. 2, p. 65.

La ponderación de acuerdo al § 34 del *StGB* que acá es defendida conduce a la justificación y me parece la solución preferible en comparación con las otras propuestas. Si SCHROEDER⁵⁴ no considera posible la aplicación del § 34 del *StGB* a causa de una imponderabilidad de la vida humana, que éste plantea, esto debería conducir al resultado de que también el médico según su propia libertad de decisión estaría autorizado a sacrificar la vida de la madre, si es que éste considerase estar frente a una colisión de deberes justificada. Ello se debe a que en el caso de colisión de dos deberes jurídicos de rescate del mismo rango existe una justificación —en la medida que se acepte absolutamente esto como una posibilidad— cuando uno de los dos deberes es cumplido. Esto sería un resultado inaceptable. En el caso que no obstante para escaparse de dicho supuesto, se considere otorgarle al deber de rescate de la madre un rango superior, se habría ya vuelto a realizar la ponderación que se tiene por inadecuada.

No me parece tampoco posible definir como hace JAKOBS⁵⁵ que una perforación solamente debe quedar legitimada en caso de que se presente una “especial constitución” del niño, ni que la “situación de conflicto pertenece a un ámbito de responsabilidad del niño”. Primero debido a que no se puede aceptar, ni tampoco concordar con el § 218 y ss. del *StGB*, en cuanto a la expresión de ponderación de valores que el mismo realiza, que en el caso de una normal constitución del niño, la madre del niño deba sacrificarse y, segundo, tampoco que en el caso de una especial “constitución” del niño el peligro pueda ordenarse dentro del ámbito de la responsabilidad del niño. Quien, como el niño durante el parto, padece de tal incapacidad de conducta, con mayor razón aún, el mismo no tiene ningún ámbito de responsabilidad. Las dificultades insolubles en las que entra JAKOBS en el caso de la perforación me parece que muestran que no es posible dar validez únicamente al peligro imputable como requisito del estado de necesidad defensivo, pues ya la causación por parte de la persona que provoca el peligro puede de-

⁵⁴ JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 1983, n° marg. 13/22, p. 346.

⁵⁵ RUDOLPHI, en *SK*, 3ª ed., 1981, hasta § 218, n° marg. 15; DREHER-TRÖNDLE, *StGB*, 41ª ed., 1983, § 34, n° marg. 51.

terminar una decisiva razón para otorgar mayor preponderancia a los intereses de la persona que ha sido puesta en peligro (cfr. *supra*, III, 1).

También la aceptación de un “estado de necesidad exculpante” en la perforación como es así comprendido por RUDOLPHI y DREHER TRÖNDLE⁵⁶ no ofrece una solución más satisfactoria, porque la misma se basa en el requisito de que en cada caso la perforación deba ser antijurídica. Esto significa que el Derecho desaprueba la salvación de la madre, exigiéndose de ésta que sacrifique su vida por la del niño y se dirige a que el médico que conduce el parto deje morir a la madre, si en el parto no es posible otra salida. Esto es por las razones expuestas algo inaceptable. La idea fundamental del § 218 y ss. del *StGB* y el tratamiento de otras constelaciones del estado de necesidad defensivo ofrecen una solución diametralmente opuesta. La misma autorizaría también en beneficio del niño el impedimento enfático de un rescate de la madre por parte del médico mediante el ejercicio de una legítima defensa de terceros y mediante la misma el conflicto existencial entre la vida de la madre o la vida del hijo con este resultado que lleva un peligro para la vida, que podría extenderse a otras circunstancias. Finalmente, nos preguntamos por qué de acuerdo a esta teoría se le debe conceder al médico una exclusión de la culpabilidad de modo supralegal, si no obstante, de acuerdo a esta concepción existe la posibilidad, sin mayores dificultades, de que el médico haya actuado de modo correcto. El fundamento para la falta de reproche no es apreciable en la persona del médico, sino en las circunstancias objetivas del hecho — y con ello en la negada juridicidad de la perforación, la misma que de este modo indirecto recobra validez—.

Naturalmente el caso de la perforación (*perforation*) puede ser analizado también desde las perspectivas de las construcciones del espacio libre de derecho y de la situación análoga al estado de necesidad. Respecto a las mismas se formulan las objeciones contra las cuales ya se ha hecho referencia (III, 1 al final, en los comentarios, 41-45), las mismas que sin restricción se trasladan también acá.

⁵⁶ El término procede de SUPPERT, *Studien zur Notwehr und „notwehrähnlichen“ Lage*, 1973, p. 404.

4 — Una forma especial del estado de necesidad defensivo de carácter independiente lo constituye finamente la “legítima defensa preventiva”⁵⁷, la misma que consiste en la defensa previa contra una agresión que aún no tiene el carácter de actual. La nueva jurisprudencia ofrece para esta constelación mucho material ilustrativo. En BGHSt. 13, p. 197 los miembros de una familia encerraron en su habitación a su madre enferma mental debido a inminentes “estados de alarma condicionados por su enfermedad”, para evitar que ésta destruyese bienes materiales y realizase otras calamidades. El BGH consideró estas limitaciones como actos de cuidado familiar, sin señalar que se trataba exactamente de una causa de justificación. En la decisión jurisdiccional del BGH, NJW 1979, p. 2053, un esposo disparó contra un *voyeur* que en diversas ocasiones había penetrado al domicilio y al dormitorio de la pareja de casados mientras este último huía “en el flanco izquierdo del trasero”, a fin de asustarlo para que de una vez por todas no siga realizando futuras visitas nocturnas; el BGH señaló que, “según la situación de las cosas” se hablaría de una justificación conforme al § 34 del *StGB*, pero que no obstante la “calificación” la dejaba abierta y que en todo caso aceptaba una exculpación conforme al § 35 del *StGB*. En el caso que fundamentó la decisión del BGH, NStZ 1984, p. 20, una mujer mató a su esposo mientras éste dormía, debido a que éste frecuentemente maltrataba gravemente a la familia y la amenazaba y, en particular, por el temor de que éste golpearía a su hijo REINER, que había escapado de la casa “golpeándole la cabeza contra la pared hasta que muriera”; el BGH revocó la condena de la mujer por asesinato, indicando el tribunal de jurados que “todas las causas de justificación y exculpación se tratan a fondo”. Frecuentemente es utilizado en este caso el ejemplo de LENCKNER⁵⁸, donde “el propietario de un restaurante escucha cómo algunos de sus comensales acuerdan a la hora del cierre realizar un asalto y (...) éste a causa de ello para que no se realice esta acción echa un narcótico en la cerveza de los mismos”.

⁵⁷ Sobre las antiguas publicaciones en relación a la superación del problema en detalle: SUPPERT, *Studien zur Notwehr und „notwehrähnlichen“ Lage*, 1973, p. 356 y ss.

⁵⁸ SCHÖNKE - SCHRÖDER - LENCKNER, *StGB*, 21ª ed. 1982, § 32, n.º marg. 17; similar ya en *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 102.

Los intentos de solución por parte de la jurisprudencia evidencian que poco claro se encuentra el problema que tal grupo de casos presenta, incluso hasta hoy. El tema hubiese merecido un tratamiento monográfico, que se ocupe todavía de los diversos ejemplos a los que hace referencia la vieja literatura. En este marco debe bastar con un esbozo. De esa forma, no es posible en un primer momento el camino de una aplicación inmediata o análoga del dispositivo de la legítima defensa. Una aplicación inmediata del § 32 presupondría que la amenaza ya deba ser calificada como "actual", pues cuando tiene que realizarse una defensa, ésta no debe efectuarse demasiado tarde, sino más bien de inmediato. Es por ello que ésta no resulta aplicable en los casos de planificaciones o amenazas, que mayormente es de lo que se trata, porque en ellas no solamente no existe ninguna agresión "actual", sino que en realidad todavía no existe de modo alguno una agresión. El mero anuncio de algo no es posible considerarlo como "amenaza actual" tanto en el lenguaje como de modo teleológico, debido a que la legítima defensa presupone una "situación de batalla" actual⁵⁹. Sin embargo, también la aplicación por analogía del § 32 del *StGB* propuesta por SUPPERT⁶⁰ debe ser rechazada. Ésta, con razón, ha encontrado pocos seguidores⁶¹, aunque en su mayoría solamente ha recibido el rechazo⁶². La analogía queda por ello descartada, porque la renuncia a efectuar una agresión elimina la similitud con la legítima defensa y SUPPERT mismo⁶³, en consecuencia, llega al resultado de que de modo directo los derechos que prevé el ejercicio de la legítima defensa para el actuante en el caso de la legítima defensa preventiva no resultan válidos: acá antes de que los derechos del potencial agresor puedan ser atacados debe recurrir-

⁵⁹ Cfr. similar mi trabajo "Von welchem Zeitpunkt an ist ein Angriff gegenwärtig und löst das Notwehrrecht aus?", *Gedächtnisschrift für Tjon*, 1984.

⁶⁰ SUPPERT, *Studien zur Notwehr und „notwehrähnlichen“ Lage*, 1973, p. 356 y ss.

⁶¹ SAMSON, en *SK*, 3ª ed. 1981, § 32, n° marg. 10; JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 1983, n° marg. 12-27, p. 321, el mismo que no obstante se remite a "la proporcionalidad que rige en los casos de estado de necesidad defensivo".

⁶² Cfr. solamente JESCHECK (*supra*, nota 1), § 32, II, 1, d, p. 275; SCHÖNKE - SCHRÖDER - LENCKNER (*supra*, nota 22), § 32, n° marg. 17.

⁶³ Cfr. solamente el resumen JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 1983, n° marg. 12-27, p. 404.

se a ayuda externa (fundamentalmente de la policía) y dentro del marco de lo exigible responder con una evasiva; si ninguna de ambas es posible, entra en consideración a lo sumo una defensa proporcional, en caso no se presenten otros puntos de vista de ponderación. El fundamento decisivo para el fracaso de una analogía de la legítima defensa es que acá la protección del ordenamiento jurídico como característica de la legítima defensa no puede tener lugar alguno⁶⁴: el Derecho no debe acreditar su eficacia frente a manifestaciones de modo de pensar peligrosas, sino en realidad frente a agresiones actuales contra bienes jurídicos.

No alcanza no obstante tampoco —acá como también en el caso del estado de necesidad defensivo— el recurso a la analogía del § 228 del *BGB* para construir una causa de justificación independiente. La razón de ello es que la medida del § 228 del *BGB* hace suponer que se está autorizado a causar daños graves y relevantes para efectuar una defensa tanto en el caso de ataques preventivos como para aquellos que son actuales, de modo que, por ejemplo, para evitar un robo que ha sido planificado, ya de modo preventivo se estaría autorizado a disparar al potencial autor del delito. Lo que ya significaría, como ha quedado presentado, ir demasiado lejos.

Por el contrario, entra en consideración una justificación solamente en el marco del § 34 del *StGB*, a causa de una completa ponderación conjunta de todas las circunstancias del caso concreto. El hecho de que según la posibilidad de cada caso debe conseguirse ayuda y evitarse la agresión, antes de poner en práctica una medida preventiva de defensa, se encuentra ya contemplado no obstante en el § 34 del *StGB*, en la medida que el mismo establece que solamente se puede recurrir a realizar una defensa para el caso de peligros que no puedan ser evitados de otro modo. Estos requisitos por tanto no sólo son el resultado de una ponderación, sino de su existencia y valdrían también para el recurso del § 228 del *BGB*. En el caso de la ponderación en sí misma hay numerosos puntos de vista para ser analizados, los mismos que no encua-

⁶⁴ Para ello se opone SUPPERT, *Studien zur Notwehr und „notwehrähnlichen“ Lage*, 1973, p. 395.

dran con el § 228 del *BGB*. Lo cual como tiene que suceder, debe aclararse brevemente mediante los casos citados como ejemplos.

En el encierro preventivo de la madre que es enferma mental (BGHSt. 13, p. 197) no sólo hay que extraer la consideración de que se debe proteger futuros daños materiales. Sería algo demasiado reducido justificar la afectación del bien jurídico de mayor nivel en el plano abstracto (libertad personal) por medio de la analogía del § 228 del *BGB* únicamente debido a que la fuente del peligro estuvo en la esfera de la madre. Debido a que para incluir a una persona sujeta a protección han sido previstos los procesos de interdicción y el internamiento en una institución oficial; tales tipos de procesos reglados deben ser tomados en cuenta en la ponderación y en principio descartan una justificación conforme al § 34 del *StGB*⁶⁵. Acá en base a ellos puede producirse otro resultado como producto de la ponderación, porque en sí mismo un encierro preventivo en el marco del cuidado de la madre significa una carga mucho menor a aquella ocasionada por el internamiento en una institución oficial, de modo que "la privación de la libertad" por poco tiempo por tanto al final es útil para su propio bienestar⁶⁶. En ello se basa también de modo pleno la sentencia del BGH mediante un contenido que sustenta una justificación, pese a que en la misma no se menciona en concreto una causa de justificación, debido a que entonces todavía no existía el § 34 del *StGB*, no obstante las consideraciones de aquella en el marco legal actual hubiesen tenido que ubicarse en el marco de la ponderación de intereses determinados por dicha norma.

También en el caso del *voyeur* la mayoría de observadores del mismo simplifican las cosas demasiado, cuando ellos justifican los dos disparos contra el *voyeur* considerando que la lesión del bien más preciado de la integridad corporal en comparación con el derecho de domicilio y la esfera privada estaría autorizada, porque eran de proveerse futuras agresiones desde la esfera del autor y por ello la medida del § 228

⁶⁵ JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 1983, n° marg. 14/49, p. 357, el mismo que parte de una aplicación por analogía del § 228 del *BGB* y quiere incluso en este marco recurrir a la cláusula de adecuación del § 34 del *StGB* y con ayuda de ésta excluir una justificación.

⁶⁶ Cfr. similar ROXIN, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., 1984, caso 29.

del *BGB* sería aplicable, la misma que autoriza una defensa desproporcionada⁶⁷. Por el contrario, debido a que la defensa contra peligros adoptada de modo preventivo es en principio asunto de la policía, el mantenimiento de la paz pública ha tenido que transmitirse externamente a los privados de modo restrictivo y subsidiario y las muertes o lesiones graves nunca deben quedar autorizadas; también agresiones leves deben mantenerse en el marco de la proporcionalidad. En el caso de los disparos acá efectuados se trata de la realización de unas lesiones de término medio. Evaluadas en abstracto las mismas contienen todavía un poco mayor de gravedad que las afectaciones sufridas por la pareja de esposos. Por tanto, los dos disparos bajo la sola perspectiva de evitar que la situación vuelva a repetirse —en contra del § 228 del *BGB*— no se encuentran justificados. Esto queda totalmente claro si se piensa en un supuesto en el cual el esposo hubiese encontrado al *voyeur* catorce días después en la calle y que le hubiese disparado para evitar posteriores visitas. Esto seguramente no quisiera autorizarse⁶⁸, pese a que incluso tal caso según la medida del § 228 del *BGB* —que tampoco resulta aplicable— sería válido. Más bien, la ponderación de intereses podría inclinarse para favorecer solamente al esposo, dado que en la situación concreta dos circunstancias adicionales para él tuvieron una importancia determinante: el hecho, que se había presentado una situación de detención conforme al § 127 del *StPO* (aunque ésta sola no legitima el uso del arma de fuego), y, fundamentalmente, que el intruso todavía seguía entrometido en la esfera de la pareja de esposos, representando aún de ese modo una amenaza latente, que en cualquier momento podía haberse actualizado. Solamente la realización de estos tres factores permiten que los intereses del esposo se presenten como preponderantes y hacen posible una justificación conforme al § 34 del *StGB*. No obstante, es entendible que en el caso del *BGH* la pre-

⁶⁷ Cfr. por ejemplo, HRUSCHKA, *NJW* 1980, ps. 21, 22; JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 1983, n° marg. 12/27, p. 321.

⁶⁸ Así también SCHÖNKE - SCHRÖDER - LENCKNER, *StGB*, 21ª ed. 1982, § 34, n° marg. 21; incluso también en extenso SCHROEDER, *JuS* 1980, p. 340, el mismo que ha planteado esta variante para la discusión.

gunta acerca de la justificación la haya dejado entrever y se haya decidido por el § 35 del *StGB*; aquí se refleja solamente la falta de claridad científica del estado de necesidad defensivo, para cuyo tratamiento adecuado conforme al § 34 del *StGB* todavía necesita elaborarse criterios generales de reconocimiento.

El caso del homicidio del tirano de familia (BGH, *NStZ* 1984, p. 20), el mismo que como se sabe ocupó de modo similar tempranamente a la jurisprudencia, por el contrario, no puede conducir a una justificación. También en el caso de que se dé por sentado que resultaba inimaginable una huida de la familia según la situación de las cosas y que las amenazas del padre eran para ser tomadas en serio —lo que es una pregunta del delito—, no puede estar autorizado el homicidio del potencial agresor mientras éste duerme. El mismo ciertamente no se encuentra excluido del todo del caso del estado de necesidad defensivo como lo evidencian los casos tratados *infra* en 1-3; pero no obstante aquellos deben quedar restringidos a peligros inmediatos e inminentes. Si la efectucción únicamente de amenazas e incluso la preparación de homicidios son impunes bajo el punto de vista del § 211 y ss. del *StGB*, esto tiene su fundamento en el hecho de que la realización de tales decisiones son siempre dudosas. En la medida que un delito aún no haya sido intentado, el mismo en términos jurídico-penales no ha ocurrido aún. Lo que llega todavía a comprenderse como un ataque contra un bien jurídico, no puede justificar ninguna acción de causar la muerte. Lo que el padre en el contexto del retorno del hijo realmente hubiese realizado y si la ira quizás no se hubiese desvanecido o al menos no se hubiese minimizado no lo puede saber nadie. La madre hubiese tenido primero que armarse y de haberse producido el caso del estado de necesidad hubiese estado autorizada a matar al esposo con el arma preparada. En el supuesto que se permitiese recurrir a tal acción, pero de modo preventivo, se estaría así contribuyendo a multiplicar las frecuentes tragedias familiares en lugar de disminuirlas. Claramente la medida del § 228 del *BGB* podría autorizar un homicidio, pero pese a que un hombre puede ser pésimo y peligroso, no se trata de alguna cosa, para que en tal sentido se autorice su destrucción ante un peligro próximo. Por eso en estos casos hay que mantenerse en el camino de la antigua jurisprudencia y al autor en la situación extrema concederle

una exculpación conforme al § 35 del *StGB* o un estado de necesidad exculpante putativo (§ 35, párr. 2, *StGB*).

En el ejemplo construido por LENCKNER donde el dueño de un restaurante echa un narcótico en los vasos de cerveza de unos ladrones, cuyos planes él mismo ha descubierto, puede subsumirse el delito bajo los §§ 223, 239 del *StGB* y según el § 34 del *StGB* su acción puede quedar justificada, en el caso de que una alarma a tiempo a la policía o un ingreso a una habitación segura no hayan sido posibles. Acá la frontera de lo proporcional no ha sido sobrepasada, y en la situación de defensa, dado que la misma fundamentalmente ha sido responsabilidad de los conspiradores, se presenta el interés del dueño del restaurante como claramente preponderante.

Los casos que han sido presentados como ejemplo muestran cómo la legítima defensa preventiva con ayuda del § 34 del *StGB* —pero solamente con esta determinación— muy bien puede funcionar, cuando se hace también posteriormente una adicional elaboración y sistematización de esta figura jurídica. Habría acá que indicar solamente que el criterio ya señalado de la “cercanía al peligro” contemplado en el § 34 del *StGB* también desempeña un rol importante en la ponderación. En tal sentido, quedará justificado sobre la base del § 34 quién desarma y esconde el revólver o el cuchillo con los cuales se está siendo amenazado seriamente de ser privado de su posesión, pero el mismo no estará autorizado en este estadio de las cosas a colocar al potencial agresor en un cautiverio privado. Si por el contrario el potencial autor violento procede a tomar el revólver y el cuchillo para poner en marcha su delito sin mayor demora, entonces éste queda autorizado a encerrar a dicho sujeto en el sótano hasta que la policía se haga cargo de este hecho. Incluso el violento impedimento cuya resistencia desencadena una legítima defensa es valorado en esta situación como legítimo. También una eventual responsabilidad del que actúa en estado de necesidad defensivo debe considerarse en la ponderación: el que de modo culpable provoca con una agresión a otros, tiene ya una legítima defensa sólo de modo restringido; las medidas preventivas entonces por regla general no van a estar autorizadas para dicha persona. Todos los puntos de vista a ser tomados en consideración como relevantes para la ponderación de intereses en el caso del estado de necesidad agresivo resultan apli-

cables para la situación de estado de necesidad defensivo en su variante de legítima defensa preventiva.

5 — Una —prudente— analogía hacia el § 228 del *BGB* puede considerarse por el contrario allí donde una agresión en verdad no procede de una cosa pero tampoco de un ser humano. Esto vale, por ejemplo, para amenazas mediante radiaciones o electricidad, pero también para los peligros que pueden desencadenarse mediante el feto durante el embarazo. En tal sentido, por tanto, ORTRUN LAMPE⁶⁹, quien para los primeros tratamientos del estado de necesidad defensivo ha tenido particularmente en cuenta estos casos con mucha atención, no ha hecho algo incorrecto con la remisión al § 228 del *BGB*. Pero estas constelaciones ya no juegan ningún rol trascendental como problema de la Parte General según las nuevas reglas de la interrupción del embarazo y podrían por tanto ser pasadas por alto. Por el contrario, el estado de necesidad defensivo desencadenado por seres humanos es un tema cuyo significado aún gana permanencia en el debate. El presente estudio es solamente un inicio en el camino hasta llegar a la solución de los problemas que han sido presentados mediante el estado de necesidad defensivo. El mismo que presento como agradecimiento en el homenaje por los 70 años del maestro y representante de nuestra ciencia HANS-HEINRICH JESCHECK.

⁶⁹ *Supra*, nota 3.

*La situación análoga al estado
de necesidad: ¿una causa de exclusión
del injusto penal? **

* Título original: «Die notstandsähnliche Lage - ein
Strafunrechtsausschließungsgrund?», en *Festschrift für Dietrich Oehler zum
70. Geburtstag*, DIETRICH HERZBERG (comp.), Heymanns, Colonia, 1985, ps. 181-196.

Traducción por MARIO AMORETTI

(I)

La distinción y el significado básico entre injusto y culpabilidad para nuestro sistema de Derecho penal han sido reconocidos por la jurisprudencia desde RGSt. 61, p. 242 y ss. El legislador de la nueva Parte General ha recogido la distinción y para el caso antiguamente discutido del estado de necesidad ha fijado su regulación en los §§ 34 y 35 del *StGB*. Los cuestionamientos ocasionales que incluso hasta hoy se dirigen en contra de la distinción¹ aparecen como acciones de retaguardia, que ya de antemano deben anticipar la recepción de un rechazo categórico². Mas no obstante, se encuentran siempre nuevamente intentos, como la teoría del espacio libre de derecho³ o la teoría de la responsabilidad por el hecho⁴ de MAURACH, que si bien es cierto, no niegan la distinción entre injusto y culpabilidad, pero que, sin embargo, relativizan y equiparan dichos conceptos en determinados ámbitos mediante construcciones intermedias. El intento más reciente de este tipo ha sido emprendido por GÜNTHER.

GÜNTHER⁵ propone en los elementos constitutivos de la teoría del delito penal reemplazar una "antijuridicidad", cuya eficacia resulta de

¹ El último por parte de GIMBERNAT, *FS-Welzel*, 1974, p. 485.

² KÜPER, *JZ* 1983, p. 88.

³ Representativo ARTHUR KAUFMANN, *FS-Maurach*, 1972, p. 327.

⁴ El último: MAURACH - ZIPP, *AT*, 1, 6ª ed., 1983, §§ 32 y ss.

⁵ *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983. Las siguientes citas corresponden al resumen de la obra, p. 394 y s.

igual valor para todos los campos del Derecho, por la categoría de la “antijuridicidad penal”, la misma que describe un “grado cualificado del injusto”, esto es, un “injusto penal”. “En consecuencia, la ‘antijuridicidad penal’ de una realización del tipo penal no se elimina solamente en atención a su propia ‘juridicidad’ (autorización o aprobación por el ordenamiento jurídico). Puesto que para la exclusión del injusto penal ya sería suficiente con que falte el grado cualificado del injusto indiciado por el tipo penal, esto es, el contenido de merecimiento de pena. La negación de la ‘antijuridicidad penal’ significa la renuncia por el Derecho penal a la desaprobación especialmente severa por la realización de un tipo penal, pero ello no significa simple y llanamente renunciar a la desaprobación jurídica de la conducta”.

Existen así junto a las causas de justificación “generales” (tales como los §§ 32, 34, *StGB*), por medio de las cuales una conducta típica es declarada como permitida, otras causas que solamente están dirigidas a excluir el injusto penal y, en tal sentido, el significado de las mismas tiene cabida exclusivamente para el Derecho penal. Como una forma de “auténtica causa de exclusión del injusto penal” considera GÜNTHER, entre otras, a la figura jurídica de “la situación análoga al estado de necesidad”, que ha sido construida por el mismo *praeter legem* mediante la aplicación por analogía del § 34 del *StGB*⁶. Una situación análoga al estado de necesidad debe estar dada en los casos en los que la situación fáctica descrita por el § 34 del *StGB* se presenta, mas no obstante ésta no da lugar en realidad a una justificación, debido a que el valor del interés protegido no resulta “considerablemente preponderante” respecto al valor del interés lesionado, sino que, más bien, por el contrario, esta diferencia a favor del interés protegido es únicamente insignificante o tampoco permite de modo categórico afirmar la prevalencia del mismo. El injusto penal está excluido en los casos en los cuales “el interés protegido es preponderante frente al interés lesionado o al menos tiene un valor equiparable. Sin embargo, esto tiene solamente validez, en especial, en los casos de equivalencia de los intereses en conflicto, en la medida en que la conducta típica realizada sea un medio

⁶ *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, ps. 326-346.

adecuado para evitar el peligro”⁷. Como ejemplo práctico menciona especialmente los casos de colisión de deberes, de estado de necesidad bajo coacción, la legítima defensa preventiva, la legítima defensa ejercida con inobservancia de sus límites éticos-sociales y el homicidio de una vida condenada a muerte en estado de necesidad defensivo para la vida.

Las consecuencias dogmáticas derivadas de la postura de las causas de exclusión del injusto penal son, de acuerdo con GÜNTHER, las siguientes: el error sobre los requisitos fácticos de las mismas debe conducir en aplicación de la teoría restrictiva de la culpabilidad a la exclusión del dolo, mientras que cuando el error consiste en suponer erróneamente la presencia de una causa de exclusión del injusto penal, habría que diferenciar si el autor cree estar actuando conforme a Derecho como consecuencia de una equivocada valoración jurídica (entonces error de prohibición) o tan sólo cree estar actuando sin incurrir en responsabilidad penal⁸; en este último caso, el error debería ser tratado como absolutamente irrelevante, de acuerdo con la posición dominante en la doctrina. La participación en un hecho delictivo principal, que se encuentra cubierto por una causa de auténtica exclusión del injusto penal, debe estar exenta de pena, dado que la “antijuridicidad”, en el sentido de los §§ 26, 27 del *StGB*, debería estar entendida como “antijuridicidad penal”⁹. Por el contrario, la “antijuridicidad” de la agresión en el sentido del § 32 del *StGB* no (o, en todo caso, no necesariamente) debe quedar descartada mediante una causa auténtica de exclusión del injusto¹⁰. Ello debido a que un comportamiento que no llegue a ser

⁷ *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, p. 329.

⁸ *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, p. 386 y ss.

⁹ *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, p. 390 y ss.

¹⁰ *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, p. 380 y ss. La presentación es algo confusa, en la medida en que la misma tiene como propósito (p. 383 y s.) el deber de comprobar de “modo autónomo”, “si la agresión estuvo permitida jurídicamente o si a ésta tan sólo le faltaría un merecimiento de pena. En el último caso, la agresión ‘antijurídica’ es susceptible de dar lugar a una legítima defensa”. Debe ser aceptado que, entre todos, este “último caso” sería la auténtica causa de exclusión del injusto penal.

antijurídico penalmente siempre puede aún resultar antijurídico en el sentido del orden jurídico en su conjunto y de esa manera configurar una agresión "antijurídica" que autorice una legítima defensa.

En las consecuencias jurídicas de las auténticas causas de exclusión del injusto se observa de modo claro cómo los elementos de las tradicionales causas de justificación y de exculpación se mezclan entre sí. En la teoría del error, así como en la teoría de la participación, se parecen las auténticas causas de exclusión del injusto penal más a las causas de justificación, mientras que en el derecho a la legítima defensa se asemejan más a las causas de exculpación.

(II)

La teoría de las auténticas causas de exclusión del injusto es una concepción sumamente digna de debate, como en general, lo es el referido libro de GÜNTHER, que pertenece al conjunto de monografías más sugestivas de la última década y que acá ha sido referido exclusivamente para el tema tratado. Su propuesta gana elevado interés también a través del hecho de que en el Japón se mantiene viva desde hace décadas la idea de que junto a la antijuridicidad general se requiere de un necesario "merecimiento de pena" dentro del ámbito del injusto. La categoría de una "antijuridicidad penal" que oriente la consideración del merecimiento de pena es allí particularmente elaborada por el reconocido autor de la dogmática SAEKI y ha sido recogida por la jurisprudencia, aunque no obstante ha sido hace poco nuevamente restringida¹¹. Ésta tendrá que ser por tanto también debatida teniendo en cuenta su desarrollo internacional.

El presente breve estudio no persigue tan extensos objetivos. Éste se ocupa únicamente de la causa de exclusión del injusto de "la situación análoga al estado de necesidad" (que dicho sea de paso no tiene paralelo alguno en la teoría japonesa). En lo que respecta a las constelaciones que GÜNTHER desarrolla bajo este término, la posición hasta ahora dominante en la doctrina asume en parte justificación, en parte

¹¹ Cfr. cercano ASADA, *ZStW* 97 (1985), ps. 465-479.

exculpación y en parte también punibilidad. Yo quiero en lo siguiente dedicarme a analizar el tema sobre la base de la pregunta acerca de si nuestro tradicional arsenal dogmático no ofrece en lo que respecta a estas tres posibilidades una solución que resulte realmente adecuada y si la cuarta vía que ha sido introducida por GÜNTHER, que resuelve con la misma horma de una nueva categoría penal los casos discutidos y los casos límite del estado de necesidad, representa una mejor solución en comparación con los caminos convencionales de la distinción.

(III)

En primer lugar, más allá de los discutidos casos límite, debe quedar primeramente zanjado que no se debe entrar a considerar que la anti-juridicidad penal está descartada para aquellos casos en donde el interés protegido por el estado de necesidad prevalece de modo insignificante. Esta postura padece del problema de no referir con claridad los casos para los cuales resulta aplicable. La tesis que salta a primera vista, según la cual el legislador habría querido en la causa de justificación del § 34 del *StGB* imponer que el interés protegido no solamente sea inequívoco, sino también que en cuanto a su dimensión material sea cuantitativamente superior, es totalmente falsa¹². Cuando un interés resulta predominante de modo inequívoco, en función a la orientación de una ponderación sobre un conjunto de normas jurídicas objetivas, aunque solamente se tratase de una prevalencia insignificante, ha sido mediante ello establecido que el mismo es digno de protección de acuerdo al ordenamiento normativo y, por ello, su defensa tiene que encontrarse siempre legitimada por el § 34 del *StGB*. Negar la justificación significaría que el legislador se estaría colocando del lado del bien jurídico objeto de la agresión y no del lado del bien jurídico objeto de la conservación¹³. Sería una contradicción en sí misma, que el orde-

¹² Pionero: SCHÖNKE - SCHRÖDER - LENCKNER, *StGB*, 21ª ed., 1982, § 34, n° marg. 45; KÜPER, *GA* 1983, p. 289 y ss.

¹³ Las denominaciones que se han impuesto, "bien jurídico objeto de la agresión", para definir al objeto que entra en consideración del lado de la víctima, y "bien jurídico

namiento jurídico establezca, por un lado, la primacía del bien jurídico objeto de la conservación y, al mismo tiempo, niegue la justificación de la defensa del mismo, que en buena cuenta equivaldría a otorgar mayor ponderación al interés del lado del bien jurídico objeto de la agresión.

El requisito de "considerable" preponderancia entre los intereses puede así entenderse válidamente sólo en el sentido de que el interés protegido predomine indudablemente, de un modo tal que la necesidad de un tratamiento prioritario deba evidenciarse claramente. Es por ello que la cláusula de mayor preponderancia contiene todavía una importante función social y política: ella proporciona seguridad jurídica permitiendo una agresión únicamente en casos donde existe un reconocimiento de evidente preponderancia de bienes jurídicos que son objeto de la conservación, mientras que en los inevitables casos donde se presentan zonas grises de inseguridad, debido a las complejas ponderaciones de intereses, conserva la paz jurídica, evitando una agresión en contra de bienes jurídicos de terceros, en particular, de aquellos que no participan de la situación del estado de necesidad. Únicamente respecto a estos ámbitos podría cobrar significado la "situación análoga al estado de necesidad" de GÜNTHER: donde la preponderancia del bien jurídico objeto de protección fuese dudosa o al menos no resultase del todo absolutamente reconocible quedaría excluida la antijuridicidad penal de una actuación realizada en estado de necesidad. El autor quedaría así liberado mientras que según la posición tradicional se mantendría en principio intacta su responsabilidad a causa de haberse sobrepasado los límites trazados por el § 34 del *StGB*.

La comparación de ambas soluciones entre sí se inclinan a favor de la concepción de GÜNTHER, en el sentido de que de un modo objetivo la necesidad de pena está reducida, ya que no es que el autor haya solamente afectado bienes jurídicos, sino que éste ha realizado también una conducta para conservar los mismos, aproximándose, al fin y al cabo, su acción a quedar justificada. En contra de ello, se aprecia, sin em-

objeto de la conservación", para hacer referencia al bien jurídico que se encuentra siendo amenazado con un peligro, proceden ambas de KÜPER, *JZ* 1976, p. 516.

bargo, que la renuncia a la amenaza de la pena infringe los efectos de prevención general emanados de la cláusula de preponderancia, cuya consecuencia se traduce en un necesario desmedro de transparencia y paz jurídica. Ello debido a que si se considera que el comportamiento en estado de necesidad en caso de duda sobre el resultado de la ponderación está exonerado de pena, surge el estímulo para que una situación de necesidad, que en la mayor de las ocasiones es propia, desemboque en ataques en contra de bienes de terceros realizados sin mayor reparo. Dado que con la exclusión de la antijuridicidad penal no necesariamente se descarta de modo simultáneo la antijuridicidad, la claridad de las fronteras se difuminan entre los supuestos en que media la autorización para realizar una agresión y aquellos en los que existe la prohibición de causar un daño, como criterios de orientación de la conducta. También se generan nuevas situaciones de confrontación mediante el mantenimiento del derecho a la legítima defensa en los casos en los que sólo se presenta la exclusión del injusto penal, ya que esto puede traer consigo lesiones de bienes jurídicos adicionales, tanto para los que actúan en estado de necesidad análogo, como para las víctimas de estas agresiones. El reconocimiento de estados de necesidad análogos entendidos como auténticas causas de exclusión del injusto penal provocan por tanto situaciones de legítima defensa que resultan peligrosas, las mismas que actualmente son evitadas mediante el mantenimiento de la amenaza de pena para los casos de un exceso de los límites del § 34 del *StGB*.

Con todo el debido respeto por la intención de realizar una contribución a la descriminalización sobre los casos de justificación a partir de las causas de exclusión del injusto penal, no puede menos que establecerse que los mejores argumentos están del lado contrario a la propuesta de GÜNTHER. Dado que los peligros que se presentan por la ruptura de los límites entre lo permitido y lo punible, como él propugna, resultan inevitables y no intrascendentes. El beneficio no obstante que es conseguido mediante esta solución, en el sentido de lograr que cada extralimitación de las causas de justificación no tenga que culminar con una sanción penal, se consigue también en todos los casos con la ayuda de los §§ 153, 153a del *StPO*. La crítica que ha sido planteada en el sentido de que reemplazar la ausencia de una regla jurídica inequí-

voca de carácter material por la aplicación de una solución procesal no es siempre algo seguro, no es acá de recibo. Ello debido a que resultaría más difícil determinar en un caso concreto donde los intereses en disputa poseen un valor equivalente, si se presenta una exclusión del injusto penal en consideración de la cláusula de adecuación¹⁴, que establecer si tal situación reúne los requisitos previstos por los §§ 153, 153a StPO.

(IV)

El primer grupo de casos típicos en los cuales el injusto penal queda excluido por la situación análoga al estado de necesidad según GÜNTHER¹⁵ es la colisión de deberes. De acuerdo a la teoría actualmente dominante y valorativamente aceptada¹⁶ se presenta una colisión de deberes en el sentido estricto de la palabra solamente cuando en el marco de la colisión existen diversos deberes jurídicos de actuación. En el caso de una equiparación del valor de los deberes de conducta debe surgir, según la posición mayoritaria, una causa de justificación —de carácter supralegal, dado que la misma no está comprendida por el § 34 del StGB—. La colisión entre el deber de actuar y el deber de omitir en los casos en que ambos tengan un mismo valor (como en el conocido caso de la eutanasia efectuada por un grupo de médicos alemanes durante el nacionalsocialismo) es solucionado, por el contrario, mediante la regla del § 34 del StGB, deduciéndose que el deber de omisión tiene prioridad, de modo que la observancia de un deber de conducta (por ejemplo, la acción de rescate de pacientes que padecen una enferme-

¹⁴ Cfr. la formulación propuesta por GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983 (nota 7). En particular llama la atención que posteriormente se denomine a la conducta como “medio adecuado (...) para la evitación del peligro”, pese a su antijuridicidad general.

¹⁵ *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, ps. 331-335.

¹⁶ Ha sido últimamente defendida de modo sorprendente y profundizada en sus fundamentos por KÜPER, *Grund und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenollision im Strafrecht*, 1979.

dad mental a través del homicidio de otros de ellos) es antijurídica y en todo caso mediante una exculpación "supralegal" puede quedar exenta la aplicación de la pena. GÜNTHER agrupa estos dos tipos de colisión en una postura general bajo el título de colisión de deberes y considera el cumplimiento de ambos deberes de modo unitario como una causa de exclusión del injusto penal. De esa forma, la causa justificante de la colisión de deberes es reducida de nivel, para ser considerada como una causa que solamente excluye la antijuridicidad penal, mientras que el caso de la exculpación supralegal es elevado de grado y pasa a ser una causa que excluye la no antijuridicidad penal.

¿Existe en esta unificación un beneficio dogmático? En el caso de la colisión de deberes de conducta del mismo valor (el padre que puede rescatar solamente a uno de sus dos hijos que están a punto de morir ahogados; el médico que únicamente tiene la posibilidad de brindar auxilio oportuno a uno de sus dos pacientes enfermos) me parece que los mejores e importantes fundamentos están del lado que considera que quien actúa en cumplimiento de uno de estos deberes de conducta obra verdaderamente de modo justificado¹⁷. Ello debido a que el desvalor de acción no se presenta, pues, cuando un comportamiento deseado (el rescate de ambas víctimas) es humanamente imposible, el propio ordenamiento jurídico no puede ofrecer así un comportamiento alternativo. GÜNTHER refiere que este argumento resulta "dudoso"¹⁸, porque también el inimputable obra de modo antijurídico y, sin embargo, el mismo no puede actuar de forma debida. Sin embargo, con ello se pasa por alto la diferencia básica, que consiste en que el inimputable contraviene una norma general de obligado cumplimiento, mientras que quien actúa en el caso de colisión de deberes cumple con uno de dos deberes que tienen el mismo valor, siendo el acto exteriorizado posible de modo absolutamente objetivo. Ya que el ordenamiento jurídico tan sólo puede pedir el cumplimiento de uno de estos dos deberes, debe considerarse

¹⁷ Esto resulta en primer lugar válido contra las posturas que propugnan una mera causa de exculpación; véase GALLAS (en *Pflichtenkollision als Schuldausschließgrund, Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, p. 74 y ss., JESCHECK (AT, 3ª ed., 1978, ps. 295, 406 y ss.) y TRÖNDLE (StGB, 42ª ed., 1984, n.º marg. 11, § 32).

¹⁸ *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, p. 332.

que el cumplimiento de dicho mandato conduce a la justificación del mismo y no que solamente exime de una mayor desaprobación penal. De igual modo, carecería de todo sentido conceder un derecho a la legítima defensa de terceros que no permita brindar ayuda, de acuerdo a la elección personal del titular de los deberes de conducta. La razón de ello es que a través de esto no puede conseguirse una mejora, ya que de uno u otro modo únicamente una persona podrá ser salvada. Por el contrario, la misma puede ser perjudicial, ya que un obstáculo contra el sujeto que ejerce la ayuda sólo conduce, en la mayoría de las ocasiones, a que ninguna de las dos personas en peligro puedan ser socorridas.

En la colisión entre un deber de conducta y un deber de omisión de valor equiparable me parece dudoso considerar que es indiferente si el sujeto que actúa en estado de necesidad quiere cumplir el deber de conducta o el deber de omisión para aceptar en ambos casos una exclusión del injusto penal y liberarlo de responsabilidad. GÜNTHER¹⁹ menciona como ejemplo, junto a los casos ya referidos sobre la práctica de eutanasia por parte de los médicos alemanes durante el nacionalsocialismo, el caso del enfermo que es desconectado de la máquina cardiopulmonar y, de esa manera se le ocasiona la muerte, para salvar a otro paciente que tiene mayores posibilidades de sobrevivir o la constelación, donde el guardagujas que ve cómo un vagón de mercancías sin maquinista se dirige descontrolado hacia un tren repleto de pasajeros y, para evitar la muerte de muchas personas, desvía en el último momento el tren a una vía secundaria, en la que como ya este mismo había previsto un trabajador de las vías férreas muere al ser arrollado por el tren. GÜNTHER no está de acuerdo con la autorización de estas muertes, no obstante, él no quiere considerarlas tampoco como penalmente antijurídicas. Con ello de manera preocupante se relativiza el mantenimiento del principio invulnerable de en ningún caso autorizar que se ocasione con dolo directo la muerte de una persona inocente, que no ha participado en el desencadenamiento del estado de necesidad. Ello debido a que mediante la equiparación jurídica de la causación activa de una muerte con la forzosa pasividad inmutable del destino, renuncia el or-

¹⁹ *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, p. 333.

denamiento jurídico a regular una conducta, cuando lo correcto es tener que hacerlo estableciendo que en ningún caso se puede causar la muerte a una persona que no ha provocado la situación de necesidad por nobles que sean los fines perseguidos, y, de igual modo, que jamás puede ponderarse la vida humana contra otra vida en función a su cantidad de número o cantidad de duración.

Es más apropiado que tales casos de vulneración contra el principio básico de intangibilidad de la vida humana se resuelvan con remisión al ámbito de la culpabilidad. En el supuesto de que en los mismos se acepte plenamente la realización del injusto, un análisis desde el punto de vista de una causa de exculpación supralegal obliga a realizar a su vez diferenciaciones adicionales, que mediante la postura unitaria de la causa de exclusión del injusto penal son simplemente allanadas. Una causa de exculpación supralegal se presenta así en primer lugar en los casos de comunidades de riesgo (a los cuales pertenece el ejemplo del caso de eutanasia de los médicos alemanes durante el nacionalsocialismo), mientras que en los cuales corre peligro la vida de un tercero no participante en los hechos, incluso una exculpación resultaría problemática. De empezar a tomar en cuenta en el examen de ponderación elementos tales como la duración restante de la vida o las chances de curación debería aceptarse de modo consecuente incluso la exculpación de quien sacrifica a un moribundo a fin de que sus órganos sean utilizados en un trasplante que requiere de los mismos para salvar una vida. Lo cual de ninguna manera es algo que alguien seriamente quiera defender.

El resumen de mi posición es: la diferenciación tradicional entre justificación, exculpación y punibilidad para el grupo de casos descritos sobre colisión de deberes y colisión de bienes jurídicos respecto a la diversidad de formas de sus propias situaciones límites alcanza una solución que resulta más justa que mediante la solución unitaria de la exclusión del injusto penal.

(V)

En el estado de necesidad coactivo, que en cualquier caso ya se encuentra exculpado según el § 35 del *StGB*, se presenta una discusión

que resulta confusa. El problema consiste en si resultaría posible clasificar en el marco de una justificación a una conducta realizada por la fuerza de la coacción, cuando los daños que ésta ocasiona resultan mucho menores a la propia coacción que ha ocasionado el estado de necesidad. La posibilidad de una justificación conforme al § 34 del *StGB* es refutada entre todos por LENCKNER²⁰ con el argumento de que “el autor en esta situación, incluso padeciendo la medida de fuerza de una coacción, actúa estando del lado del injusto, lo cual jamás puede ser aprobado por el ordenamiento jurídico, sino se quiere renunciar a uno de los requisitos elementales de su propia validez”. La posición contraria²¹ concede una justificación en el caso de que se presente una significativa diferencia de valor entre los daños ocasionados y los evitados, considerando que la persona que obra ante el peligro de un estado de necesidad coactivo puede dar por sentada una autorización sobre la base de la solidaridad humana, en donde es irrelevante si la situación que motiva el estado de necesidad es producto de la fuerza de la naturaleza o de la intervención humana.

En vista de esta intensa discusión ofrece GÜNTHER²² “como rescate el camino de armonizar ambos puntos de vista mediante la exclusión del injusto penal sobre la base de las auténticas causas de exclusión de la situación análoga al estado de necesidad”. Esta posición se acerca más a la postura de LECKNER que a la solución de la justificación, en la medida en que aquélla otorga a la víctima el derecho a la legítima defensa.

También yo quisiera adoptar una postura entre estas dos posiciones extremas, pero sin contar con la ayuda de un compromiso asentado entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad, sino más bien orientada en función a la distinción. En el supuesto de que alguna persona a causa de los severos medios de coacción del § 35 del *StGB* se vea obligada a perjudicar ligeramente bienes jurídicos de terceros, tal co-

²⁰ SCHÖNKE - SCHRÖDER - LENCKNER, § 34, p. 41; también LANGE, *NJW* 1978, p. 785.

²¹ Por todos SAMSON, en *SK, StGB*, 3ª ed., § 34, n° marg. 8; KREY, *Jura* 1997, 321, nota 33; SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2ª ed., 1975, n° marg. 9/69.

²² *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, p. 336.

mo ocurre con una privación de la posesión o una violación de domicilio, debe otorgarse una justificación. En tal circunstancia, el titular del bien jurídico se encuentra obligado por razones de solidaridad a asumir directamente el mismo la exigua pérdida, frente a la víctima de la coacción, la cual se encuentra exculpada en virtud del marco jurídico establecido en los §§ 34, 323c del *StGB*, 904 del *BGB*. La crítica formulada en el sentido de que ello supondría una renuncia del propio orden jurídico no puede ser trasladada a este ámbito, porque la ley ya en casos de delincuencia menor por diversos motivos renuncia a su imposición, sin que por ello exista algún tipo de cuestionamientos. Es más, se mantiene en toda su extensión la existencia de la responsabilidad del hombre de atrás que ejerce la coacción, de modo que de lo que aquí se trata es solamente de que el instrumento sin culpa que actúa por la fuerza de la acción quede liberado del riesgo de una legítima defensa. Este óptimo resultado, sin embargo, queda ya descartado de modo directo si se sigue el camino de la mera exclusión del injusto penal, el mismo que para los seguidores de la solución de la justificación no presenta una "solución armónica", sino sólo confirma un callejón sin salida.

Por otro lado, hay que darles la razón tanto a LENCKNER como a GÜNTHER, en el sentido de que para los casos de graves afectaciones de bienes jurídicos no puede ser establecida una justificación sobre la base de la coacción y la víctima del ataque efectuado mediante autoría mediata debe tener el derecho a la legítima defensa. Cuando una persona es obligada a realizar un delito bajo una amenaza de muerte que en sí misma es relevante, mas cuya dimensión de los daños se encuentra muy por debajo de la pérdida de una vida, no obstante la misma, no puede presentarse una justificación a favor de quien actúa coaccionado mediante el § 34 del *StGB*²³ a causa del marco de validez del orde-

²³ En el caso de que una persona preste un falso juramento a causa de una amenaza de muerte yo aceptaría únicamente una exclusión de la culpabilidad, conforme al § 35 del *StGB*, en el caso que los otros requisitos también sean cumplidos. También la liberación de peligrosos reclusos para el rescate de rehenes puede ser descalificada sin más en cuanto a su justificación conforme al § 34 del *StGB*, de modo que el encargado o director de la institución pública que a causa de su propia decisión efectúe una acción de es-

namiento jurídico. En caso contrario, un gánster necesitaría solamente servirse de órganos directivos que han sido doblegados, a través de los métodos del § 35 del *StGB*, para que en la consecución de sus acciones criminales quede eliminado incluso cualquier tipo de riesgo procedente de una legítima defensa. A pesar de que en tales constelaciones, tanto la tesis de la exclusión del injusto penal, como la tesis de una causa de exclusión de la culpabilidad conducen al mismo resultado correcto, me parece que la postura de LENCKNER respecto a la exclusión de la culpa es más adecuada. Ello porque esta posición otorga mediante la ponderación un reconocimiento en mayor medida a aspectos decisivos vinculados a la idea de prevención general, en el sentido de que el prevalecimiento del derecho no debe ser puesto en tela de juicio y también porque ratifica que aquello que ya es considerado un injusto penal en una situación de emergencia no puede transformarse en algo jurídico, lo cual es una expresión que reviste mayor claridad que la postura de una exclusión del "injusto penal". Otro argumento a favor de otorgar solamente una exclusión de la culpabilidad a la persona que actúa bajo coacción se fundamenta en el hecho de que quien colabora en el acto realizado en estado de necesidad coactivo, pero sin que respecto a éste medie dicha coacción, de todas modos, debe ser sancionado como partícipe. En el caso de que se deje impune la participación en un acto que no es penalmente antijurídico, como GÜNTHER quiere, tendría, sin embargo, en tal caso, que ser aceptada una participación punible en el acto realizado por el hombre de atrás, con lo cual no obstante caen sin más en un abismo las consecuencias específicas derivadas de la simple aplicación de la causa de exclusión del injusto penal.

ta naturaleza, se haría responsable penalmente de acuerdo al § 120 del *StGB*. En el caso de que se quiera otorgar una justificación en tales casos para los órganos directivos del Ejecutivo —o sea, el gobierno de la República Federal— debe recurrirse a fundamentos basados en el Derecho público, que otorguen también a cualquier persona una permisión válida para actuar en estado de necesidad que legitime su conducta. Esto no puede ser más perseguido en el marco de esta contribución. La primera aproximación para superar este problema dogmático en KREY, *ZRP* 1975, p. 97, y SCHÖNKE - SCHRÖDER - LENCKNER, § 34, n° marg. 41.

(VI)

El caso de la legítima defensa preventiva configura también para GÜNTHER²⁴ una "situación análoga al estado de necesidad" que conduce a la exclusión del injusto penal. El mismo que se encuentra compuesto por el importante grupo de casos en el que el estado de necesidad defensivo es generado por la acción de una persona²⁵. Él rechaza de modo acertado que tales casos sean resueltos por medio de la analogía del § 32 del *StGB*, que ha sido la vía recomendada por muchos autores, entre los que destaca SUPPERT²⁶, ya que la autorización de recurrir a los ataques de bienes jurídicos de modo preventivo únicamente puede presentarse sobre la base de otro tipo de requisitos frente a aquellos que han sido contemplados de manera drásticamente restringida para fundamentar la legítima defensa, de manera que una aplicación por analogía carece de base. Hay que darle la razón también a GÜNTHER cuando rechaza la justificación de una legítima defensa preventiva en función de una causa de justificación supralegal²⁷ derivada de una aplicación por analogía del § 228 del *BGB*, porque la medida que sirve para cuantificar la afectación de peligros desencadenados por cosas no puede ser traspasada a las personas, ya que éstas deberán ser tratadas de modo mucho más benévolo, en la medida en que los peligros procedentes de las mismas no se tornen en agresiones actuales y antijurídicas.

Por el contrario, no veo por qué los casos de legítima defensa preventiva no podrían ser solucionados mediante la aplicación directa del § 34

²⁴ *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, ps. 338-441.

²⁵ En detalle sobre la problemática: ROXIN, *FS-Jescheck*, 1985, ps. 457-484; para la prueba por separado de modo resumido y esquematizado de las diferentes soluciones me remito a este estudio.

²⁶ *Studien zur Notwehr und „notwehrähnlichen Lage“*, 1973, bes. 356 y ss.; además SAMSON, en *SK*, § 32, n° marg. 10; JAKOBS, *AT*, 1983, 12/27.

²⁷ Sobre esto, por todos, en numerosas contribuciones HRUSCHKA; cfr. *FS-Dreher*, 203; *JuS* 1979, p. 391; *NJW* 1980, p. 22, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1983, p. 68 y ss.

del *StGB*, como ha sido rechazado por GÜNTHER. La medida de una autorización preventiva debe ser graduada fundamentalmente en función del grado del peligro que amenaza y, adicionalmente, nunca debe sobrepasarse la proporcionalidad, así como jamás debe emplearse la misma para autorizar la causación de la muerte o de lesiones graves²⁸. En el caso de quien se mantiene dentro de estos límites y, por ejemplo —ante la presencia de los requisitos del § 34 del *StGB*—, intenta de modo directo impedir un homicidio, encerrando a alguien en una habitación, o quien interrumpe un robo a realizarse durante la noche echando un narcótico en el vino de los agresores²⁹, no puede dudarse de modo razonable que el “interés protegido predomina frente al interés afectado”, de modo que el § 34 del *StGB* justifica este comportamiento de modo directo. Pero cuando el interés protegido no supera en su valor al interés afectado en el marco de una medida preventiva³⁰, aún existe una considerable preponderancia del interés protegido sobre el interés lesionado, ya que el origen del peligro se encuentra en el ámbito de la persona contra la cual se dirige la defensa preventiva, lo cual en la ponderación compensa favoreciendo al que ejercita dicha medida.

GÜNTHER objeta contra una justificación fundamentalmente que los defensores de esta posición recurren en el marco del § 34 del *StGB* al mecanismo de la ponderación del § 228 del *BGB*, lo cual sería desmedido, porque así “el sujeto estaría consiguiendo una autorización para ejercer una defensa, que coincide totalmente o por lo menos en gran parte con el § 32 del *StGB*, a pesar de que en este supuesto se presenta

²⁸ Cfr. similar a ROXIN, *FS-Jescheck*, 1985.

²⁹ Según el conocido ejemplo de LENCKNER, *der Rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 102.

³⁰ Como en BGH, *NJW* 1979, p. 2053 (un *voyeur* que entra en un domicilio en más de siete ocasiones asustando a una pareja de esposos es disparado durante la huida, para evitar de forma definitiva que una amenaza de este tipo se repita) y BGH 13, p. 197 (una madre que padece una enfermedad mental y que en todo caso debió ser sometida a un proceso de curatela es de vez en cuando encerrada por uno de sus parientes a efectos de evitar que a ésta le ocurra una desgracia).

la ausencia del requisito de la inmediatez de la agresión, que es un requisito de la legítima defensa”³¹. Si bien la crítica contra la medida del § 228 del *BGB* está debidamente fundamentada, el rechazo que se dirige contra el empleo del § 34 del *StGB* no resulta fructífero, puesto que dicha fórmula permite para el caso de la legítima defensa preventiva el desarrollo de una autónoma y adecuada medida de ponderación. Por consiguiente, si se admite el carácter preventivo de una defensa sólo en el caso de que la misma se encuentre con arreglo al grado del peligro, a lo sumo que sea proporcional, pero también siempre en la medida en que se hayan excluido muertes o lesiones graves, no se aprecia el porqué no debe entrar en consideración una justificación. La concesión de una mera “auténtica causa de exclusión del injusto penal” tiene consecuencias perjudiciales graves, ya que contra quien impide una agresión en estado de necesidad se estaría aceptando el uso del derecho de legítima defensa, lo cual se encuentra en esta circunstancia fuera de lugar y solamente puede conducir a una indeseada elevación de la violencia. Por ejemplo, cuando para evitar la realización de un hurto una persona esconde los instrumentos del delito en momentos en los cuales el ladrón se dispone a ponerlo en marcha, debe considerarse esta acción cubierta por el § 34 del *StGB*. No tiene sentido otorgar un derecho a la legítima defensa al ladrón, que solamente podría servir para que dicho sujeto posibilite la realización de su delito, mientras que quien actúa interviniendo para impedirlo termine resultando lesionado. Es cierto que GÜNTHER³² —de modo consecuente— solamente quiere concederle el derecho a la legítima defensa al delincuente que se encuentra aún en estado de preparación, “de acuerdo a los principios de la situación de legítima defensa en provocación”, no obstante también esto se le va más allá de las manos, pues no es menos cierto que GÜNTHER niega también los límites ético-sociales de la legítima defensa (cfr. VII), y, nuevamente termina aprobando una “situación análoga al estado de necesidad”, que exime de pena a quien actúa bajo este supues-

³¹ *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, p. 340.

³² *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, p. 384.

to. La categoría de las "auténticas causas de exclusión del injusto penal" me parece, por tanto, que no resulta adecuada para solucionar el problema de la legítima defensa preventiva.

(VII)

Además, GÜNTHER³³ intenta recurrir nuevamente en relación a una parte de los casos en donde existe una lesión a bienes jurídicos producida por inobservancia de los límites ético-sociales de la legítima defensa³⁴ también a la aplicación de las causas auténticas de exclusión del injusto penal de la situación análoga al estado de necesidad³⁵.

Él establece situaciones de estado de necesidad defensivo que se encuentran subsumidas en tipos penales, las mismas que, por un lado, no encuadran dentro del § 32 del *StGB*, porque los límites ético-sociales de la misma han sido excedidos, pero, por otro lado, aún no se presenta un merecimiento del injusto, debido a que el comportamiento del autor no ha elevado el merecimiento de desaprobación jurídico-penal. La auténtica causa de exclusión del injusto penal de "la situación análoga al estado de necesidad" se sitúa, por tanto, entre la aprobación jurídica expresada en el § 32 del *StGB* y la mera exculpación del exceso en la legítima defensa, prevista en el § 33 del *StGB*, generando como consecuencia la renuncia a un reproche penal derivado de la realización de un tipo penal.

GÜNTHER no profundiza cuáles son los casos de exceso en el ejercicio de la legítima defensa que configuran una situación análoga al estado de necesidad, no obstante, al menos esto puede desprenderse de las indicaciones que el mismo realiza en las situaciones abordadas³⁶. En tal sentido, en el caso de la legítima defensa provocada de modo culpable, es verdad que en realidad el derecho a la legítima defensa se encuen-

³³ *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, p. 384.

³⁴ Cfr. de modo resumido ROXIN, *ZStW* 93 (1981), p. 68 y ss.

³⁵ *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, p. 342.

³⁶ *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, ps. 344 y 345.

tra restringido; no obstante "al menos en el caso de agresiones graves vía 'la situación análoga al estado de necesidad' podría exceptuarse la sanción de la defensa del provocador, que valorativamente en términos jurídico-penales resulte típica, a través de un rechazo a criminalizar dicha conducta, a pesar de que mediante la provocación no se estuviese garantizando la preservación del ordenamiento jurídico". Como otro tipo de ejemplos se mencionan el caso de una cuchillada acometida durante una discusión violenta entre estudiantes de dieciocho años en el transcurso de una pausa de clase³⁷ y la legítima defensa realizada entre esposos. En algunos de estos casos, la muerte del agresor no siempre podría encontrarse justificada, sin embargo, eventualmente podría beneficiarse con la exclusión del injusto.

Sin embargo, las propuestas referidas son pasibles de diversas objeciones. En primer lugar, las restricciones ético-sociales no pueden ser separadas de la legítima defensa. No es correcto que, donde las restricciones ético-sociales de la legítima defensa prohíban determinadas lesiones contra el agresor, pueda aún subsistir "a medias" una legítima defensa, que podría permitir, al menos, la exclusión del injusto penal (en el caso de que ya no excluya la antijuridicidad) de la realización del tipo penal. Las restricciones ético-sociales no se presentan de modo externo, como si "en realidad" se trataran de un requisito adicional para autorizar la legítima defensa, sino que éstas designan las restricciones inmanentes a la misma, más allá de las cuales no puede existir legítima defensa alguna, así como tampoco una exoneración de la pena, que sería exigida mediante una "moral del homicidio", pero que debe estar contrarrestada mediante las restricciones ético-sociales. Como la víctima de un exceso en la legítima defensa tiene a su disposición un derecho a la legítima defensa, aquel intercambio de actividades violentas puede servir para aumentar la violencia, en lugar de contenerla. También dado que tan sólo una parte de aquellas conductas que han infringido las restricciones ético-sociales deben quedar justificadas de pena a través del reconocimiento de la situación análoga al estado de nece-

³⁷ BGH, NJW 1980, p. 2263 y s., asumió aquí una verdadera causa de justificación según el § 32 del StGB.

sidad se ensombrece el límite de la punibilidad en este campo altamente sensible. Ello favorece a que en el marco de discusiones violentas se presente una tenue esperanza mediante indicaciones poco precisas de obtener una repentina exclusión del injusto penal. La conclusión opuesta resulta mucho más fácil de ser deducida del § 33 del *StGB*. La misma que establece que más allá de los casos estrictamente determinados en dicha norma no debe presentarse una exclusión de la pena para los casos de exceso en legítima defensa.

Una objeción adicional que resulta decisiva para imposibilitar el punto de partida de GÜNTHER de considerar el caso de un exceso en las restricciones a la legítima defensa como un supuesto de la situación análoga al estado de necesidad radica en que una inobservancia a estos límites significa que los propios requisitos del estado de necesidad análogo desde un principio incluso no pueden haber sido cumplidos. Esto debido a que las restricciones ético-sociales exigen —en mayor o menor medida, según el grupo de casos de que se trate— tres requisitos: esquivar la agresión, en todo caso, recurrir a ayuda externa como el medio más benigno de realizar la defensa y, en el caso de que resulte ineludible efectuar una conducta de “resistencia defensiva” contra el agresor, la conducta debe evaluar, sobre la base de la solución más benigna, la posibilidad incluso de asumir riesgos menores. La situación análoga al estado de necesidad también exige cada uno de estos requisitos. En el caso de que un sujeto, en lugar de incurrir en un exceso en la legítima defensa, pueda evitar un ataque esquivándolo o recurriendo a ayuda de terceras personas, sin lastimar al agresor, el peligro al que hace referencia el § 34 del *StGB* es así “de otro modo evitable”, y, por ello, no se cumple con los requisitos de la situación análoga al estado de necesidad, que de esta manera presenta los mismos requisitos que el estado de necesidad justificante. En el caso de que alguien no pueda evitar el peligro de otra forma que no sea mediante una defensa directa y cuando en ello a consecuencia de la acción defensiva se ocasiona de todas maneras la muerte del agresor sin observar el grado de culpabilidad del mismo —como en los ejemplos de GÜNTHER de la muerte de los estudiantes o de los esposos— no pueden tampoco equipararse los intereses de éste con el interés de la víctima para verificar la existencia del estado de necesidad. Ello debido a que sus intereses son consi-

derados ya en el marco de la legítima defensa, en donde la persona está autorizada a realizar lo necesario para su defensa, sin necesidad de aceptar merma alguna. La situación análoga al estado de necesidad no puede cubrir más circunstancias, porque también en este caso el principio de prevalencia del ordenamiento jurídico no desempeña ningún papel, el mismo cuyo marco en todos los casos donde no existe una legítima defensa con restricciones ético-sociales permite una amplia "desconsideración".

(VIII)

En su último grupo de casos sobre "el homicidio de una vida condenada a muerte en estado de necesidad defensivo para la vida", GÜNTHER³⁸ trata de manera muy reservada la postura de la situación análoga al estado de necesidad. Él quiere afirmar la misma solamente allí donde el estado de necesidad defensivo se presenta, o sea, en el caso de quien se libera del peligro de perder la vida matando a una persona que se encuentra ya condenada a morir, siempre que la víctima se haya colocado por sí misma en este estado. En todos los otros casos debe surgir solamente un estado de necesidad exculpante. Esto conduce al resultado de que "una situación análoga al estado de necesidad" se presenta cuando, por ejemplo, *B* ha caído precipitándose por medio de una grieta en un glaciar y al encontrarse éste amarrado mediante una cuerda a *A*, sucede que este último corta dicha cuerda en momentos que está siendo arrastrado hacia las profundidades del glaciar evitando así precipitarse a la muerte junto con *B*. Por el contrario, GÜNTHER acepta junto a la doctrina dominante con razón solamente una exculpación en el histórico caso "Mignonette", donde en circunstancias de un naufragio la única manera de mantenerse con vida es mediante el homicidio y el canibalismo practicado contra aquellos jóvenes tripulantes que ya se encontraban condenados a morir. Si bien es cierto que existe también acá la presencia de personas que se encuentran condenadas a morir;

³⁸ *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, p. 345 y s.

no es menos cierto que no se configura en este supuesto un estado de necesidad defensivo, debido a que en la infeliz situación de un naufragio no han tenido absolutamente nada que ver los jóvenes tripulantes de la nave.

Es correcta la postura que fuera del caso del estado de necesidad defensivo en tales casos sólo admite una exculpación. La razón de ello es que la vida humana no puede ser objeto de ponderación sobre la base de la duración de la misma; es pues, también la vida de aquellas personas que se encuentran condenadas a morir vida humana plenamente valiosa, cuya destrucción en estado de necesidad bajo los requisitos del § 35 podría quedar exculpada, mas no puede quedar justificada³⁹. El estado de necesidad defensivo no obstante que se presenta ante nosotros como una variante del muchas veces citado caso de los montañeros, debe ser valorado de modo distinto a como lo hace GÜNTHER. Acá no existe una exclusión del injusto penal por una situación análoga al estado de necesidad que permita una legítima defensa, sino un estado de necesidad justificante que excluye la legítima defensa de acuerdo al § 34 del *StGB*, sin que esto tenga vinculación alguna con "la proximidad de la muerte" de la víctima. Nadie está obligado a arrastrarse por otro a la muerte, y ello no se debe a que dicha persona de todas maneras más adelante vaya a morir, sino debido a los costos del peligro que sufre quien ha sido puesto en peligro. El principio de la imponderabilidad de la vida humana sufre acá una excepción, que naturalmente en el fondo solamente es ficticia; porque la preponderancia del interés en un comportamiento en estado de necesidad defensivo se obtiene no por una diferencia de valor entre vidas humanas, sino por la causación del peligro a través de la víctima, sin cuya intervención no se podría obligar al sacrificio de la propia vida⁴⁰. Tal como indiscutidamente se considera que se actúa de modo jurídicamente correcto cuando ante la ausencia de otro medio de rescate se le dispara a un loco homicida que va asesi-

³⁹ Cfr. la posición solitaria a favor de KÜPER (*Grund und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenollision im Strafrecht*, 1979). Para una constelación similar en el marco de los deberes de omisión, incluida la colisión de deberes cfr. *supra* IV.

⁴⁰ Para mayores fundamentos cfr. ROXIN, *FS-Jescheck*, 1985.

nando a quien se cruza en su camino⁴¹, que tiene la condición de enfermo mental, tiene toda persona autorización a ejercer el derecho a defenderse, cuando su vida corre peligro. En ese sentido, no tiene relevancia alguna ni el grado de proximidad con la muerte de la persona condenada a morir o —ejemplificando en nuestro caso—, si la caída y el peligro que afronta la persona que obra un estado de necesidad defensivo no ha sido generado de modo culpable, antijurídico o de forma penalmente relevante.

Mi resultado es por tanto que también para los casos de “el homicidio de una vida condenada a muerte en estado de necesidad defensivo para la vida” no existe necesidad de la figura jurídica de una exclusión por medio de una situación análoga al estado de necesidad.

(IX)

El examen de todas las constelaciones mencionadas anteriormente ha dejado en evidencia que el derecho al estado de necesidad sin “la situación análoga al estado de necesidad” puede funcionar de forma adecuada y que en este campo la diferenciación entre casos de justificación, casos de exculpación legal o supralegal o casos punibles resulta más adecuada que la ambiciosa solución unitaria de una “auténtica causa de exclusión del injusto penal”. Sin embargo, sería injusto rechazar sin más en toda su dimensión la postura de GÜNTHER. Por el contrario, su intrépida concepción se concentra en los problemas centrales de nuestro sistema de Derecho penal, que por ello todavía debe ser discutida en detalle. El limitado espacio que acá tengo para presentar mi contribución no me permite entrar en esta discusión. Tengo entonces que conformarme finalmente con realizar sólo algunos comentarios.

Me parece que GÜNTHER ha tenido éxito cuando ha formulado que la siempre supuesta “unidad del ordenamiento jurídico” carece de un carácter axiomático y que una exclusión del injusto penal no necesariamente tiene por qué vincular a otras áreas del Derecho. Así, por ejem-

⁴¹ La justificación no es objeto de discusión, sino solamente el hecho de si las consecuencias se desprenden del § 32 o del § 34.

plo, el consentimiento presunto es considerado como una causa de justificación penal, aunque la misma también para el Derecho civil (en el caso de agresiones en contra del patrimonio del menor de edad o según las reglas de la gerencia de una empresa sin mandato), sobre la base del punto de vista de las determinaciones de la finalidad de la agresión son vistas como antijurídicas. No obstante GÜNTHER exagera significativamente el número de tales causas genuinas de justificación penal y termina al mismo tiempo recurriendo a crear una construcción de manera prematura —como ha quedado demostrado con el ejemplo de la situación análoga al estado de necesidad—. Tampoco puedo mostrarme a favor de que causas de justificación específicamente de carácter penal en muchos casos deban dejar a salvo la existencia del derecho a la legítima defensa. Esto terminaría *de facto* en las mismas consecuencias de una causa de exculpación (porque se renuncia al significado de los problemas del error y de la participación y también en la aceptación de una exculpación como posible solución adecuada) y elimina la diferenciación entre injusto y culpa. La categoría del sistema del injusto tiene la labor de diferenciar entre lo permitido y lo prohibido y debe decirle al ciudadano, en cada caso concreto qué es lo que puede hacer y aquello que él debe omitir. Si sobre una conducta desaprobada y una omisión desaprobada existe o no un merecimiento de pena y una necesidad de pena, esto es según mi punto de vista no una pregunta del injusto, sino un problema de la responsabilidad penal. En el marco de esta categoría en la cual se encuentra adherida el injusto no solamente se debe probar la culpabilidad del autor, sino en los casos de que la misma sea afirmada, también habrá que investigar si éste de acuerdo a la expresión de los fines y valores de la norma penal debe ser objeto de una sanción penal⁴². En cuanto a muchos aspectos que correctamente a juicio de GÜNTHER no deben quedar sistemáticamente fuera de la construcción del delito, como el merecimiento de pena y la necesidad de

⁴² Cfr. solamente mis dos últimos estudios sobre los temas: "Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht", en *FS-Bockelmann* 1979, p. 279 y ss., y "Zur Problematik des Schuldstrafrechts", *ZStW* 96 (1984), p. 641 y ss.

pena, y que él clasifica dentro del "injusto penal", a mí me parece que allí se trata de un problema de responsabilidad.

Cuando GÜNTHER menciona una y otra vez la orientación del injusto para clasificar las preguntas relativas al merecimiento de pena e introducir una categoría entre la justificación como expresión de "aprobación" y la penalidad, para aquella conducta que no estando aprobada por la norma penal, tampoco resulta merecedora de pena, exagera el significado fundamental de la justificación. El comportamiento justificado significa que el mismo se encuentra permitido por el Derecho; no está con ello aún dicho si resulta valorativamente aprobado o tan sólo resulta tolerado. Ello será valorado de modo muy distinto dependiendo de cada situación en la que el caso se presente. Por ello, incluso el reconocimiento de una causa de justificación limitada al ámbito del Derecho penal no requiere tampoco una diferenciación entre justificación y "exclusión del injusto penal". Una conducta que se subsume en un tipo penal y que por ello resulta típicamente delictiva, que también en consideración de la situación de los intereses penales concretos no resulta tolerada, ni permitida, sino, por el contrario, desaprobada, puede en todo caso siempre quedar exculpada. Las razones para excluir el injusto en Derecho penal son diversas, sus consecuencias deben seguir esa misma suerte.

Con estas anotaciones apocalípticas termino mi breve estudio, que ha sido elaborado con calurosos deseos de felicidad con motivo del 70 cumpleaños de DIETRICH OEHLER.

Acerca del consentimiento presunto *

* Título original: «Über die mutmaßliche Einwilligung», en *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, ARMIN KAUFMANN - GERD GEILEN - HANS JUACHIM HIRSCH - HANS-LUDWIG SCHREIBER - GÜNTHER JAKOBS - FRITZ LOOS (comps.), De Gruyter, Berlin - New York, 1974, ps. 447-475.

Traducción de ANNA E. M. RICHTER

(I)

Si se buscan ejemplos para la causa de exclusión de la antijuridicidad por el consentimiento presunto, se encuentran tantas constelaciones categoriales como en pocas otras causas de exclusión del injusto. Ya MEZGER¹, el verdadero “inventor” o, por lo menos, “nombrador” de esta causa de exclusión de la antijuridicidad, podía enumerar numerosos ejemplos de la literatura más antigua que hasta hoy se han mantenido en nuestros manuales: alguien entra violentamente en la casa de su vecino ausente para cerrar una cañería de agua defectuosa; el autor abre una carta ajena para poder hacer las disposiciones necesarias para el destinatario, quien está de viaje; otro mata un perro ajeno, al que el tranvía había cortado las patas posteriores (en ausencia del propietario) o mata de un tiro un corzo herido en un coto de caza ajeno para entregárselo al dueño; el rescatista lesiona a la persona que se ahoga para que no se hunda o un médico opera a quien está inconsciente a causa de un accidente y a quien no puede pedir su consentimiento². Prescindiendo de esto, se discute desde hace décadas la cuestión de si y, dado el caso, cuándo, se podría justificar por consentimiento presunto el castigo corporal de niños ajenos. Otros casos han cobrado relevancia en la jurisprudencia de los últimos años: como el alejamiento del lugar del accidente por parte del conductor que ha provocado da-

¹ GS 89, 1924, p. 287 y ss.; *Lehrbuch, Strafrecht*, 3ª ed., 1949, p. 218 y ss.

² En GS, en el lugar indicado (p. 287) están las citas de la literatura anterior.

ños, previo dejar dirección, o el consumo de dinero ajeno bajo la plena posibilidad y voluntad de reembolso³. Con facilidad se pueden crear numerosos casos ulteriores.

Aun así, la cuestión del consentimiento presunto sigue siendo controvertida no sólo en cuestiones particulares importantes sino también en su base misma⁴. En la última monografía especializada ZIPF⁵ niega que semejante causa de exclusión de la antijuridicidad exista en realidad; SCHMIDHÄUSER⁶ en tono similar habla solamente de un "supuesto" consentimiento presunto. Allí donde, por lo demás, se le asigna un lugar independiente, oscila de un lado para otro entre los polos del consentimiento y del estado de necesidad supralegal. Se la deduce a veces del primero, a veces de la segunda de estas causas de justificación y sólo a duras penas logra conservar su independencia. Dado que la solución de tales problemas fundamentales provee en gran parte la respuesta a las cuestiones individuales que se dan en este ámbito, el empeño en avanzar aquí tiene que ser el inicio de todo trabajo en este campo.

(II)

Mi tesis es que si bien el consentimiento presunto se ubica entre el consentimiento y el estado de necesidad justificante, posee una estruc-

³ Pese a esta casuística amplia, la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores sólo rara vez ha tenido que ocuparse del consentimiento presunto. En este caso eso no indica que la problemática carezca de importancia. Pues, cuando existe un consentimiento presunto, por esa razón no habrá un procedimiento penal; y cuando sus requisitos se niegan en el caso concreto, entonces, en el caso normal, será conveniente un sobreseimiento por insignificancia de las intenciones buenas o inofensivas del autor, y muy a menudo ni siquiera se realizará una denuncia. No obstante, para la persona es muy importante saber si ha actuado de manera justa o injusta, si puede exigir gratitud o si será investigada por la autoridad.

⁴ Véase también TIEDEMANN, *JuS* 1970, p. 109, quien con respecto a esta constatación sostiene: "En realidad (...) lo único que resulta seguro es que el consentimiento presunto en gran medida constituye una solución de ayuda para evitar resultados inequitativos".

⁵ ZIPF, *Einwilligung und Risiko Übernahme im Strafrecht*, 1970, p. 52 y ss.

⁶ SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1970, p. 242.

tura diferente y por ello debería ser reconocido como una causa independiente de exclusión de la antijuridicidad.

1 — No es posible subordinar el consentimiento presunto a las mismas reglas que el consentimiento. No obstante MEZGER⁷ pensaba poder hacer justamente eso: “al igual que los efectos, (...) también los requisitos del consentimiento presunto están sujetos totalmente (...) al derecho del consentimiento verdadero”. En su propuesta se trata solamente de una “prosecución de la idea de consentimiento reconocida según el Derecho vigente”⁸, de modo que la exclusión del injusto tendría que determinarse al igual que en el consentimiento “según el principio de la falta de interés”⁹. Pero aquí se encuentra el punto neurálgico. Incluso si se sigue a MEZGER en la idea de que en la decisión no habría que concentrarse en “el bienestar verdadero”, sino en la supuesta opinión personal del afectado, la acción tendría que darse por justificada incluso cuando luego se comprueba que, pese a una reflexión meditada, el autor no ha acertado sobre la verdadera voluntad del titular del bien jurídico y éste, por lo tanto, se siente perjudicado. Pero entonces ya no se puede hablar de una falta de lesión de intereses, sino solamente de la justificación de una intervención no deseada en la esfera de derechos de otro. Es decir, de un caso de colisión. Hoy en día está ganando terreno la opinión de que el consentimiento válido en todo caso surte efectos de exclusión del tipo, porque los bienes jurídicos en estos casos estarían a disposición de sus titulares y al consentir faltaría, por lo tanto, desde el principio un perjuicio que pudiera necesitar de justificación¹⁰. Pero todo eso no vale para el consentimiento

⁷ *Lehrbuch, Strafrecht*, 3ª ed., 1949, p. 220.

⁸ *Lehrbuch, Strafrecht*, 3ª ed., 1949, p. 221.

⁹ *Lehrbuch, Strafrecht*, 3ª ed., 1949, p. 207.

¹⁰ Así sobre todo las dos monografías de ZIFF, *Einwilligung und Risiko Übernahme im Strafrecht*, 1970, p. 52 y ss., y KIENTZY, *Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers*, 1970; pero también por ejemplo, HIRSCH, *ZStW* 74 (1962), p. 104; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1970, p. 215; ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, p. 25, nª marg. 57; ídem, *ZStW* 84 (1972), 101 y s.; *ZStW* 85 (1973), 100 y s.

presunto¹¹, y por ello también desde el punto de vista de esta teoría tiene que seguir siendo una causa de exclusión de la antijuridicidad¹², de lo que surge lo suficientemente claro la estructura independiente del consentimiento presunto. Algo diferente no vale ni siquiera cuando en el caso concreto el agente acierta la verdadera voluntad del titular del bien jurídico, pues, dado que para la justificación no es importante esta circunstancia, sino el pronóstico adecuado en el momento de la acción (y en ese momento no había una renuncia real al bien jurídico), el acto arbitrario de la disposición sobre el bien jurídico ajeno requiere de todas maneras de una justificación especial.

2 — La opinión predominante también considera el consentimiento presunto como una forma particular del estado de necesidad suprallegal. En virtud de ello, por regla general, no se desplaza en su totalidad la voluntad del afectado favoreciendo una ponderación de valores orientada en su interés objetivo¹³; no obstante una voluntad perceptible contraria sólo se toma en cuenta en virtud del primado del “bienestar verdadero” del afectado. Esta posición se delimita de manera muy precisa en WELZEL¹⁴: “Esta causa de exclusión de la antijuridicidad resulta un caso derivado del estado de necesidad suprallegal (aplicación del medio correcto para el fin correcto). La razón primaria justificante no es la renuncia general del interés por el lesionado (es decir, el consentimiento), sino la actuación positiva en su interés. El requisito restrictivo del consentimiento presunto sólo debe impedir el cuidado de-

¹¹ Así también ZIPF, *Einwilligung und Risiko Übernahme im Strafrecht*, 1970, p. 52, quien, no obstante, quiere deducir de este diagnóstico la inexistencia de esta causa de exclusión de la antijuridicidad.

¹² En este sentido para el caso del “consentimiento” en el consentimiento meramente presunto, que ya hoy en general se reconoce como excluyente del tipo, también JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1972, p. 286, n° marg. 35.

¹³ Así, empero, BOCKELMANN, *NJW* 1961, p. 949; HARDWIG, *GA* 1965, p. 167 y s. para el caso de la intervención médica del paciente inconsciente; véase acerca de esta constelación más detalladamente abajo.

¹⁴ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 92.

masiado solícito de terceros". También HELLMUTH MAYER¹⁵ cree que el consentimiento presunto llevaría su nombre injustamente: "El consentimiento surge (...) del estado de cosas objetivo, *i. e.* de las consideraciones que realiza un ser humano razonable en esta situación (...) A la voluntad conocida del afectado le corresponde una consideración módica. Nadie tiene que aguantar la tutela por parte de auxiliadores no invitados". Aún más claramente delimita SCHMIDHÄUSER lo que entiende por el "actuar en el interés urgente del derechohabiente" en el consentimiento presunto¹⁶: "La denominación corriente es (...) inadecuada en la medida en que en el caso concreto no puede depender de presunciones de ningún tipo sobre cómo decidiría el derechohabiente; su voluntad hipotética es irrelevante; cuando una verdadera voluntad contraria del derechohabiente no es evidente, entonces el agente puede proceder según criterios objetivos. Es decisivo el criterio de acuerdo con el cual —visto de manera general— cada afectado se sentiría satisfecho en caso de que se intervenga de esa manera para la salvación de sus bienes". "Entonces, en tales casos de necesidad, la autonomía del derechohabiente pierde importancia ante el interés en el mantenimiento del bien amenazado"¹⁷.

No obstante, surgen reparos objetivos y constructivos que van en contra de la opinión que defiende aquí un caso de estado de necesidad supralegal¹⁸.

a) El punto de partida indiscutible de cualquier reflexión sobre la naturaleza jurídica del consentimiento presunto tiene que ser el hecho de que no se podría pasar por alto, en presencia del titular del bien jurídico, su voluntad declarada, incluso cuando a una persona ajena ésta le resulte extraña y en contradicción con el "verdadero bienestar" del

¹⁵ MAYER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1953, p. 168.

¹⁶ SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1970, p. 243.

¹⁷ SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1970, p. 242.

¹⁸ Esta opinión sigue ahora también ZIPF, *Einwilligung und Risiko Übernahme im Strafrecht*, 1970, p. 53, quien, no obstante, en la ponderación de valores quiere conceder un rol más importante que SCHMIDHÄUSER a la voluntad presunta.

afectado. Nuestro ordenamiento jurídico se basa —gracias a DIOS— en el derecho de autodeterminación que excluye una “soberanía de la razón” de terceros sobre las decisiones de seres humanos adultos y mentalmente sanos. De ello se sigue que también la ausencia momentánea o incapacidad de decisión del afectado no puede ser aprovechada para la usurpación por principio prohibida de semejante soberanía de la razón. Esta consecuencia es tan ineludible que, como muestran las citas de arriba, incluso los defensores del estado de necesidad supralegal quieren tomar en consideración la voluntad negativa del titular del bien jurídico que momentáneamente no se puede interrogar. Pero si una voluntad claramente reconocible del afectado —por ejemplo, una opinión dejada por escrito— requiere respeto, entonces no hay ninguna razón lógica por la cual no se tendría que tener en consideración también una voluntad menos obvia del titular del bien jurídico, siempre y cuando ésta se pueda inferir con suficiente seguridad a partir de indicios. Más bien, de ello surge que es al revés de lo que creen los defensores del estado de necesidad supralegal: la “razón primariamente justificante” —si se me permite retomar la expresión de nuestro venerado homenajado y ponerla patas arriba en cuanto al contenido— es la actuación orientada a partir de la voluntad supuesta del derechohabiente y no la defensa de un interés independiente de ello¹⁹. Es cierto que el agente con frecuencia, si no hay otros puntos de referencia, tendrá que ponderar de acuerdo a como corresponde en el estado de necesidad supralegal y finalmente tomar su decisión según las normas del “hombre razonable”; pero esto pasa sólo para llegar lo más cerca posible a la voluntad subjetiva del afectado, que no es reconocible de otra manera, y no para encubrir su voluntad a favor de un interés objetivo. A diferencia de lo que cree SCHMIDHÄUSER, precisamente no son importantes los “criterios objetivos”, sino la “voluntad hipotética” del afectado. Su voluntad subjetiva no es un factor que, junto con otros puntos de

¹⁹ Así, en el resultado, también STRATENWERTH, *Prinzipien der Rechtfertigung*, ZStW 68 (1956), 41 y ss. (46-49); ídem, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1970, n.º marg. 405; MEZGER - BLEI, *Allgemeiner Teil*, 14.ª ed., 1970, p. 127 y s.; BAUMANN, *Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 1968, p. 319; JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 1972, p. 286 y s.

vista, se tiene que tener en cuenta más o menos en la ponderación de valores²⁰, sino que la averiguación de lo objetivamente razonable es sólo un recurso en la determinación de la voluntad subjetiva a suponer.

b) En tal estado de cosas ya no se puede hablar de un caso de estado de necesidad supralegal. Pues esta causa de exclusión de la justificación se basa en una ponderación objetiva de bienes, valores, intereses y deberes y no apunta en absoluto al descubrimiento de una voluntad hipotética. En el consentimiento presunto no se trata de un medio objetivamente correcto para el fin correcto, sino, como acertadamente había visto MEZGER²¹, de un "juicio de probabilidad de que el afectado habría consentido la acción desde su punto de vista personal, si hubiera tenido pleno conocimiento del estado de cosas". Las dos causas de exclusión de la antijuridicidad son, entonces, estructuralmente de una clase totalmente diferente; eso sólo está ocultado levemente por el hecho de que en la formación del juicio de probabilidad las ponderaciones mismas pueden desempeñar un papel semejante al que tendrían en un caso de estado de necesidad supralegal.

Pero esto no tiene que ser el caso en modo alguno, pues no se puede comprender por qué un hecho no debería ser justificado cuando no sirve para el "verdadero bienestar" del afectado, pero el autor tiene puntos de referencia seguros en el sentido de que el titular del bien jurídico desearía la acción, quizás objetivamente poco razonable, si él mismo pudiera tomar la decisión²². Por la misma razón tampoco se puede suplantar, como antes se había recomendado a menudo, el consentimiento presunto por la aplicación de reglas sobre la gestión civil de negocios sin mandato, pues el § 683 del *BGB* exige que la negociación co-

²⁰ Así, ZIPF, *Einwilligung und Risiko Übernahme im Strafrecht*, 1970, p. 53.

²¹ *Lehrbuch, Strafrecht*, 3ª ed., 1949, ps. 219 y 220.

²² De otra opinión NOLL, *SchwZStR* 80 (1964), 196 y s., según el cual la acción tiene que corresponder tanto a la voluntad supuesta como al interés objetivo del afectado. Un poco diferente, NOLL, *ZStW* 77 (1965), p. 26 y s.; así, en intervenciones nimias, el mero consentimiento debería ser suficiente para la justificación, en intervenciones graves, empero, tendría que agregarse la defensa de un interés superior.

responda al interés y a la supuesta voluntad del propietario del negocio, mientras que para el Derecho penal sólo la voluntad supuesta es importante y, para su determinación, sin embargo, el “interés” puede revelarse un factor fundamental²³.

3 — La causa justificante en el consentimiento presunto es, entonces, ni una voluntad —ausente en la realidad— del titular del bien jurídico, ni la circunstancia de que se salva un bien superior ante uno inferior en una situación de conflicto inevitable. Más bien, el acto arbitrario de la intervención en una esfera de derecho ajena, que (a diferencia del consentimiento), lleva a la tipicidad, se justifica por una actuación a causa de un juicio adecuado de probabilidad hipotética sobre la voluntad verdadera del afectado. El juicio es “adecuado” cuando corresponde a una respuesta orientada en normas objetivas que daría el titular del bien jurídico si se pudiera pedir su opinión. Si en este sentido se ha actuado “adecuadamente”, entonces el hecho en cualquier caso es legítimo y eso incluso cuando más tarde se muestre que el titular del bien jurídico quería otra cosa. Aquí se trata entonces —en fuerte contraste con la propuesta del consentimiento y del estado de necesidad justificante— de una causa de exclusión de la antijuridicidad en virtud de un riesgo permitido. Dado que no se puede pedir la decisión del titular del bien jurídico, se puede actuar en determinadas situaciones, que tendrán que ser descriptas más detalladamente (por lo general, urgencias) en donde se puede aceptar el riesgo de una decisión equivocada²⁴.

²³ Además, JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, 2ª ed., p. 287 (contra SCHÖNKE - SCHRÖDER, § 51, advertencia preliminar 48, b; STRATENWERTH, *Allgemeiner Teil*, nº marg. 412) advierte con razón que las reglas del § 677 y ss. del *BGB* son concebidas para la compensación interna de daños y gastos, que no se puede guiar por otros puntos de vista que la justificación de las consumaciones de tipos penales. “Así, un banco que, en contra de la voluntad de un cliente que está en un viaje alrededor del mundo, cumple con los deberes alimenticios de éste, usando su cuenta, ante el reproche del desfalco difícilmente podría remitirse al § 679 del *BGB*”.

²⁴ Así, principalmente también LENCKNER en su tratado sobre “Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung”, en *FS-Hellmuth Mayer*, 1966, p. 165 y ss., quien, sin embargo, sólo quiere hacerlo valer para el caso de que la

(III)

Me parece que esta independencia estructural del consentimiento presunto lleva también a consecuencias dogmáticas que son oscurecidas por la mezcla con otras causas de exclusión de la antijuridicidad.

1 — Eso se muestra claramente en el requisito del debido examen o control²⁵, cuyo cumplimiento hace parecer adecuado el juicio hipotético de probabilidad en el consentimiento presunto incluso cuando no acierta la voluntad verdadera del afectado. En tal caso, el cumplimiento del deber de examen lleva a la justificación. Si, en cambio, no existen los requisitos del consentimiento o del estado de necesidad supralegal, entonces el problema del examen se da de una manera totalmente diferente; para la teoría limitada de la culpabilidad sólo la creencia errónea en la existencia de estos requisitos lleva a la exclusión del dolo, sin que esto dependa del cuidado o esmero puesto en el eventual examen o control, mientras que según la teoría estricta de la culpabilidad, el cuidado o esmero en el examen excluye la evitabilidad del error de la prohibición, es decir, concierne un problema de culpabilidad²⁶.

2 — Surgen preguntas mucho más importantes desde el punto de vista práctico para el caso en que alguien cree actuar bajo la protección

verdadera voluntad y la supuesta discrepan (véanse ps. 175, 177 y ss.). En este trabajo, que temáticamente está limitado al consentimiento presunto, no puede llevarse adelante una discusión a fondo con LENCKNER. Dejo debidamente anotado allí donde, dentro del marco de este trabajo, difiero con él.

²⁵ Véase acerca de ello, LENCKNER, "Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung", en *FS-Hellmuth Mayer*, 1966, p. 165 y ss.

²⁶ Sin embargo, ya LENCKNER ("Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung", en *FS-Hellmuth Mayer*, 1966, p. 183) advirtió que esto llevaría a los seguidores de la teoría estricta de la culpabilidad a una "situación desagradable", cuando convierten la negligencia objetiva en un requisito general del injusto: "Si es correcto que el ordenamiento jurídico no puede exigirle a nadie más que la observancia del esmero propio del tráfico, entonces es una contradicción considerar el error sobre los requisitos de una causa de exclusión de la antijuridicidad, existente pese al control debido, recién en la culpabilidad".

de una causa de exclusión de la antijuridicidad, pero *no* ha realizado un control suficientemente esmerado de sus requisitos. Por supuesto, en casos de exclusión de la antijuridicidad que no se basan en el principio del riesgo permitido (es decir, también en el estado de necesidad supralegal²⁷) esto es un caso de error común, que según la teoría limitada de la culpabilidad excluye el dolo y eventualmente lleva a una sanción por imprudencia. Según la teoría estricta de la culpabilidad, en cambio, se presenta como un error de prohibición evitable. ¿Pero cómo es eso en el consentimiento presunto? Supongamos que alguien golpea a niños ajenos en la suposición imprudente sin base alguna de que los padres iban a estar de acuerdo; o imagínese que alguien abre cartas íntimas, dirigidas a otro, lo cual para el espanto de éste se hace sin razón bien fundada en su complacencia; finalmente imagínese que alguien entra con una copia de una llave en la casa de su vecino que está de viaje y “toma prestados” algunos objetos, ¡sin que el vecino furioso le hubiese dado puntos de referencia para la suposición de que esto correspondería a su voluntad! ¿Aquí no debería ser adecuada la suposición de un delito doloso según los §§ 223, 299, 123 del *StGB*?

Por muy injustificada que sea una creencia en el consentimiento presunto del afectado, la teoría (limitada) de la culpabilidad dominante parece hacer inevitable la consecuencia de la exclusión del dolo²⁸.

²⁷ No obstante, la jurisprudencia supone precisamente en el estado de necesidad supralegal un deber de control o examen, cuyo cumplimiento sería una condición para la exclusión del dolo (véase la resolución conocida BGHSt., 3, p. 7 ss.; y la crítica irrefutable de LANGE, *JZ* 1953, p. 9 y ss.). Pero esta suposición es incorrecta. En el estado de necesidad supralegal no es diferente que en otras causas de exclusión de la antijuridicidad como la legítima defensa, derecho de corrección, etcétera, en las que no un juicio de probabilidad, sino el verdadero estado de cosas junto con la imaginación del autor dirigida a la realización de una causa de exclusión de la antijuridicidad llevan a la exclusión del injusto. Véase acerca de estas preguntas más detalladamente LENCKNER, “Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung”, en *FS-Hellmuth Mayer*, 1966, p. 175 y ss.

²⁸ Así sobre todo LENCKNER, “Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung”, en *FS-Hellmuth Mayer*, 1966, ps. 183 a 184, quien, en el caso paralelo del § 193 del *StGB*, ve la problemática político-criminal, pero cree que como má-

Pero, al fin y al cabo, se pueden traer a colación una serie de consideraciones para la sanción por la comisión dolosa del delito (si de momento dejamos de lado la pregunta sobre cómo se podría justificar teóricamente semejante resultado).

a) Si el consentimiento presunto es una causa de exclusión de la antijuridicidad por un riesgo permitido, debería mantenerse sin reparos la responsabilidad del autor en un riesgo prohibido²⁹. Pues, si se excluye el dolo en cada suposición completamente injustificada y no revisada de un consentimiento presunto, entonces, para los casos en que no está penada la imprudencia (dejando de lado el caso de lesión física), esto llevaría siempre a una absolución. Sin embargo, esto frustraría el fin de impedir la tutela arbitraria y dañina. No el consentimiento presunto, sino ya el consentimiento supuesto basado en la voluntad subjetiva no justificaría pero sí excluiría la pena por dolo y, con ella, en el caso normal, la pena en general. En muchas situaciones clásicas (como en la apertura de cartas ajenas o en el allanamiento de morada) ni siquiera existirían acciones de resarcimiento civiles, por falta de un perjuicio patrimonial, así que faltaría todo tipo de protección contra intervenciones de personas ajenas, por muy imprudentes que fueran. El Derecho penal toleraría no sólo la usurpación de la “primacía de la razón” sobre otros, de por sí ya prohibida, sino incluso la primacía de la insensatez. Seguramente, eso no sería muy satisfactorio.

b) Para ilustrar la problemática, el caso paralelo de la salvaguarda de intereses justos (§ 193, *StGB*) es excelentemente apropiado. También en él se trata, según una opinión prioritaria, de una causa de ex-

ximo puede ayudar con una “inspiración en la teoría estricta de la culpabilidad”. A favor de la exclusión del dolo expresamente también SCHMIDHÄUSER, *Allgemeiner Teil*, p. 244.

²⁹ En este sentido esto corresponde a la teoría del aumento de riesgo, desarrollada por mí para los delitos imprudentes, según la cual en una transgresión del riesgo permitido sucede la responsabilidad por imprudencia incluso cuando posiblemente también en un comportamiento debido se habría dado el resultado. Véase acerca de esta problemática sumamente discutida mi *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, ps. 147 y ss., con nota sucesiva, 182 y s.

clusión de la antijuridicidad por un riesgo permitido³⁰. “El autor tiene permitido realizar una afirmación con contenido ultrajante a riesgo de que ésta no se pueda demostrar como verdadera, porque no puede aclarar de otra manera la incertidumbre sobre la posible lesión de intereses importantes”³¹. También aquí, en la jurisprudencia (muy parecido a lo desarrollado arriba para el consentimiento presunto) la justificación se condiciona a un debido control o examen (del cumplimiento del llamado deber de información). Pues el ordenamiento jurídico tolera semejante riesgo “sólo dentro del margen de lo inevitable, *i. e.* cuando en la situación concreta se ha llevado adelante todo lo que tenía que hacerse equitativamente para limitarlo al mínimo posible (...) Sólo cuando el autor ha excluido lo mejor posible el riesgo de un ultraje injustificado realizando un control debido del estado de cosas —a ello pertenece tanto la verdad del hecho en cuestión como la autorización del autor para la salvaguarda de intereses y la necesidad de la afirmación (por ejemplo, publicación en la prensa en vez de denuncia)— el riesgo está permitido y el acto está cubierto por él”³². También el problema del error, que causa dificultades en el consentimiento presunto, se presenta en la salvaguarda de intereses justos de una manera análoga. ¿Realmente se debe excluir el dolo cuando el autor de la difamación supone erróneamente, sin ningún tipo de control, que su declaración sería necesaria para la protección de un interés justo? Esto parece ser la

³⁰ Véase sobre todo GALLAS, *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, 1959, t. 9, p. 71 y s.; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 10ª ed., 1967, p. 301 y s.; LENCKNER, *FS-H. Mayer*, 1966, p. 180 y s.; JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1972, p. 300 y s.; parecido también SCHMIDHÄUSER, *Allgemeiner Teil*, 1970, p. 246 y s.

³¹ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 10ª ed., 1967, p. 301; casi idéntico JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, 2ª ed., p. 300, bajo la influencia de la conocida monografía de HIRSCH sobre *Ehre und Beleidigung*, 1967, que incluye la problemática de esmero ya en el § 186 del *StGB*, en la 11ª ed., 1969, p. 319 y ss., WELZEL se declaró otra vez a favor de la suposición de una “colisión de intereses justificante”.

³² LENCKNER, *FS-H. Mayer*, 1966, p. 180. El caso, también ubicado aquí por LENCKNER, en el lugar indicado, p. 182 y *passim*, y, a continuación de él, por SCHRÖDER (SCHÖNKE - SCHRÖDER, 16ª ed., 1972, antes del § 51, n.º marg. 75) de la acción a base de derechos de cargo y deberes de servicio, probablemente sólo en llamados “tipos de presunción” se cuenta con razón en este grupo (véase SCHÜNEMANN, *JA* 1972, p. 710).

consecuencia de la teoría limitada de la culpabilidad, pero en sentido político-criminal sería muy desagradable porque dejaría impunes ultrajes, por muy imprudentes que fueran, y minaría en gran parte la protección del honor³³. La jurisprudencia tampoco ha tomado este camino y en la lesión del deber de información castiga por difamación dolosa según el § 186³⁴. La misma consideración legal, que aquí terminó de abrirse paso, también podría exigir atención en el consentimiento presunto.

En efecto, la jurisprudencia ha sido muy reservada en los casos conocidos de fuga en hechos de accidente (alejamiento del lugar del accidente, dejando su dirección) y en absoluto ha supuesto una impunidad porque el autor había pensado sin más control que el perjudicado iba a estar de acuerdo con el abandono del lugar de los hechos. Así, por ejemplo, el tribunal de Cámara afirma³⁵: "Por razones jurídico-políticas hay que sostener que la información del perjudicado, dejando una nota en el vehículo dañado, no satisface su interés de comprobación. Por eso, con regularidad, el dañado no se declarará conforme con el alejamiento del participante en el accidente³⁶. Si se le quisiera permitir de manera general liberarse de esta manera del deber de esperar, entonces con ello el interés de comprobación del lesionado se pondría en peligro de manera excesiva". Esto quiere decir que estos principios serían prácticamente insignificantes si la suposición más irreflexiva de que el

³³ Esto es admitido incluso por autores como LENCKNER, *FS-H. Mayer*, 1966, p. 184, que por la fuerza están dispuestos a sacar como consecuencia la exclusión del dolo, para evitar una vulneración del sistema.

³⁴ Véase sólo BGHSt. 14, p. 48 y ss. (51); en contra de ello especialmente SCHMIDHÄUSER, *Allgemeiner Teil*, 1970, p. 247.

³⁵ JR 1967, ps. 469 y ss., 470, con anotación de SCHRÖDER (p. 471 y s.).

³⁶ Es incomprensible por qué el tribunal de Cámara no quiere discutir esta problemática bajo el punto de vista del consentimiento presunto sino "en la cuestión del tiempo de espera razonable" (JR 1967, p. 470). ¿Quizás porque detrás de ello se encuentre el deseo de llegar a la aplicación de las reglas del error de prohibición? Pues, se subraya expresamente "que un posible error del acusado sobre las dimensiones del tiempo de espera que le es exigido (...) [sería] un error de prohibición" (JR 1967, p. 471). Poco después, el tribunal mismo habla de que el acusado "no [podría] invocar un consentimiento presunto del lesionado" (JR 1967, p. 470).

perjudicado estaría de acuerdo excluyera la aplicación del § 142 del *StGB* en todo caso a través de la teoría de error. Aparentemente, esto no es intencionado. ¿Pero cómo se debe justificar aquí (y, del mismo modo, en el caso del § 193 del *StGB*) la subsistencia del dolo?

c) Quien, como nuestro homenajeado, defiende la teoría estricta de la culpabilidad, lo tiene fácil en el sentido de que de ello se deduce sin más la suposición de un error de prohibición culpable. Quien no ha comprobado adecuadamente actúa, según esta teoría, no sólo antijurídicamente sino también dolosamente y de manera culpable. Para la teoría dominante (es decir, desde el punto de vista de la teoría limitada de la culpabilidad), en cambio, sólo parece quedar la posibilidad de recurrir a causas de exclusión de la antijuridicidad por un riesgo permitido apelando excepcionalmente a los principios de la teoría estricta de la culpabilidad. Tal proceder es declarado por LENCKNER³⁷ “absolutamente contrario al sistema”. A pesar de todo, JESCHECK procede de esta manera. En el caso normal aplica la teoría limitada de la culpabilidad, pero siguiendo esfuerzos parecidos en la jurisprudencia hace “una excepción (...) en determinadas causas de exclusión de la antijuridicidad (...) determinando aquí la consecuencia jurídica según las reglas de la teoría estricta de la culpabilidad cuando el autor lesiona el deber de control correcto y por ello no reconoce que actúa de manera antijurídica”³⁸. En ello es notable que JESCHECK, aunque en la justificación se aparta considerablemente de los razonamientos desarrollados arriba, clasifica tanto el § 193 del *StGB* como el consentimiento presunto dentro de estas “excepciones”. Si el profesor castigó con golpes al discípulo sobre la base de un consentimiento presunto de los padres, supuesto erróneamente, entonces, ante un control insuficiente del estado de cosas, sería responsable por una lesión física dolosa³⁹. Y:

³⁷ LENCKNER, *FS-H. Mayer*, p. 184.

³⁸ JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1972, p. 350.

³⁹ JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1972, p. 350. El ejemplo de JESCHECK se basa en la suposición de que el profesor no tendría un derecho de castigar el discípulo sin el consentimiento de los padres.

“Quien sostiene una afirmación de los hechos ultrajante y falsa sobre la base de informaciones insuficientes es castigado por injuria, pese a su error sobre los requisitos de la salvaguardia de intereses justos (§ 193, *StGB*)”. Me parece que el establecimiento de tales “excepciones” muestra que aquí realmente existe un problema tangible, del que nuestra dogmática todavía no se ha hecho cargo del todo⁴⁰.

d) Sin embargo, desde el punto de vista de la teoría limitada de la culpabilidad, la solución se tendrá que encontrar de otra manera. Según esta teoría, se tiene que partir de la base de que el error sobre una circunstancia justificante excluye el dolo. Pero eso significa: el dolo solamente está excluido en la medida en que el error se refiere a una *circunstancia*. Entonces, en la medida en que lo justificante en el consentimiento presunto no es una circunstancia sino un juicio hipotético de probabilidad, un juicio inadecuado sobre la voluntad supuesta del afectado no es un caso que estaría abarcado de alguna manera por el alcance de la teoría limitada de la culpabilidad y que podría repercutir en el dolo. Esta consideración no lleva a la solución de la teoría estricta de la culpabilidad, sino a un punto de vista diferente: el dolo está —tal como en otras causas de exclusión de la antijuridicidad— excluido en la medida en que un concepto erróneo concierne la situación que al agente le había dado el motivo para la suposición de un consentimiento presunto. Pero queda intacto cuando el autor, sobre la base de una determinada circunstancia, dicta un juicio de probabilidad hipotético que según las normas del ordenamiento jurídico es incorrecto. Es decir, cuando supone un consentimiento presunto donde, según el estado del asunto, no se lo debía suponer; pues en este aspecto no se trata de la apreciación correcta o falsa de la realidad —una voluntad real contraria del afectado es irrelevante, si la estimación del consentimiento

⁴⁰ No obstante, siguiendo el ejemplo de las tendencias jurisprudenciales ya mencionadas (véase nota 27), JESCHECK quiere contar también la emergencia justificativa entre estas excepciones. Pero esto no es aceptable porque, como se expuso arriba, en ello no se trata de una causa de exclusión de la antijuridicidad por un riesgo permitido. También en sentido político-criminal las cosas son totalmente diferentes —véase ROXIN, *ZStW* 76 (1964), ps. 593-598—.

presunto en el momento del hecho fue adecuada— sino de un proceso de la formación del juicio que no afecta a las teorías de error. Para aclararlo con un ejemplo concreto de la fuga en caso de accidente: si alguien choca un coche, que cree erróneamente propiedad de un amigo cercano, y entonces se aleja del lugar del accidente porque supone (como consecuencia de su relación estrecha con el que cree perjudicado y de una valoración acertada de su opinión) que el amigo iba a estar de acuerdo con ello, entonces este error excluye el dolo porque sólo concierne la situación justificatoria. Sin embargo, el juicio de probabilidad hipotético dictado sobre esta base es adecuado. En cambio, si el autor —como suele suceder— nota que chocó el coche de un desconocido y supone a la ligera y, según normas objetivas, sin autorización, y sin tener en cuenta los intereses, que éste iba a estar de acuerdo con el alejamiento del autor del lugar del accidente cuando deja su dirección, entonces esta creencia no puede impedir el castigo por un hecho doloso según el § 142 del *StGB*, pues aquí (al contrario del primer ejemplo) se ha concebido correctamente la situación, pero el juicio de probabilidad hipotético es falso debido al control insuficiente de la opinión supuesta de la víctima. Lo mismo vale también para todas las demás constelaciones del consentimiento presunto⁴¹. Si entonces alguien puede suponer sobre la base de experiencias anteriores que el vecino estaría dispuesto con que se castiga con una bofetada moderada a su hijo en el caso de una travesura grave, entonces como máximo hay una lesión física imprudente si el autor que castiga confunde a otro chico con el hijo del vecino, pero, por el contrario, una sanción por una lesión física dolosa es adecuada cuando el autor golpea al niño de los vecinos suponiendo que el padre del niño le iba a parecer bien aunque hubiera sido absolutamen-

⁴¹ Cómo una tan diferenciada solución del problema repercutiría en otras causas de exclusión de la antijuridicidad por un riesgo permitido (por ejemplo, en el § 193 del *StGB* o en el “tipo de sospecha” de la detención provisional), aquí no se puede observar más —porque queda afuera de mi tema—. Como es sabido, en la salvaguardia de intereses justos, la jurisprudencia ha extendido el “deber de información” también a las bases de hechos en las expresiones de opiniones que son de justificar. Revisar esta práctica acerca de su legitimidad tiene que quedar reservado para investigaciones posteriores.

te perceptible que el vecino es un enemigo rotundo del castigo corporal y nunca lo hubiera aprobado.

3 — Una vez hechas estas aclaraciones sólo surge la pregunta de cómo tiene que tratarse el caso en que el autor no ha satisfecho su deber de control, pero no obstante acierta la voluntad verdadera del afectado. Está claro que en semejante caso no existe una necesidad de castigar. En ello hay que excluir desde el principio el caso de la falta de control de otras circunstancias de la situación, porque en este sentido no existe un deber especial de control o examen, como tampoco existe en otras causas de exclusión de la antijuridicidad. De esta manera, quien supone acertadamente sobre la base de consideraciones cuidadosas que el vecino ausente aprobaría que, por una fechoría especialmente traviesa, su hijo fuera “recompensado” con una bofetada, también está justificado cuando en la prisa no comprueba si el chico pillado (difícilmente reconocible en la penumbra del crepúsculo) realmente es el hijo de los vecinos, y tiene la suerte de no obstante tener razón en su suposición. En este sentido no vale algo distinto a lo que sucede en una situación de legítima defensa o de estado de necesidad no verificado cuidadosamente pero sin embargo existente. Un problema especial causa en el consentimiento presunto sólo el caso de que el autor actúa aunque a partir de los indicios existentes no se podía contar con el consentimiento del afectado, pero luego resulta que sorprendentemente el hecho sí correspondía a su voluntad. Esto resulta un supuesto con un carácter muy académico, pues cuando todos los implicados están satisfechos con el hecho y su resultado, se puede suponer —y con razón— que nadie recurrirá al juez penal. La forma constructiva de analizar este caso es que cuando en un análisis *ex post* una acción coincide con la verdadera voluntad del afectado, se parte de la suposición irrefutable de que se basa en un juicio adecuado sobre la opinión presunta del afectado. Cualquier otra interpretación sería estafalaria.

(IV)

La “naturaleza jurídica del consentimiento presunto”, tal como fue desarrollada arriba, exige una consideración ulterior, menos contro-

vertida. En efecto, una justificación por un consentimiento presunto sólo puede tener cabida cuando no se puede pedir o esperar la decisión real del afectado. No hay ningún motivo para permitir el riesgo de que no se acierte la voluntad verdadera del titular del bien jurídico, cuando es posible preguntar a aquél en cuya esfera de derechos se debe intervenir. Por lo tanto, el médico que opera a quien está inconsciente no puede apelar a un consentimiento presunto cuando se puede esperar el despertar del paciente del desmayo sin daño para su salud. Quien choca el coche de otro delante de una taberna y, dejando su dirección en el vehículo deteriorado, se aleja de inmediato, no está cubierto por el consentimiento presunto si en el restaurante podría haber informado del acontecimiento al dueño del automóvil.

Tampoco me parece correcto cuando TIEDEMANN⁴² quiere hacer una "excepción" a estos principios para perjuicios meramente insignificantes o transitorios. Opina que en tales casos de "falta de interés" (por ejemplo, en el cambio de dinero sin autorización) no existiría "una necesidad de declarar la imposibilidad de tener el consentimiento como un requisito para el efecto justificatorio del consentimiento presunto". Esto sólo es concluyente en la medida en que no importa en absoluto la voluntad del afectado, y el hecho por lo tanto también está permitido (por ejemplo, por insignificancia absoluta) sin o en contra de la voluntad del afectado (por ejemplo, bajo el punto de vista de la adecuación social). Pero entonces no⁴³ se trata de un caso de consentimiento presunto. Empero, si la decisión queda en manos del titular del bien jurídico, no se puede comprender por qué se debe poder hacer clandestinamente y sin preguntar lo que hubiera sido ilícito en contra de la voluntad abiertamente declarada del derechohabiente.

En todas las situaciones en las que, pese a la posibilidad de pedir un consentimiento real, entraría en consideración un consentimiento presunto, se trata en realidad de fenómenos de otro tipo. Menciono los tres casos más importantes:

⁴² JuS 1970, p. 109.

⁴³ En el transcurso de su trabajo, también TIEDEMANN se basa en otros puntos de vista totalmente diferentes.

a) Si alguien cambia dinero ajeno sin autorización o, bajo plena reembolsabilidad y voluntad de reembolso, gasta dinero recibido por razones de trabajo porque en este momento no lleva dinero propio consigo, falta la apropiación necesaria para atribuir hurto o fraude. Esto es así pues la apropiación de dinero requiere que el autor quiera apropiarse permanentemente de una suma de valor. En otro lugar⁴⁴ lo fundé con todo detalle y aquí me permito remitir a tales consideraciones. Indudablemente es de lamentar una sentencia equivocada del OLG de Colonia⁴⁵, en donde condenó a un policía a una pena privativa de libertad porque había usado 15 marcos del dinero cobrado por multas para comprar gasolina en el regreso a casa con su coche, estando dispuesto y siendo capaz de reintegrar este monto apenas reiniciara su servicio. Sin embargo, aquí no ayuda el consentimiento presunto porque un reglamento prohibía expresamente semejante comportamiento. Más bien se tenía que justificar la impunidad porque no existían ni una apropiación ni un perjuicio patrimonial⁴⁶.

b) En algunos casos que se discuten bajo el punto de vista del consentimiento presunto, se trata en realidad de la interpretación de un consentimiento real. Un buen ejemplo lo da la resolución BGHSt. 16, p. 309 y ss. Dos estudiantes de medicina, que trabajaban como ayudantes en un hospital provincial, habían efectuado intervenciones en pacientes en "casos indudablemente insignificantes"; los pacientes habían

⁴⁴ "Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten", en FS-Hellmuth Mayer, 1966, ps. 467-484; consintiendo HEIMANN - TROSIEN, *Leipz. Kommentar*, 9ª ed., 1970, § 242, nros. marg. 71, 78.

⁴⁵ NJW 1968, p. 2348; de esta sentencia se ocupa el artículo de TIEDEMANN, *Die mutmaßliche Einwilligung, insbesondere bei Unterschlagung*, JuS 1970, ps. 108-113. TIEDEMANN habla de "que esta imagen de severidad arcaica que procede del Derecho penal prusiano (...) no tiene futuro, que incluso hoy ya está pasado de moda" (p. 108). Del mismo modo MAURACH, *Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 1971, p. 248, expresa "dudas severas".

⁴⁶ Véase acerca de tales casos también SCHÖNKE - SCHRÖDER, 16ª ed., 1972, donde por un lado se opera con el consentimiento presunto (antes del § 51, n° marg. 48, c, d), pero por otro lado se subraya que la idea del consentimiento presunto formaría "aquí no siempre una base firme" (§ 246, n° marg. 17).

dado su consentimiento, pero erróneamente los habían tomado por médicos.

La Cámara de lo Penal partía de que el consentimiento sería inválido a causa del error de los pacientes, pero por lo visto habían tomado en consideración un consentimiento presunto y, por ello, produjeron pruebas sobre lo que habrían "pensado" los pacientes si se hubieran enterado antes de que no era un médico titulado quien los trataba. Con razón, el BGH lo declaró erróneo porque en intervenciones totalmente inofensivas el consentimiento cubriría ya según su sentido objetivo el tratamiento por un ayudante. "En estos casos, el consentimiento incondicional previamente dado mantiene su validez como justificante frente al paciente. No importa si posteriormente expresa que si hubiera tenido conocimiento, habría rechazado el tratamiento por un ayudante pese a la nimiedad de su lesión. No obstante se produjo prueba acerca de ello interrogando a todos los pacientes, lo cual presumiblemente indica que quería argumentarse en torno a la causa de exclusión de la antijuridicidad del consentimiento presunto. Empero, este supuesto opera solamente en casos parecidos al estado de necesidad en los que la obtención del consentimiento es imposible o inútil. Pero aquí no se trata de eso, pues los acusados sin más podrían haber informado a los pacientes antes del tratamiento sobre el estado de cosas y haber esperado su decisión explícita"⁴⁷.

c) Finalmente, en muchos casos, en los que intervenciones en la esfera de derechos de otros son lícitos aunque un interrogatorio explícito hubiera sido posible, se tendrá que suponer un consentimiento tácito. Si, por ejemplo, es habitual que los clientes fijos de un quiosco de periódicos no esperen hasta que vuelva la propietaria cuando ésta se ausenta momentáneamente, sino que ellos mismos toman el periódico dejando el dinero, entonces se trata de un consentimiento tácito y no presunto. Las grabaciones magnetofónicas que se hacen sin preguntar al interlocutor (§ 298, *StGB*), tampoco pueden ser justificadas por medio de un consentimiento presunto. Cuando una grabación magnetofónica en

⁴⁷ BGHSt. 16, ps. 311 y 312.

el caso concreto puede ser lícita también sin la declaración explícita del consentimiento del afectado, por ejemplo, por las relaciones personales de los participantes o porque en las relaciones comerciales se han generalizado grabaciones de conversaciones como sustituto para protocolos taquigráficos, se trata asimismo de un consentimiento tácito o un caso de adecuación social⁴⁸.

(V)

Una vez que así se ha esbozado la "Parte General" del consentimiento presunto (*i. e.*, todo lo que tiene validez independientemente de las peculiaridades de la configuración del caso concreto), en una "Parte Especial" hay que desarrollar directrices para constelaciones típicas de circunstancias que satisfacen los hechos específicos de la materia a regular.

Tal concreción referida a grupos de casos no es solamente el procedimiento metodológico generalmente adecuado en causas de exclusión de la antijuridicidad⁴⁹. Precisamente en el consentimiento presunto es aún más necesaria que en otros casos. Pues, donde la justificación depende de la adecuación de un juicio hipotético de probabilidad y en una formación errónea del juicio el autor puede ser hecho responsable por un delito doloso, el riesgo del agente tiene que ser disminuido todo lo posible con pautas claras. Una formulación amplia de tales instrucciones de acción, que requeriría un análisis de la casuística entera, no se puede dar aquí por razones de espacio. Tenemos que conformarnos con el desarrollo de algunas líneas directrices. De especial ayuda resulta la bipartición propuesta por JESCHECK⁵⁰ en situaciones en las que

⁴⁸ Véase acerca de eso también LACKNER - MAASSEN, *StGB*, 7ª ed., 1972, § 298, 6, a, b).

⁴⁹ Para una justificación más detallada, que aquí no se puede dar, véase mi escrito sobre *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, p. 26 y ss., así como mi Tratado sobre *Die provozierte Notwehr*, en *ZStW* 75 (1963), p. 583 y ss.

⁵⁰ JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, 2ª ed., ps. 285-286.

el agente quiere ayudar al afectado sin interés propio (1) y en otros casos en los que “se exige al afectado el abandono de intereses propios a favor del autor o de un tercero” (2).

1 — Si el autor actúa de manera altruista (en favor del afectado), entonces la máxima de la experiencia de que el ser humano por lo general desea lo provechoso para sí mismo posibilita una regla directriz: un hecho es justificado cuando corresponde al “verdadero bienestar” del afectado, a menos que del conocimiento del autor o de la situación se deduzcan contraindicios que sugieran una opinión distinta del titular del bien jurídico⁵¹.

Sin embargo, este punto de partida sólo posibilita una orientación muy general. Pues en muchos casos será dudoso qué es lo que satisface mejor el “verdadero bienestar” del autor. En esta cuestión se podrá avanzar un poco diferenciando según el tipo de decisión a tomar. Una clasificación aproximativa —desde luego abierta a mejora y refinamiento— demuestra que se pueden distinguir y tratar según normas diferentemente matizadas decisiones vinculadas al hecho (a), vinculadas a la personalidad (b) y existenciales (c).

a) Una decisión *vinculada al hecho* es necesaria cuando la situación, en la que alguien actúa refiriéndose al consentimiento presunto del afectado, no toca o sólo toca marginalmente el ámbito de las reglas de comportamiento no fungibles individuales. Si en un chaparrón estival alguien entra en el jardín del vecino momentáneamente ausente para poner a salvo sus sillones de salón que habían quedado en el césped, este allanamiento de morada está justificado por consentimiento presunto, a no ser que (lo que en la práctica casi nunca entrará en consideración) se den circunstancias conocidas por el autor, de que el vecino perseguía el propósito de comprobar la resistencia a la intemperie de sus muebles. Lo mismo vale para el caso citado una y otra vez de que ante una rotura de la cañería que inunda el departamento, el autor consigue entrar en las habitaciones de otro para cerrar las cañerías de

⁵¹ Así también por ejemplo JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, 2ª ed., p. 286.

agua. Bien es cierto que la vivienda más que el jardín es una zona en la que no se deja echar una mirada a cualquiera; pero una entrada breve, destinada a un fin específico, como la prevención de daños graves, afecta tan poco la esfera de personalidad del propietario que una justificación sólo podría ser excluida en una contraindicación claramente perceptible (por ejemplo, cuando el autor sabe que el departamento sirve a fines que deben ser mantenidos en secreto).

Aquí no se puede reconstruir mentalmente por completo toda la casuística. Pero en general se puede decir que cuando se trata de la posesión (en el sentido amplio que incluye el derecho doméstico), de la propiedad y del patrimonio, se puede determinar la voluntad presunta según el principio de la ponderación de bienes, siempre y cuando falten puntos de referencia obvios que indiquen una opinión divergente del afectado. Con ello por lo menos se obtiene una norma manejable para un gran grupo de casos⁵².

b) De la necesidad de una decisión *vinculada a la personalidad* se puede hablar cuando para la exactitud de una acción no son decisivos en primer lugar criterios objetivos, sino las opiniones individuales del afectado. Eso vale sobre todo en el ámbito altamente privado (por ejemplo, en la educación de los niños). Que frente a una travesura grave de su hijo un padre considere un castigo corporal espontáneo como pedagógicamente terapéutico o inaceptable está tan estrechamente ligado a una cuestión de actitud personal que no resulta posible hacer suposiciones universales que prescindan del caso concreto. Por ello aquí el principio válido para decisiones vinculadas al hecho se invierte: el autor *no* puede partir de un consentimiento presunto, salvo que las circunstancias del caso concreto sugieran semejante suposición. Si, por ejemplo, en ámbitos rurales el padre en ocasiones anteriores expresamente pidió al vecino cuidar al hijo en su ausencia y, si fuera conveniente, tomar medidas adecuadas de castigo, entonces el vecino también podrá proceder así cuando los padres, pese a condiciones se-

⁵² Casos de este tipo probablemente también dieron lugar a la suposición muy divulgada de que el consentimiento presunto sería un caso de la emergencia suprallegal. Por qué eso no es correcto, ya ha sido expuesto más arriba.

mejantes, en una posterior ausencia no han hecho semejante declaración, pues sólo habrán olvidado o considerado innecesaria una aclaración respectiva⁵³. Pero nunca podrá referirse con éxito al consentimiento presunto cuando se castiga corporalmente a niños ajenos sin saber más nada sobre la opinión de los padres⁵⁴⁻⁵⁵.

A este grupo pertenece asimismo el caso teórico de que alguien abre una carta ajena para proteger de perjuicios al destinatario. El contenido de una correspondencia, sea de naturaleza muy privada o comercial, pertenece a aquellos temas que en general son tratados como un asunto personal y no son comunicados a terceros (aparte, quizás, de las personas de confianza más cercanas). Por consiguiente, en la apertura bienintencionada de cartas ajenas, salvo que el conocimiento de la persona del destinatario justifique otra suposición, no se puede dar por sentado un consentimiento presunto del destinatario ausente incluso cuando se dan puntos de referencia para el hecho de que el contenido de la carta podría ser importante. Esto es así pues no se puede saber nunca si el destinatario preferiría perder una cita con su amante antes que permitir a un tercero la lectura de sus declaraciones amorosas, o si preferiría renunciar a un buen negocio antes que permitir a otro que se entere de sus relaciones y transacciones comerciales. Aquí no se pue-

⁵³ Aparentemente también en estos casos JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, 2ª ed., p. 288, quiere rechazar una justificación por consentimiento presunto, porque el castigo corporal por un ajeno (pero, ¿el vecino es un "ajeno"?), le parecerá al niño "un acto violento" y "antes que servir, dañará su bienestar". Pero lo que JESCHECK expone aquí es la consecuencia de una opinión pedagógica y no una consideración sobre la voluntad presunta de los padres, que en estos casos es importante (independientemente de lo pedagógicamente correcto). Sin embargo, como demuestra el texto de arriba, en el caso normal, JESCHECK también tiene razón en el resultado.

⁵⁴ También el § 679 del *BGB*, al que se recurre con frecuencia en la literatura, no podría ayudar aquí. Pues, para un ordenamiento jurídico, que se basa en el derecho de educación de los padres, no puede ser en el "interés público" que terceros usurpen la facultad de educación en contra de la voluntad de los padres. Acerca de la cuestión de la aplicabilidad de las reglas de gerencia, por lo demás, véase *supra*, II 2.

⁵⁵ Si pese a ello acierta la verdadera voluntad de los padres, lo que si pasa es lo más probable que pase en esta constelación, entonces por supuesto ha tenido suerte y no es castigado; véase *supra*, III.

den hacer afirmaciones generales. Por ello, un consentimiento presunto sólo entra en consideración cuando el que abre la carta sabe algo sobre la opinión del destinatario acerca de esta cuestión. Si el marido le permitió reiteradamente a su mujer abrir las cartas destinadas a él, entonces ella puede dar por sentado un consentimiento presunto, incluso cuando el marido antes de emprender un nuevo viaje no se había pronunciado sobre cómo habría que proceder con el correo que llega; en este estado de cosas ella estará justificada incluso cuando una carta que llega sin remitente resulta ser la carta de una amiga del marido que éste hubiera preferido ocultar a su mujer.

En la matanza de animales en favor de otro derechohabiente —otro ejemplo clásico de la literatura— hay que diferenciar a partir de los puntos de vista desarrollados aquí. Si se trata de animales de caza o de puro ganado, la decisión necesaria es referente a un asunto en particular y puede ser tomada sin el conocimiento de la persona del afectado conforme al “verdadero bienestar”. Entonces —salvo otras intenciones perceptibles del derechohabiente— se puede cazar el corzo herido en un coto de caza ajeno o sacrificar una vaca gravemente herida atropellada por un coche, para entregar los animales al propietario y para hacerlos utilizables para el derechohabiente. Eso es diferente en animales que no —o no principalmente— son de utilidad, sino que hacen a la alegría personal de su dueño. Eso vale por ejemplo para perros domésticos. Si un perro es atropellado por un coche y se puede mantener en vida con un tratamiento veterinario⁵⁶, entonces, nadie puede decidir sobre cómo se comportaría el propietario (si no se conoce su opinión individual). Hay personas que viven solas y consideran a su perro su único amigo; y, además, hay gente que valora tanto su compañero cuadrúpedo que está dispuesta con mucho gusto a pagar los costos del veterinario. Aquí, otra vez, se trata de una decisión⁵⁷ no generalizable,

⁵⁶ Si el perro de todas maneras está muriendo, entonces, el tiro de gracia realizado por compasión ya no es un daño material en sentido típico, porque en el sentido jurídico, la cosa de todos modos está “destruida”; se sobrentiende que aquí no se pueden aplicar los puntos de vista que valen para seres humanos en el caso de la eutanasia.

⁵⁷ El hecho de que el Derecho civil trata a todos los animales de igual manera como “cosas”, aquí no puede ser determinante. Pues, en el Derecho civil se trata solamente de

vinculada a la personalidad, y el consentimiento presunto está excluido. Una decisión diferente sólo es posible cuando la opinión del propietario es conocida (por ejemplo, a través de casos análogos).

c) Se entiende aquí por una una decisión "existencial" (*i. e.*, concierne a la existencia) en un sentido no cargado filosóficamente y que atañe a asuntos de vida o muerte (o sea, cuando se trata de la eliminación de perjuicios graves para la salud). Esto concierne el caso de la operación inaplazable desde el punto de vista médico de personas en estado de inconsciencia o incapaces de tomar decisiones. Por supuesto que conservar la vida corresponde al "verdadero bienestar" y con alta probabilidad también a la real voluntad del afectado. Por otro lado, a partir de la jurisprudencia sobre la intervención médica, que aquí no tiene que ser presentada detalladamente, es sabido que también existe una "voluntad insensata" del paciente y tiene que ser respetada⁵⁸. Tampoco se puede negar que la decisión de si alguien quiere hacerse operar o no es de naturaleza sumamente personal.

No obstante, aquí tienen que valer otras reglas que las que valen en las decisiones vinculadas a la personalidad⁵⁹. Sin embargo, si el paciente negó la operación con la consciencia clara y en pleno conoci-

la compensación de valores materiales, mientras el problema penal aquí en cuestión es de un índole totalmente diferente y tiene que ser resuelto según criterios específicos del Derecho penal.

⁵⁸ Mientras que no se considere necesario obrar de otra manera y se permita una operación también en contra de la voluntad explícitamente declarada del paciente capaz de decidir (véase por ejemplo, NOLL, *ZStW* 77 (1965), p. 27; HARDWIG, *GA* 1965, p. 1688; ZIPF, *Einwilligung und Risiko Übernahme im Strafrecht*, 1970, p. 54) no hay un caso del consentimiento presunto, sino de estado de necesidad suprallegal, por lo que huelgan más consideraciones. Esto también vale según la opinión dominante para el impedimento del suicidio, que según la jurisprudencia incluso es conveniente por § 330c y también aparte de eso incluso en contra de la voluntad del suicida resulta lícita. Por supuesto, en estos casos, no importa la "voluntad presunta" y las circunstancias que se dan en este contexto se encuentran fuera de nuestro tema.

⁵⁹ Aquí no puede efectuarse un análisis independiente de la literatura especialmente amplia del derecho de médicos. Sólo de manera general será indicado a ARTHUR KAUFMANN, en *Schuld und Strafe*, 1966, p. 193 y ss., esp. p. 228 y ss., donde también se

miento del significado decisivo para su vida, entonces a pesar de todo el médico no puede operar cuando el paciente finalmente pierde la consciencia. En estos casos no se puede hablar de un consentimiento presunto. Pero en todas las demás constelaciones se tendrá que considerar como justificada una operación necesaria para mantener la vida, incluso cuando el paciente es conocido como un sectario no dispuesto a operaciones o en el pasado había opinado que "preferiría morir antes que seguir vivo como un lisiado amputado"⁶⁰. Aquí (a diferencia de los demás grupos de casos) pese a tales indicios no se puede partir de una voluntad que obstaculiza la operación porque no se sabe nunca cómo el paciente decidiría realmente frente al riesgo de muerte⁶¹. Así como mucha gente no creyente, al acercarse la muerte, cambia su opinión y hace las paces con DIOS, alguno que otro reformulará sus opiniones anteriores y querrá seguir viviendo, cuando realmente se encuentra ante la alternativa de tener que morir. Decisiones existenciales de este tipo no se pueden (ni por el afectado mismo) anticipar teóricamente. A este *non liquet* que cuanto menos existe para el médico (en el caso normal de todos modos se tendrá que suponer la voluntad de sobrevivir del paciente), no se puede reaccionar como se hace en otras decisiones vinculadas con la personalidad, dejando que las cosas sigan su curso. Esto es así pues si el paciente muere se le quita cualquier posibilidad de decisión. Pero si está operado, entonces se le mantiene la situación de decisión abierta. Si el paciente no quiere seguir viviendo entonces nadie puede impedir que luego deje este mundo voluntariamente. Con la operación no se le ha quitado *su* decisión, sino precisamente se la ha posibilitado. También se puede acuñar la siguiente máxima: en situaciones existenciales en las que una voluntad presunta no es ni prejuzgable ni deducible por indicios, se defiende mejor el derecho de autodeterminación del afectado manteniendo abierta la situación de decisión. Por lo tanto, la

tratan los proyectos de reforma, además a BOCKELMANN, *Strafrecht des Arztes*, 1968, esp. ps. 50 y ss., 64 y ss.

⁶⁰ BOCKELMANN, *NJW* 1961, p. 949.

⁶¹ HARDWIG, *GA* 1965, p. 167.

operación médicamente necesaria, que salva la vida, está cubierta por el consentimiento presunto⁶².

2 — Pertenecen al segundo gran grupo de posibilidades los casos en los que el autor se basa en el consentimiento presunto, no del afectado, sino actuando en el interés propio o el de un tercero.

a) En ello, del terreno problemático del consentimiento presunto se tienen que excluir desde el principio los casos que se pueden subsumir en el § 904; quien presta una bicicleta ajena sin permiso del dueño (§ 248.b) para hacer venir el médico que tiene que asistir a una víctima gravemente herida en un accidente, no necesita para su justificación de un consentimiento presunto. Pero eso no solamente vale para la disposición sobre cosas, que son los únicos a los que se refiere el § 904 del *BGB*, según su tenor literal⁶³, sino también para otros casos en los que el daño impedido es desproporcionadamente mucho más alto que el causado⁶⁴. Da lo mismo si se basa eso en una analogía con el § 904 del *BGB* o directamente por referencia a un estado de necesidad (supralegal), porque la llamada emergencia agresiva de todas maneras sólo es un aspecto especial del estado de necesidad justificante, como ahora lo ha positivizado el § 34.2 del *StrRG*. Por ejemplo, si se permite

⁶² Así en los resultados (no en la justificación) también BOCKELMANN, *NJW* 1961, p. 949, quien solamente no nombra el caso excepcional mencionado arriba, al que por supuesto tampoco incluyó en este lugar en sus consideraciones. Véase también el § 162, inc. 3º, *E*, 1962, que trata el caso de que se omite una instrucción plena porque el *shock* pondría en peligro el éxito del tratamiento. Aquí, el consentimiento presunto, en el que se basa el legislador, tendría que ser evaluado según los criterios desarrollados arriba.

⁶³ Ya en las intervenciones en el Derecho doméstico (por ejemplo, cuando el autor entra en un departamento ajeno para la obtención de un medicamento) la aplicabilidad directa del § 904 del *BGB* ya no es incuestionable, véase ROXIN - SCHÜNEMANN - HAFFKE, *Strafrechtl. Klausurenlehre*, 1973, p. 37.

⁶⁴ Acertadamente, STRATENWERTH, *ZStW* 68 (1956), p. 66: "Pero no hay ninguna razón para limitar este principio (scil. del § 904, *BGB*) a intervenciones en bienes de cosas. Bajo la condición de la desproporcionalidad, también tiene que ser posible una intervención en otros bienes jurídicos: para la salvación de un peligro de muerte agudo, por ejemplo, mediante una lesión física leve".

una extracción de sangre a la fuerza para salvar una vida humana directamente amenazada⁶⁵, semejante intervención inofensiva para la salud también tiene que ser permitida en una víctima de un accidente, por el momento inconsciente, pero no gravemente herida, sin que para ello se tengan que hacer consideraciones sobre un consentimiento presunto. O, eligiendo un ejemplo no tan discutido: si un médico extrae un órgano del cuerpo de un muerto para salvar mediante su trasplante una vida humana amenazada, entonces este comportamiento, si realmente se lo subordina al tipo del § 168 del *StGB*, está justificado por el estado de necesidad. Por lo tanto, es superfluo examinar si se podría suponer un consentimiento presunto de los parientes que no se pueden interrogar⁶⁶.

b) Para el consentimiento presunto quedan por lo tanto los numerosos casos en los que o no existe en absoluto una colisión de intereses o el interés perseguido por el autor no supera el daño del afectado en tal grado que existirían los requisitos del § 904 del *BGB* o del estado de necesidad. En la literatura⁶⁷ se menciona como ejemplo el caso en que en un año riquísimo de frutas algunos niños recolectan las caídas bajo árboles ajenos, en que alguien usa la bicicleta aparcada de un amigo para no perder un tren que le resulta importante (§ 248b), o cuando una empleada de hogar regala el traje desgastado del dueño de casa a un mendigo. De la práctica se agrega el caso ya discutido de abandonar el lugar del acci-

⁶⁵ En este sentido ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, p. 27 y s.; en contra, sin embargo, la opinión dominante.

⁶⁶ El LG Bonn, JZ 1971, p. 56 y ss. quiere permitir un estado de necesidad supra-legal sólo cuando se niega su consentimiento. Pero esto no convence: ¿por qué se tienen que preguntar a los parientes, si el trasplante también es lícito en contra de su voluntad (véase acerca de esto BOCKELMANN, *Strafrecht des Arztes*, 1968, p. 123, en n° marg. 37). Si se tuviera que dar la razón al LG Bonn, entonces, si ya no se pueden interrogar a los parientes, el médico tendría que pensar primero si los parientes supuestamente estarían de acuerdo con la extracción del órgano; si se tuviera que negar eso, entonces no obstante tendría que extraer el órgano. Uno se pregunta en vano por qué el ordenamiento jurídico querrá animar al médico en una situación tan difícil a consideraciones innecesarias.

⁶⁷ JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, p. 286.

dente dejando una nota con la dirección. En general, aquí se incluyen todas las situaciones en las que se cometen consumaciones del tipo ligeras por razones subjetivamente sensatas (como el entrar en jardines ajenos), suponiendo que el derechohabiente no tendrá nada en contra.

c) Los defensores de la teoría (como vimos, incorrecta) de acuerdo con la cual el consentimiento presunto sería un caso particular de la estado de necesidad suprallegal, no saben absolutamente qué hacer con este grupo de casos. Mientras que muchos autores lo pasan totalmente por alto, SCHMIDHÄUSER procede consecuentemente rechazando en semejantes casos cualquier posibilidad de justificación. "Aquí, la intervención en la autonomía del derechohabiente no está (...) justificada por nada; que 'presuntamente' se hubiera dado un consentimiento, no tiene importancia; el 'consentimiento presunto' no puede reemplazar un consentimiento no existente en los casos en los que falta un interés urgente"⁶⁸. Seguramente es cierto que se tiene que tener mucho cuidado con la suposición de un consentimiento presunto donde al afectado se le exige un abandono de intereses sin una ventaja propia. Pero que el consentimiento presunto también debería ser irrelevante, como quiere SCHMIDHÄUSER, cuando en una consideración diligente se lo puede afirmar, no resulta convincente. STRATENWERTH⁶⁹ cita un caso que ya se encuentra en V. WEBER⁷⁰: "A necesita ahora mismo un determinado medicamento que posee su amigo ausente B; dado que no es posible conseguirlo de otra manera, fuerza su botiquín y toma el medicamento". Si aquí se parte de que la enfermedad no era lo suficientemente grave como para cumplir con los requisitos del § 904 del BGB, pero que el amigo por supuesto hubiera estado de acuerdo, no se puede comprender por qué A debería ser punible por allanamiento de morada y daños materiales⁷¹.

⁶⁸ STRATENWERTH, *Allgemeiner Teil*, p. 243.

⁶⁹ ZSTW 68 (1956), p. 47, n° marg. 22.

⁷⁰ *Das Notstandsproblem und seine Lösung in den Strafgesetzentwürfen*, 1919 y 1925, ps. 47, 52.

⁷¹ Idéntico STRATENWERTH, *Allgemeiner Teil*, que ve correctamente que este caso no es concebible por la construcción del estado de emergencia.

Como es sabido, la razón material de la antijuridicidad consiste en que el daño social de un comportamiento prevalece sobre el provecho quizá existente, o, dicho de manera más moderna, que un comportamiento perjudica el funcionamiento del sistema social. Dado que las amistades y las relaciones personales estrechas son factores integrantes valiosos para el sistema social, sería incomprensible si el ordenamiento jurídico en el pronunciamiento de la decisión de antijuridicidad debiera dejarlo desatendido e ignorar totalmente la confianza fundada en la disposición de ayuda de un amigo. Eso implicaría la opinión de no concederle ninguna importancia a las relaciones, por muy estrechas que sean, y el conocimiento de la persona de otro, por muy exacto que sea, para la valoración de la libertad de acción frente al riesgo de una sanción penal (una actitud que no sería socialmente favorable y no debe ser atribuida al legislador).

d) ZIPF⁷² intenta una solución diferente desde el punto de vista de la construcción del estado de necesidad. Para este autor, si no se actúa en el interés del titular del bien jurídico, esto no excluye completamente una aprobación jurídica, pero ella no se basa en un consentimiento presunto, sino en el punto de vista de la adecuación social. "Bajo la condición de que semejantes cosas ocurren usualmente en el contacto mutuo vecinal, se podrá recurrir al punto de vista de la adecuación social, con cuya ayuda se pueden evitar otras construcciones rebuscadas. Aquí, el consentimiento a presumir del 'dañado' no es otra cosa que el requisito para la adecuación social de la acción. Dado que aquí tiene que existir una práctica reconocida por los círculos implicados, los casos de aplicación se mantienen dentro de límites estrechos". Sin embargo, con ello no se da cuenta del aspecto que precisamente es importante en el consentimiento presunto. Pues —incluso si se prescinde de todos los puntos discutidos sobre utilidad, alcance y clasificación de este recurso de interpretación⁷³— la adecuación social requiere por lo

⁷² *Einwilligung und Risiko Übernahme im Strafrecht*, 1970, p. 55.

⁷³ Compárese con la presentación fundamental de WELZEL, gestador del concepto de la adecuación social, en su *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 55 y ss.

menos que se trate de comportamientos frecuentes (es decir, siempre recurrentes), que se mueven completamente dentro del margen del ordenamiento histórico de la vida social y son realizados y considerados legítimos sin duda alguna por numerosas personas. En el consentimiento presunto, empero, se trata a menudo de situaciones singulares, y en todo caso no de lo generalmente usual sino de la opinión sumamente individual del afectado. Así, ciertamente no es socialmente adecuado cuando alguien usa un coche ajeno en el interés propio sin preguntar al propietario; más bien, esto solamente puede ser cubierto por el consentimiento presunto a causa de relaciones personales de los participantes en el caso concreto. Eso no me parece ser una construcción “rebuscada” sino la única que acierta el estado de cosas, mientras que no serviría a la claridad legitimar una decisión, que plenamente depende de las circunstancias individuales, con una “adecuación social”, con cuyo “requisito” se introduce nuevamente a hurtadillas el consentimiento presunto por la puerta trasera.

e) Por lo tanto, hay que partir de que también donde el autor actúa en el interés propio o el interés de un tercero no está excluida por autonomía una justificación por consentimiento presunto. Sin embargo, se tendrá que aceptar la idea de que —al igual que en decisiones vinculadas a la personalidad a favor del afectado— no se puede suponer un consentimiento presunto sin el conocimiento de la persona del titular del bien jurídico a partir de la cual se extraen conclusiones sobre su opinión. Esto vale también cuando, como en el caso citado arriba del botiquín, existe una situación parecida a un estado de necesidad, que no exhibe en la acción del autor malicia alguna. Esto es así pues no se debe sobrepasar la jerarquización de valores tomada por el legislador en el § 904 del *BGB* apelando al consentimiento presunto sin consideración de la persona del afectado, si la diferencia de valores exigida por la regulación del estado de necesidad no ha sido alcanzada. Por lo menos se podrá decir: mientras más intenso sea el interés objetivo del agente y menor el perjuicio de intereses del lado del titular del bien jurídico, más fácilmente se podrá suponer un consentimiento presunto, si las relaciones personales entre los participantes resultan en general caracterizadas por una buena y amable relación mutua. Entonces, si al-

guien ha entrado en el jardín de los vecinos en ocasiones anteriores a modo de visita, y ya en años precedentes podía participar en las riquísimas reservas de frutas del vecino, puede suponer un consentimiento presunto si en ausencia del vecino, que está de viaje, recoge y consume las frutas que, en caso contrario, seguramente se estropearían, pues, en este caso el perjuicio de intereses es casi nulo. Lo mismo vale para el uso por poco tiempo de una bicicleta. Del mismo modo hay que afirmar un consentimiento presunto cuando en el caso de enfermedad se saca un medicamento del botiquín de un amigo; pues incluso si el medicamento tiene algún valor, el interés objetivo del agente —por contrapartida— es tanto mayor.

Por el contrario, es diferente en caso de importes que superan sumas de bagatela. Normalmente uno ni siquiera quiere que los amigos nos pidan dinero. Entonces, para que alguien en la toma de un billete de 20 DM pueda alegar el consentimiento presunto, se tienen que agregar circunstancias muy especiales, relacionadas con la acción concreta. Por ejemplo, si sucede que dos estudiantes que viven en la misma habitación continuamente se ayudan con dinero y uno toma entonces dinero del otro, o si una mujer que convive con su novio y administra la casa tiene que realizar gastos necesarios pero inesperados que su pareja no previó antes de irse de viaje. Lo mismo vale para la conducción de un coche ajeno. Las relaciones amistosas con el titular del vehículo no son suficientes para justificar el uso arbitrario de su coche. Para ello son necesarios indicios especiales que legitiman precisamente el uso del coche, como los que existen cuando alguien ya había podido usar de vez en cuando el viejo Volkswagen de su amigo para excursiones, cuando éste no lo necesitaba. A este grupo de casos pertenece finalmente también el caso, que ocupa mucho a la praxis, del causante del accidente que abandona el lugar del hecho dejando su dirección. Dado que en casos de bagatela absolutos de todas maneras no existe un deber de espera, se tiene que tratar aquí por lo menos de derechos de importes considerables, que, como es sabido, no son garantizados lo suficientemente dejando sólo la dirección. Por ello, también cuando el vehículo dañado pertenece a un conocido, se podrá suponer un consentimiento presunto en el abandono del lugar del accidente sólo cuando de la noticia dejada se deduce de manera inequívoco-

ca no sólo la dirección del autor, sino también la disposición de indemnizar el daño⁷⁴.

Con lo dicho estaría concluida la ejemplificación casuística. Si se lo quiere llevar a reglas generales, puede decirse, en resumen, que un consentimiento presunto también es posible cuando el autor no actúa en el interés del afectado, pero que en este caso sólo puede entrar en consideración conociendo mejor la persona del titular del bien jurídico y que, aparte de eso, donde el perjuicio del interés del afectado no es muy insignificante o el interés del agente, valorándolo objetivamente, es especialmente urgente, tienen que agregarse indicios especiales concerniendo la acción concreta que sugieren un consentimiento.

De esta manera se producen también aquí pautas que posibilitan un juicio equilibrado y realista de estados de cosas dispares. Me parece que ésta es la verdadera tarea del trabajo dogmático-penal: dejar de lado propuestas arbitrarias e improvisadas en la solución de problemas⁷⁵, sin que esto implique una abstracción demasiado alejada de la vida cotidiana y fundamentada en valores político-criminales⁷⁶. En ello creo estar de acuerdo con HANS WELZEL, a quien le dedico con todo respeto este trabajo.

⁷⁴ De la jurisprudencia, que aquí no se puede analizar, véase KG, *JR* 1967, p. 469 y ss.; OLG Hamburg, *NJW* 1960, p. 1482 y s.; OLG Frankfurt, *NJW* 1963, p. 1215 y s.

⁷⁵ Véase GIMBERNAT - ORDEIG, *ZStW* 82 (1970), 405; WELZEL, *FS-Maurach*, 1972, p. 3 y ss.

⁷⁶ Véase mi escrito *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973.

*La calificación jurídico-penal
de la corrección paterna **

* Título original: *Die strafrechtliche Beurteilung der elterlichen Züchtigung*, en *JuS*, 2004, ps. 177-180. Traducción de MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO y SILVIA MARTÍNEZ CANTÓN, publicada en «Revista de Derecho Penal y Criminología» (editada por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, España), 2ª época, nº 16 (2005), ps. 233-242

(I)

EL DERECHO VIGENTE Y SU TRASFONDO HISTÓRICO

La situación jurídica actual es el resultado de una larga evolución. El originario § 1631, II del *BGB** rezaba: "El padre puede emplear medios adecuados de corrección contra el hijo en virtud del derecho de educación". Por tanto, en él estaba expresamente regulado un derecho de corrección (¡sólo del padre!). La ley para la igualdad de derechos entrada en vigor el 1/7/58 derogó esta disposición. No obstante, desde ese momento se derivó del derecho general de educación del § 1631 del *BGB* un derecho de corrección de ambos progenitores, así como, para la madre de hijo extramatrimonial, para los padres adoptivos y para el tutor, del mismo precepto en relación con los §§ 1705, 1754, 1800 del *BGB*. La ley sobre derecho de guarda, que entró en vigor el 1/1/80, completó esta regulación con la prohibición de medidas degradantes de educación en un nuevo § 1631, II del *BGB*.

En conexión con las propuestas de una "comisión (anti-)violencia" instituida por el gobierno federal y tras diversos intentos legislativos fracasados, la ley de reforma de la filiación del 16/12/98 prohibió, mediante una adición al § 1631, II del *BGB*, todo maltrato de los hijos. Éste pasó a rezar: "Las medidas degradantes de educación, especialmente los maltratos físicos y psíquicos, son ilícitas". Esto permitía, de todos modos, la posibilidad de excluir del concepto de maltrato pequeños cas-

* [N. del T.]: *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemán).

tigos físicos con fines educativos¹. Sin embargo, el legislador quería establecer legalmente de forma aún más evidente el programa para una educación sin violencia, de ahí que, en el año 2000, en conexión con la ley sueca de progenitores, diera al § 1631, II del *BGB* su tenor actual mencionado al principio.

(II)

LA PROBLEMÁTICA POLÍTICO-SOCIAL DE LA REGULACIÓN LEGAL

No se discute que la prohibición del castigo físico no hace ilícita toda actuación física sobre el niño. El sujetar al bebé a la mesa de cambiar los pañales o al hijo ante el semáforo en rojo está por tanto —porque no hay ningún castigo físico— permitido e incluso, dado el caso, prescrito². No se discute tampoco que los castigos físicos no encajan en el tipo del § 223 del *StGB* si no alcanzan la intensidad de un “maltrato”. Puesto que un maltrato presupone que el bienestar físico no resulte afectado sólo de modo insignificante, el cachetito suave en el trasero y actuaciones similares sobre el niño no llegan a ser aún una lesión física punible.

No existe acuerdo sobre si cualquier otro castigo físico que supere el umbral de insignificancia es punible como lesión física. Los materiales legislativos lo sugieren, cuando en ellos se dice que, en caso de infracción de la prohibición del § 1631, II del *BGB*, entraría “en consideración una persecución penal por los §§ 223 y ss. del *StGB* en el caso de maltratos físicos”³. Sin embargo, esta afirmación se torna equívoca cuando, al mismo tiempo, se explica: “El fin del proyecto de ley es la proscripción de la violencia en la educación sin la criminalización de la familia”. Tras esto reside un problema político-social no resuelto. Por una parte, se ha de aspirar con énfasis a una educación sin violencia, porque los jóvenes que fueron maltratados en su infancia tienden, a con-

¹ Así, sobre todo, BEULKE, en *Festschr. f. Hanack*, 1999, p. 539 y ss., quien ganó muchos partidarios con esta propuesta.

² Al respecto, *BT-Dr 14/247*, p. 4.

³ Aquí y en lo que sigue, *BT-Dr 14/247*, p. 5.

secuencia de ello, a cometer ellos mismos actos de violencia y presentan otras desviaciones sociales con más frecuencia que los niños educados sin violencia⁴. Por otra, se destrozarían más familias que las que se pacificarían si se quisiera movilizar el Derecho penal a causa de cada bofetada motivada por trastadas o faltas graves de los hijos. La solución del conflicto aquí apuntado se intenta de muy diferentes modos.

(III)

LAS DISTINTAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN DE LA DOCTRINA Y EL RESULTADO SEGÚN EL DERECHO VIGENTE

1 — Una opinión que pretende mantener aún hoy el derecho de corrección con su alcance anterior contempla la nueva regulación del § 1631, II del *BGB* como una vulneración del derecho paterno de educación garantizado constitucionalmente (art. 6º, II, 1, *GG**) y, por eso, como nula⁵. Sin embargo, si, según la opinión pedagógica hoy absolutamente dominante, el castigo físico de los hijos ya no es de ninguna manera educativamente legitimable, no puede estar tampoco abarcado por el derecho de educación, de modo que su prohibición no contradice la Constitución. No es cierto que los padres puedan establecer por su cuenta, sin control estatal, los límites de su derecho de educación, pues el art. 6º, II, 2 de la *GG* dice: “Por su ejercicio (scil. el ejercicio del deber de educación) vela la comunidad estatal”.

2 — A similares resultados llega la opinión defendida sobre todo por BEULKE que considera los castigos físicos prohibidos sólo cuando sean al mismo tiempo degradantes⁶. “Una bofetada comedida” no pre-

⁴ Para más detalles, BUSSMANN, *FPR* 2000, 289.

* [N. del T.]: *Grundgesetz* (Ley Fundamental o Constitución alemana).

⁵ Últimamente, NOAK, *JR* 2000, p. 402, con ulteriores referencias; ROELLECKE, *NJW*, p. 337.

⁶ Así, sobre todo, BEULKE, en *Festschr. f. Schreiber*, 2003, p. 29 y ss. (39); el mismo, en: WESSELS - BEULKE, *Strafr. AT*, 33ª ed., 2003, nº marg. 387.

sentaría carácter degradante y, por consiguiente, no estaría en contradicción con la última redacción del § 1631, II del *BGB*, “cuando aparezca como adecuada en la situación concreta y defendible desde el punto de vista educativo”⁷. Aquella no es, por tanto, para BEULKE un “maltrato” en el sentido del § 223, de modo que para él sencillamente se ha “trasladado el problema del derecho paterno de corrección del plano de la justificación al plano del tipo”⁸. Sin embargo, pretende contemplar las correcciones físicas, al menos “por regla general”, como degradantes y, por tanto, también como punibles, de modo que, con todo, va a pasar a una cierta ampliación de la punibilidad.

3 — KÜHL⁹ se mantiene incluso en la idea de la existencia de una causa de justificación del derecho paterno de corrección; éste habría sido derogado sólo en tanto “que se trate de castigos físicos que representen a la vez medidas degradantes”.

4 — Contra tal interpretación hablan, sin embargo, el tenor literal de la ley y la voluntad claramente reconocible del legislador. Si el legislador concede al hijo en el § 1631, II del *BGB* “derecho a una educación sin violencia (o libre de violencia)” y declara ilícitos los “castigos físicos (...) y otras medidas degradantes”, ello sólo puede ser interpretado de forma lingüísticamente correcta en el sentido de que los castigos corporales se prohíben absolutamente como degradantes¹⁰. De lo contrario, las demás medidas también prohibidas no serían “otras” acciones degradantes¹¹. De los materiales de la ley se infiere además inequívocamente que el legislador pretendía lo que resulta de una interpretación acorde con el tenor literal. En el “Proyecto de ley para la proscrip-

⁷ BEULKE (*supra*, nota 6), p. 40.

⁸ WESSELS - BEULKE (*supra*, nota 6), n.º marg. 387 (aquí también la siguiente cita).

⁹ LACKNER - KÜHL, *StGB*, 24ª ed., 2001, § 223, n.º marg. 11; le sigue en lo esencial KREY, *Strafr. BT I*, 12ª ed., 2002, n.º marg. 312.

¹⁰ Como aquí, sobre todo, HOYER, *FamRZ* 2001, p. 522; discrepa BEULKE (*supra*, nota 6), p. 38 y s. Contra el argumento del tenor literal también OTTO, *Jura* 2001, p. 671.

¹¹ BT-Dr 14/1247, ps. 6, 8.

ción de la violencia en la educación” se dice que “la causa de justificación del derecho paterno de corrección” no existe ya desde la legislatura anterior. La nueva formulación legal establecería ahora claramente “que todo tipo de castigo físico es ilícito. La razón (...) de ello es que el castigo físico, aunque no alcance la intensidad del maltrato, significa para el hijo una humillación”. ¡El legislador quiere prohibir, por tanto, incluso las actuaciones físicas insignificantes sin carácter de maltrato! Esto excluye una interpretación que siga considerando lícitas las causaciones de dolor punitivas moderadas¹².

5 — GÜNTHER aplica la categoría desarrollada por él de las causas de exclusión del injusto penal también al derecho paterno de corrección¹³. Según esto, junto a las causas de justificación que son válidas para todo el ordenamiento jurídico, existe la ulterior categoría de las causas de exclusión del injusto penal, las cuales, debido a la falta de merecimiento de pena, sólo eliminan el injusto penal. Aplicado a nuestro tema, ello quiere decir: la supresión del derecho paterno de corrección en el Derecho civil no impide admitir que el injusto penal se excluya, porque la intromisión del Estado en la familia aparezca como político-criminalmente inoportuna.

Se llega de esta manera a un resultado que era el deseado por el legislador: si bien los castigos físicos están sin duda prohibidos en el Derecho de familia, se evita una “criminalización de la familia”. Sin embargo, esto no altera en nada el hecho de que falte un fundamento legal para tal construcción¹⁴, pues, cuando alguien realiza el tipo del § 223

¹² En lo esencial como aquí: HILLENKAMP, *JuS*, 2001, p. 165; KELLNER, *NJW* 2001, p. 797; LILIE, en *LK-StGB*, 2001, § 223, n.º marg. 10; OTTO, *Jura*, 2001, p. 671; PESCHEL-GUTZEIT, *FPR*, p. 231; SALGO, *RdJB* 2001, p. 283; TRONDLE - FISCHER, *StGB*, 51ª ed., 2003, § 223, n.º marg. 18.

¹³ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, p. 352 y ss.; el mismo, en *Festschr. f. Hermann Lange*, 1992, p. 877 y ss. (893); el mismo, en *SK-StGB*, 1998, observaciones previas al § 32, n.º marg. 63. Le siguen HORN - WOLTERS, en *SK-StGB* (*supra*, nota 12), § 223, n.º marg. 13; REICHERT - HAMMER, *JZ* 1988, p. 618.

¹⁴ Una discusión general con GÜNTHER en ROXIN, en *Festschr. f. Oehler*, 1985, p. 181 y ss.; el mismo, *JuS* 1988, p. 425 (431).

del *StGB* mediante un maltrato físico, su punibilidad existente en principio sólo puede ser excluida a través de causas de justificación, de exculpación o de exclusión de la punibilidad legalmente establecidas. Si faltan éstas, no puede ser tarea del juez crear causas supralegales adicionales de exclusión del injusto penal. Ello contradiría el principio de determinación legal de la pena¹⁵. La invocación del art. 6º, II, 1 de la *GG* tampoco sirve aquí, como ya se expuso al principio.

6 — HOYER¹⁶ propone otra nueva diferenciación. Parte de que, si bien el § 1631, II, 1 del *BGB* otorga al hijo un “derecho a una educación sin violencia”, sin embargo, la guarda paterna a que se refiere el § 1631, I del *BGB* abarca, además, el derecho de “cuidar al hijo, educarlo, custodiarlo y determinar su residencia”. Extrae de ahí la consecuencia de que el cuidado, la custodia y la determinación de la residencia no están abarcados por la prohibición de violencia. “Cuando una medida paterna de corrección aspira, por ejemplo, a apartar al hijo de un comportamiento autolesivo o peligroso para sí mismo, entonces esta corrección no persigue en absoluto ningún fin educativo, sino que contribuye al cuidado y a la custodia o vigilancia. El impedir que el hijo dañe o ponga en peligro a terceros tampoco se exige a los padres por el § 832, *BGB* en conexión con su deber de educación, sino con su deber de custodia o vigilancia. Si la corrección paterna aspira a proteger los bienes jurídicos del hijo o de terceros, entonces, por consiguiente, no es de aplicación en absoluto el § 1631, II, *BGB* —por ejemplo, cuando el hijo deba ser motivado a no jugar en la calle o con fuego o a no dañar a propósito su propia propiedad o la de terceros—”.

Esto, sin embargo, no convence¹⁷. En primer lugar, tal interpretación resulta contraria al tenor literal del § 1931, II, 2 del *BGB*, que

¹⁵ Siguiéndome, BEULKE (*supra*, nota 1), p. 543 y ss.; HOYER, *FamRZ* 2001, p. 522 (523).

¹⁶ HOYER, *FamRZ* 2001, p. 522 (524).

¹⁷ En contra también SALGO, *RdJB* 2001, p. 283 (289), quien exageradamente habla incluso de “estrambóticas contorsiones dogmático-jurídicas”; BEULKE (*supra*, nota 6), p. 38; M. HEINRICH, *Münchener Habilitationsvortrag*, Typoskript, p. 16 y s.

prohíbe el "castigo físico" sin más y no sólo castigos físicos con fines educativos. Sería también absurdo el que se quisiera exceptuar de la prohibición castigos físicos que, por ejemplo, se realizan por furia, sadismo y desamparo. El que el legislador hable en el inciso anterior del derecho a una "educación sin violencia" se debe a que los castigos físicos que no están guiados por fines educativos fueron siempre punibles, que el cuidado, la custodia y la determinación de la residencia no pueden producirse mediante castigos corporales y que el siguiente inciso abarca, en cualquier caso, todos los motivos de castigo físico. Pero, en segundo lugar, no obstante, tampoco se pueden separar unas de otras las medidas paternas mencionadas en el § 1631, II del *BGB* del modo que pretende HOYER. Cuando los padres propinan una paliza a su hijo para que no vuelva a salir corriendo a la carretera o a dañar cosas ajenas, ciertamente, esto puede perseguir el fin de facilitar el "cuidado" y la "custodia" del hijo. Pero esta finalidad no debe ser alcanzada educando los padres al hijo mediante castigos físicos para que no se dañe a sí mismo ni a otros. En tercer lugar, finalmente, tampoco sería compatible con la idea fundamental de una ley "para la proscripción de la violencia en la familia" y con los principios pedagógicos en que se basa permitir en parte y prohibir en parte los castigos físicos cuando los niños cometen faltas.

7 — HEINRICH¹⁸ desarrolla otra solución reciente, proponiendo admitir excepcionalmente conforme a los principios del estado de necesidad justificante (§ 34, *StGB*) el castigo físico, en sí prohibido y punible en su opinión. Piensa al respecto en dos grupos de casos que deben ser tenidos en consideración para la justificación. En primer lugar, que el hijo sea tan "obstinado" (se quiere decir: difícilmente educable) "que ya no parezca posible (objetivamente) una actuación educativa de los padres con medidas educativas libres de violencia"; pero, en segundo lugar, también "cuando el educador (subjektivamente) ya no es capaz de actuar educativamente sin violencia". Para impedir que el hijo vaya a parar "a un vacío educativo", una corrección física moderada ofrece

¹⁸ M. HEINRICH (*supra*, nota 17), p. 17 y ss.

ventajas sustancialmente preponderantes. El límite de “la preponderancia sustancial” lo traza o establece allí “donde hasta ahora ya se trababan también los límites del derecho paterno de corrección”.

Pero tampoco esto puede satisfacer, pues, precisamente para los casos en que piensa HEINRICH, en que los padres ya no logran entenderse en absoluto con sus hijos, debido a su ineducabilidad objetiva o a una sobreexigencia subjetiva, el legislador ha previsto en el *SGB VIII** amplias medidas de asistencia a niños y a jóvenes¹⁹. “Se ofrecen muy variadas posibilidades a las autoridades encargadas de la persecución penal para la cooperación con las entidades independientes y las públicas, responsables de la asistencia a niños y a jóvenes, las cuales podrían ser aprovechadas en el marco del sobreseimiento del proceso conforme al § 153 de la *StPO* para el ulterior desarrollo de modelos de *diversion* (derivación, diversificación, desjudicialización)”²⁰. Hay, por tanto, un camino trazado por el legislador para impedir el “vacío educativo” temido por HEINRICH, de modo que la aplicación del § 34 del *StGB* falla ya porque falta un “peligro no conjurable de otro modo”. A ello se añade que el legislador considera una “humillación” ilícita al niño cualquier castigo físico, “aunque no alcance la intensidad de maltrato”²¹. Un maltrato que exceda de esto afecta, por tanto, según la valoración del legislador, a la dignidad humana del hijo e infringiría el inc. 2º del § 34 del *StGB*, según el cual “el hecho” ha de ser “un medio adecuado (...) para conjurar el peligro”.

8 — Habrá que admitir, por tanto, que según el Derecho vigente, todo castigo físico de los hijos está prohibido y es punible como lesión física, en tanto traspase el umbral de importancia o gravedad para convertirse en maltrato²². Una bofetada dolorosa (“sonora”), una pali-

* [N. del T.]: *Sozialgesetzbuch, Aches Buch* (Código Social, Libro VIII).

¹⁹ Cfr. al respecto, en particular, *BT-Dr 14/1247*, p. 6.

²⁰ SALGO, *RdJB* 2001, p. 283 (290).

²¹ *BT-Dr 14/1247*, p. 8.

²² En este sentido también BUSSMANN, *FPR* 2000, p. 289; HILLENKAMP, *JuS*, p. 165; KARGL, *NJ* 2003, p. 59; KELLNER, *NJW* 2001, p. 796; PESCHEL - GUTZEIT, *FPR*, p. 231; SALGO, *RdJB* 2001, p. 283.

za o unos estacazos son, por tanto, en principio, punibles como lesión física. Si el legislador, no obstante, quiere evitar una “criminalización de la familia”²³, entonces se ha de pensar en las posibilidades de sobreseimiento de los §§ 153, 153 a de la *StPO* y —en conexión con esto— en las posibilidades de asistencia a niños y a jóvenes.

(IV)

OBSERVACIÓN DE POLÍTICA JURÍDICA Y CONSIDERACIONES «DE LEGE FERENDA»

Con todo, esta regulación no es plenamente satisfactoria. Es oportuna en el caso de padres sobreexigidos, a quienes, por su desamparo, no se les ocurre otro medio educativo que una paliza. En estos casos, una intervención del Estado, una punibilidad de principio y las posibilidades de *diversion* (derivación, diversificación, desjudicialización) del derecho de asistencia a jóvenes constituyen una reacción adecuada. Pero aquí se trata de maltratos a niños que también según el Derecho anterior exigían ya una intervención estatal. Más frecuentes son, sin embargo, los casos de una relación paterno-filial íntegra, afectuosa y, por regla general, no problemática, en los cuales, pese a todo, pueden producirse desavenencias en un caso aislado. Cuando un muchacho de por sí bien educado, por ejemplo, “por divertirse” —y tal vez bajo la influencia de compañeros de juego— dispara a los transeúntes con un peligroso tirachinas o cuando, porque le ha sido negado un deseo determinado por motivos educativos, insulta a su madre con palabras procazes, si bien no es correcto que el padre reaccione espontáneamente a esto con una fuerte bofetada, sí es humanamente comprensible.

Si un caso así se divulga —por ejemplo, porque haya tenido lugar públicamente o porque sea denunciado por los vecinos— y, a consecuencia de ello, la policía, el fiscal y la asistencia a menores o jóvenes se ocupan del asunto durante semanas y, quizá, meses, ello puede destruir la paz familiar, incluso si el incidente se cierra finalmente sin sanción. En eso son plenamente fundadas las objeciones que sobre to-

²³ BT-Dr 14/1247, p. 5.

do HOYER²⁴ y BEULKE²⁵ formulan contra una “sobrecriminalización jurídico-material”²⁶, aun cuando sus esfuerzos por llegar en tales casos a una exclusión de la tipicidad o a una justificación contradigan la situación legal.

Según el nº 235 II, III de las Directrices para el proceso penal y el proceso para la imposición de sanciones pecuniarias por contravenciones, debe afirmarse con carácter general en casos de esa índole un especial interés público en la persecución penal (§ 230, *StGB*) y sólo debe ser posible el sobreseimiento cuando hayan sido introducidas medidas pedagógico-sociales, de terapia familiar u otras medidas protectoras con visos de ofrecer resultados exitosos. En los casos del tipo descrito, una intervención estatal puede resultar, sin embargo, contraproducente —al contrario que en las familias problemáticas—, porque en realidad no es preciso hacer nada y “se ignora el efecto estigmatizante de la mera apertura de un proceso penal”²⁷. “Piénsese en las miradas curiosas de los vecinos, cuando un coche de policía para a la puerta o el asistente de menores—bien conocido, al menos en pueblos pequeños—llama a la puerta”. Sobre todo, puede conducir a una crisis de confianza entre padres e hijo el que el padre haya de verse puesto en la picota por una bofetada —desde su punto de vista bien merecida— y aparezca como el único culpable. El daño resultante para la paz familiar y para el desarrollo ulterior del hijo puede ser inmensamente mayor que si tras una bofetada —aunque ilícita— todo vuelve a estar bien.

Si el legislador quisiera tener en cuenta tales puntos de vista, sería idónea la creación de una causa personal de exclusión de la punibilidad para el caso de que un titular de la guarda* “sancione la mala conduc-

²⁴ HOYER, *FamRZ* 2001, p. 522.

²⁵ BEULKE (*supra*, nota 6), p. 36 y s.

²⁶ HOYER, *FamRZ* 2001, p. 522.

²⁷ Aquí y en la siguiente cita, BEULKE (*supra*, nota 6), p. 27.

* [N. del T.]: Aunque ROXIN habla constantemente de la familia y de los padres, traducimos aquí *Sorgeberechtigte* de forma amplia por “titular de la guarda” y no de la patria potestad, pues en el original alemán no aparece el adjetivo *elterlich* referido a *Sorge*.

ta grave del niño o del joven en el caso concreto, por motivos educativos, con una corrección moderada”, pues la categoría de las causas de exclusión de la punibilidad sirve, según la interpretación que yo he desarrollado²⁸, al fin de evitar un castigo en casos “en los que, en una ponderación, las finalidades extrapenales tienen prioridad frente a la necesidad de pena”.

En la aplicación a nuestra constelación de casos ello significaría: el castigo físico comprendido en una causa de exclusión de la punibilidad sigue siendo una lesión física ilícita, típica, antijurídica y culpable, de modo que “la proscripción” perseguida por el legislador “de la violencia en la familia” no experimentaría restricción alguna. Se renunciaría por motivos extrapenales —a saber, de política familiar—, sin embargo, a un castigo en los casos descritos, comparativamente inocuos. Sólo así se alcanzaría la segunda finalidad esencial del legislador, una “proscripción de la violencia en la educación sin la criminalización de la familia”²⁹, de un modo satisfactorio desde puntos de vista de política social.

²⁸ En mi *Lehrbuch Strafr*, AT I, 3ª ed., 1997 [= PG I, 1997, trad. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña - Díaz y García Conlledo - De Vicente Remesal], § 23, nº marg. 21 y s.

²⁹ BT-Dr 14/1247, p. 5.

*Las causas de justificación
y de exculpación y su delimitación de
otras causas de exclusión de la pena* * **

* Título original: *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen*, JuS 1988, ps. 425-433.

Traducción de **MANUEL ABANTO VÁSQUEZ**, publicada en *La teoría del delito en la discusión actual*, Lima, 2007, ps. 227-258

** La presente contribución es la versión ligeramente reelaborada de una ponencia que sustenté el 28/5/85 con motivo del *coloquium* germano-escandinavo en Friburgo. Mi artículo completa el informe presentado por **KÜPER** en el mismo *coloquium*, el cual fuera publicado en JuS 1987, p. 81 y ss.

(I)

INTRODUCCIÓN

Hace varios años trabajaba en mi Instituto de Munich un becario inglés que estudiaba dogmática penal alemana. Después de algún tiempo vino a verme y me formuló muchas preguntas que me han confirmado lo fructífero que resulta el trabajo de Derecho comparado también en el campo de la dogmática. Una de sus preguntas se refirió al tema de este artículo.

“Comprendo” —opinaba— “... que la diferenciación entre causas de justificación, de exculpación y de exclusión de la pena es muy sutil y casi una obra de arte jurídica. Pero no se trata quizás de un pasatiempo ingenioso? Es que en última instancia lo que importa es sólo la punibilidad, la cual se deniega por igual cuando se dan todas estas causas. ¿Acaso las consecuencias diferentes vinculadas a estas categorías no se deducen más de distinciones conceptuales en vez de fundamentarse en necesidades objetivas?”.

Tales preguntas pueden provocar un *shock* moderado en un penalista alemán, para quien estas diferenciaciones aparecen como algo evidente e inatacable. HANS WELZEL, uno de nuestros más grandes dogmáticos decía en 1966 que la obra de su vida estaba completada en lo esencial¹: “Veo en la fragmentación del delito en los tres elementos, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, el progreso dogmático más impor-

¹ WELZEL, *JuS* 1966, p. 421 y ss.

tante de las últimas dos o tres épocas humanas". Un sistema jurídico que lleva a cabo esta diferenciación sería "superior a otro en el cual aquélla no existe". Y WILFRIED KÜPER, uno de los mejores conocedores de la materia hasta hoy en día, recién en 1983² ha incluido dentro de "los más grandes rendimientos de la dogmática penal" a la diferenciación entre antijuricidad y culpabilidad; tras esta diferenciación no "hay ya ninguna vía de regreso".

También a mí me parece que es irreversible para el Derecho alemán por lo menos la aceptación de que las causas de justificación y las de exclusión de la culpabilidad son dos cosas distintas que deben mantenerse separadas. Después de haber pasado por un largo período de incertidumbre³, el RG se ha decidido definitivamente por esta diferenciación desde 1927⁴. El legislador la ha incluido por escrito expresamente en la nueva Parte General del Código Penal vigente desde 1975, hablando de una exclusión de la antijuricidad en la legítima defensa (§ 32, *StGB*) y en los casos de estado de necesidad del § 34 del *StGB* y, por el contrario, de un "actuar sin culpabilidad" en los casos de estado de necesidad del § 35, en un error de prohibición invencible (§ 17, primera oración, *StGB*) y en la falta de imputabilidad (§ 20, *StGB*). La diferenciación formaba parte también de las pocas sentencias dogmáticas trascendentales que hoy en día pueden tenerse por indiscutibles en la ciencia jurídico-penal alemana.

Pero con ello la provocativa pregunta inicial de mi interlocutor inglés no ha sido resuelta. Y es que si se ve con más exactitud, no es muy grande en este campo el *stock* de expresiones sobre las cuales todos estén de acuerdo: éste sólo atañe a la existencia de las categorías como tales y a su mayor y muy abstracta medida de separación. Pero no sólo sigue siendo discutible, en algunos casos de liberación de pena, el que sean vistos como causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad o de la pena. También es discutible la importancia de las categorías en particular y la cuestión de si no hay otros casos importantes de

² KÜPER, *JZ* 1983, p. 88 y ss., ps. 95 y 89, correspondientemente.

³ La antigua jurisprudencia es bien analizada en EB. SCHMIDT, *ZStW* 49 (1929), p. 351 y ss.

⁴ RGSt. 61, p. 242 y ss.

punibilidad excluida que no pueden ser comprendidos por ellas. La teoría del espacio libre de Derecho, la teoría de MAURACH y de su discípulo, acerca de la exclusión de la responsabilidad por el hecho, y la concepción brevemente desarrollada por GÜNTHER de las así llamadas auténticas causas de exclusión del injusto penal contienen propuestas de solución que vinculan elementos de la justificación, de la exclusión de culpabilidad y de la exclusión de pena en forma correspondientemente diferente, relativizando y difuminando con ello en amplios ámbitos las diferenciaciones originarias. También las deducciones dogmáticas que se extraen de la diferenciación entre causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad —por ejemplo, el que no se deba practicar la legítima defensa contra acciones justificadas, pero sí contra acciones exculpadas— están siendo en gran parte vivamente discutidas. Si se saca la cuenta de todo esto, no queda mucho del consenso fundamental. La cuestión de si la diferenciación dogmática entre diferentes categorías de la liberación penal no crean más dificultades que las que elimina no parece ser, desde dicha perspectiva, de ninguna manera obsoleta, sino un problema que debe plantearse precisamente la ciencia penal alemana.

A continuación voy a proceder de tal manera que expondré y valoraré críticamente el estado actual de la discusión en Alemania occidental ahorrándonos el desarrollo histórico bastante complicado. Naturalmente, en el espacio aquí dado ello sólo es posible de manera breve y a grandes rasgos. En primer lugar expongo la diferenciación entre causas de justificación y de exculpación juntamente con sus consecuencias jurídicas y las divergencias y formas intermedias recomendadas en la literatura. Recién en el último acápite de la contribución me ocuparé de cómo las causas de justificación y de exculpación pueden ser delimitadas de las demás causas de exclusión de la pena.

(II)

LA IDEA FUNDAMENTAL DE LA DELIMITACIÓN ENTRE JUSTIFICACIÓN Y EXCULPACIÓN

La idea fundamental para la delimitación entre causas de justificación y causas de exculpación es sencilla. Una causa de justificación

presupone que dos intereses colisionan entre ellos de tal manera que sólo uno de ellos puede imponerse. Luego, es tarea de las causas de justificación emprender la regulación socialmente correcta de los intereses en conflicto. Esto sucede así sin excepciones cuando se permite la afirmación del interés que el ordenamiento jurídico valora más a costa de aquél de menor valor; sólo en el caso excepcionalmente raro de que entren en colisión dos deberes de acción de igual valor, el ordenamiento jurídico deja al propio actor la decisión sobre cuál de ambos deberes quiere cumplir. La afección de bienes jurídicos de otro o de la generalidad es aceptada por el ordenamiento jurídico cuando ocurre siguiendo los parámetros de las causas de justificación; esta afección no es un injusto. Causas de justificación son, por ejemplo, la legítima defensa, el estado de necesidad justificante (§ 34, *StGB*), las facultades del Ejecutivo dispersas en numerosas leyes, el derecho paterno de corrección [sobre sus hijos], el consentimiento presunto y la salvaguardia de justos intereses en las lesiones contra el honor (§ 193, *StGB*).

Por el contrario, una causa de exculpación o, como yo prefiero decir, un caso de exclusión de la responsabilidad penal presupone en primer lugar, que el autor haya actuado antijurídicamente, es decir que no pueda invocar un interés contrapuesto reconocido por el ordenamiento jurídico. Luego, es tarea de las causas de exculpación proporcionar los criterios que, en caso de presentarse, hacen que el Derecho niegue la posibilidad o la necesidad político-criminal de una punición, pese al carácter socialmente erróneo de la acción. Son causas de exculpación, por ejemplo, la inimputabilidad (§§ 19, 20, *StGB*; art. 3º, *JGG*), el error de prohibición invencible (§ 17, *StGB*), el estado de necesidad exculpante (§ 35, *StGB*) y el exceso en la legítima defensa (§ 33, *StGB*).

Entonces, las causas de justificación dicen qué es lo que el particular debe hacer u omitir en caso de colisión de intereses. Ellas dan pautas de conducta y trazan la frontera entre derecho e injusto. Las causas de exculpación, por el contrario, no tienen que ver con lo debido, sino con la cuestión de si puede o debe sancionarse penalmente una conducta socialmente errónea debido a circunstancias especiales del caso. A través de esta diferente tarea de ambas categorías se explica también que las causas de exculpación sean una materia puramente jurídico-penal, mientras que las causas de justificación no lo son.

Pues constituye una cuestión que debe decidirse exclusivamente según puntos de vista del Derecho penal el que la particularidad del caso permita o no una excepción a la punibilidad amenazante. Pero la forma cómo deba decidirse sobre una colisión de intereses y delimitar entre el derecho y el injusto es un problema para cuya solución pueden contribuir todos los ámbitos del ordenamiento jurídico.

(III)

CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN LA EXPLICACIÓN DE LA JUSTIFICACIÓN Y LA EXCULPACIÓN

La delimitación entre causas de justificación y de exculpación, tal como se acaba de intentar hacer con carácter general, puede parecer trivial. Sin embargo, ella contiene ya una toma de posición acerca de una serie de puntos controvertidos que quiero indicar aquí.

a — El principio de la justificación

Si veo la tarea de la categoría de la justificación en la regulación socialmente correcta del interés y del interés contrapuesto, es decir que atribuyo todas las causas de justificación al principio de la ponderación de intereses, me distancio de la doctrina pluralista fundamentada por MEZGER⁵, o mejor dicho, de la teoría dualista. Esta teoría sitúa conjuntamente, en las causas de justificación, los principios del interés preponderante y de la falta de interés, y pretende, con el segundo caso, comprender preferentemente el consentimiento. Pero yo considero que el consentimiento no es una causa de justificación. Pues allí donde alguien consiente eficazmente en que otro intervenga en sus bienes jurídicos, lo que hay en esta intervención no es una afección al portador del bien jurídico, sino un apoyo en la realización de su libertad de acción garantizada constitucionalmente (art. 2º, GG), la cual se

⁵ MEZGER, *Strafrecht*, AT, 3ª ed., 1949, p. 204 y ss.; de manera similar actualmente, por ejemplo, LENCKNER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB*, 23ª ed. (1988), com. previo § 32, nº marg. 7; BLEI, *Strafrecht*, AT, 13ª ed., 1983, Cap. 36, I.

expresa precisamente en la disposición de los bienes jurídicos que le corresponden. Tal conducta llena tan poco el tipo delictivo como lo hace la disposición del portador del bien jurídico sobre sus bienes jurídicos; por ello esto no es típico desde el principio.

En el marco de una teoría "monista" de las causas de justificación, la cual considero por consiguiente correcta, me aparto de aquellos que exigen para la justificación necesariamente un interés preponderante; la colisión de deberes muestra que según las circunstancias también la salvaguarda de intereses de igual valor pueden llevar a la justificación. Naturalmente, la ponderación de intereses según el criterio de lo socialmente correcto es un principio meramente regulativo, el cual no dice nada sobre los contenidos de lo socialmente correcto. Éstos resultan del Derecho positivo y, en caso que éste guarde silencio, de los principios del ordenamiento social que pueden deducirse de todo el ordenamiento jurídico⁶.

b — El principio de la exculpación

En las causas de exculpación veo el común denominador, en contra de la opinión dominante, no en la falta de culpabilidad, sino en que, por motivos de política criminal, o bien no es posible o bien no es necesaria una punición. Donde falta la culpabilidad, por ejemplo, en caso de una enfermedad mental, es imposible una punición siempre que se acepte la premisa teórica penal, en la cual también se basa el Tribunal Constitucional⁷, de que la pena presupone la culpabilidad. Pero también donde todavía puede afirmarse una culpabilidad (atenuada), es decir, donde el autor en una determinada situación todavía es normativamente asequible [*normativ ansprechbar*] y tiene la posibilidad de decidir entre diferentes alternativas de conducta⁸, el legislador prescinde de una punición cuando esto no le parece exigible por razones de

⁶ Al respecto, ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, p. 26 y siguientes.

⁷ BverfGE 20, p. 323 (331).

⁸ Acerca de esta comprensión de la culpabilidad, comp. más detalladamente mi artículo en el ZStW 96 1984, p. 641 y ss.

prevención especial ni por las de prevención general. Así ocurre, según el Derecho alemán, por ejemplo, en el estado de necesidad exculpante (§ 35, *StGB*) y en el exceso de legítima defensa (§ 33, *StGB*). Sólo por necesidades preventivas pueden ser explicadas con naturalidad las excepciones hechas a la exculpación en el estado de necesidad (§ 35, párr. 1º, segunda oración, *StGB*) y la limitación de la impunidad a estados emotivos asténicos (“confusión, temor o pánico”) en caso de exceso de legítima defensa⁹. Esta consideración de intereses preventivos en el marco de la categoría dogmática que decide sobre la liberación de pena se corresponde con la comprensión teórico-penal de que, si bien la pena siempre presupone la culpabilidad, sin embargo, adicionalmente también la necesidad preventiva siempre presupone la sanción. Luego, la pena puede ser excluida debido a la falta de culpabilidad o de necesidades preventivas de sanción. Por ello a mí me resulta lo más correcto terminológicamente, hablar de causas de exclusión de la responsabilidad (como concepto superior para la culpabilidad excluida y la falta de necesidad preventiva); sin embargo, el término “causas de exculpación” es inofensivo si se le emplea en el mismo sentido y se es consciente de que proporciona dos diferentes causas de exculpación.

Por el contrario, no considero necesario distinguir además, tal como hace una opinión difundida¹⁰, entre causas de exclusión de la culpabilidad [*Schuldausschließungsgründe*] y causas de disculpa [*Entschuldigungsgründe*]. Las causas de exclusión de la culpabilidad son, según ello, la inimputabilidad (§ 20, *StGB*) y el error de prohibición invencible (§ 17, *StGB*), es decir, casos en los cuales falta la culpabilidad completamente, mientras que en las causas de disculpa, por ejemplo, están el estado de necesidad del § 35 del *StGB* y el exceso en la legítima defensa del § 33, en los cuales existe de por sí una cierta culpabilidad, pero que se tolera al autor.

⁹ Comp. al respecto y más detalladamente, ROXIN, en *FS-Henkel*, 1974, p. 171 y ss. Y especialmente sobre el § 33, el mismo autor, en *FS-Schaffstein*, 1975, p. 105 y ss.

¹⁰ Comp. por mencionar a algunos, LENCKNER (*supra*, nota 5), com. previo § 32, nº marg. 108 y ss.; más ref. bib. HIRSCH, en *LK*, 10ª ed., com. previo § 32, nº marg. 182, quien coincide con el parecer aquí defendido.

Ciertamente, detrás de esto está la comprensión correcta de que la tradicional categoría denominada "culpabilidad" no tiene que ver ella sola precisamente con la culpabilidad, dado que un hecho puede ser eventualmente disculpado (según mi opinión, en caso de faltar necesidades penales de prevención) aún cuando exista una cierta culpabilidad. No obstante, esto no debería ser tratado de manera distinta en las así llamadas causas de exculpación. También la inimputabilidad tiene zonas normativas marginales, por ejemplo, en las situaciones emotivas de alto grado y en las neurosis graves, en las cuales no pueden excluirse plenamente las consideraciones preventivas al aprobarlas o reprobárlas; incluso allí donde se cree poder afirmar un mínimo de libertad de decisión todavía debería ser posible una exculpación en cuanto esto se pueda defender desde la política criminal. Y también en el error de prohibición, la impunidad no debería depender de una inevitabilidad [invencibilidad] absoluta que apenas se da alguna vez, sino de si el autor, tal como acertadamente se dice en el Código Penal suizo (§ 20), ha "supuesto por motivos suficientes" que "estaría legitimado para el hecho". Tales "motivos suficientes" ya se dan cuando el autor ha satisfecho las exigencias normales de fidelidad del ciudadano al Derecho y, por ello, no ofrece ningún motivo para sanciones criminales. Si uno persiste en que las causas de exclusión de la culpabilidad no ofrecen ningún espacio para renunciar con tolerancia a la pena, se refuerza un rigor punitivo que es errado por política criminal, puesto que contradice el parecer principalmente aceptado por todos de que si bien la culpabilidad es una condición necesaria, no es todavía una condición suficiente para la pena estatal.

(IV)

LA SIGNIFICACIÓN PRÁCTICA DE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD

No importa cómo se piense sobre los detalles recién esbozados brevemente en la interpretación de justificación y exculpación. Estos detalles no impiden el consenso sobre la diferencia objetiva consistente en que se libere de pena a una conducta penalmente típica debido a que

está permitida y aceptada socialmente o que, en caso de una conducta no permitida y socialmente errada solamente se prescinda de una sanción penal porque el autor ha actuado sin culpabilidad o no es preventivamente indispensable una represión. Por cierto que sólo existe una necesidad para esta diferenciación cuando puede extraerse de ella diferentes consecuencias jurídicas. Y, como se sabe, esto también ocurre aquí. Sólo quiero enumerar las consecuencias más importantes:

a — La importancia de la doble vía

La pena se vincula a la culpabilidad, la medida de seguridad al injusto de la conducta del autor. Entonces, un sistema dual exige necesariamente la diferenciación entre justificación y exculpación. Por cierto que es otra cuestión el que un sistema penal de doble vía sea realmente necesario o no; su tratamiento queda fuera de mi tema.

b — La importancia para la punibilidad de la participación

La participación en una conducta justificada tiene que ser siempre impune, pues cuando el hecho mismo está permitido y cumple con las exigencias jurídicas impuestas a la conducta, cualquier otra contribución con este hecho tiene que estar sometida a la misma valoración. Por el contrario, la participación en una acción inculpable, que el Derecho alemán posibilita fundamentalmente a través del principio de la accesoriedad limitada (§§ 26, 27, 29, *StGB*), no debe ser de ninguna manera impune. Más bien, lo es solamente cuando los fundamentos que llevan a la liberación de pena en el autor también se presentan en el partícipe o cuando otros argumentos adicionales condicionan su punibilidad.

Por cierto que RUDOLPHI¹¹, en una monografía notable, pretende que la participación en un hecho disculpado por estado de necesidad sea fundamentalmente impune; es decir, no reconoce, en tal medida,

¹¹ RUDOLPHI, en *SK-StGB*, 4ª ed., 1985, § 35, n° marg. 21; el mismo autor, *ZStW* 78, 1966, p. 67 y ss.; igualmente desde la perspectiva de otras concepciones que todavía se van a exponer, MAURACH - ZIPF, *Strafrecht, AT*, t. 1, 6ª ed., 1983; § 33, n° marg. 40; GIMBERNAT, en *FS-Welzel*, 1974, p. 485 y ss., 493 y s.

una diferencia entre justificación y exculpación. Él opina que cuando el legislador con la exculpación, de manera general, extrae a determinados hechos punibles de sus conminaciones penales y quita con ello a la norma la fuerza motivadora, tampoco podría "prohibir con pena al súbdito del Derecho que promueva o motive hechos en estado de necesidad situados en los límites de la participación"¹². Pero este argumento, del cual nos ocuparemos más tarde, no convence. Y es que el legislador, cuando exculpa un hecho en estado de necesidad, se aferra plenamente al mandato normativo y con ello a su voluntad motivadora frente al autor del estado de necesidad; en consecuencia, el legislador desaprueba el hecho bajo un estado de necesidad, aun cuando éste igualmente se llega a producir. El que prescinda de una punición no solamente se basa en los motivos de política criminal que he expuesto. De ello resulta necesariamente que el legislador sigue teniendo motivos para dar énfasis a su intención motivadora mediante la imposición de una sanción en aquellos casos en los que estas razones de política criminal no se dan en un tercero, el cual no se encuentra para nada en una situación de estado de necesidad. ¡Hay que ponerse en el caso paralelo del exceso de legítima defensa (§ 33, *StGB*)! Cuando el atacado, que podría defenderse del atacante sin dañarlo, "por confusión, temor o pánico" lo mata; entonces esto es lamentable, pero hay buenas razones para dejarlo de todas maneras impune, tal como lo hace el legislador, pues como ciudadano fiel al Derecho ha caído, sin estar preparado, en una situación excepcional que él no podía afrontar. Sin embargo, no se comprende por qué la tolerancia que se le reconoce deba ser otorgada también a un tercero que no estaba atacado y que colabora en este homicidio sin estar bajo confusión, temor o pánico.

Sin embargo, debe admitirse que la importancia práctica del problema no es grande. Pues, en primer lugar, en la mayoría de los casos, en los cuales alguien colabora en una acción exculpada, no hay participación desde el principio, sino autoría mediata¹³. En segundo lugar, no

¹² RUDOLPHI, *ZStW* 78, 1966, ps. 67 y ss., 98.

¹³ Comp. en cada caso particular, ROXIN, en *LK*, 10ª ed., 1985, § 25, n° marg. 44 y ss.; comp. previo § 26, n° marg. 20.

se deberá penar por complicidad psíquica a un tercero no participante, quien sólo explica al autor que en caso de comisión del hecho antijurídico estaría exculpado, pues la información sobre los preceptos jurídicos aquí y en cualquier parte tiene que permanecer también impune, aun cuando contribuye a la comisión de hechos antijurídicos. Y, en tercer lugar, tendrá que otorgarse una considerable atenuación de pena al partícipe en un estado de necesidad exculpado y en el exceso de legítima defensa, porque coopera en un hecho en el cual el injusto ya está reducido; los autores en estado de necesidad, al igual que los de un exceso no solamente afectan, sino también preservan bienes jurídicos.

c — La importancia para el derecho de legítima defensa

Es igualmente discutible y dudosa la importancia práctica de la diferenciación entre justificación y exculpación en la legítima defensa. Por cierto que los catedráticos alemanes suelen explicar mayormente en sus clases para principiantes el sentido y la necesidad de esta diferenciación diciendo que en las acciones exculpadas estaría permitida la legítima defensa, pero no en las acciones justificadas. Sin embargo, precisamente este ejemplo ilustrativo se ha vuelto en gran medida cuestionable, porque una parte considerable de la ciencia alemana exige una conducta culpable para admitir un derecho a legítima defensa e incluso, en parte, una culpabilidad cualificada (como el dolo del atacante o su accionar conociendo plenamente el injusto)¹⁴. Para ello se

¹⁴ Por ejemplo, exigen conducta culpable KRAISE, en *FS-Bruns*, 1978, ps. 71 y ss., 83 y s.; HAAS, *Notwehr und Nothilfe*, 1978, p. 356; HRUSCHKA, en *FS-Dreher*, 1977, p. 189 y ss., 202; el mismo autor, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1983, p. 139 y ss. Discuten ya la existencia de un "ataque" al faltar la culpabilidad por ejemplo, OTTO, en *FS-Württemberg*, 1977, ps. 129 y ss., 141; el mismo autor, *Grundkurs, Strafrecht, AT*, 2ª ed., 1982, p. 94; MARXEN, *Die "sozialethischen" Grenzen der Notwehr*, 1979, p. 62; de manera similar también SUPPERT, *Studien zur Notwehr und "notwehrähnlichen Lage"*, 1973, p. 321 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 1983, Cap. 12, n° marg. 19. Exigen incluso algo más que la culpabilidad —de manera diferente— para que se desencadene la legítima defensa, SAMSON, en *SK-StGB*, 4ª ed., 1985, § 32, n° marg. 15; H. MAYER, *Strafrecht, AT*, 1967, p. 98; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Studienbuch*, 2ª ed., 1984, Cap. 6, n° marg. 65; BERTEL, *ZStW* 84, 1972, ps. 1 y ss., 11, nota 41.

hace valer el hecho de que la legítima defensa no solamente sirve para proteger al atacado, sino también para ratificar el Derecho en contra de sus infractores; pero no sería necesaria tal "preservación del Derecho" cuando el atacante hubiera actuado sin culpabilidad y, por ello, no hubiera sido alcanzable en absoluto por el mandato de la norma.

No comparto este parecer. Pues, en primer lugar, ya se ha mostrado que, al presentarse una causa de justificación, el exculpado también puede ser perfectamente motivado por la norma en la mayor parte de los casos. Cuando el legislador es tolerante y renuncia a una sanción penal, esto tampoco significa, de ninguna manera, que quiere quitar a la víctima del exculpado el derecho a la legítima defensa. Y, en segundo lugar, el derecho de legítima defensa no sirve para penar al atacante, en cuyo caso, sin embargo, no podría ser aplicado contra atacantes inculpables; solamente debe hacer visible en un ataque quién tiene derecho y quién comete un injusto, y esto es incluso posible, sin problemas, cuando el atacante actúa sin culpabilidad. Es una cuestión diferente que la legítima defensa deba ser practicada, frente a atacantes inculpables, de la forma más cuidadosa evitando en lo posible las lesiones; pero ésta no es una cuestión de denegación del derecho de legítima defensa, sino de sus límites ético-sociales, para los cuales nuestra dogmática ha elaborado reglas diferenciadoras y satisfactorias en los últimos veinte años¹⁵.

Entonces, hay que seguir con que las causas de justificación excluyen una legítima defensa y las causas de exculpación la permiten. Incluso si se quisiera seguir la opinión de que a los atacantes inculpables no les estaría permitida una legítima defensa, en este campo todavía no se volvería irrelevante la diferenciación entre causas de justificación y de exculpación. Pues también aquellos que deniegan un derecho de legítima defensa contra ataques inculpables por lo general no quieren dejar sin protección al atacado, sino lo remiten al estado de necesidad justificante del § 34 del *StGB*, con cuya ayuda fundamentan derechos de defensa similares a los que otorga un derecho de legítima defensa restringido a lo ético-social. Pero estos derechos de defensa no están a disposición contra un atacante justificado, cuyo ataque debe soportar-

¹⁵ Comp. más detalles en ROXIN, *ZStW* 93, 1981, p. 68 y ss.

se por regla general. Luego, la diferenciación entre justificación y exculpación también sigue siendo importante para el otorgamiento de facultades de defensa en casos en los que se deniega su importancia para el derecho de legítima defensa.

d — La importancia para el tratamiento del error

Finalmente, también es importante para la teoría del error una separación entre causas de justificación y de exculpación. El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación no regulada legalmente en la República Federal de Alemania, según la doctrina dominante y la jurisprudencia, excluye el dolo o por lo menos la punición por un hecho doloso. Por el contrario, la suposición errónea de los presupuestos de una causa de justificación no tiene este efecto. Para el caso más importante en la práctica, de que alguien suponga falsamente encontrarse en una situación de necesidad exculpante, esto está regulado en el § 35, párr. 2º del *StGB*, de tal forma que sólo se excluye la culpabilidad en caso de un error inevitable; en los demás casos se impone una pena atenuada de dolo.

Por supuesto que también en este caso tampoco es evidente el tratamiento diferente que se dé al problema del error en las causas de justificación y en el estado de necesidad exculpante. El BGH había compartido el parecer, antes de la vigencia de la nueva Parte General, de que la suposición errónea de una situación de estado de necesidad exculpante excluiría el dolo (BGHSt. 5, p. 371 y ss.), de manera que en tal medida las causas de justificación y de exculpación serían tratadas de igual manera. No obstante, considero que es justa la regulación diferenciadora de las consecuencias jurídicas de la ley vigente. Pues, quien supone una situación de justificación quiere hacer algo que también coincide con el Derecho en caso de una apreciación objetiva; esto merece en todo caso una pena por imprudencia. Por el contrario, quien supone una situación de exculpación, sabe que actúa antijurídicamente y hace esto también dolosamente. Luego, ha tenido suficientes motivos para apartarse de su conducta. Cuando supone errónea y culpablemente una situación de estado de necesidad, esto no es motivo para liberarlo sin más de una pena por dolo, debido a que incluso un estado de

necesidad realmente existente, tal como hemos visto, sólo tiene efectos liberadores de pena en función de necesidades preventivas.

En resumen, resulta que las distintas consecuencias jurídicas que pueden deducirse de la diferenciación entre causas de justificación y de exculpación están fundamentadas razonablemente, tanto en lo objetivo como desde el punto de vista de política jurídica. Por cierto que ellas son más o menos controvertidas, así que la discusión sobre la importancia práctica de la diferenciación, en amplios campos, sigue todavía en acción.

(V)

INTENTOS POR RELATIVIZAR LA DIFERENCIA ENTRE INJUSTO Y CULPABILIDAD

Ahora dedico mi atención a numerosas concepciones que en la literatura actual de Alemania occidental atacan la diferenciación entre causas de justificación y de exculpación, pero no por sus consecuencias jurídicas, sino ya desde los presupuestos, y si bien no lo hacen de manera general, sí se refieren a uno u otro ámbito o tratan de reemplazar la diferenciación con otras soluciones.

a — La teoría unitaria en el estado de necesidad

En la literatura alemana, el único autor que, en el importante campo parcial de la teoría del estado de necesidad, últimamente ha reprobado de manera completa la diferenciación entre justificación y exculpación, es el penalista español GIMBERNAT¹⁶. Para él, *cualquier estado de necesidad* liberador de pena es *una causa de justificación*, incluso el del § 35 del *StGB*, que según el legislador alemán sería exculpante. Para la fundamentación, este autor se sirve de la idea, en principio acertada y también varias veces destacada por mí, de que en la situación de estado de necesidad del § 35, al afirmar la antijuricidad, no falta una culpabilidad del autor, puesto que éste, pese a la situación de peligro (en tanto no se dé un caso del § 20) todavía es asequible normativa-

¹⁶ GIMBERNAT (*supra*, nota 11), p. 485 y ss.

mente y también podría omitir el hecho de estado de necesidad. De esta comprobación, GIMBERNAT deduce que el legislador evidentemente no querría impedir la acción del autor y por ello la permitiría, pues aun cuando hubiera podido motivar al autor a un accionar fiel al Derecho, no lo hace y renuncia intencionalmente a una sanción penal.

KÜPER¹⁷ ha sometido esta deducción a una minuciosa contracrítica. Por ello sólo quiero indicar brevemente dónde, desde mi punto vista, radica el error de la argumentación de GIMBERNAT: en la asunción no verificada del parecer tradicional de que una conducta típica y antijurídica ya sería en principio punible al presentarse la culpabilidad. Si se siguiera la opinión de que en el así llamado estado de necesidad exculpante se renuncia a la pena, pese a la todavía existente (aunque atenuada) culpabilidad, en tanto lo permitan las necesidades preventivas, entonces la conclusión de GIMBERNAT se desploma. Y es que cuando el legislador se aparta de la punición de una conducta, pese a que podría intentar, no sin perspectivas de éxito, impedirla mediante la pena, entonces esto no tiene que deberse a que considera justificada esta conducta. Más bien, puede mantener su mandato normativo plenamente, declarar la infracción contra éste como antijurídica y, pese a todo, liberar de pena al autor porque le parece que una sanción no es conveniente ni por prevención especial ni por prevención general. Precisamente esto ocurre en el estado de necesidad exculpante. El curso mental de GIMBERNAT, perfectamente lógico desde su premisa, adolece, entonces, de una falta de elaboración de la idea de que la culpabilidad, si bien es una condición necesaria también bajo aspectos de dogmática penal, no es, sin embargo, todavía una condición necesaria de la sanción penal.

b — La teoría de MAURACH de la responsabilidad por el hecho

La teoría fundamentada por MAURACH de la “responsabilidad por el hecho”¹⁸ inserta entre la antijuricidad y la culpabilidad la “respon-

¹⁷ KÜPER, *JZ* 1983, p. 88 y ss.; GIMBERNAT replica en la introducción del libro de CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en derecho penal*, 1984, p. 13 y ss.

¹⁸ MAURACH, *Schuld und Verantwortung*, 1948. Actualmente, de manera detallada, MAURACH - ZIFF (supra, nota 11), Cap. 31 y ss.

sabilidad por el hecho” como categoría sistemática adicional, propia. Consecuentemente conoce, junto a las causas de justificación y de exculpación, causas especiales de exclusión de la responsabilidad por el hecho, entre las cuales son mencionadas como las más importantes el estado de necesidad del § 35 del *StGB*, y el exceso en legítima defensa del § 33. En estos casos no se efectuaría una “disculpa al autor individual” sino que se liberaría de responsabilidad “a alguien por una situación determinada”. El actuar sería “aquí ciertamente incorrecto (el injusto de la acción existe), pero —frente a la naturaleza humana universal— dispensable de manera general, no sólo disculpable de manera individual”¹⁹. Las consecuencias prácticas del reconocimiento de tales “causas de exclusión de la responsabilidad” deben concernir sobre todo a dos cuestiones: en primer lugar, deberían descartarse medidas de seguridad en caso de falta de responsabilidad por el hecho, incluso cuando el autor todavía es adicionalmente inimputable; y, en segundo lugar, la participación debería ser impune en caso de faltar responsabilidad del autor por el hecho.

Sobre la base de lo ya expuesto se puede ver fácilmente que esta teoría parte de una observación correcta: en efecto, en el llamado estado de necesidad exculpante, así como en el exceso en legítima defensa, la liberación de pena no se basa en consideraciones individuales de culpabilidad, sino en la consideración de que un actuar no necesita una punición debido a tales situaciones excepcionales. Luego, no se trata de una exclusión de la culpabilidad, sino de la exclusión de la responsabilidad penal. Hasta en la elección de las palabras se muestra aquí la cercanía a la concepción por mí defendida.

Pero, al igual que GIMBERNAT, los defensores de la teoría de la responsabilidad por el hecho, sacan de una concepción correcta deducciones con las que no puedo estar de acuerdo. Y es que la responsabilidad por el hecho no es, como dice ZIPF²⁰, un “nivel previo a la culpabilidad”, de manera que al excluirse —de manera similar que en la exclusión de la antijuricidad— no podría plantearse más la cuestión de la culpabi-

¹⁹ MAURACH - ZIPF (*supra*, nota 11), Cap. 31, n° marg. 3.

²⁰ MAURACH (*supra*, nota 11), Cap. 32, n° marg. 1.

lidad, sino la antijuricidad y la culpabilidad deben afirmarse plenamente en los casos del § 35 del *StGB* y en el exceso en legítima defensa; la pena no tiene lugar, tal como se ha enfatizado repetidamente, solamente por el hecho de que no hay razones de prevención que la exijan necesariamente. Entonces, el estado de necesidad exculpante y el exceso en legítima defensa, en el sistema del Derecho penal, no se sitúan delante sino detrás de la culpabilidad. Pues estos casos están más cercanos de la punibilidad, no más lejanos que los casos de inimputabilidad y de error de prohibición invencible²¹.

Tampoco convencen los resultados prácticos a los cuales arriba la teoría de la responsabilidad por el hecho con motivo de su clasificación sistemática situada entre la antijuricidad y la culpabilidad. Ya se ha expuesto (IV, *b*) que, correctamente, la participación en un hecho de estado de necesidad no justificado sino solamente liberado de pena en virtud del § 35 del *StGB*, debe ser considerada igualmente punible que aquella participación en un exceso de legítima defensa. Tampoco se entiende la suposición de que en los casos de los §§ 35 y 33 nunca debería entrar en consideración una medida de seguridad. Ciertamente, por lo general un hecho cometido por un enfermo mental bajo los presupuestos del § 35 no será un indicio para su peligrosidad, de manera que por este motivo se descarta una medida de seguridad conforme al § 63 del *StGB*. Pero cuando las circunstancias concomitantes de un homicidio cubierto de por sí mediante el § 35 del *StGB* muestran que el enfermo mental —por ejemplo, porque estaba bajo un delirio homicida— es peligroso para la colectividad, es perfectamente apropiado imponer una medida de seguridad. Con más razón rige esto cuando alguien, precisamente a consecuencia de una enfermedad mental, tiende a cometer excesos de legítima defensa por confusión, temor o susto, los cuales son peligrosos para la vida²².

²¹ También HIRSCH (*supra*, nota 10), com. previo, § 32, n° marg. 174, habla de que la teoría de la responsabilidad por el hecho pondría al revés “la jerarquía de niveles de valoración”.

²² Así JESCHECK, *Lehrbuch*, 3ª ed., 1978, Cap. 39, V, 2, p. 348, y siguiéndolo, HIRSCH (*supra*, nota 10), com. previo § 32, n° marg. 174.

Después de todo esto, no hay motivo alguno para someter los casos de estado de necesidad justificante y el exceso de legítima defensa a una categoría de causas de liberación de pena, situada entre las causas de justificación y las causas de exculpación, autónomas y provistas de consecuencias jurídicas propias.

c — La teoría del espacio libre de Derecho

También la teoría del espacio libre de Derecho crea casos de liberación de pena, situados entre la justificación y la exculpación. Esta teoría ha sido defendida desde hace tiempo por algunos renombrados autores, pero últimamente con especial énfasis sobre todo por ARTHUR KAUFMANN²³. La teoría supone que en determinados casos de colisión difícilmente resolubles, especialmente allí donde se enfrentan vida contra vida, el legislador “retira sus normas”²⁴, “renuncia a una valoración” y deja que el particular autorresponsable decida cómo quiere comportarse. Su accionar no estará ni justificado (lo que significaría una valoración aprobatoria) ni solamente exculpado (lo que implicaría una desaprobación jurídica) sino “no prohibido”. KAUFMANN ilustra esto especialmente con el ejemplo del aborto impune cubierto por una indicación legal (§ 218a, StGB), el cual no estaría ni justificado ni exculpado (y por lo tanto sería antijurídico), sino no estaría ni siquiera valorado por el ordenamiento jurídico. El Derecho endosaría al propio participante la determinación y respetaría su decisión “como fuera que ésta se produzca”²⁵. En las consecuencias prácticas, esto se refleja en que KAUFMANN²⁶ juzga como impune la participación en una acción no prohibida y quiere utilizar correspondientemente la regla del error de tipo en el error sobre los presupuestos de una acción no prohibida, de manera que en tal medida el aborto por indicaciones se equipara a una cau-

²³ ARTHUR KAUFMANN, en *FS-Maurach*, 1972, p. 327 y ss., donde también hay ref. sobre la literatura antigua.

²⁴ KAUFMANN (*supra*, nota 23), p. 336.

²⁵ Ídem (*supra*, nota 23), p. 341.

²⁶ Ídem (*supra*, nota 23), p. 342.

sa de justificación. Pero en la legítima defensa se da una variación que KAUFMANN tampoco quiere permitir ni prohibir, lo que tiene por efecto que un impedimento violento del aborto por un enemigo de los abortos es tan punible como una eventual resistencia del médico.

En este lugar sólo puedo manifestarme muy brevemente sobre la amplia problemática del espacio libre de Derecho, aunque sí tomando una posición clara en relación con nuestro tema. Yo opino que según la teoría del Derecho debe reconocerse un espacio libre de Derecho previo a los tipos penales; por ejemplo, nada se opone, siguiendo una opinión muy difundida²⁷, a que no se considere al suicidio ni permitido ni prohibido, sino se le asigne al espacio libre de Derecho y se deriven de ello consecuencias jurídicas para el caso de un rescate contra la voluntad del afectado. Pero cuando una conducta —como el aborto o la muerte de una persona— ha sido declarada por la ley como típica, ya no es posible una retirada al espacio libre de Derecho. Pues si la violación de un bien jurídico —por ejemplo, de la vida en formación— declarada punible por sí misma, es declarada impune en determinados casos excepcionales, entonces se abandona la protección de este bien jurídico. En esto se oculta necesariamente una valoración²⁸, pues el legislador debe juzgar estas interrupciones del embarazo, si es que no los considera necesitados de pena, de manera distinta que a aquellos que sanciona penalmente.

También en las consecuencias jurídicas, que son vinculadas al supuesto carácter no prohibido, el Derecho penal no puede evadir una valoración. Pues, o bien uno se alinea con las causas de justificación (como lo hace KAUFMANN en la participación y en el error y como resulta también evidente en la legítima defensa) porque un ataque no prohibido no presenta después de todo la antijuricidad exigida para el derecho de defensa en el § 32 del *StGB*; En este caso la liberación de pena vinculada al ser no prohibido objetivamente ya no se diferencia en na-

²⁷ Enérgicamente, GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, p. 180 y ss.

²⁸ Comp. la crítica de LENCKNER que concuerda con lo expuesto en lo esencial, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, ps. 15-31; HIRSCH, en *FS-Bockelmann*, 1978, p. 89 y ss.; YAMANAKA, *Kansai University Review of Law and Politics*, mar. 1984, n° 5, p. 67 y ss.

da de una causa de justificación. O bien se otorga, tal como lo han hecho distintos partidarios del espacio libre de Derecho²⁹, al opositor del aborto un derecho de ayuda necesaria a favor del embrión argumentando “que se trata, después de todo, de una intervención en un bien jurídico ajeno para la cual no existe ninguna autorización”³⁰. En ese caso se ha definido en realidad como causa de exculpación la intervención liberada de pena bajo la terminología extraña del carácter prohibido, pues la legítima defensa sirve para la afirmación del Derecho contra el injusto, es decir, implica la valoración negativa del ataque (en nuestro ejemplo: del aborto).

Del dilema de que no hay una tercera categoría sustancial de liberación de pena entre la justificación y la exculpación, puede uno salirse solamente, en la línea de KAUFMANN, considerando también que la defensa frente a un ataque no está ni permitida ni prohibida, sino aceptada, al igual que una eventual resistencia del atacante, sin comentar todas las consecuencias jurídicas. Pero esto significaría que por ejemplo, en el caso del aborto, estaría permitido que sus partidarios y enemigos se enfrenten abiertamente en la clínica con graves lesiones para ambas partes o incluso puedan eventualmente matarse unos a otros, sin que esto tenga consecuencias jurídicas. Tolerar un “caos jurídico”³¹ de este tipo contradice la tarea ordenadora del Derecho; tampoco puede satisfacer que la solución al conflicto sea simplemente dejada a los puños más fuertes. Renuncio a explicar la problemática del espacio libre de Derecho adicionalmente con el ejemplo de los casos más difíciles, en los cuales la vida humana sólo puede ser salvada a costa de otra vida humana³².

Con el espacio libre de Derecho se llega aquí también a las mismas aporías que en el aborto.

²⁹ Últimamente PHILIPPS, *ARSpH* 52 (1966), p. 195 y ss., 205.

³⁰ KAUFMANN (*supra*, nota 23), p. 342.

³¹ HIRSCH (*supra*, nota 28), p. 103.

³² La cuestión de la justificación ha sido tratada ejemplarmente por KÜPER en su monografía *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenollision im Strafrecht*, 1979.

*d — La teoría de las causas de exclusión
del injusto penal*

El intento más reciente de insertar una tercera categoría de causas de liberación de pena entre la justificación y la exculpación ha sido emprendido por GÜNTHER en su libro extraordinariamente incitante sobre "La antijuricidad penal y la exclusión de injusto penal"³³. Este autor introduce la categoría de las llamadas causas auténticas de exclusión del injusto penal, destinadas no a excluir la antijuricidad, es decir que no deben provocar una aprobación jurídica, ni tampoco eliminar recién la culpabilidad y la responsabilidad, sino eliminar ya el "injusto merecedor de pena". Para decirlo con las propias palabras de GÜNTHER³⁴: "Para la exclusión del injusto penal ya es suficiente que falte el grado de elevación del injusto indiciado por el tipo penal: el contenido de merecimiento de pena. La negación de la 'antijuricidad' significa la renuncia por el Derecho penal a la desaprobación especialmente masiva frente a la realización de un tipo penal, pero ello no significa simple y llanamente renunciar a la desaprobación jurídica de la conducta".

Tales auténticas causas de exclusión del injusto penal serían, por ejemplo, la salvaguarda de legítimos intereses (§ 193, *StGB*), la indicación en el aborto (§ 218a, *StGB*), el consentimiento presunto, el derecho de corrección y las así llamadas situaciones parecidas al estado de necesidad, entre las cuales cuentan determinados casos de colisión de deberes, de estado de necesidad bajo coacción, de la infracción de las fronteras justificantes de la legítima defensa y del estado de necesidad.

La participación en una acción cubierta por una causa auténtica de exclusión del injusto penal sería impune; el error sobre los presupuestos objetivos de tal liberación de pena debería ser tratado como un error de tipo, es decir, excluyendo el dolo³⁵. En tal medida las causas auténticas de exclusión del injusto penal se equiparan a las causas de justificación. Por el contrario, las conductas que caen bajo una causa

³³ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983.

³⁴ Ídem (*supra*, nota 33), p. 394 y s.

³⁵ Ídem (*supra*, nota 33), ps. 390 y s., 386 y s.

auténtica de exclusión del injusto penal pueden suponer un ataque antijurídico en el sentido del § 32 del *StGB*, que habilita a la legítima defensa³⁶. Debería probarse de caso en caso si la víctima tiene que soportar o no la lesión amenazante de sus bienes jurídicos. Donde sólo falta el merecimiento de pena de la intervención se otorgará mayormente un derecho de legítima defensa, de manera que la exclusión del injusto penal, en este punto, es tratada como una causa de disculpa.

La concepción tiene cierta similitud con la teoría del espacio libre de Derecho, sobre todo en el campo del estado de necesidad. Pero esta teoría va mucho más allá al clasificar gran parte de las liberaciones de pena, que tradicionalmente se entienden como justificación o disculpa, dentro de las causas de exclusión del injusto penal, reduciendo considerablemente con ello la importancia de las categorías tradicionales.

Lamentablemente no es posible aquí, en este espacio tan reducido, apreciar adecuadamente el voluminoso libro de GÜNTHER, rico en ideas. Tendría que probarse cada causa de exclusión del injusto penal en sí misma para ver si, bajo puntos de vista ideológicos, su tratamiento es preferible a aquél como causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad. Esto lo he intentado en otro lugar para las constelaciones especialmente numerosas y difíciles de la situación parecida al estado de necesidad; debo remitirme a lo allí dicho³⁷. El resultado que obtuve es que las soluciones alcanzables con el instrumental dogmático tradicional, que llevan en parte a la justificación, en parte a la exculpación y también en parte a la punibilidad, son más adecuadas que el compromiso uniformizado a que conduce la suposición de causas auténticas de exclusión del injusto penal.

Aquí me limito a escoger otro caso, el del derecho de corrección del maestro; quiero tratar de desarrollar con ayuda de este ejemplo, algunas ideas sobre la categoría de las causas auténticas de exclusión del injusto penal.

GÜNTHER opina que un profesor que castiga corporalmente a un alumno menor de catorce años "con motivos fundamentados, modera-

³⁶ Ídem (*supra*, nota 33), p. 380 y ss.

³⁷ ROXIN, *FS-Oehler*, 1985, p. 181 y ss.

damente y siguiendo fines educativos”, no debería ser penado por delito de lesiones (§§ 223, 340, *StGB*)³⁸, aun cuando un castigo esté prohibido por el ordenamiento de la escuela. Si bien la prohibición reglamentaria escolar excluiría la juridicidad general y con ello una aprobación jurídica, no obstante ello estaría orientado por objetivos pedagógicos y no por objetivos de política criminal. Estos últimos no exigirían una punibilidad del maestro, quien por ello se vería apoyado por una causa de exclusión del injusto penal.

Ésta es una idea discutible y apreciable por su orientación en los fines del Derecho penal. Sin embargo, me parece dudosa, pues opino que el legislador al colocar los tipos decide sobre si una afección a bienes jurídicos debe ser impedida o no en lo principal por amenazas penales. La cuestión de si las lesiones corporales son o no punibles ya ha sido aclarada afirmativamente mediante los §§ 223 y 340 del *StGB* y no está sometida a ninguna valoración adicional de política criminal por parte del juez. Si bien en determinadas situaciones señaladas legalmente hay lesiones justificadas o exculpadas, se destrozaría cualquier seguridad jurídica y difícilmente podría armonizarse con el principio de determinación legal, si la jurisprudencia también pudiera afirmar o negar, según su propia política criminal, causas de exclusión del injusto penal en caso de ausencia de hechos justificantes o disculpantes. GÜNTHER opina: “Tampoco las prohibiciones de castigo del reglamento escolar, aun cuando tengan forma de ley, pueden reemplazar la necesaria manifestación de voluntad político-criminal del legislador penal, dado que aquéllas solamente persiguen fines de política escolar y no fines de política criminal”.

Luego, el legislador, si quiere sancionar penalmente las lesiones corporales efectuadas por maestros, tendría entonces no sólo que excluir expresamente cualquier justificación, sino incluso que agregar al tipo penal de los §§ 223 y 340 del *StGB*, la observación: “Esta disposición rige sin restricciones también para los maestros”. No puedo considerar que esto sea correcto, pues los tipos siempre rigen para cualquiera, en tanto no contengan restricciones expresas.

³⁸ Sobre esto y lo que sigue, véase *supra* nota 33, p. 357 y s.

Por cierto que también será un atentado contra el art. 2º, párrs. 2º y 3º de la GG, según los cuales puede intervenir en la integridad corporal “solamente con motivo de una ley”, si se creara *praeter legem* tal posibilidad de intervención con ayuda de una causa de exclusión del injusto penal. No me parece convincente el argumento en contra de que aquí no se crea ningún derecho de intervención, sino solamente se niega el merecimiento de pena, porque el legislador constituyente sabía que la integridad corporal es protegida por otra disposición penal y no quería ver eliminada precisamente esta protección penal sin una delegación de poderes por ley expresa.

La problemática de la construcción se muestra también en el derecho de legítima defensa. GÜNTHER pretende conceder un derecho de legítima defensa al alumno, que es moderadamente castigado por el maestro por un motivo justificado, basándose en que solamente estaría excluido un injusto penal aunque no se produzca una justificación³⁹. Pero dado que el alumno ha provocado el ataque, su legítima defensa debe ser limitada. Éste sólo debe poder practicar una “defensa de protección”, “es decir, escapar al ataque huyendo, pero no oponerse corporalmente”. Aparte de que es dudoso que se pueda hablar de provocación culpable en un alumno inculpable, GÜNTHER no dice qué debe suceder cuando el alumno, como sucede mayormente en aulas cerradas, no puede huir. En este caso, el alumno tendría que poder devolver los golpes, según las reglas de la legítima defensa provocada. GÜNTHER incluso pretende aprobar nuevamente una causa de exclusión del injusto penal al alumno que podía huir, pero que a pesar de ello golpea al maestro; esta causa estaría disponible para los casos de infracción de los límites ético-sociales de la legítima defensa⁴⁰. Pero esto solamente puede significar que en las aulas de clases pueden ocurrir peleas entre maestros y alumnos e incluso cosas peores (hasta llegar al homicidio), sin que el Derecho penal haga frente a esto. No soy capaz de comprender que la razón político-criminal tenga que apoyar estas consecuencias, que trasladan el espacio libre de Derecho a lo cotidiano, limitado después de todo a situaciones extremas.

³⁹ Ídem (*supra*, nota 33), p. 384.

⁴⁰ Ídem (*supra*, nota 33), p. 384, nota 20.

Lo que aquí ha sido mostrado en un ejemplo rige para otras causas de exclusión del injusto penal, pero sólo limitadamente.

Sin embargo, de manera general se podrá decir: donde aquí se crean liberaciones de pena para casos de ausencia de causas de justificación u otros casos que van más allá de sus límites, se está reemplazando la determinación legal de la pena por la determinación del juez o de la doctrina. Y de manera general rige también que se fomenta la traslación violenta de conflictos cuando, por un lado, se reduce el umbral de inhibición frente a las realizaciones típicas y antijurídicas al crear causas de exclusión del injusto penal, pero, por otro lado, se alienta a que la víctima recurra a la autoayuda al otorgarle la legítima defensa y al hacer que el Derecho penal retroceda. No creo que esto sirva para la paz social. Por ello, independientemente del respeto que provocan las tendencias limitadoras de la punibilidad, que se encuentran detrás de la concepción de GÜNTHER, me parece que no es conveniente agregar una nueva categoría de causas de exclusión del injusto penal entre las causas de justificación y de exculpación. En lo que se refiere a la ubicación de las causas de liberación de pena, que han sido vistas hasta ahora como causas de justificación (como el consentimiento presunto o el aborto por indicaciones legales), éstas pueden quedarse indudablemente en la justificación si se es consciente de que la justificación no expresa necesariamente la aprobación, sino solamente la legalidad de una conducta.

(VI)

CAUSAS DE EXCULPACIÓN Y DE EXCLUSIÓN DE LA PENA

Para terminar quiero tratar, correspondientemente con mi listado de temas, las demás "causas de exclusión de la pena", entre las cuales deben contarse, junto con las causas personales y objetivas de exclusión de la pena en el sentido estricto de la palabra, también las así llamadas causas de levantamiento de la pena y la falta de condiciones objetivas de punibilidad. Estas causas de exclusión de la pena constituyen un amplio y descuidado campo, cuyo cultivo exacto exige todavía muchas monografías. Me tendré que limitar y renunciar desde el prin-

cipio a un análisis de numerosas y particulares liberaciones de pena, cuya pertenencia a la categoría de las causas de exclusión de la pena es por lo general ampliamente discutible. Tampoco puedo tratar la difícil cuestión de cómo deben delimitarse las causas jurídico-materiales de exclusión de pena de los presupuestos procesales⁴¹, pues mi lema sólo atañe a la separación en el campo de las causas de justificación y de exculpación, pero no a la cuestión ulterior de la diferenciación entre el Derecho material y el procesal.

Hasta ahora no ha sido encontrado un criterio de contenido que podría designar lo objetivamente común de todas las causas de exclusión de la pena. Sólo existe consenso en que se trata de liberaciones de pena de carácter jurídico-material que están más allá del tipo, la antijuricidad y la culpabilidad. Así, por ejemplo, LENCKNER⁴² no puede proporcionar ningún criterio unitario, y también HIRSCH opina⁴³: "A diferencia de los casos de exclusión de la culpabilidad, las causas de exclusión de la pena no pueden extraerse de principios dogmáticos generales, sino sólo de la ley, ya que la cuestión de en qué medida el ordenamiento jurídico permite excepcionalmente que no se dé la punibilidad de una conducta típica, antijurídica y culpable, atañe a una pura decisión valorativa legal".

Allí donde, no obstante, se buscan puntos de vista unitarios que sirvan de guía para las "demás causas de exclusión de la pena", éstos se mueven de manera todavía no esclarecida entre los conceptos de "merecimiento de pena" y "necesidad de pena". Para SCHMIDHÄUSER⁴⁴, las por él llamadas causas de exclusión del hecho penal se separan de las causas de justificación y de exculpación por el hecho de que presuponen el hecho antijurídico y culpable y deben ser recién entendidas como *negación definitiva del merecimiento de pena* del curso de los hechos". Pero, dado que por lo menos las causas de exculpación se basan

⁴¹ Comp. al respecto HILDE KAUFMANN, *Strafanspruch, Straflagerecht*, 1968; VOLK, *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht*, 1978.

⁴² LENCKNER (*supra*, nota 5), com. previo § 32, n° marg. 128 y ss.

⁴³ HIRSCH (*supra*, nota 10), com. previo § 32, n° marg. 213.

⁴⁴ SCHMIDHÄUSER (*supra*, nota 14), Cap. 9, n° marg. 12.

en la falta de merecimiento de pena, queda sin respuesta la cuestión de cuál es la diferencia de la negación del merecimiento de pena en uno y otro caso. Por el contrario, JESCHECK dice⁴⁵: "El merecimiento de pena del hecho, en los casos en los cuales entran en consideración tales circunstancias, debe afirmarse de por sí, pero el injusto y la culpabilidad no son aquí lo determinante. Más bien, las especiales excepciones personales tienen por consecuencia que se excluya desde el principio la necesidad de pena para el hecho o se la suprime posteriormente". Las causas para la exclusión de la necesidad de pena, para JESCHECK, son "en parte de naturaleza extrapenal", en parte constituyen "puntos de vista específicamente penales"; entonces, el principio de necesidad de pena tampoco descansa sobre un principio dogmático unitario.

No obstante, me parece que en la anotación de JESCHECK radica un enfoque para la solución del problema. Así, la investigación monográfica que BLOY presentó en 1976 sobre "La importancia dogmática de las causas de exclusión de la pena y de levantamiento de la pena"⁴⁶ confirma lo que JESCHECK insinúa y lo que yo también ya había expuesto alguna vez hace más de quince años⁴⁷: cuando de entre el variopinto (por falta de claridad teórica) cúmulo de liberaciones de pena, designadas como causas de exclusión de la pena, se descarta a aquellas que tienen que ser interpretadas como restricciones del tipo, causas de justificación u obstáculos procesales, queda un núcleo remanente de dos distintos grupos de casos, objetivamente distintos, en los cuales se realiza el injusto culpable, pero a los cuales, por otras razones, se les niega la punibilidad.

Al primer grupo pertenecen casos como los de los §§ 173, párr. 3º, 258, párr. 6º, y también, por ejemplo, el desistimiento voluntario de la tentativa. Según el § 173, párr. 3º, no se pena el incesto entre descendientes y entre hermanos cuando el autor al momento del hecho todavía no tenía dieciocho años de edad; el § 258, párr. 6º, permite la impu-

⁴⁵ JESCHECK (*supra*, nota 22), Cap. 52, I, p. 446.

⁴⁶ BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, 1976.

⁴⁷ ROXIN (*supra*, nota 6), p. 33.

nidad del encubrimiento [*Strafvereitelung*] a favor de parientes; también el desistimiento voluntario de la tentativa libera, como se sabe, de pena. Los casos se asemejan en que presuponen una conducta injusta que el autor de por sí hubiera podido y debido impedir. Pero el legislador renuncia a la pena, porque le parece que ésta es preventivamente inadecuada o innecesaria. La punición de menores por incesto ocasionaría mucho más daño que ventajas desde la perspectiva preventivo-especial. El encubrimiento [*Strafvereitelung*] a favor de un pariente es un caso que se acerca al estado de necesidad exculpante del § 35 y en el que la liberación de pena se basa en que se quiere ahorrar al autor el conflicto de lealtad y de conciencia que traería consigo la obligación de dejar a su suerte a sus parientes. La tentativa es impune en caso de desistimiento voluntario, pues el autor ha regresado a la legalidad por su propia voluntad y sin haber lesionado ningún bien jurídico; y por eso no existe ningún motivo suficiente para la sanción desde la perspectiva preventivo-especial o preventivo-general. Entonces, son ponderaciones sobre los fines de la pena los que conducen a la impunidad en estos casos.

Por el contrario, en el segundo grupo la liberación de pena no se basa en reflexiones de política criminal, sino en ponderaciones extrapenales de intereses. Cuando, por ejemplo, los parlamentarios gozan de inmunidad parlamentaria, según el § 36 del *StGB*, de modo que no pueden ser penados por injurias ni difamación bajo los presupuestos allí nombrados, esto no puede justificarse penalmente de ninguna manera, sino es un tratamiento desigual; los parlamentarios no dan ningún ejemplo a la población cuando se insultan en el Parlamento en una forma que cualquier otra persona tendría que contar con una pena. La liberación de pena tiene un motivo exclusivamente de Derecho público: la libertad de expresión de los Parlamentarios y la funcionabilidad de los órganos legislativos no deben ser afectadas por la inundación de procesos por injurias que, en caso contrario, serían forzadas por motivos políticos. Los intereses penales se subordinan a este objetivo de Derecho público. También se trata de una ponderación extrapenal de intereses cuando el § 104a del *StGB* hace depender la punición de delitos contra Estados extranjeros de la existencia de relaciones diplomáticas y de la garantía de reciprocidad. Son motivos de política exterior los

que llevan a que aquí una conducta punible de por sí quede eventualmente impune. Igualmente también motivos de política familiar (como en el antiguo hurto entre esposos, § 247, párr. 2º en su antigua versión) u otros puntos de vista derivados de intereses superiores de otros ámbitos del Derecho, pueden llevar a la liberación de pena.

Mi tesis, que resulta sin problemas de lo anteriormente expuesto, es la siguiente: sólo los casos del segundo grupo deben ser reconocidos como causas de exclusión de la pena y condiciones objetivas de punibilidad. Por el contrario, los ejemplos del primer grupo son casos de exclusión de responsabilidad o, expresado de manera menos exacta: causas de exculpación. Pues situaciones como las de los §§ 173, párr. 3º, 258, párr. 6º o del desistimiento voluntario de la tentativa se asemejan al estado de necesidad del § 35 o al exceso de legítima defensa (§ 33, *StGB*) en que, pese a una cierta culpabilidad, se renuncia a una sanción porque consideraciones sobre los fines de la pena de tipo diferente en cada caso la hacen aparecer innecesaria. No hay ningún motivo para remitir a otra categoría del delito hechos que se asemejan en el punto decisivo a las exculpaciones reconocidas desde hace tiempo. También las consecuencias jurídicas deben ser las mismas que en las demás causas de exclusión de la responsabilidad, es decir, la participación de los extraños sigue siendo punible y los casos de error deben ser tratados empleando analógicamente el § 35, párr. 2º del *StGB*. Entonces, quien cree erróneamente que la persona cuya sanción penal está frustrando es un pariente, recibe una atenuación de pena e incluso es impune en caso de que el error sea invencible.

Luego, quedan como causas de exclusión de la pena y como condiciones objetivas de punibilidad solamente aquellos casos en los cuales la liberación de pena depende de ponderaciones de intereses de tipo extrapenal. La reducción de estos casos a un grupo especial de liberaciones de pena, ubicado independientemente junto a las causas de justificación y de exculpación, se legitima también debido a que tienen que ser vinculados a efectos jurídicos totalmente distintos. El error tiene que ser aquí totalmente irrelevante, pues no concierne a ningún punto de vista jurídicamente relevante. El parlamentario que injuria gravemente a otros porque cree erróneamente encontrarse en una Comisión parlamentaria, es tan responsable penalmente como aquel que

comete delitos contra Estados extranjeros suponiendo sin razón que no podría ser penado por ellos debido a la falta de relaciones diplomáticas. Tales especulaciones no merecen ninguna protección.

Por el contrario, no es punible así como así la participación en una conducta que es impune debido a una causa de exclusión de la pena o a la falta de una condición objetiva de la punibilidad, a diferencia de lo que pasa en las causas de exculpación y en contra de la opinión totalmente dominante. Más bien, esta conducta es impune en la medida en que también valen para el partícipe las ponderaciones de intereses extrapenales, que llevan a la liberación de pena del autor. Así es por regla general: con justicia indica JAKOBS⁴⁸ que tampoco debería ser penado el asesor del parlamentario, autor del discurso injurioso que este último da en el Parlamento, pues con ello se vería afectada de manera mediata la libertad de expresión del propio parlamentario, el cual no puede hablar sin su asesor. Por ello, JAKOBS busca construir la inmunidad como causa de exclusión del tipo. Pero con ello se desconoce que un atentado al honor sigue siendo un atentado al honor, donde sea que se produzca, y que no es en nada correcta la suposición de que en una causa de exclusión de la pena la participación sería siempre punible, lo cual sólo se debe a que se entremezcla erróneamente estas liberaciones de pena con casos de exculpación. Así, por ejemplo, también debe ser punible quien participa sólo como instigador o cómplice en un hecho punible contra un Estado extranjero, con el cual no existen relaciones diplomáticas o no se garantiza la reciprocidad.

Si se limitan, como consiguientemente aparece apropiado, las causas de exclusión de la pena a casos de ponderación de intereses extrapenales, se muestra que esta categoría del delito no puede ser comprendida con los conceptos de "merecimiento de pena" y "necesidad de pena". Ambos conceptos tienen su lugar en la teoría de la responsabilidad: es razonable decir que sólo la conducta culpable es *merecedora de pena* y que esta conducta merecedora de pena *necesita una pena* al añadirse necesidades preventivas de punición⁴⁹. De esta manera, caen

⁴⁸ JAKOBS (*supra*, nota 14), Cap. 10, n° marg. 16.

⁴⁹ Comp. al respecto BLOY (*supra*, nota 46), p. 242 y ss.

dentro del grupo de falta de necesidad de pena los casos de liberación de pena motivados por política criminal que, si bien son vistos por muchos como causas de exclusión de la pena, yo los he ordenado dentro de la exclusión de responsabilidad.

Las causas de exclusión de la pena, tal como aquí se expone, están más bien creadas de tal manera que el merecimiento de pena y la necesidad de pena deben ser afirmados, sacrificando, sin embargo, la necesidad de pena exigida en aras de intereses extrapenales.

(VII)

RESUMEN

Mis resultados finales son que si bien la diferenciación entre causas de justificación, de exculpación y otras causas de exclusión de la pena está expuesta a diversas objeciones, es siempre fructífera después de algunas aclaraciones. Ella debería ser mantenida y no difuminada a través de equiparaciones simplificantes y nuevas formas intermedias.

Una conducta está justificada cuando la colisión de dos bienes jurídicos se soluciona de manera legal, permitiendo la intervención. Una conducta es disculpada cuando la intervención en un bien jurídico ajeno no es legal, sino prohibida, pero pese a ello el legislador no hace responsable al autor porque o bien falta la culpabilidad o bien falta una necesidad preventiva de punición. Finalmente, una causa de exclusión de la pena interviene cuando una conducta no está ni justificada ni disculpada, pero se oponen a una punición razones de orden extrapenal. He tratado de mostrar con algunos ejemplos que esta diferenciación debe conducir también a resultados jurídicos diferentemente fundamentados en lo ideológico.

*¿Puede admitirse o al menos
quedar impune la tortura estatal
en casos excepcionales? **

* Título original: «Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?», en *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag am 26.1.2005*, JÖRG ARNOLD - BJÖRN BURKHARDT - WALTER GROPP *et al.* (comps.), C. H. Beck, München, 2005, ps. 461-471.
Traducción de JUSTA GÓMEZ NAVAJAS, publicada en «Nueva Doctrina Penal», 2004/B, Buenos Aires, ps. 547-558

(I)

En septiembre de 2002 fue secuestrado en Alemania el hijo de once años de edad de un banquero por un joven jurista de veintiocho años, que de ese modo quería conseguir un dinero por el rescate. El autor fue detenido pero no reveló el lugar donde se hallaba escondido el chico secuestrado. DASCHNER, vicepresidente de la policía de Frankfurt, permitió en la mañana del 1º de octubre que amenazaran al acusado con torturarlo si no indicaba el paradero del joven secuestrado, en la creencia de poder de ese modo salvar la vida de la víctima. Como consecuencia de esto, aquél reveló el lugar en el que lo había escondido. Pero la víctima había sido asesinada por el autor inmediatamente después del secuestro. Por tanto, no era posible un rescate.

Desde que se tuvo noticia de este caso, en febrero de 2003, se discute apasionadamente en Alemania si el comportamiento del vicepresidente de la policía fue conforme a Derecho o no, si DASCHNER debe incluso ser castigado y si las informaciones obtenidas del acusado mediante la amenaza de tortura deben ser usadas para probar su culpabilidad. Pero la importancia del caso va más allá de Alemania. El hecho hubiera podido suceder también en cualquier otro lugar. A continuación, parto para su tratamiento del Derecho alemán. Sin embargo, dado que las disposiciones alemanas se basan en derechos humanos reconocidos universalmente y en convenios internacionales, el fundamento jurídico es también internacional.

(II)

Comienzo con los preceptos legales. La Ley Procesal Penal alemana prohíbe en el § 136.a, párr. 1º, inc. 1º, mermar “la libertad de decisión de la voluntad del acusado y de ejercicio de la misma (...) mediante abuso” y prohíbe también en el § 136.a, párr. 1º, inc. 2º, la amenaza con una medida no permitida como ésta. Según el § 136.a, párr. 3º de dicha ley, no es utilizable una declaración obtenida de esta manera, incluso si el acusado admite posteriormente tal utilización.

Esta regulación jurídico-procesal tiene sus fundamentos en la Constitución alemana y en tratados internacionales. El art. 104, párr. 1º, inc. 2º, de nuestra Constitución, la denominada Ley Fundamental, declara: “Las personas detenidas no pueden ser maltratadas psíquica ni corporalmente”. Además, la denominada Convención sobre Derechos Humanos del año 1950, vigente en Alemania y a la que se han adherido hasta ahora otros treinta y nueve Estados, declara en el § 3: “Nadie puede (...) ser sometido a tortura”. El § 15.II de la Convención prohíbe expresamente toda derogación del art. 3º. Las regulaciones citadas son manifestaciones de un principio fundamental de nuestra Constitución, del art. 1º, párr. 1º, inc. 1º, GG: “La dignidad del individuo es inviolable”. El deber de garantía de la dignidad humana no se puede limitar, ni siquiera mediante una ley que modifique la Constitución. Entre estas regulaciones legales que prohíben la tortura se encuentran numerosos convenios europeos e internacionales con el mismo contenido¹.

(III)

Si se toman como base las citadas normas, esto significa que el vicepresidente de la policía debe responder por extorsión para obtener la declaración [*Aussageerpressung*] según el § 343 del *StGB*. “El que como funcionario, que está llamado a la colaboración en el proceso penal,

¹ Cf. las referencias de BRUGGER, *Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?*, en *Juristenzeitung* 2000, p. 165 y ss., notas 4 y 7.

maltrate a otro corporalmente, o ejerza sobre él violencia, le amenace con violencia (...), para coaccionarlo a declarar o aclarar algo en el proceso...”, será castigado conforme a esta disposición con pena privativa de libertad de uno a diez años; en casos menos graves, con pena privativa de libertad de seis meses a cinco años. Según el § 357 del *StGB*, “un superior, que determina a sus subordinados a un hecho antijurídico en el ejercicio del cargo (...) merece la pena con la que se conmina este hecho antijurídico”. Esto sería aplicable al vicepresidente de la Policía de nuestro caso. Además, según el ya mencionado § 136.a de la *StPO*, no se puede utilizar la declaración obtenida mediante chantaje para probar la culpabilidad del secuestrador y asesino. Por consiguiente, sólo puede ser juzgado si se dispone de otros medios de prueba que sean suficientes para probar su hecho.

(IV)

Pero, ¿es en efecto adecuada esta conclusión? Al fin y al cabo, el vicepresidente de Policía ha actuado para salvar una vida humana frente a un asesino. Bien es verdad que la mayoría de los penalistas que se han manifestado sobre el caso han defendido la necesaria prohibición de la tortura². Pero un representante del Derecho público le ha dado la razón al vicepresidente de la Policía³, los políticos se han manifestado de diversas maneras⁴ y una escasa mayoría de la población aboga por la admisión de la tortura en un caso así.

² Cf. por ejemplo, LÜDERSSEN, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 25/2/03, p. 13; HASSEMER, *Süddeutsche Zeitung*, 27/2/03, p. 7; Pawlik, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 1/3/03, p. 35; HAMM, *NJW* 2003, p. 946; SCHAEFER, *ibid.*, p. 947. Ninguna toma de postura absolutamente clara contiene el artículo de JEROUSCHECK - KÖLBEL, *Folter von Staats wegen?*, *JZ*, 2003, p. 613 y ss., publicado justo después de terminar este manuscrito. La frase final dice: “Sin embargo, uno se debería asegurar de que situaciones excepcionales extremas son merecedoras de la ruptura del tabú”.

³ BRUGGER, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 10/3/03, p. 8. Muestra comprensión, MIEHE, *NJW* 2003, p. 1219.

⁴ Cf., por todos, el artículo en “Der Spiegel”, n° 9, 24/2/03, ps. 24 y ss.

En nuestro caso se puede intentar justificar la amenaza de la tortura por tres vías. La primera vía se encuentra en el campo del Derecho público; las otras dos son de carácter penal.

Comienzo con la del Derecho público. El vicepresidente de Policía y muchos de sus defensores apelan a que la prohibición de la tortura sólo es válida para la persecución penal, pero no para la defensa ante un peligro. De este modo, DASCHNER⁵ argumenta que no ha tenido lugar "ningún interrogatorio en sentido procesal penal". No se han planteado preguntas sobre la "autoría, participación, etcétera". Sólo se ha tratado de la cuestión de "dónde está el niño". Para su respuesta tiene que permitirse que se amenace con la tortura porque el Estado tiene "la obligación de evitar perjuicios de sus ciudadanos".

Pero esta objeción no es convincente. En primer lugar, porque no pueden separarse la persecución penal y, en su caso, la evitación de un peligro, y tampoco en la situación dada. En la medida en que el acusado reveló el lugar en el que se encontraba el niño, tuvo que descubrirse como asesino y facilitar la prueba decisiva contra sí mismo. Por tanto, mediante la amenaza de tortura se ha obtenido de él una autoinculpación, y precisamente esto es lo que quieren impedir las normas prohibitivas correspondientes.

Y, en segundo lugar, tampoco es correcto que la prohibición de tortura se limite a medidas de persecución penal. Nuestra Constitución, la Convención sobre Derechos Humanos y otras regulaciones prohíben totalmente la tortura y no hacen ninguna excepción para el caso de la defensa ante un peligro. En tercer lugar, si se estableciera en algún sitio tal excepción, se opondría también al deber constitucional de respeto de la dignidad humana. Una tortura y la amenaza con ella contravienen indiscutiblemente la dignidad humana. Por tanto, sería nula una autorización tal, si la hubiera.

Otra argumentación de Derecho público se apoya en la circunstancia de que, según el Derecho alemán, si no hay otro medio para salvar a un individuo ante una amenaza de muerte, la policía puede incluso matar de un tiro al agresor (como se permite al particular mediante la

⁵ En una entrevista con la revista "Der Spiegel", como en nota 4, p. 24.

norma de la legítima defensa y la defensa de terceros). La admisibilidad de este denominado disparo final de salvación se utiliza para una "analogía con la extorsión para obtener declaraciones con el fin de salvar la vida"⁶. La analogía no cabe porque numerosas regulaciones jurídicas vinculantes internacionalmente excluyen expresamente excepciones a la prohibición de tortura también en situaciones de necesidad y porque, independientemente de esto, los supuestos se diferencian esencialmente.

La legítima defensa se dirige contra las acciones del agresor que amenazan bienes jurídicos, contra las cuales uno puede protegerse a sí mismo y a otros en la medida en que sea necesario. La tortura, por el contrario, inflige al torturado suplicios corporales para obtener por la fuerza una declaración, por tanto, no se contenta con la defensa corporal, sino que convierte cuerpo y alma del afectado en objeto sin voluntad de una acción coactiva. En esta instrumentalización de la personalidad del torturado reside la infracción contra la dignidad humana que va más allá de una mera defensa frente al ataque y que justifica la prohibición categórica de la tortura. La Constitución alemana se ha percatado perfectamente de esta diferencia, que prohíbe un tratamiento análogo puesto que permite incluso limitaciones legales del derecho a la vida y a la incolumidad corporal (art. 2º, párr. 2º, inc. 3º, GG), pero no vulneraciones legales de la dignidad humana (art. 1º, párr. 1º, GG). Por tanto, no se puede deducir en modo alguno la admisibilidad de una tortura que sirva para la defensa ante el peligro a partir de la admisibilidad de la legítima defensa.

Sin embargo, en el caso del que he partido todo quedó en la amenaza de tortura porque ésta ya fue suficiente para mover al autor a declarar. Pero esto no justifica otra calificación jurídica ya que si el Estado prohíbe la tortura, tampoco puede amenazar con lo prohibido, como dice expresamente el § 136.a, párr. 1º, inc. 2º de la *StPO*: esto tiene su fundamento en que ya la amenaza despliega aquel efecto de presión psíquica que afecta a la autonomía de la personalidad y con ello a la dignidad humana del afectado. Independientemente de esto, no ten-

⁶ BRUGGER, como en nota 3.

dría sentido tampoco, bajo el punto de vista de la aclaración de los hechos, prohibir la tortura y permitir que se amenace con ella porque si el autor sabe que la amenaza no puede ser llevada a cabo, no se dejará influir por ella.

Junto a las explicaciones policiales se recurre en nuestro caso también a causas de justificación penal para la legitimación de la amenaza de tortura. Se apela al estado de necesidad justificante —§ 34 del *StGB*— o a la defensa de terceros (*Nothilfe*) —§ 32, párr. 2º del *StGB*—. Según la norma del estado de necesidad, no se comporta de modo anti-jurídico “el que en un peligro actual para la vida, que no puede ser evitado de otra forma (...) comete un hecho, para evitar el peligro para sí o para otro (...), si en la ponderación de los intereses en conflicto (...) el interés protegido prevalece de manera esencial frente al afectado”. Entonces se tiene que formular la tesis de que el interés de la vida de la víctima es considerablemente más importante que la observancia de la prohibición de la tortura.

También puede pensarse en la norma sobre la defensa de terceros. Ésta declara una acción típica como no antijurídica si es necesaria para protegerse de un ataque antijurídico actual. Se tendría que contemplar entonces el silencio del acusado como un ataque a la víctima realizado por omisión y la amenaza de la tortura como una defensa necesaria frente a este ataque. Ésta sería una interpretación muy rebuscada de la norma de la defensa de terceros pero todavía imaginable teóricamente⁷.

Sin embargo, las dos normas penales son en todo caso inaplicables por otros motivos. Dudoso y muy discutido es ya si la violencia estatal puede recurrir a causas de justificación penal. Con frecuencia se defiende la opinión de que las causas de justificación penal sólo tendrían validez para el ciudadano, mientras que la policía podría basarse en autorizaciones policiales especiales⁸. Pero, incluso aunque se tenga otra opinión en este punto y se sostenga la validez de la norma del esta-

⁷ Cf. para más detalles PAWLIK, como en nota 2.

⁸ Cf. para más detalles ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol. I, versión española, 1997, § 15, IX, p. 656 y ss.; § 16, V, 2, p. 718 y ss.

do de necesidad y de la legítima defensa también para la policía, en nuestro caso estas normas no conducen a una justificación.

La inaplicabilidad de la norma del estado de necesidad se deriva del segundo inciso de esta disposición, en cuanto dice: "Ésta [es decir, la justificación mediante ponderación de intereses] es válida sin embargo sólo en tanto el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro". Generalmente se admite que la lesión de la dignidad humana no es un medio adecuado en el sentido de la norma del estado de necesidad; excluir estos casos de la justificación del estado de necesidad era precisamente un fin esencial de la cláusula de la adecuación⁹. No se discute tampoco que la tortura representa una violación de la dignidad humana porque no trata al torturado como persona sino que lo convierte en un mero objeto, un "fardo de dolores"¹⁰, para la obtención de una declaración. También a partir de los antecedentes legislativos se puede probar claramente que las lesiones de la dignidad humana no pueden ser justificadas nunca mediante el estado de necesidad. La dignidad humana no admite ponderación alguna sino que es absolutamente "intangible" (art. 1º, 1, GG).

Lo mismo sucede con el recurso a la norma de la legítima defensa. Según el § 32, párr. 1º del StGB, sólo el que "comete un hecho necesario para la legítima defensa" no actúa antijurídicamente, porque no se puede permitir la lesión de la dignidad humana sino que está prohibida. Mediante la cláusula de requeribilidad (*Gebotenheitsklausel*) quiso el legislador penal limitar el derecho a la legítima defensa bajo puntos de vista ético-sociales¹¹, y a los principios superiores de la ética social pertenece el respeto de la dignidad humana.

(V)

De todo ello se deriva que una justificación de la amenaza de tortura policial fracasa siempre finalmente por la vulneración de la dignidad humana que conlleva, siendo indiferente a partir de qué norma se in-

⁹ Cf. ROXIN, como en nota 8, § 16, IV, p. 714 y ss.

¹⁰ HASSEMER, como en nota 2.

¹¹ Cf. ROXIN, como en nota 8, § 15, VIII, p. 635 y ss.

tente derivar. Se puede decir incluso que Estados que no excluyen la tortura en casos como el presente, tienen que llegar a la misma conclusión, como yo he conseguido sobre la base del Derecho alemán, si se confiesan sólo en favor de la garantía de la dignidad humana.

Pero con ello no se zanja todavía definitivamente la discusión. Y ello porque se plantea, además, la cuestión de si a la vulneración de la dignidad humana no se puede contraponer que también en la renuncia policial a la tortura y a la amenaza con ella se aprecia una vulneración de la dignidad humana, que en este caso se dirige no contra la dignidad humana del autor sino de la víctima, pues el Estado, en tal supuesto, no hace todo lo que hubiera sido posible para salvar a la víctima. Si en ello se ve un menosprecio de la dignidad humana de la víctima, en la situación descrita era inevitable una violación de la dignidad humana (ya fuera del autor o de la víctima). Es obvio entonces, en un conflicto ineludible como éste, conceder prioridad a la dignidad humana de la víctima.

Una argumentación tal ha sido expuesta reiteradamente en Alemania. Ya el propio vicepresidente de la policía, que había ordenado la tortura, invoca el deber del Estado de "evitar perjuicios a sus ciudadanos"¹². Y el ya citado BRUGGER declara¹³ que en un secuestro es muy probable "que la dignidad de la víctima escondida sea menospreciada. Su cuerpo y su persona son utilizados como mero medio con el fin de extorsionar (...) Por un lado, sería vulnerada mediante la tortura la dignidad del secuestrador. Por otro, en una situación en la que la dignidad se enfrenta a la dignidad, el ordenamiento jurídico puede y debe colocarse del lado de la víctima y exigir al autor la revelación del escondite".

Esto suena convincente pero, sin embargo, no me parece correcto. Ciertamente se puede decir que el secuestrador ha vulnerado la dignidad humana de la víctima, al igual que hacen muchos delincuentes. Pero esto no legitima al Estado a atacar por su parte la dignidad humana del autor porque su superioridad moral frente al delincuente reside precisamente en que no utiliza los mismos medios que éste. Si al Esta-

¹² Como en nota 5.

¹³ Como en nota 3; en el mismo sentido KISSEL, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 5/3/03, p. 7.

do le está prohibida toda vulneración de la dignidad humana y con ello también la tortura, entonces, lógicamente, no puede existir por su parte una vulneración de la dignidad humana en la omisión de medidas de tortura. Bien es verdad que el Estado está obligado a proteger la vida y la dignidad humana de sus ciudadanos en la medida de lo posible. Pero sólo en la medida de lo posible: la protección puede ser otorgada siempre sólo dentro de los límites establecidos a la actuación del Estado de Derecho. Entre estos límites se encuentra en primer lugar la prohibición de tortura.

(VI)

La conclusión es, por tanto, que el vicepresidente de policía de Frankfurt no ha actuado justificadamente. Sin embargo, quiero plantear otra vez la cuestión de si tal solución del caso no sólo es jurídicamente correcta sino también si cuenta con los mejores fundamentos materiales. En la discusión pública esto es puesto en duda en no pocas ocasiones, como ya sostuve al principio. Si se atiende al caso particular —la víctima inocente y su asesino— el sentimiento jurídico se vuelve vacilante, como no tengo reparo en admitir.

Pero se tienen que incluir en las reflexiones las consecuencias para el ordenamiento jurídico en general. Si se consintiera una tortura de los sospechosos para la evitación de graves peligros, tendría que permitirse que todo presunto terrorista fuera torturado y de ese modo obligado a delatar a las personas que están detrás de él, puesto que es lógico huir de los graves peligros que los terroristas representan para el cuerpo y la vida.

De hecho la Corte Suprema israelí en 1996 declaró admisible el empleo de violencia contra presuntos terroristas detenidos, si se parte de la base de que esto es necesario para la evitación de un inminente acto terrorista contra la población. No obstante, el Tribunal ha abandonado en gran parte esta opinión en otra sentencia de 1999¹⁴.

¹⁴ Para más detalles y referencias, cf. BRUGGER, como en nota 1, p. 165, y en nota 2; p. 168, nota 13. Sobre la discusión en América, cf. JEROUSCHECK - KÖLBEL, como en nota 2, p. 614, nota 6.

No quiero erigirme en juez acerca de la jurisprudencia israelí, sobre todo porque incluso ésta no es unánime. Israel es un Estado cuya existencia está en peligro a causa del terrorismo y que se encuentra en un estado similar al de guerra. En estas situaciones el derecho penal del ciudadano suele ser sustituido por el derecho penal del enemigo, para expresarlo con conceptos de JAKOBS¹⁵, lo cual trae consigo importantes pérdidas para el Estado de Derecho. En todo caso, la existencia de la República Federal de Alemania no se halla amenazada y por tanto está obligada a un derecho penal del ciudadano que defienda ilimitadamente los derechos humanos.

Tampoco se ha sostenido hasta ahora algo distinto en la Alemania de la postguerra y, por tanto, sorprende que con motivo de este caso concreto haya surgido una discusión para la que nadie estaba preparado hace veintiséis años en un supuesto parecido especialmente espectacular. Cuando SCHLEYER, presidente de los empresarios de Alemania, fue secuestrado por terroristas en septiembre de 1977, se podría haber intentado descubrir el escondite de SCHLEYER y de esta manera salvar su vida torturando a los terroristas vinculados con ellos que cumplían condena en la prisión de Stammheim. Tal procedimiento tuvo que ser considerado entonces en un estado de emergencia del gobierno federal pero rechazado por motivos jurídicos. Según lo expuesto, ésta fue una decisión correcta. ¿Por qué ahora ya no habría de ser válido lo que entonces, a pesar del trasfondo terrorista, fue consentido de modo general? Por consiguiente, tiene que mantenerse que el deber de ayuda del Estado termina si sólo pudiera ser cumplido en la medida en que deja de ser Estado de Derecho.

Hay que añadir que si no se prohibiera desde un principio y para siempre la tortura para defenderse de un peligro sería complicado fijar límites que pudieran evitar una extensión posterior de tales prácticas. ¿No debería entonces permitirse obligar mediante tortura a personas que son sospechosas de pertenecer a la criminalidad organizada a que delataran a sus cómplices? La disposición para la violencia de tales or-

¹⁵ Cf. por todos JAKOBS, en ESER - HASSEMER - BURKHARDT (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, p. 47 y ss.

ganizaciones se encuentra en muchos casos fuera de duda. ¿No se podría incluso torturar para obtener una confesión a un sospechoso de asesinato, contra el que no hay pruebas suficientes, porque se temen otros hechos violentos en caso de una puesta en libertad?

Resumiendo: si pudiera hacer escuela la actuación adoptada en Frankfurt tendríamos pronto, siguiendo consecuentemente el camino tomado, un Estado de tortura y no un Estado de Derecho. Esto sería un regreso a la barbarie, que nos pondría con razón por delante de otros países en los que se ejercen estas prácticas. Se trata aquí no sólo de la reprochabilidad de la tortura frente a los culpables sino también de que los sospechosos se encuentran hasta su condena firme bajo la protección de la presunción de inocencia (art. 6º, párr. 2º, Convención sobre Derechos Humanos), que prohibiría una tortura incluso si se pudiera justificar frente a los culpables (lo cual tampoco es el caso). La experiencia histórica muestra que la tortura, aunque sólo se admitiera para evitar peligros, afectaría de hecho a algunos inocentes y produciría no pocas sentencias erróneas. El argumento, del que se ha abusado mucho, de que para la evitación de una “rotura del dique” deben ser defendidos los principios encuentra aquí, por tanto, su legitimidad.

(VII)

Sin embargo, con ello tampoco está dicha la última palabra en el caso que nos ocupa dado que incluso si se excluye una justificación de la amenaza de tortura, se podría tomar en consideración una exculpación. No obstante, el vicepresidente de la policía difícilmente puede remitirse a un error de prohibición porque ha afirmado en público¹⁶: “Era consciente desde un principio de que se procedería contra mí”. Por consiguiente, aunque sea como autor por convencimiento, ha tenido una relativa conciencia de lo injusto, que según la jurisprudencia excluye un error de prohibición¹⁷. Según la doctrina, que atribuye parcialmente a la duda sobre el injusto mayor eficacia exculpatoria, esto

¹⁶ Como en nota 5.

¹⁷ Para más detalles ROXIN, como en nota 8, § 21, V, p. 874 y ss.

es válido al menos cuando esta duda podía despejarse rápidamente. Y así era en este caso; una llamada al fiscal general hubiera bastado.

Sin embargo, con independencia de esto, tiene que ser considerada al menos la idea de una exculpación supralegal. Y es que se puede sostener la tesis de que en casos extraordinariamente extremos tiene que mantenerse la prohibición absoluta de tortura pero que puede resultar absurdo el castigo del que salva infringiendo la prohibición¹⁸. En la discusión —también internacional— se debaten sobre todo los casos de las «*ticking time bomb situations*»¹⁹, es decir, casos en los cuales “el que coloca una bomba es detenido por la policía, pero no quiere revelar el escondite de la bomba, aunque su explosión es inminente y miles de personas están amenazadas”²⁰.

Quisiera someter a discusión si en un caso así no pudiera pensarse en una aplicación de los supuestos del estado de necesidad supralegal que excluye la responsabilidad, que he limitado hasta ahora a los casos de la denominada comunidad de peligro²¹: es decir, a casos como los de los denominados médicos de la eutanasia, que durante el nazismo colaboraron en la matanza de diversos enfermos mentales para poder salvar a la gran mayoría de los que se encontraban en peligro, o a la situación especialmente actual, en la que aviones de caza habrían derribado el avión que a toda velocidad se dirigía al *World Trade Center* para salvar por lo menos a los ocupantes del edificio.

El caso del que coloca la bomba tiene al menos en común con el mostrado que aquel que vulnera una prohibición estricta (sea la prohibición de tortura, sea la prohibición de matar), se mantiene en el convencimiento de que su actuar se dirige a mantener el bien jurídico y salvaguardar la vida, de que elige el único camino eficaz con gran probabilidad para su protección y que se trata de una situación singular, que probablemente no volverá a ocurrir y para cuya exculpación por

¹⁸ En esto veo el núcleo fundamental de las reflexiones de BRUGGER, véanse notas 1 y 3.

¹⁹ BRUGGER, como en nota 1, p. 168, nota 13.

²⁰ BRUGGER, como en nota 3.

²¹ ROXIN, como en nota 8, § 22, F, II, p. 961 y ss.

tanto no es adecuado rebajar la eficacia preventivo-general de la prohibición. No es casualidad que el caso del que coloca una bomba sea un auténtico ejemplo de cátedra y probablemente no sucederá nunca en la realidad. Cuando no se sabe nada de la bomba que hace tic tac, difícilmente se puede detener a un autor del atentado y obligarlo a revelar el escondite mediante la causación de dolor.

Pero no obstante, si sucediera un caso así, me parece discutible, bajo las circunstancias mencionadas, que naturalmente tendrían que ser precisadas todavía, una exclusión de responsabilidad supralegal. Y ello porque la ley tiene que ser dura e inflexible en la determinación de lo justo y lo injusto cuando se trata de una norma fundamental como la prohibición de tortura. Pero en la cuestión de si el autor tiene que ser castigado en casos ético-sociales extremos tampoco es necesario que la justicia tenga corazón de piedra sino que puede ser indulgente, como hace en otras situaciones extremas y de conflicto.

(VIII)

¿Pueden servir estos planteamientos también en el caso de partida, de la amenaza de tortura de Frankfurt? Pienso que *no* pueden fundamentar aquí una exculpación extralegal. En primer lugar, porque el caso del secuestrador que es detenido durante una entrega de dinero concertada pero mantiene a su rehén escondido no es un caso singular extremo, sino nada atípico en este ámbito. Pero, en segundo lugar y sobre todo, la amenaza de tortura no aseguraba especialmente el éxito ni era el único medio que quedaba de salvar la vida.

Desde un principio era improbable que el chico secuestrado pudiera estar vivo todavía. Si hubiera sido así, el secuestrador habría tenido que tener, incluso sin coacción, gran interés en revelar el lugar del escondite. Dado que su plan había fracasado de todas maneras, sólo habría podido con ello mejorar su situación y escaparse de una pena por asesinato consumado y quizá también intentado²². Su negativa a dar a cono-

²² Cf. LÜDERSSEN, como en nota 2; en el mismo sentido, REHSE, *Süddeutsche Zeitung*, 4/3/02 (carta al director).

cer el lugar en el que se encontraba el niño podía explicarse mucho mejor si se piensa que ello habría supuesto el reconocimiento de su homicidio y que eso es lo que quería evitar. Si el autor no se hubiera dado cuenta de esto —lo cual es improbable porque había terminado la carrera de Derecho— la policía habría tenido que advertirle de manera eficaz de la situación en la que se encontraba, en lugar de recurrir a la tortura.

Por tanto, no puede evitarse que el funcionario de policía de alto rango que ordenó la tortura responda por extorsión a la declaración. No obstante, tiene a su favor alguna causa de atenuación, aunque no sea suficiente para una exclusión supralegal de la responsabilidad. Y ello porque hay que reconocer que creía encontrarse en una situación de conflicto grave. Desde su punto de vista, había dos valores jurídicos superiores enfrentados —la vida y la dignidad humana—, de los cuales sólo uno podía ser protegido. En esta situación, él tomó el camino equivocado y valoró también las circunstancias del hecho de modo demasiado unilateral. A pesar de esta errónea valoración del Derecho así como de las circunstancias, se trata de un caso menos grave de extorsión a la declaración atendiendo a la motivación del autor, dirigida a salvar la vida, y al extremadamente tenso estado de ánimo en el que tuvo que tomar su decisión, a pesar de la importancia que en principio tiene. Pero éstas son discusiones teóricas, que se basan en publicaciones de prensa. La valoración concreta tiene que permanecer reservada naturalmente a los encargados de la investigación.

(IX)

Para concluir, unas palabras sobre la punibilidad del secuestrador. WINFRIED HASSEMER, vicepresidente del Tribunal Constitucional alemán y prestigioso penalista, ha declarado en la prensa²³ que éste es un “caso en el que hay que pensar en un vicio procesal”. Con ello parece que ha querido decir que la infracción del Estado de Derecho que se da en este caso puede pesar tanto que el proceso entero tenga que ser interrumpido o suspendido.

²³ En la revista “Der Spiegel”, como en nota 4, p. 26.

Esto llevaría demasiado lejos. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional²⁴, un sobreseimiento de todo el proceso por vulneración del Estado de Derecho sólo puede admitirse en casos excepcionales extremos. Aquí no estamos ante un caso así. La infracción se ha producido en un estadio anterior de las investigaciones, se ha plasmado en una sola declaración y conlleva su inaplicabilidad según el § 136.a, párr. III, inc. 2º de la *StPO*, pero no necesariamente la anulación de todo el proceso. Dado que el error se podía remediar facilitando al acusado la instrucción pertinente (*Belehrung*), podía restablecerse de nuevo la conformidad del procedimiento con el Estado de Derecho. De ahí que el LG Frankfurt haya rechazado en una resolución publicada entremedias la existencia de un vicio procesal²⁵.

Al fin y al cabo la declaración obtenida por la fuerza es inutilizable, e inutilizables son también confesiones posteriores, prestadas sin violencia, “cuando el acusado no ha sido advertido de la inaplicabilidad de sus declaraciones anteriores”, como asimismo ha reconocido entretanto acertadamente el LG Frankfurt²⁶: dado que en nuestro caso no tuvo lugar tal “instrucción cualificada” (*qualifizierte Belehrung*)* en los siguientes interrogatorios, también éstos eran inutilizables.

El LG Frankfurt²⁷ ha decidido que al menos los medios de prueba conocidos como consecuencia de la declaración del acusado —especialmente el descubrimiento del niño asesinado y los resultados de la au-

²⁴ Cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 25ª ed., 1997, § 21, nº marg. 17 ss., p. 162 (ídem edición en castellano, Buenos Aires, 2000, p. 170 y ss.).

²⁵ *Strafverteidiger*, 2003, p. 327 (junio); al respecto en el mismo sentido que aquí WEIGEND, *Strafverteidiger*, 2003, p. 437.

²⁶ *Strafverteidiger*, 2003, p. 325 (número de junio), encabezamiento [*Leitsatz*]; para más detalles sobre esto WEIGEND, *Strafverteidiger*, 2003, p. 437. [N. del T.]: Con el término *Leitsatz* se alude al titular o encabezamiento que precede al texto de la sentencia y sintetiza el contenido de ésta.

* [N. del T.]: Por *qualifizierte Belehrung* ha de entenderse aquí la información que se debía facilitar al acusado en el sentido de que no se tendrían en cuenta en el proceso las declaraciones obtenidas previamente mediante la amenaza de tortura. En este sentido, véase SCHAEFER, *NJW* 2003, p. 247.

²⁷ Como en nota 26.

topsia— podrían ser utilizados para probar su culpabilidad. Esto se deriva de una ponderación entre la gravedad del ataque y la gravedad del hecho imputado, que conduce aquí a su utilización. Esta ponderación es ya cuestionable porque se trata de una infracción de la dignidad humana, que debería estar sustraída de toda valoración. Además, aunque la jurisprudencia mayoritariamente es de otra opinión, un efecto extensivo (*Fernwirkung*) de la prohibición de prueba no se debería hacer dependiente de ponderaciones sino que lo correcto debería ser admitirlo de modo general. Se deja de lado el § 136.a de la *StPO*, cuando no ya la declaración del acusado sino el cadáver encontrado a causa de la declaración se puede utilizar para probar su culpabilidad. De esta manera se aprovecha de hecho, siquiera indirectamente, la declaración obtenida por la fuerza²⁸.

Entretanto, en julio de 2003 el acusado fue condenado a cadena perpetua. Esto era posible sin objeciones procesales a pesar de no ser utilizables las primeras confesiones porque había otros medios de prueba y también nuevas confesiones obtenidas habiendo informado expresamente al acusado (*qualifizierte Belehrung*).

(X)

Con ello he llegado al final. Sólo he tratado un caso en particular. Pero estoy seguro de que por su gran importancia mantendrá ocupadas aún durante mucho tiempo a la ciencia y la opinión pública y pasará a la historia del Derecho penal.

²⁸ Véase sobre esto, con argumentos bien fundados, WEIGEND, *Strafverteidiger*, 2003, p. 439.

*El derribo de aeronaves secuestradas
para salvar vidas humanas **

* Título original: *Der Abschuss gekapserter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben*, en «ZIS - Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik» («Revista de Dogmática Internacional del Derecho Penal»), fasc. 6, año 2011.

Traducción de **JOSÉ R. BÉGUELIN**

(I)

INTRODUCCIÓN

Rara vez se ha discutido con tanta intensidad y pasión sobre la valoración jurídico-penal de un caso ficticio como se lo ha hecho sobre el supuesto en que se derriba una aeronave secuestrada por terroristas con la consecuencia de que se da muerte dolosamente a todos los pasajeros, pero así se evita el homicidio de las personas que se hallan en el rasca-cielos hacia el que los terroristas suicidas dirigen el avión.

Como es sabido, el modelo de este escenario imaginado es el ataque terrorista del 11 de septiembre de 2001 a las Torres Gemelas de Nueva York, en el que murieron varios miles de personas. A modo de reacción frente al acontecimiento, el legislador federal promulgó el 11 de enero de 2005 una ley de seguridad aérea cuyo § 14, aps. 3º y 4º, trataban la defensa contra ataques en el espacio aéreo y establecían lo siguiente:

“§ 14, Ley de Seguridad Aérea

”(…)

”(3) La actuación directa con la fuerza de las armas sólo se permitirá cuando las circunstancias indiquen que la aeronave será utilizada para atentar contra vidas humanas y aquélla sea el único medio para repeler ese peligro actual.

”(4) La medida del ap. 3º sólo podrá ser ordenada por el ministro de Defensa o, en caso de que deba ser reemplazado, por un miembro del gobierno federal autorizado para sucederlo”.

La facultad legal de derribar aeronaves, contenida en la “actuación con la fuerza de las armas” que autoriza el § 14, ap. 3º de la Ley de Se-

guridad Aérea, fue declarada nula por el Tribunal Constitucional Federal [BVerfG] en su fallo del 15 de febrero de 2006 en razón de que el legislador federal carece de la competencia para ello y que —tal como se dijo en el sumario nº 3— “es incompatible con el derecho a la vida, conforme al art. 2º, ap. 2º, 1ª oración de la Constitución/[GG] en relación con la garantía de la dignidad humana del art. 1º, ap. 1º de la GG, en la medida en que se afecta a personas ajenas al hecho que se encuentran a bordo de la aeronave”¹.

Con estas palabras de un tribunal superior podría considerarse solucionado el problema, si no fuera porque un gran número de penalistas e iuspublicistas han dicho que es erróneo y han insistido empeñadamente en que un derribo semejante es legítimo —un acto que BURKHARD HIRSCH, uno de los apelantes ante el BVerfG, llama “homicidio como salvamento”²—. En el Derecho penal, los voceros de la tesis de la legitimidad son ERB³, GROPP⁴, HANS-JOACHIM HIRSCH⁵, HÖRNLE⁶, JEROUSCHEK⁷, KÖHLER⁸, ROGALL⁹, SCHÜNEMANN¹⁰ y SPENDEL¹¹. NEU-

¹ Fallos del BVerfG 115, p. 118.

² B. HIRSCH, *NJW* 2007, p. 1188.

³ ERB, en *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, JOECKS - MIEBACH (comps.), 2003, t. 1, § 34, nº marg. 119 y ss.

⁴ GROPP, *GA* 2006, p. 284.

⁵ HIRSCH, H.-J., en *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, HETTINGER et al. (comps.), 2007, p. 149.

⁶ HÖRNLE, en *Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag am 14.2.2008*, PUTZKE et al. (comps.), 2008, p. 555.

⁷ JEROUSCHEK, en *Strafrecht - Biorecht - Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10.5.2003*, AMELUNG (comp.), 2003, p. 185.

⁸ KÖHLER, en *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, HOYER (comp.), 2006, p. 257.

⁹ ROGALL, *NStZ* 2008, p. 1.

¹⁰ SCHÜNEMANN, en *Verantwortetes Recht, Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*, NEUMANN - HASSEMER - SCHROTH (comps.), 2005, p. 145.

¹¹ SPENDEL, *RuP* 2006, p. 131.

MANN¹², OTTO¹³ y SINN¹⁴ tienen un punto de vista similar al de esa tesis. En el Derecho público, sobre todo HILLGRUBER¹⁵, ISENSEE¹⁶ y DEPENHEUER¹⁷ han abogado por la justificación del derribo de una aeronave, incluyendo la muerte de los pasajeros.

Los partidarios de la justificación del derribo no ahorran en polémica. ISENSEE califica a la decisión del BVerfG como “la sinrazón en sí misma. La protección de la vida, exigida por la Constitución, se torna de esta manera en lo contrario”¹⁸. HANS-JOACHIM HIRSCH considera que el punto de vista del BVerfG es “funesto”¹⁹, ROGALL lo define como “completamente indefendible”²⁰ y HILLGRUBER critica las conclusiones, que, según él, son “absurdas”²¹.

En vista de ello, entiendo que es necesario retomar la discusión una vez más. Aquí dejaré de lado la cuestión de Derecho estatal respecto de la competencia del legislador federal, pues escapa al Derecho penal. Tampoco quiero ocuparme de la cuestión de si las fuerzas estatales pueden invocar, para derribar una aeronave, el estado de necesidad justificante del § 34 del Cód. Penal [*StGB*] o si, en su caso, únicamente pueden invocar la facultad establecida en la ley especial (§ 14, ap. 3º de

¹² NEUMANN, en *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, KINDHÄUSER - NEUMANN - PAEFFGEN (comps.), 3ª ed., 2010, t. 1, § 34, nº marg. 77 y ss.

¹³ OTTO, *Jura* 2005, p. 470.

¹⁴ SINN, *NStZ* 2004, p. 585.

¹⁵ HILLGRUBER, *JZ* 2007, p. 209.

¹⁶ ISENSEE, en *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26.7.2007*, PAWLIK et al. (comps.), 2007, p. 205.

¹⁷ DEPENHEUER, “Staat im Wort”, en *Festschrift für Josef Isensee*, DEPENHEUER et al. (comps.), 2007, p. 43.

¹⁸ ISENSEE, en *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26.7.2007*, PAWLIK et al. (comps.), 2007, p. 205 (229 y ss.).

¹⁹ HIRSCH, H.-J., en *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, HETTINGER et al. (comps.), 2007, p. 149 (172).

²⁰ ROGALL, *NStZ* 2008, p. 1 (4).

²¹ HILLGRUBER, *JZ* 2007, p. 209 (217).

la Ley de Seguridad Aérea). Aquí sólo me interesa la cuestión de si la facultad para derribar aeronaves prevista en una ley —comoquiera que se la funde— puede tener fuerza justificante o si es posible otro tipo de exculpación o exención de pena.

(II)

¿EXISTE ALGÚN DEBER DE SACRIFICAR LA VIDA PROPIA PARA SALVAR OTRA?

No puede haber dudas de que, básicamente, tal deber no existe. Que “nadie puede matar con dolo directo a una persona inocente que no ha provocado el estado de necesidad”, tal como escribí en 1985²², difícilmente pueda negarse, si es que el derecho a la vida garantizado por la Constitución ha de permanecer incólume en su contenido esencial. Los deberes de solidaridad dispuestos en el ordenamiento jurídico finalizan incluso mucho antes del sacrificio de la vida propia. El § 323c del *StGB*, exige la prestación de auxilio sólo cuando “sea posible sin un riesgo propio considerable y sin lesionar otros deberes más importantes”. También es indiscutido que nadie puede ser obligado, por ejemplo, a donar un riñón para salvar la vida de otro, a pesar de que con un solo riñón se puede vivir bien.

La Ley de Transplante de Órganos prohíbe inclusive la donación voluntaria de órganos cuando el receptor no es pariente del donante ni es una persona cercana, unida al donante por un vínculo especial y personal (§ 8, ap. 2º). Aun después de producida la muerte, la donación de un órgano para salvar la vida de un tercero sólo puede realizarse si, antes del deceso, hubo consentimiento expreso o si, en ausencia de éste, hay acuerdo de los parientes más cercanos —pero no en contra de la voluntad del difunto— (§ 3, ap. 1º, nº 1, § 4, ap. 1º, 2ª oración). Entonces, el legislador estima tanto la autonomía de la personalidad que acepta la muerte de numerosas personas que podrían salvarse mediante un transplante de órganos.

²² ROXIN, en *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, HERZBERG (comp.), 1985, p. 181 (187).

Según la opinión dominante, ni siquiera está permitido obligar a donar sangre en casos en que sólo de esa manera podría salvarse la vida de otra persona²³. El proyecto de ley del gobierno de 1962, en el que se basa la regulación actual del estado de necesidad del § 34 del *StGB*, también había subrayado que menoscaba la dignidad humana “el obligar a otro, en contra de su derecho a la libertad y su decisión moral responsable, a que preste su cuerpo como mero medio para alcanzar un fin, por más que sea uno deseable”²⁴.

Ante estas regulaciones, no es posible sostener seriamente el punto de vista de que los pasajeros de una aeronave estén básicamente obligados a dejar que el Estado los mate para salvar la vida de otras personas (en el caso del ejemplo, la vida de quienes se hallaban en las Torres Gemelas). Antes bien, rige lo siguiente, formulado de manera concisa por NEUMANN: “El deber de solidaridad, fijado en el § 34, no alcanza, en principio, la obligación de sacrificar la vida propia”²⁵. En el mismo sentido, desde el punto de vista del Derecho público HÖFLING y AUGSBERG afirman: “La renuncia consciente a la vida propia se encuentra más allá de lo que el particular le debe a la comunidad”²⁶.

Sin embargo, a veces se lo niega, como lo hace, por ejemplo, ISENSEE en el contexto del tema que nos ocupa²⁷. Este autor dice: “Por el bien de la generalidad estatal, el Derecho prevé la posibilidad de realizar un sacrificio, lo que incluye también sacrificar la vida. La casuística comprende tanto los daños colaterales de la vacunación obligatoria como el servicio militar obligatorio y el derecho de resistencia”. Pero en todos estos casos se trata de deberes limitados de soportar un riesgo, tales como los vinculados con profesiones de riesgo o posiciones de ga-

²³ Al respecto, con más referencias, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. 1, § 16, n° marg. 48.

²⁴ *Antecedentes parlamentarios del Bundestag*, 4/650, p. 160.

²⁵ NEUMANN, en *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, KINDHÄUSER - NEUMANN - PAEFFGEN (comps.), 3ª ed., 2010, t. 1, § 34, n° marg. 75.

²⁶ HÖFLING - AUGSBERG, *JZ* 2005, p. 1080 (p. 1082).

²⁷ ISENSEE, en *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26.7.2007*, PAWLIK et al. (comps.), 2007, p. 205 (p. 230).

rante de protección, pero nunca se trata del homicidio dolosamente planeado de personas que no han participado en la gestación de la situación de riesgo.

(III)

**EN EL CASO DE SECUESTROS DE AERONAVES CON PELIGRO
PARA PERSONAS EN TIERRA FIRME, ¿PUEDE FUNDARSE
UNA EXCEPCIÓN A LA REGLA DE LA FALTA DE DEBER DE SACRIFICIO?**

Casi todos los autores que consideran permitido el "homicidio como salvamento" —esto es, el derribo de una aeronave secuestrada para salvar a otras personas que corren peligro— también fundan esta opinión en una excepción a la ausencia de deber de sacrificarse, en principio reconocida.

Hay distintos enfoques para fundar tal excepción. En primer lugar, la admisibilidad del homicidio puede apoyarse en una ponderación entre la vida de los sacrificados y la de quienes son salvados (*infra, a*). En segundo lugar, se puede intentar justificar el homicidio por medio del llamado estado de necesidad defensivo (*infra, b*). En tercer lugar, se puede invocar la idea de un ámbito liberado del derecho y construcciones similares (*infra, c*). Y, en cuarto lugar, se puede recurrir a un estado de necesidad estatal o estado de excepción en el que las reglas normales pierden vigor (*infra, d*). A continuación analizaré cada uno de estos intentos.

a — La solución de la ponderación

Es de suponer que una tesis que justifique el derribo de aeronaves se apoyará en el hecho de que el número de personas a salvar en las Torres Gemelas superaba ampliamente al de las personas que murieron en los aviones y que, además, a estas últimas sólo les quedaba poco tiempo de vida, mientras que las personas salvadas por el derribo de las aeronaves podrían haber tenido una vida normal.

No obstante, quien pretenda abrazar este tipo de teorías debe tener en claro que se enfrenta en abierta contradicción con una jurisprudencia que se ha establecido mucho antes que la Ley de Seguridad Aérea.

El BVerfG tiene dicho desde hace décadas —y no recién en el caso que nos ocupa— que “la ponderación global de la vida contra la vida (...) no es compatible con la obligación de protección individual de cada vida en concreto (...). La protección de una vida en particular, por lo tanto, no puede renunciarse por el hecho de que se persiga el fin —en sí mismo digno de consideración— de salvar otras vidas. Toda vida humana (...) es, como tal, de igual valor y, por ello, no puede ser sometida a ninguna valoración diferenciada, de ningún tipo, ni a ponderaciones numéricas”²⁸. El BGH —con motivo del llamado caso del Rey de los Gatos— tampoco ha reconocido como causa de justificación el sacrificio de una persona ni siquiera para salvar a millones²⁹.

Entonces, el homicidio estatal de pasajeros aéreos sólo podría justificarse por medio de una ponderación si, como dice DREIER con razón, “el modelo de valoración de la dogmática jurídico-penal establecida (...) se modificara en sus bases”³⁰. Intentaré demostrar que no hay motivos suficientes para hacerlo.

1 — La ponderación cuantitativa (numérica)

Con seguridad, la relación numérica entre vidas eliminadas y salvadas no puede ser decisiva por sí sola. En un caso muy citado, construido por WELZEL, un guardagujas impide un choque de trenes que provocaría muchas muertes, desviando en el último minuto un tren de carga sin conductor hacia una vía paralela, antes de que colisione con un tren de pasajeros, pero sabe que morirán tres obreros que están en la segunda vía³¹. Si se parte de la base del entendimiento fundado de que los obreros no tienen el deber de sacrificar su vida por otros, el número de vidas que se salven tampoco puede fundar ese deber.

²⁸ Fallos del BVerfG 39, p. 1 (58).

²⁹ BGHSt. 35, p. 347 (349). En el caso, se trataba de la suposición errónea de tal posibilidad de salvamento, respecto de la cual el BGH consideró que no constituía un error de tipo permisivo.

³⁰ DREIER, *JZ* 2007, p. 261 (266).

³¹ WELZEL, *ZStW* 63 (1951), p. 47 (51).

En todo caso, la consideración de la relación numérica podría fundarse, en el supuesto de la aeronave secuestrada, si se partiera de la base de que el Estado tiene un deber de protección tanto respecto de los pasajeros del avión como de las personas en tierra firme y que, en caso de concurrencia de deberes similares, la relación numérica sería decisiva.

Así, dice ISENSEE: "La justificación constitucional de esta injerencia [es decir, del derribo de la máquina] sólo puede surgir de la necesidad de alcanzar la mayor protección de la vida posible bajo las circunstancias dadas"³². Según LADIGES, "en razón de la idea fundamental de la protección del bien jurídico, debe hacerse una excepción a la prohibición categórica del homicidio de personas que no son responsables por el peligro creado"³³. HÖRNLE, por su parte, si bien concede a los pasajeros un derecho a defenderse, lo relativiza cuando dice: "Al mismo tiempo, el piloto, en cuanto representante del Estado, estaría obligado a preservar la vida de las personas que se hallan en el aeropuerto [seguramente se quiso decir 'en tierra firme']. Bajo tales circunstancias se puede permitir que el autor sí atienda a la relación numérica (...) Por lo tanto, el derribo estaría justificado"³⁴.

Los juristas mencionados, empero, soslayan el hecho decisivo de que los dos deberes de protección en colisión no son del mismo rango. Pues el homicidio de personas que no representan un peligro para otros está categóricamente prohibido. El salvamento de personas, por su parte, sólo está ordenado cuando resulta posible sin matar personas que no han creado ningún peligro³⁵. Aquí sucede algo similar al caso de

³² ISENSEE, en *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26.7.2007*, PAWLIK et al. (comps.), 2007, p. 205 (229).

³³ LADIGES, ZIS 2008, p. 129 (140); en igual sentido, ídem, *Die Bekämpfung nichtstaatlicher Angreifer im Luftraum unter besonderer Berücksichtigung des § 14, Abs. 3 LuftSiG und der strafrechtlichen Beurteilung der Tötung von Unbeteiligten*, 2007, *passim*.

³⁴ HÖRNLE, en *Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag am 14.2.2008*, PUTZKE et al. (comps.), 2008, p. 555 (570).

³⁵ En el mismo sentido, HÖFLING - AUGSBERG, JZ 2005, p. 1080 (1084): "Sólo existiría un deber de actuar en el caso en que pudiera ser cumplido sin lesionar otros bienes jurídicos".

la llamada tortura como salvamento —la tortura con la cual ha de obtenerse la confesión forzada del secuestrador para salvar a la víctima secuestrada—. En este caso también se argumenta que la dignidad humana del secuestrador torturado se enfrenta a la dignidad de la víctima amenazada de muerte y que esta última sería de mayor valor³⁶. Pero también aquí, tal como lo han reconocido todos los tribunales que conocieron del caso y ahora también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁷, el salvamento sólo estará ordenado en la medida en que sea posible sin menoscabo de la dignidad humana, es decir, sin torturas.

Pues, además, constituye casi un entendimiento común de la literatura el que, en cuestiones de protección a la vida en casos de colisión de un mandato de omisión con un deber de actuar, prevalece el mandato de omisión³⁸. En el conocido caso de la eutanasia³⁹, en el que unos médicos entregaron en la época nacional-socialista una serie de enfermos mentales para que fueran muertos y así evitaron que, de otro modo, todos los pacientes de la institución fueran ejecutados, la opinión ampliamente dominante rechaza la justificación en razón de que el deber de omitir el homicidio de inocentes se ubica en un nivel más alto que el de preservar la vida⁴⁰. MERKEL lo formula con acierto: “Los deberes negativos (de omisión) del Estado, que, del lado del ciudadano, se corresponden con la función que sus derechos fundamentales tienen como “derecho de defensa”, tienen prioridad sin excepciones frente a los deberes positivos de protección en toda colisión directa entre ambos”⁴¹. Aplicado al caso de los terroristas, esto significa que la prohibición del homicidio de los pasajeros no involucrados en la creación del riesgo (es

³⁶ Al respecto, con mayor detalle, ROXIN, en *Strafrecht und Justizgewährung, Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag*, GRIESBAUM (comp.), 2006, p. 205 (208 y s.).

³⁷ TEDH, fallo del 1/6/10 - 22.978/05 (la sentencia ha sido publicada en Internet en traducción alemana por el abogado penalista HEUCHEMER).

³⁸ Cf. ROXIN, en *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, HERZBERG (comp.), 1985, § 16, n° marg. 117.

³⁹ BGH, *NJW* 1953, p. 513.

⁴⁰ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. 1, § 16, n° marg. 33-42.

⁴¹ MERKEL, *JZ* 2007, p. 373 (381).

decir, el deber de omitir el homicidio de éstos) es de mayor rango que el deber de salvar a otros (es decir, el mandato de acción).

A ello se suma que aun cuando ni siquiera se trata de un caso de vida contra vida, la jurisprudencia del BVerfG considera que el mandato estatal de salvar vidas no tiene prioridad sin más ni más, sino que es ponderable frente a otros intereses estatales. Así, en el conocido caso del secuestro de Schleyer, con la anuencia del tribunal⁴² se renunció a salvar a la víctima para evitar que el Estado fuera objeto de extorsiones y quedara expuesto a futuros actos de terrorismo, pues a cambio los secuestradores exigían la liberación de terroristas presos. En el fallo se dijo lo siguiente: "Son los órganos estatales, bajo responsabilidad propia, los que deben decidir cómo cumplir con la obligación de protección efectiva de la vida". Por lo tanto, la obligación estatal incondicionada de salvar vidas humanas no existe ni siquiera cuando fuera posible sin matar a personas no involucradas.

**2 — La ponderación cualitativa según la duración
de la vida en expectativa**

Entonces, la relación numérica como tal no puede proveer ninguna justificación del homicidio de los pasajeros. Pero en el caso de la aeronave secuestrada se le suma que los pasajeros iban a morir de todos modos por la colisión planeada contra un rascacielos. Si se pretende llegar a la justificación del homicidio tomando en consideración este aspecto, debe pasarse de una reflexión cuantitativa a una cualitativa y postergar un período de vida breve en favor de la perspectiva de una vida larga y sin un final violento de quienes se encuentran en el rascacielos. Con frecuencia, los partidarios de la tesis de la justificación consideran que este aspecto es decisivo.

Así, por ejemplo, según HILLGRUBER es decisiva la circunstancia de que "la vida de los pasajeros del avión sencillamente ya no puede salvarse (...). El hecho de que, de todas maneras, sólo tenían unos pocos minutos de vida, no puede ser soslayado"⁴³. Asimismo, invoca el argu-

⁴² Fallos del BVerfG 46, p. 160 (164).

⁴³ HILLGRUBER, *JZ* 2007, p. 209 (216 y s.).

mento—ya rechazado—del deber de protección. Con arreglo a este argumento, si bien el Estado realiza una injerencia en el derecho constitucional a la vida del pasajero, lo hace en cumplimiento de un deber constitucional de protección a la vida.

También HÖRNLE recurre, aparte del mayor número de pasajeros salvados, a la reducida expectativa de vida de los pasajeros que serán matados, declarando que la pretensión de los pasajeros de defenderse es “más débil” que el homicidio estatal “dado que ese derecho se refiere sólo a los últimos cinco minutos de la vida propia”⁴⁴. El argumento de la menor expectativa de vida incluso tiene, según esta autora, mayor peso que la comparación numérica, tal como lo muestra su remisión al caso del guardagujas, en el que rechaza la justificación: “Por ello, el sacrificio exigido a los pasajeros —que sólo podían esperar la muerte— tiene un significado diferente al del sacrificio exigido a los obreros ferroviarios del caso del guardagujas”⁴⁵.

Empero, el tomar en consideración el período de vida restante lleva a consecuencias inaceptables. La propia HÖRNLE presenta un ejemplo cotidiano de la medicina que le juega en contra: “Si en el supuesto del avión se opta por esa solución [es decir, por la justificación], ¿no se debería, en caso de recursos limitados en terapia intensiva, dar el alta a los pacientes que estén más próximos a la muerte para poner los aparatos a disposición de otros con mejores chances de sobrevida?”⁴⁶. Ella rechaza esta posibilidad con el siguiente fundamento: “A los pacientes del hospital se les quitaría el derecho a una muerte pacífica y digna (en esto consistiría el ilícito especial de un alta indeseada), mientras que aquella opción no existe para los pasajeros del avión”. Sin embargo, si se piensa que muchas personas consideran que una muerte digna es, precisamente, no morir en la terapia intensiva conectado a un apar-

⁴⁴ HÖRNLE, en *Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag am 14.2.2008*, PUTZKE et al. (comps.), 2008, p. 555 (570).

⁴⁵ HÖRNLE, en *Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag am 14.2.2008*, PUTZKE et al. (comps.), 2008, p. 555 (566).

⁴⁶ HÖRNLE, en *Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag am 14.2.2008*, PUTZKE et al. (comps.), 2008, p. 555 (566).

to, este argumento difícilmente podrá ser visto como una razón suficiente para tratar a cada uno de estos dos casos de manera diferente.

Con esto se demuestra que cuando se toma en consideración el período de vida en expectativa, se tambalea toda la protección de la vida en el ámbito del fin de la vida. Ello se hace aun más claro cuando se piensa en el caso en que un paciente hospitalizado al que le queda muy poco tiempo de vida es muerto antes de tiempo para salvar a otro mediante un trasplante de órgano. Según las alusiones a la Ley de Trasplante de Órganos que hice al comienzo, es claro que esto de ningún modo puede estar permitido. Para fundamentar un tratamiento divergente frente al caso de los terroristas, HÖRNLE se remite a que “descuartizar un cuerpo como si fuera un depósito de órganos de repuesto implica un menoscabo de la dignidad humana”⁴⁷. Pero sin embargo, el verdadero menoscabo de la dignidad humana, y también el ilícito primario, radica en el homicidio doloso de personas que no son responsables por la situación de riesgo existente. En este punto se asemejan ambos casos. Si bien la extracción de órganos en contra de la voluntad del fallecido tampoco está permitida, es mucho menos grave que un homicidio.

Una variante de la justificación mediante la ponderación del período de vida restante es la tesis de la capacidad deficiente de protección de la vida de los pasajeros, sostenida por SINN⁴⁸ y NEUMANN⁴⁹. SINN no tiene dudas respecto de que ambos grupos (los pasajeros y las personas que se hallan en tierra) son dignos de protección: “En cambio, es diferente el otro aspecto de la protección de la vida, esto es, la capacidad de protección”, subraya este autor⁵⁰. “Sólo pueden emplearse (...) las posibilidades de auxilio que sean posibles, lo que, en las consecuencias, incide a favor del grupo que se encuentra en tierra firme. La capacidad

⁴⁷ HÖRNLE, en *Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag am 14.2.2008*, PUTZKE et al. (comps.), 2008, p. 555 (566).

⁴⁸ SINN, *NStZ* 2004, p. 585.

⁴⁹ NEUMANN, en *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, KINDHÄUSER - NEUMANN - PAEFFGEN (comps.), 3ª ed., 2010, t. 1, § 34, n° marg. 77e.

⁵⁰ SINN, *NStZ* 2004, p. 585 (p. 592 y s.)

diferenciada de protección alude, por una parte, al criterio en el que se basan la autorización de la injerencia y la decisión preferencial establecidas por el legislador en el § 14, ap. 3º de la Ley de Seguridad Aérea y, por otra parte, a la razón que excluye el posible reproche de inconstitucionalidad por el trato desigual”. En el mismo sentido dice NEUMANN: “Aquí, en donde no es el merecimiento de protección (...) sino la posibilidad de protección del bien jurídico la que está reducida casi a cero, el salvamento de los otros está permitido”⁵¹.

Pero a ello se opone el que mediante un homicidio estatal se reduce la vida de los pasajeros por el lapso que restaba, a pesar de que ese lapso también está amparado por la protección a la vida y es protegible. Los partidarios de derribar la aeronave intentan disimularlo afirmando que la vida de los pasajeros sólo se reduce por “breves instantes” (NEUMANN), por “pocos minutos” (HILLGRUBER) o por “cinco minutos” (HÖRNLE). Pero si el derribo estuviera permitido, naturalmente no podría llevarse a cabo inmediatamente antes del acto terrorista planeado, sino que debería ejecutarse un largo tiempo antes, mientras la aeronave todavía estuviera volando por zonas despobladas.

El tiempo de vida restante tampoco carece de sentido ni de valor. Con acierto, WOLTER llama la atención respecto de los rehenes “que quieren despedirse por teléfono de sus parientes con dignidad (...), que tal vez quieren escribir una carta, que todavía (...) quieren emprender un intento de salvamento y vencer a los terroristas, que quieren rezar o encontrar consuelo”⁵². Por medios electrónicos todavía podrían hacer disposiciones importantes. Además, ya es suficientemente malo que el Estado no pueda ayudar a los rehenes que se hallan en la aeronave. Pero ello no es una razón para, encima, matarlos antes de tiempo y así despojarlos de sus últimas posibilidades de configurar sus vidas.

Por lo demás, si se pretende que ya no es posible proteger a las personas con expectativas de vida reducidas, también estaría permitido dar muerte antes de tiempo a los moribundos cuando otra persona ne-

⁵¹ NEUMANN, en *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, KINDHÄUSER - NEUMANN - PAEFFGEN (comps.), 3ª ed., 2010, t. 1, § 34, nº marg. 77.

⁵² WOLTER, en HETTINGER *et al.* (comps.), 2007, p. 707 (715).

cesitara, para preservar su propia vida, uno de sus órganos o el aparato al que están conectados. Nadie querrá hacerse responsable de esto.

3 — La comunidad de riesgo entre las víctimas y las personas salvadas
como presupuesto adicional de justificación en el marco
de la ponderación cuantitativa o cualitativa

Para evitar justificaciones indeseadas de homicidios en caso de ponderación cuantitativa o cualitativa de la vida, algunos autores que defienden la legitimidad de derribar una aeronave secuestrada por terroristas exigen de manera adicional, sin excepciones, que las víctimas y las personas salvadas se encuentren en una “comunidad de riesgo”, es decir, que estén expuestos al mismo riesgo.

Por cierto, la existencia de una comunidad de riesgo justamente en el caso de los terroristas es dudosa, porque, en el momento del derribo, las personas que perderían la vida en la colisión de la aeronave con el rascacielos no están identificadas ni se sabe cuántas son⁵³. Si eso se deja de lado, habría que conformarse con que al menos el tipo de muerte de todos los involucrados sea el mismo (muerte por colisión de una aeronave con un rascacielos).

Una construcción tal permite rechazar la justificación en los casos que he mencionado, en los que se da muerte a una persona a la que sólo le queda muy poco tiempo de vida para salvar a otra con el respirador de la primera o mediante un transplante. Pues la persona salvada y la sacrificada no corren un riesgo en común. Antes bien, están en peligros independientes. Así, también NEUMANN dice: “En vista de las estrictas condiciones (identidad de la situación de peligro como factor constitutivo de la comunidad de riesgo), tampoco parece fundado el miedo de que, como consecuencia de este razonamiento, se podría llegar a tolerar el homicidio de una persona con el fin de obtener y transplantar sus órganos”⁵⁴.

⁵³ Al respecto, JEROUSCHEK, “Strafrecht - Biorecht - Rechtsphilosophie”, en *Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10.5.2003*, AMELUNG (comp.), 2003, p. 185 (189).

⁵⁴ NEUMANN, en *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, KINDHÄUSER - NEUMANN - PAEFFGEN (comps.), 3ª ed., 2010, t. 1, § 34, n° marg. 77e.

En primer lugar, en contra de ello puede formularse la pregunta de por qué la comunidad de riesgo habría de ser decisiva, cuando la verdadera razón de la justificación se halla en que el número de personas sacrificadas o su expectativa de vida es menor en comparación con las personas salvadas.

A ello se suma el reparo de que una comunidad de riesgo, a pesar de que las personas salvadas sean mayoría y la expectativa de vida de las víctimas sea menor, tampoco torna tolerable el homicidio sin más ni más. Esto lo demuestran tanto ejemplos contruidos como casos ocurridos en la práctica.

En la literatura se ha discutido mucho el “caso del globo”⁵⁵. Un globo aerostático tiene sobrecarga de pasajeros, lo que genera el riesgo de que caiga y mueran todos. En consecuencia, el piloto tira a algunos por la borda, con lo cual evita la caída y salva a la mayoría de los pasajeros. Un ejemplo similar ofrece el “caso del barquero”: Un barquero quiere cruzar a un grupo de pequeños niños a la otra orilla de un río torrentoso. Pero la barca está averiada y amenaza hundirse. Entonces, el barquero arroja algunos niños al agua, de manera que mueren, tal como era previsible, mientras que la barca, ahora menos cargada, alcanza la orilla y los niños que quedaron a bordo se salvan. Entre estos casos cuenta también el ya mencionado de la eutanasia, en el que algunos enfermos mentales fueron entregados para ser muertos con el fin de salvar a los demás.

En estos casos, la opinión hoy casi unánime —incluso entre los partidarios del derribo— no permite la justificación, a pesar de que los muertos “de todos modos estaban perdidos” (es decir, sólo les habría quedado muy poco tiempo de vida) y que las personas salvadas eran claramente mayoría. La razón reside en que, tal como lo dice ERB, “cuando la posición originaria de los involucrados es igual, el ordenamiento jurídico no puede decirle a alguno de ellos por qué precisamente él debe renunciar a sus chances de salvamento a favor de los demás”⁵⁶.

⁵⁵ Al respecto y sobre el siguiente caso del barquero, ERB, en *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, JOECKS - MIEBACH (comps.), 2003, t. 1, § 34, n° marg. 117.

⁵⁶ ERB, en *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, JOECKS - MIEBACH (comps.), 2003, t. 1, § 34, n° marg. 117, con otras referencias; en el mismo sentido, NEU-

En las consecuencias, esto es correcto. Pero, entonces, aquí ya se abandona la idea de que en las comunidades de riesgo puede salvarse un número de personas a costa de otras cuya vida “de todos modos estaba perdida” —idea en la que se basa la justificación en el caso del derribo de una aeronave—. El ordenamiento jurídico asume la muerte de todos porque no puede explicarles válidamente a los involucrados que es necesario matarlos para salvar a la mayoría.

4 — El requisito adicional de las chances
de salvamento desequilibradas

Por lo tanto, los teóricos de la ponderación exigen, mayoritariamente, que las posibilidades de salvamento sean desequilibradas en el marco de la comunidad de riesgo⁵⁷. En los casos del globo, del barquero y de la eutanasia, todos tienen una posibilidad de sobrevivir si otros mueren. En cambio, en el caso de los terroristas, según esta concepción, sólo las personas que están en tierra firme tienen posibilidades de sobrevivir; los pasajeros no.

Pero esto tampoco brinda una razón convincente para justificar el homicidio. La idea de que podría suponerse un “consentimiento presunto” de los pasajeros respecto del derribo —más allá de que, de todos modos, el consentimiento respecto del homicidio no es posible— es una “ficción ilusoria”, tal como lo determinó el BVerfG con aprobación de todas partes⁵⁸. Entonces, en este caso tampoco puede decirse que a los pasajeros les parecerá razonable que el Estado ordene sus muertes. En verdad, se trata siempre de la decisión de un intérprete exterior que en un caso (en el derribo de la aeronave) condena a muerte a pasajeros inocentes y en el caso de otras comunidades de riesgo (casos del globo,

MANN, en *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, KINDHÄUSER - NEUMANN - PAEFFGEN (comps.), 3ª ed., 2010, t. 1, § 34, n° marg. 76.

⁵⁷ ERB, en *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, JOECKS - MIEBACH (comps.), 2003, t. 1, § 34, n° marg. 118; en el mismo sentido, NEUMANN, en *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, KINDHÄUSER - NEUMANN - PAEFFGEN (comps.), 3ª ed., 2010, t. 1, § 34, n° marg. 76.

⁵⁸ Fallos del BVerfG 115, p. 118 (157).

del barquero y de la eutanasia) asume la muerte de todos antes que el salvamento de una parte de ellos.

Además, según la mayoría de los partidarios del derribo, el requisito de que las posibilidades de salvamento en el marco de una comunidad de riesgo sean desequilibradas aun no es suficiente para justificar el homicidio. Esto lo demuestra el famoso caso "Mignonette" que tuvieron que juzgar los tribunales ingleses en el año 1884⁵⁹. El yate Mignonette había naufragado en alta mar. Un grupo de tripulantes se había salvado en un bote que quedó durante semanas a la deriva en el océano. Para evitar la muerte por inanición, los miembros de la tripulación mataron al aprendiz de marinero, que estaba agonizando, y se alimentaron con su carne hasta que finalmente fueron rescatados por un barco que pasaba por el lugar.

Aquí se cumplen los cuatro requisitos que se acaban de mencionar para la justificación: el número de personas salvadas es mayor, la víctima tenía una expectativa de vida muy breve y todos los involucrados se hallaban en una comunidad de riesgo con distribución desigual de posibilidades de salvamento. Sin embargo, la generalidad y también los partidarios del derribo de la aeronave rechazan la justificación. El tribunal inglés incluso condenó a muerte a los autores, lo que luego la Corona convirtió en una pena de privación de la libertad de seis meses por vía del indulto. En el Derecho alemán, los autores habrían sido disculpados por el § 35 del *StGB*.

5 — El requisito de justificación de un curso dañoso idéntico

Un partidario del derribo de la aeronave como ERB funda la exclusión de la justificación del caso "Mignonette" en un quinto requisito de admisibilidad, a saber, que el tipo de muerte tiene que ser el mismo, lo que no sería del caso cuando la muerte por inanición se sustituye por una muerte violenta⁶⁰.

⁵⁹ Al respecto, con mayor detalle, PRÄCHEL, *Die Fälle des Notstands nach angloamerikanischem Recht*, 1975, p. 61 y ss.

⁶⁰ ERB, en *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, JOECKS - MIEBACH (comps.), 2003, t. 1, § 34, n° marg. 121.

Pero aquí se reemplaza de manera definitiva una fundamentación racional por una decisión guiada por los sentimientos. Pues cuando se acepta reducir un período de vida restante que ya es mínimo por el bien de salvar un gran número de gente, no se entiende por qué ello debería depender de la forma y modo del acortamiento de esa vida. Además, en verdad dos tipos de muerte que ocurren en distintos momentos nunca son idénticos: es diferente morir por una orden estatal de derribar una aeronave que morir por un ataque terrorista en las Torres Gemelas. Así, también OTTO dice que “los muertos serían expuestos a un curso dañoso completamente diferente y nuevo”⁶¹.

En el caso del derribo de una aeronave secuestrada por terroristas se suma, además, otro argumento en contra de la autorización, que no entra en consideración en las demás ponderaciones realizadas en el marco de comunidades de riesgo y que es totalmente soslayado por los partidarios del homicidio estatal: en el momento en que la finalidad de los terroristas fuera en cierta medida reconocible, haría tiempo que la aeronave ya se hallaría en zona poblada. Pero entonces, según todo pronóstico, el derribo también causaría la muerte de personas en el lugar de la caída que no forman parte de la comunidad de riesgo y cuyo sacrificio no podría justificarse bajo ningún punto de vista.

Por lo tanto, fracasan todos los intentos de justificar el “homicidio como salvamento”.

6 — La necesidad de límites deontológicos a las inferencias estatales

Ello habla decisivamente a favor de abandonar por completo el enfoque de la ponderación y pasar de una solución consecuencialista, “según la cual”, como dice HÖRNLE, “el balance de las consecuencias de una acción es determinante para decidir si es correcta”⁶², a una concepción deontológica. Un punto de vista es deontológico cuando basa la

⁶¹ OTTO, *Jura* 2005, p. 470 (478).

⁶² HÖRNLE, “Strafrecht zwischen System und Telos”, en *Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag am 14.2.2008*, PUTZKE et al. (comps.), 2008, p. 555 (559).

corrección de sus decisiones en una regla independiente de las consecuencias⁶³. Según ello, el Estado simplemente no puede emprender ciertas acciones, independientemente de sus consecuencias. Esto vale, por ejemplo, respecto de la lesión del principio de culpabilidad, del menoscabo del principio de legalidad y de la tortura: para salvar vidas humanas tampoco está permitido aplicar torturas.

Lo que es justo para la tortura también lo debe ser para el homicidio. Ni siquiera para salvar vidas humanas puede el Estado matar personas que no participaron de la creación del riesgo. En el Derecho, entonces, hay ámbitos indisponibles que escapan a toda ponderación. Estos límites deontológicos de toda facultad de acción estatal están arraigados en los máximos principios constitucionales; en el caso del secuestro de aeronaves —tal como explicaré en seguida con más detalle—, en la dignidad humana. Esto necesita de un acento especial en vista de los nuevos esfuerzos por relativizar la dignidad humana y someterla a procesos de ponderación.

En principio, los consecuencialistas también deberían poder estar de acuerdo con esta tesis al ponderar vida contra vida y, en especial, en el caso que nos ocupa del derribo de aeronaves. Pues las muchas limitaciones que ellos mismos le fijan a la autorización del homicidio consecuencialista que propagan, sólo pueden explicarse deontológicamente. Si en el caso “Mignonette”, los del hospital y el del globo, ellos también renuncian, mediante el rechazo de la justificación del homicidio, al salvamento de un mayor número de personas con mayores expectativas de vida, ello sólo puede deberse al respeto del valor propio intangible, independiente de las consecuencias, que le corresponde a la persona que no ha participado de la gestación del riesgo aun cuando su vida previsiblemente sólo durará unos instantes y su sacrificio podrá salvar a otros.

Asimismo, todas las consideraciones de plausibilidad que se alimentan del sentimiento jurídico confluyen en este punto de vista. Pe-

⁶³ Respecto de la definición de estos conceptos, con mayor detalle, GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2010, p. 120, nota 62. El libro de GRECO aporta extensas explicaciones sobre deontología y consecuencialismo.

ro esto también tiene que valer para el caso del derribo de aeronaves, dado que aquí entra en consideración un fuerte argumento consecuencialista, a saber, que la puesta en peligro de personas que se hallan en el lugar del derribo no puede aceptarse bajo ningún concepto.

Por lo tanto, es acertado el punto de vista del BVerfG de que el derribo de aeronaves previsto en el § 14, ap. 3º de la Ley de Seguridad Aérea viola un derecho inalienable a la vida y menoscaba la dignidad humana. Aquí se aplica por completo —en contra de toda crítica respecto de su aplicabilidad— la “fórmula del objeto” de DÜRIG, que si bien no agota el contenido de la dignidad humana, la concretiza en un punto importante: no se respeta a los pasajeros como sujetos de derecho, como personas, sino que se los trata como objetos que hay que apartar del camino para salvar a otros.

Por ello, JAKOBS habla con acierto de una “despersonalización de la víctima”⁶⁴: en caso de derribo, los pasajeros “no podrían ser tratados como personas que amenazan atacar en un terreno ajeno, sino que su muerte por el derribo de la aeronave importa un daño colateral (...), son sacrificados (...) para evitar un daño mayor, es decir que son tratados como no-personas”⁶⁵. O como lo expresan HÖFLING y AUGSBERG: “Al ser sacrificados los pasajeros inocentes, son cosificados como parte de la aeronave que ha sido pervertida en arma y, en cuanto tales, pero no en cuanto personas, son objeto de la medida estatal”⁶⁶.

Cuando, en contra de ello, DEPENHEUER afirma que en tales “situaciones decisivas trágicas, el ciudadano honrado únicamente [podría] encontrar su dignidad en el hecho de que subordina solidariamente su interés hasta sacrificar su vida en favor del interés de los demás o del bien común”⁶⁷, desconoce que la dignidad humana es un derecho de defensa que protege al particular de agresiones contra el seno de su

⁶⁴ JAKOBS, en *Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9.7.2010*, AMELUNG - GÜNTHER - KÜHNE (comps.), 2010, p. 207 (p. 208 y nota al pie nº 1).

⁶⁵ JAKOBS, *Rechtszwang und Personalität*, 2008, p. 28.

⁶⁶ HÖFLING - AUGSBERG, *JZ* 2005, p. 1080 (1083).

⁶⁷ DEPENHEUER, “Staat im Wort”, en *Festschrift für Josef Isensee*, DEPENHEUER et al. (comps.), 2007, p. 43 (p. 57).

personalidad, en la medida en que no haya puesto en peligro a nadie. La tesis de que la dignidad requiere precisamente tales agresiones pervierte la intención del legislador⁶⁸.

*b — La suposición del estado de necesidad
defensivo justificante*

La imposibilidad de ejecutar una solución de ponderación convincente y probablemente también las escasas posibilidades de imponerla en contra de una jurisprudencia constitucional consolidada ha motivado a un grupo de penalistas partidarios del derribo de la aeronave a fundar la autorización del homicidio estatal de los pasajeros en otra razón: un estado de necesidad defensivo generado por personas⁶⁹.

La cuestión de si este estado de necesidad defensivo puede basarse en una analogía con el § 228 del *BGB* o en una ponderación de intereses según el § 34 del *StGB* es controvertida⁷⁰, pero para las consecuencias es indiferente. El estado de necesidad defensivo justifica la defensa contra peligros provocados por personas en la medida en que ella no esté cubierta ya por la legítima defensa. Cuando, por ejemplo, el conductor de un automóvil pierde el control a causa de un desmayo repentino o de un infarto y avanza a toda velocidad contra un mercado navideño repleto de gente, con riesgo de matar a muchas personas, si no se dispone de otro medio de defensa se le puede cruzar en el camino los bloques de hormigón que se hallan al costado del mercado, aun cuando ello probablemente le cause la muerte al conductor. La legítima defensa propia y de terceros quedan excluidas aquí, porque según la opinión que hoy en día es completamente dominante, para que la agresión fue-

⁶⁸ Cf. también las objeciones de NEUMANN, en *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, KINDHÄUSER - NEUMANN - PAEFFGEN (comps.), 3ª ed., 2010, t. 1, § 34, n° marg. 77d, quien también transcribe la frase que he citado en el texto.

⁶⁹ Al respecto, detalladamente —pero sin referencias al caso del avión secuestrado—, mi artículo en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, VOGLER (comp.), 1985, p. 457.

⁷⁰ Al respecto, con más detalle, ROXIN, en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, VOGLER (comp.), 1985, p. 457.

ra antijurídica sería necesaria una violación del deber de cuidado por parte del conductor, la que falta porque el curso del acontecer no ha sido dominable.

La limitación de la protección de la vida, causada por el estado de necesidad defensivo, está permitida en el marco del art. 2º, ap. 2º, 2ª oración de la GG, a pesar del hecho de que el conductor no ha actuado antijurídica ni culpablemente, ni ha actuado en absoluto, y no es un menoscabo de la dignidad humana, porque nadie está obligado a asumir lesiones graves o acaso mortales que provienen de otro. Tal como lo formula con acierto MERKEL: "En el estado de necesidad defensivo, el peligro no se repele a costa de terceros, sino que, en cierta medida, se lo hace rodar de vuelta a su origen. Es un mandato de la (...) justicia cargar con la trágica neutralización del peligro a quien el destino ha convertido en su origen"⁷¹. Yo también considero que no implica una despersonalización el que, en caso de un conflicto inevitable entre el causante de un riesgo y el que es puesto en peligro, el Derecho se ponga del lado de este último.

En el caso de los terroristas, cinco conocidos penalistas fundan el derecho a matar a los pasajeros en un estado de necesidad defensivo de este tipo. A excepción de uno de ellos, desarrollan este concepto de manera independiente unos de otros. Fue SCHÜNEMANN quien comenzó, en 2003. Según él, "no caben dudas de que los pasajeros de la aeronave no son responsables por el actuar de los terroristas, pero sin embargo forman parte de la 'causalidad de la agresión' y, así, sucumben ante la defensa legítima de las personas amenazadas por la aeronave"⁷².

En el año 2006, GROPP expuso una opinión similar: "... en la colisión buscada por los terroristas también se realiza (...) un riesgo creado indirectamente por los propios pasajeros (...) De esta manera, en las dimensiones del estado de necesidad defensivo, el riesgo que corren las personas en tierra proviene de la esfera de las personas que caen junto con el avión. A qué se debe la caída no tiene ninguna relevancia para

⁷¹ MERKEL, JZ 2007, p. 373 (384).

⁷² SCHÜNEMANN, en *Verantwortetes Recht, Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*, NEUMANN - HASSEMER - SCHROTH (comps.), 2005, p. 145 (153).

la gente que se halla en tierra. Su derecho a la vida implica que no tienen por qué asumir ilimitadamente peligros, aun cuando quienes causen el riesgo 'no tengan la culpa'. En caso necesario, pueden incluso matar a los causantes del riesgo"⁷³.

El mismo año, KÖHLER expresó la misma opinión⁷⁴. Coincidente con el punto de vista que sostengo aquí, consideró que "toda compensación del valor de la vida o del tiempo restante de vida es insostenible desde el aspecto del estado de necesidad" y que es una violación de la dignidad humana⁷⁵. Pero también él entiende que "si se enfrenta la vida contra la vida, la responsabilidad concomitante por el peligro, objetivamente imputable, recae sobre los involucrados en la agresión. Ello también incluye el homicidio"⁷⁶.

En el año 2007, HANS-JOACHIM HIRSCH⁷⁷ se opuso a toda "cuantificación de la vida humana" y toda "ponderación entre expectativas de vida normales y efímeras"⁷⁸. En lugar de ello, lo decisivo sería "si en el estado de necesidad defensivo, quienes corren peligro pueden defenderse de que aquellos que están (...) inseparablemente unidos al objeto que porta el peligro los arrastren consigo a la muerte"⁷⁹. Quienes de todos modos están marcados por la muerte sólo podrían ser sacrificados cuando estuvieran "envueltos en la fuente de peligro". Según HIRSCH, ello se da en el caso de los pasajeros de la aeronave y, por lo tanto, llega a la conclusión de que el derribo del avión está permitido.

⁷³ GROPP, GA 2006, p. 284 (286).

⁷⁴ KÖHLER, en *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, HOYER (comp.), 2006, p. 257.

⁷⁵ KÖHLER, en *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, HOYER (comp.), 2006, p. 257 (259).

⁷⁶ KÖHLER, en *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, HOYER (comp.), 2006, p. 257 (269).

⁷⁷ HIRSCH, H.-J., en *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, HETTINGER et al. (comps.), 2007, p. 149.

⁷⁸ HIRSCH, H.-J., en *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, HETTINGER et al. (comps.), 2007, p. 149 (159, 161).

⁷⁹ HIRSCH, H.-J., en *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, HETTINGER et al. (comps.), 2007, p. 149 (161).

El último en defender la teoría del estado de necesidad defensivo ha sido, hasta ahora, ROGALL, quien en 2008, en adhesión a KÖHLER, sostuvo la idea de que los pasajeros son “parte de los peligros físicos que amenazan a las personas que se hallan en tierra”⁸⁰. A ellos les cabe “una ‘responsabilidad objetiva’ que permite juzgar que el riesgo proviene de una esfera en la cual tienen participación por existir”. Por lo tanto, se daría un estado de necesidad defensivo justificante.

Empero, la justificación por estado de necesidad defensivo ha sido rechazada por todos los demás autores⁸¹ y, por cierto, también por aquellos que, por otros motivos, consideran justificado el derribo. Este rechazo es justo, pues los pasajeros no ponen a nadie en peligro, sino que son víctimas de los terroristas exactamente en la misma medida en que lo son quienes se encuentran en el rascacielos. El hecho de que hayan abordado una aeronave no crea ningún riesgo y el haber estado sentados en el avión no incrementó el riesgo para quienes murieron en tierra, tal como lo determinaron unánimemente todos los críticos; la muerte de las personas en tierra fue causada únicamente por los terroristas y el avión. Por ello —en contra de lo que dice SCHÜNEMANN—, no forman parte de la “causalidad de la agresión”, porque no participan de la agresión y tampoco realizan un aporte a ella. En consecuencia, tampoco son “causantes del riesgo”, como opina GROPP, y no tienen “responsabilidad por el

⁸⁰ ROGALL, *NStZ* 2008, p. 1.

⁸¹ Sólo mencionaré a: FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 58ª ed., 2011, § 34, n° marg. 11; HILGENDORF, en *Sicherheit statt Freiheit?*, BLASCHKE et al. (comps.), 2005, p. 107 (119); HÖRNLE, “Strafrecht zwischen System und Telos”, en *Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag am 14.2.2008*, PUTZKE et al. (comps.), 2008, p. 555 (565, nota 57); JÄGER, *JA* 2008, p. 678 (682); LADIGES, *ZIS* 2008, p. 129 (132); MERKEL, *JZ* 2007, p. 373 (383); NEUMANN, en *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, KINDHÄUSER - NEUMANN - PAEFFGEN (comps.), 3ª ed., 2010, t. 1, § 34, n° marg. 77c; PAWLIK, *JZ* 2004, p. 1048; PERRON, en SCHÖNKE - SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28ª ed., 2010, § 34, n° marg. 30; RÖNNAU, en *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, LAUFHÜTTE - RISSING-VAN SAAN - TIEDEMANN (comps.), 12ª ed., 2006, t. 2, previo al § 32, n° marg. 349a; STRENG, “Strafrechtspraxis und Reform”, en *Festschrift für Heinz Stöckel zum 70. Geburtstag*, JAHN et al. (comps.), 2010, p. 135; ZIESCHANG, en *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, LAUFHÜTTE - RISSING-VAN SAAN - TIEDEMANN (comps.), 12ª ed., 2006, t. 2, § 34, n° marg. 74a.

peligro", como sugiere KÖHLER. La unidad espacial con la aeronave, en la que se basa HIRSCH, no aporta una justificación del homicidio. Por el contrario, se da una cosificación de los pasajeros que atenta contra la dignidad humana cuando se los trata como parte de la aeronave atacante. Lo mismo vale contra ROGALL, cuando se juzga a los pasajeros como "parte de los peligros físicos" que corren quienes se hallan en tierra. Antes bien, estos últimos son puestos en peligro de idéntica manera que los pasajeros y, por lo tanto, están amenazados por el mismo destino. Por ello, el recurso al estado de necesidad defensivo tampoco ofrece un camino transitable para la justificación del derribo de la aeronave.

c — *Ámbito liberado del Derecho y otras construcciones similares*

Otro intento por fundar la exclusión de la antijuridicidad en situaciones graves de conflicto se basa en la idea de un "ámbito liberado del Derecho" en el que el legislador se abstiene de toda valoración. Esto fue sostenido en la posguerra sobre todo por ARTHUR KAUFMANN⁸², quien luego defendió este punto de vista frente a las críticas⁸³. Desde luego que KAUFMANN nunca trató directamente el tema del derribo de aeronaves secuestradas, pues en esa época todavía no era objeto de discusión. Pero si se aplica su teoría a nuestro caso, el derribo de la máquina no sería contrario ni conforme a Derecho, sino que estaría "libre de valoración jurídica".

Últimamente, OTTO ha desarrollado una solución muy parecida, pero sin recurrir al ámbito liberado del Derecho: "Quien realiza la injerencia tiene que tomar la decisión de salvar la mayor cantidad de personas posibles. Si toma esta decisión, no será antijurídica en el sentido de contradecir los parámetros valorativos del ordenamiento jurídico, pero tampoco es conforme a Derecho respecto de los rehenes, en el sentido de que éstos estuvieran obligados a sacrificar sus vidas. Simplemente no es antijurídica"⁸⁴.

⁸² KAUFMANN, en *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, SCHROEDER - ZIPF (comps.), 1972, p. 327.

⁸³ KAUFMANN, *JZ* 1992, p. 981 (983).

⁸⁴ OTTO, *Jura* 2005, p. 470 (479).

Empero, esta solución del problema tampoco es satisfactoria⁸⁵. Porque cuando el Derecho se abstiene de valorar un homicidio doloso, ello se equipara a una regla de liberación y, en consecuencia, desemboca en una autorización del homicidio, que debe ser rechazada por las razones expuestas. Y la propuesta de OTTO, según la cual el derribo de la aeronave no es antijurídico ni conforme a Derecho, deja abierta la cuestión de cómo habría de ser posible una tercera categoría de valoración más allá de esa dicotomía. Como se ha dicho, el “ámbito liberado del Derecho” no ofrece una salida del dilema. El propio OTTO califica a su solución como “cuestionable”.

Una variante de estas concepciones de la indecisión es la asunción de una “causa de exclusión del ilícito penal”, desarrollada por GÜNTHER para “situaciones similares al estado de necesidad” —ciertamente, sin referencia al caso tratado aquí—⁸⁶. Se trata de una etapa intermedia entre el estado de necesidad justificante y el disculpante, en cuyo caso no falta la antijuridicidad pero sí el ilícito merecedor de pena. Pero el Derecho vigente desconoce tal etapa intermedia, y tampoco es necesaria porque para los casos de falta de merecimiento de pena ya se dispone la categoría de la exclusión de la responsabilidad, que se tratará más adelante (*infra*, V)⁸⁷.

**d — La suposición de un estado de necesidad estatal justificante
o un estado de excepción**

Un último intento consiste en fundamentar el derribo de la aeronave en una situación de estado de necesidad peligrosa para el Estado,

⁸⁵ Respecto del ámbito liberado del derecho, con mayor detalle, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. 1, § 14, n.º marg. 26 ss., así como también SCHÜNEMANN, en *Verantwortetes Recht, Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmann*, NEUMANN - HASSEMER - SCHROTH (comps.), 2005, p. 145.

⁸⁶ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, 1983, *passim*.

⁸⁷ Para un análisis detallado del argumento de GÜNTHER, ROXIN, en *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, HERZBERG (comp.), 1985, p. 181.

que deroga todas las reglas vigentes respecto de la prevención de delitos. Así, FISCHER considera —desde luego, sin adherir a este punto de vista— que el § 14, ap. 3º de la Ley de Seguridad Aérea es una “regla inspirada en el derecho de guerra”⁸⁸. JEROUSCHEK declara permitido el homicidio de inocentes, recurriendo al art. 115a de la GG (caso de defensa) y demás disposiciones relacionadas: “Si bien hasta ahora el art. 115a de la GG ha sido aplicado en la literatura constitucional a ataques armados en el sentido técnico y, además, el concepto de ataque se reserva, básicamente, para el caso de un poder estatal extranjero, la nueva dimensión del terrorismo nacida el 11 de septiembre de 2001 sugiere que esta interpretación se extienda con prudencia. De esta manera, el canciller federal recibe la facultad de tomar las medidas necesarias para repeler tales ataques terroristas, que incluyen, en caso necesario, el derribo de la aeronave”⁸⁹.

PAWLIK advierte que, en el marco de la defensa de la nación (art. 87a, ap. 1º, 1ª oración, GG), debería estar permitido también irrogar “daños colaterales mortales” a civiles del propio país⁹⁰. Al respecto, impone estrictas exigencias para la autorización del derribo de “una aeronave civil peligrosa”. “Sólo cuando se trata de repeler una amenaza existencial de la comunidad jurídica, esta última puede exigir a las personas que están bajo su protección el máximo sacrificio: la renuncia a la vida. Por lo tanto, la acción a repeler debe conllevar un peligro potencial que equivalga aproximadamente al de una agresión con la fuerza de las armas del art. 115a, ap. 1º de la GG (caso de defensa)”. En consecuencia, PAWLIK llega a la conclusión de que “en el caso de una amenaza existencial a la comunidad, extender el deber de sacrificio del ciudadano hasta la renuncia a la vida no representa una opción en principio ilegíti-

⁸⁸ FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 58ª ed., 2011, § 34, nº marg. 11a.

⁸⁹ JEROUSCHEK, “Strafrecht - Biorecht - Rechtsphilosophie”, en *Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10.5.2003*, AMELUNG (comp.), 2003, p. 185 (198).

⁹⁰ PAWLIK, *JZ* 2004, p. 1045 (1053 y ss.).

ma". No obstante, también él entiende que la regla de la Ley de Seguridad Aérea no está a la altura de estas exigencias⁹¹.

En qué medida el ordenamiento jurídico vigente puede suspenderse en tiempos de guerra y en situaciones similares y en qué medida puede aceptarse el homicidio de civiles inocentes es una cuestión vasta y complicada que, sin embargo, no necesita seguir discutiéndose aquí⁹². Pues es evidente que el derribo de una aeronave que pone en peligro a personas que se hallan en tierra no pertenece a esta categoría. En primer lugar, no se limita a la autoría de terroristas, sino que puede desencadenarse también en el caso de un secuestrador con trastornos mentales, por muerte o incapacidad de acción de los pilotos, o porque se ha perdido el control sobre la aeronave. Y, en segundo lugar, si bien un ataque terrorista es un delito grave, no produce una amenaza existencial de todo el Estado.

BURKHARD HIRSCH ha afirmado con razón: "Un acto de terrorismo no es una guerra. Los autores no son combatientes ni sujetos del Derecho internacional público, sino delincuentes"⁹³. Y HÖFLING y AUGSBERG dicen con acierto: "En la práctica, ninguna organización terrorista ha logrado conmover los fundamentos del ser estatal (...) En particular, los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, que configuran el trasfondo de las nuevas reglamentaciones legales, en ningún momento tuvieron un efecto desestabilizador sobre los Estados Unidos de América"⁹⁴. Por lo tanto, es correcta la explicación de FISCHER: "Frente a pasajeros inocentes, en tiempos de paz queda excluido el recurso al derecho de guerra"⁹⁵. Entonces, la invocación del estado de necesidad estatal tampoco puede justificar el derribo de una aeronave.

⁹¹ PAWLIK, *JZ* 2004, p. 1045 (1055).

⁹² Fundamental (pero sin referencia directa a la Ley de Seguridad Aérea), JAHN, *Das Strafrecht des Staatsnotstandes*, 2004, *passim*; HÖFLING - AUGSBERG, *JZ* 2005, p. 1080 (1086 y ss.) también tratan el problema detalladamente desde el aspecto del Derecho estatal.

⁹³ B. HIRSCH, *NJW* 2007, p. 1188 (1189).

⁹⁴ HÖFLING - AUGSBERG, *JZ* 2005, p. 1080 (1086).

⁹⁵ FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 58ª ed., 2011, § 34, n.º marg. 11.

(IV)

VALORACIÓN DE LA SITUACIÓN Y PROGNOSIS

En consecuencia, todos los intentos por considerar conforme a Derecho el derribo de una máquina secuestrada para salvar a las personas que se hallan en tierra, en la medida en que se cause la muerte de pasajeros inocentes, deben ser vistos como inadecuados ya por razones jurídicas. Pero, aun cuando esto no fuera así, la justificación quedaría excluida por la razón fáctica de que nunca será posible reconocer o pronosticar de manera confiable que el derribo es realmente el único medio para evitar que los terroristas suicidas maten a las personas que se hallan en tierra y que, además, esté excluida la muerte de personas en el lugar en donde caerá el avión.

Con acierto, el BVerfG ya ha subrayado, invocando a la Asociación Cabina* y a la Organización Auxiliares de Vuelo**, que es muy difícil determinar en absoluto que se da “un incidente aéreo relevante” y que “la posibilidad de reconocer la situación y los acontecimientos a bordo de un avión en tales condiciones” es “limitada, aun cuando hubiera contacto visual —lo que sólo difícilmente puede producirse—”⁹⁶.

Aun cuando pudiera determinarse la existencia del secuestro de una aeronave, ¿cómo podría decirse si los terroristas planean derribarla o si sólo quieren tomar a los pasajeros de rehenes para realizar una extorsión? ¿Cómo se podría constatar que los pasajeros, que se hallan en gran mayoría, ya no están en condiciones de someter a los terroristas? Al fin y al cabo, en el caso del llamado “terrorista de la ropa interior”, los pasajeros lo lograron. Incluso en el atentado de las Torres Gemelas, aparentemente los pasajeros de un cuarto avión pudieron desviar su curso. Además, ¿cómo podría descartarse que los terroristas fallaran al objetivo o que, en caso de derribo, murieran personas que se hallan en tierra?

* [N. del T.]: En alemán, *Vereinigung Cockpit e. V.* Se trata del sindicato de los pilotos.

** [N. del T.]: En alemán, *Unabhängige Flugbegleiter Organisation e. V.* Es el sindicato de los auxiliares de vuelo.

⁹⁶ Fallos del BVerfG 115, p. 118 (155).

La conclusión del BVerfG de que toda “valoración de la motivación y los objetivos de los secuestradores muy probablemente será especulativa hasta el final” también vale para muchos otros hechos relevantes. Bajo tales circunstancias, el homicidio doloso de los pasajeros por parte del Estado debería quedar excluido aun cuando estuviera permitido en caso de constatación de información segura (lo que, sin embargo, no se da).

Algunos autores lo han reconocido. Así, HÖFLING y AUGSBERG dicen: “Probablemente nunca pueda asumirse ‘con seguridad’ que se produzca la muerte que se ha anticipado de manera hipotética —precisamente en razón de la enorme urgencia por tomar decisiones, condicionada por la situación—”⁹⁷. Y NEUMANN, que cree poder superar las objeciones jurídicas contra el derribo, sin embargo dice finalmente que la admisibilidad fracasa a causa de la inseguridad de toda prognosis⁹⁸. Según él, “no obstante, es cierto que, con frecuencia, no es posible constatar de manera suficientemente segura que algunos de quienes corren peligro están efectivamente perdidos de manera irremediable (...) Esto vale especialmente cuando —al igual que en los casos de secuestros de aeronaves— el desarrollo de la situación de riesgo depende de la decisión de terceros (con los que, en general, no es posible comunicarse). Ya por esta razón, por regla general la justificación jurídico-penal del derribo de una aeronave secuestrada no debería ser tomada en consideración”.

En cambio, otros partidarios del derribo tratan con demasiada ligereza el problema de que la situación fáctica y su desarrollo son difíciles de valorar. Cuando, por ejemplo, para dispersar los reparos contra la posibilidad objetiva de valorar la situación concreta, JEROUSCHEK dice de manera lapidaria que “la elaboración de prognosis forma parte de la actividad jurídica cotidiana”⁹⁹, soslaya por completo que hay prognosis de tipos muy diferentes y que la predicción del destino de aviones

⁹⁷ HÖFLING - AUGSBERG, *JZ* 2005, p. 1080 (1083).

⁹⁸ NEUMANN, en *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, KINDHÄUSER - NEUMANN - PAEFFGEN (comps.), 3ª ed., 2010, t. 1, § 34, nº marg. 77e.

⁹⁹ JEROUSCHEK, “Strafrecht - Biorecht - Rechtsphilosophie”, en *Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10.5.2003*, AMELUNG (comp.), 2003, p. 194.

secuestrados con seguridad no forma parte de la actividad jurídica cotidiana.

Y ERB considera que “las objeciones basadas en las dificultades prácticas de constatar de manera segura la inevitabilidad de la muerte no justifican el rechazo categórico de este enfoque—antes bien, aquí nos enfrentamos con un problema procesal que, dado el caso, tiene que solucionarse mediante el principio *in dubio pro reo*—”¹⁰⁰. Según ello, entonces, incluso las dudas serias acerca de la situación deberían gravar a los pasajeros, lo que sólo refuerza las objeciones en contra de tolerar el derribo de la aeronave.

Por otra parte, no puede desconocerse que el derribo de aviones secuestrados básicamente no es un medio idóneo para la lucha contra el terrorismo, pues los terroristas también lo celebrarían como un éxito dado que, al fin y al cabo, habrían hecho colisionar una aeronave y provocado la muerte de muchas personas. Por ello, el legislador estaría bien aconsejado si concentrara su atención en evitar los secuestros terroristas de aeronaves desde el comienzo. Ello es completamente posible si se llevan a cabo controles sin fallas, si se imposibilita el ingreso a la cabina a personas ajenas a ella y si se provee a la aeronave con auxiliares de vuelo armados. Hoy es indiscutido que el atentado a las Torres Gemelas nunca habría podido suceder si se hubiera cumplido con tales reglas de seguridad¹⁰¹. Pero si es posible evitar atentados terroristas, con mayor razón no hay motivos para dar forma de ley a reglamentaciones inconstitucionales.

(VI)

LA EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD JURÍDICO-PENAL EN CASOS EXTREMOS

Según ello, ninguna de las fundamentaciones que habrían de justificar el derribo de una aeronave secuestrada, ocupada por pasajeros

¹⁰⁰ ERB, en *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, JOECKS - MIEBACH (comps.), 2003, t. 1, § 34, n° marg. 120.

¹⁰¹ Cf. B. HIRSCH, *NJW* 2007, p. 1188 (1189).

inocentes, no resiste una reflexión crítica. Asimismo, hay razones jurídicas irrefutables que hablan en contra de ellas, tales como la imposibilidad de realizar una valoración suficientemente segura sobre la situación fáctica.

Pero esto no significa que el derribo juzgado como antijurídico tenga que ser penado a toda costa. Ciertamente, no entra en consideración la exención de pena¹⁰². Pues no puede trazarse una delimitación generalizante de casos en los que pueda renunciarse al castigo. Además, una cláusula legal de exención de pena podría ser entendida como fomento del derribo y, así, de la actuación antijurídica, algo que el legislador no podría hacer sin incurrir en una contradicción.

Sin embargo, en los casos-límite ello no excluye la posibilidad de una exención de pena supralegal, tal como lo considera posible la opinión dominante en otros supuestos comparables cuando, por ejemplo, en el caso de los médicos de la eutanasia, una mayor cantidad de personas se salva gracias al sacrificio de un número menor¹⁰³. También el BVerfG contempló probablemente tal posibilidad cuando expresó que no tenía que “decidir cómo debe valorarse penalmente el derribo que, no obstante, fue realizado y la orden que mandó hacerlo”¹⁰⁴.

Una serie de autores —sólo mencionaré a DREIER¹⁰⁵, FRISTER¹⁰⁶, HILGENDORF¹⁰⁷, NEUMANN¹⁰⁸ y BEULKE¹⁰⁹— pretende dejar impune el

¹⁰² Al respecto, también HILGENDORF, en *Sicherheit statt Freiheit?*, BLASCHKE et al. (comps.), 2005, p. 107 (130 ss.).

¹⁰³ Al respecto, detalladamente, ROXIN (nota al pie 81), § 22, n° marg. 142 ss.

¹⁰⁴ Fallos del BVerfG, 115, p. 118 (157).

¹⁰⁵ DREIER, *JZ* 2007, p. 261 (267).

¹⁰⁶ FRISTER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2009, Cap. 17, n° marg. 14. [N. del T.]: Hay traducción al español de SANCINETTI, MARCELO, *Derecho penal. Parte general*, revisada por MARÍA DE LAS MERCEDES GALLI, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

¹⁰⁷ HILGENDORF, en *Sicherheit statt Freiheit?*, BLASCHKE et al. (comps.), 2005, p. 107 (130).

¹⁰⁸ NEUMANN, en *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, KINDHÄUSER - NEUMANN - PAEFFGEN (comps.), 3ª ed., 2010, t. 1, § 35, n° marg. 62a.

¹⁰⁹ WESSELS - BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 40ª ed., 2010, § 11, n° marg. 452a.

derribo de la aeronave también en el caso que nos ocupa mediante la suposición de un estado de necesidad disculpante suprallegal. Pero, por dos razones, no es una solución afortunada.

En primer lugar, porque la exclusión de la culpabilidad apenas puede fundarse de manera sensata. Respecto de la construcción de una disculpa en casos de comunidad de riesgo, siempre he dicho —sin referencia directa al caso que nos ocupa—: “Si una conducta se juzga como antijurídica, necesariamente (...) tiene que infringir el deber. Pero entonces no se entiende por qué a un autor que se ha decidido por el ilícito no le correspondería el reproche de culpabilidad”¹¹⁰. Actualmente, JAKOBS ha hecho de esto el objeto de un artículo propio y concluye, igualmente: “No se trata de un problema de la culpabilidad”¹¹¹.

La segunda razón que se opone a aceptar la exclusión suprallegal de la culpabilidad y que ya ha sido analizada por dos de los principales sostenedores de esta idea (BEULKE y NEUMANN) consiste en que el problema de la base fáctica y prognosis inseguras no puede ser abarcado por una exclusión general de la culpabilidad.

Pero, ¿qué otras posibilidades hay para ser indulgente por medio de la exención de pena, al menos en casos concretos particularmente trágicos? JAKOBS considera que la opción “¡no toques!”, “¡no juegues con el destino!”, “podría ser la solución adecuada ante catástrofes que no constituyen un desafío para el Estado, pero en otros casos puede desviarse del camino de la equidad. Ciertamente, en esos casos habría que llamar por su nombre a lo que se le permitiría al Estado —y sólo a él— en cuanto garante del orden: una excepción, a saber, sacar a la víctima del círculo de las personas del derecho”¹¹².

Sin embargo, esto tampoco es un camino transitable. Pues, en primer lugar, no hay criterios más o menos seguros para determinar qué catástrofes son un “desafío” para el Estado y cuáles no. Pero, en segun-

¹¹⁰ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. 1, § 22, n.º marg. 154; en sentido similar, n.º marg. 156.

¹¹¹ JAKOBS, en *Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9. Juli 2010*, AMELUNG et al. (comps.), 2010, p. 207 (218).

¹¹² JAKOBS (nota al pie 111), p. 207 (217 s.).

do lugar y sobre todo, el sacar a los pasajeros del “círculo de personas del derecho” —su “privación de derechos”, así llamada por JAKOBS¹¹³— violaría la dignidad humana, que garantiza a toda persona el estatus inalienable de sujeto de derechos. Empero, al fin y al cabo, no hay allí un regreso disfrazado a la solución de la justificación, pues JAKOBS subraya que, mediante la “privación de derechos”, los pasajeros serían arrojados a un estado preestatal. Por lo tanto, podrían defenderse “como quisieran”.

Mi solución propia atiende al fin de la pena, al que yo considero como “prevención limitada por la culpabilidad”. Según mi concepción, la categoría del delito que se suma al ilícito no debería reducirse a la “culpabilidad”, como se hace tradicionalmente, sino que debería ser entendida como “responsabilidad”. La responsabilidad, es decir, la posibilidad y necesidad de imponer una pena, presupone, además de la culpabilidad, la necesidad preventiva de pena¹¹⁴. Esto lo demuestra ya el Derecho vigente, por ejemplo, en el exceso de la legítima defensa (§ 33, *StGB*) no falta la culpabilidad, pues los límites de la legítima defensa sólo tienen sentido si se los puede respetar. Pero, a causa de la particular situación de víctima en la que se halla el autor que se excede en su reacción por turbación, temor o susto, falta la necesidad de pena, de manera que el legislador puede ser indulgente.

A la luz de tal entendimiento de la exclusión de responsabilidad, se puede fundamentar la posibilidad de excluir de forma supralegal la responsabilidad jurídico-penal también en casos-límite de estado de necesidad que ponen en juego la vida. Cuando el piloto de un caza interceptor ha intentado desviar al avión de los terroristas sin éxito, cuando ve de muy cerca que ya no hay esperanzas en la situación y su conciencia lo presiona para que salve a las personas que se encuentran

¹¹³ JAKOBS (nota al pie 111), p. 207 (228 y nota 31).

¹¹⁴ Detalladamente, al respecto, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. 1, §§ 19 y ss. JÄGER sigue esta idea, *Examens-Repetitorium, Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2009, § 5, n° marg. 190, cuyo alegato a favor de una causa de exculpación supralegal (§ 5, n° marg. 206e), en consecuencia, debe ser interpretado en el sentido que sostengo aquí.

en tierra mediante el derribo de la aeronave, ciertamente cargará con la culpabilidad del homicidio antijurídico de los pasajeros. Pero puede renunciarse a la pena porque el autor no ha actuado por motivos criminales, sino por razones de preservación de la vida, porque no pocos letrados incluso aprueban tal conducta y porque también la Constitución (art. 4º, GG) le adjudica a las decisiones de conciencia un valor que, si bien no excluye la antijuridicidad y la culpabilidad, bajo ciertas circunstancias sí excluye la pena¹¹⁵.

En cambio, diferente es la valoración cuando alguien, por arrojado, dispara contra el avión de pasajeros con posibilidades muy inseguras de valorar la situación y realizar una prognosis, cuando cuenta con que también morirán personas en el lugar en el que hará caer el avión o cuando dispara principalmente porque en la aeronave viaja un grupo de políticos al que él odia. En casos de tal naturaleza, por razones preventivas evidentes no se puede renunciar a la pena.

La solución propuesta aquí, comparada con la aceptación de una exclusión supralegal de la culpabilidad, no sólo tiene la ventaja de contar con una fundamentación más precisa. También permite diferenciaciones objetivas que no son posibles mediante la exclusión general de la culpabilidad fundada únicamente en la comunidad de riesgo y en las chances de salvamento.

Con esto llego al final de mi exposición, concerniente a un caso que ojalá nunca suceda. Sin embargo, su discusión me parece importante y provechosa, pues conduce a cuestiones fundamentales del Derecho penal y constitucional cuyas respuestas son de considerable importancia para nuestra cultura jurídica.

¹¹⁵ Respecto de la decisión de conciencia, cf. con mayor detalle ROXIN, "Rechtsstaat und Menschenwürde", en *Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag*, KAUFMANN - MESTMÄCKER - ZACHER (comps.), 1988, p. 389; ROXIN, GA 2011, p. 1.

*Otras causas de justificación y exculpación **

* Título original: *Weitere Rechtfertigungs - und Entschuldigungsgründe*. Traducción de **MANUEL CANCIO MELIÁ** (Universidad Autónoma de Madrid).

El presente trabajo fue expuesto a continuación de las ponencias y discusiones precedentes, a las que se refiere en ocasiones, en gran medida sin contar con un manuscrito previamente preparado. He corregido la grabación magnetofónica desde el punto de vista idiomático para la publicación, pero sin realizar modificaciones de contenido, y manteniendo también el estilo de la exposición hablada.

Ello explica también la ausencia de notas

Mi cometido es el de tratar aquellas causas de justificación y de exculpación que aún no han sido tenidas en cuenta en el marco de nuestro coloquio. Ésta es una misión algo ingrata, pues existe el peligro de que se haga una breve referencia a un cajón de sastre de causas de justificación y de exculpación heterogéneas sin que resulte posible poner de manifiesto su relevancia general para las categorías de justificación y exculpación. Por ello, intentaré combinar dos cuestiones: por un lado, ofrecer información acerca de ulteriores causas que juegan un papel en Alemania en la exclusión de la pena, y, en segundo lugar, vincular estos elementos de exclusión de la pena, que se encuentran más bien al margen, a nuestra discusión general acerca de cuestiones estructurales y a los problemas que hasta el momento hemos ejemplificado sobre todo con base en los casos de estado de necesidad y de consentimiento. No hablaré del consentimiento presunto y de la interrupción del embarazo, pues ambos temas, aunque de modo breve, ya han sido objeto de discusión, lo que no excluye que posteriormente en la discusión se entre en ellos. De todos modos, la selección sigue siendo hasta cierto punto arbitraria.

Quisiera tratar seis causas de exclusión de la punibilidad, naturalmente, tan sólo de manera esquemática y sin entrar en los detalles de Derecho positivo: en primer lugar, el derecho de corrección; en segundo lugar, la orden antijurídica vinculante; en tercer lugar, la autorización administrativa, que entre nosotros adquiere cada vez mayor importancia; en cuarto lugar, la defensa de intereses legítimos; en quinto, el hecho cometido por motivos de conciencia, y en sexto lugar,

la exclusión supralegal de la culpabilidad. Los ejemplos podrían haberse seleccionado con otro criterio, pero creo que permiten mostrar muchas cosas y discutir mucho.

(I)

EL DERECHO DE CORRECCIÓN

Hasta el momento no hemos hablado de la cuestión acerca de si en nuestros países existe un derecho de corrección. Anticiparé —sin fundamentar ahora esta afirmación— que en la República Federal ya no existe en el momento actual un derecho de corrección del maestro como el que había sido reconocido durante muchos años erróneamente por el Tribunal Supremo Federal en cuanto causa de justificación consuetudinaria. Tampoco existe derecho de corrección frente a menores ajenos ni derecho de corrección entre cónyuges. Sin embargo, sí que se reconoce aún hoy un derecho de corrección de los padres frente a sus hijos menores de edad. Cuando se castiga a un niño travieso mediante golpes, digamos que en el trasero, conforme a la opinión dominante en Alemania, el castigo es típico, pero se halla justificado, mientras no se produzca un daño a la salud —éste es el primer límite— y no se produzca de modo humillante —éste es el segundo límite—. En Alemania, el derecho de corrección de los padres se deduce del derecho general de educación del § 1631 del *BGB**, respecto de la madre de un hijo no matrimonial, de los padres adoptivos y del tutor se infiere de los preceptos análogos en esta materia.

Respecto del Derecho vigente merece aprobación la opinión de que el derecho de corrección constituye una causa de justificación. Sin embargo, existe una postura divergente según la cual un castigo corporal que se produce con fines educativos no constituye un maltrato, no siendo, por tanto, típico en el sentido de los delitos de lesiones. Aquí se plantea una problemática similar a la que discutimos ayer tan apasionadamente respecto del consentimiento. Sin embargo, con la mis-

* [N. del T.]: *Bürgerliches Gesetzbuch*, Código Civil alemán.

ma decisión con la que defiendo en el ámbito del consentimiento la teoría de la unidad, soy contrario a ella en este otro campo: el § 223 del *StGB* protege el bienestar físico: puesto que precisamente lo que persigue el castigo corporal es afectar a ese bienestar físico —es ésta su finalidad—, el tipo de delito en todo caso se ve realizado por el castigo, cumpliéndose el tipo: que el infligir dolor de este modo esté permitido por el efecto educativo que posiblemente conlleva o no, es una cuestión que afecta exclusivamente a la justificación. Creo que conforme al Derecho vigente —aunque ello no se acepte de modo totalmente unánime— tal justificación ha de ser afirmada. Bien es cierto que nuestra ley no dice expresamente que el derecho de educación incluye el derecho a realizar castigos corporales dentro de una cierta medida. Y también es deseable desde el punto de vista pedagógico —y ello es un tema importante de política jurídica— que se renuncie al castigo corporal como medio de educación familiar. Sin embargo, creo que sería ajeno a la realidad suponer que bajo las condiciones sociales y psicológicas dadas, todos los padres —sobre todo en familias pertenecientes a las clases bajas que no son capaces de verbalizar sus problemas— realmente podrían prescindir absolutamente de toda corrección realizada por vías de hecho. Si por cualquier tortazo provocado por una grave travesura se movilizase al Derecho Penal, me temo que se destruirían más familias de las que se pacificarían.

Sin embargo, tal derecho de corrección intrafamiliar sólo resulta tolerable si la producción de heridas sangrantes, hematomas, etcétera, se castiga como abuso del derecho de educación. En Alemania, esto sucede a través del § 223b del *StGB**, un precepto que contiene un delito de lesiones cualificadas. También el Código Civil prohíbe en el Derecho de familia desde un principio el castigo corporal humillante en el § 1631, párr. 2º del *BGB*, por ejemplo, el castigo corporal por medio de puntapiés, cortando el cabello, por medio de golpes después de haber atado a quien los recibe u obligándolo a desnudarse. En mi opinión,

* [N. del T.]: El § 223b del *StGB* se refiere, entre otros supuestos, al sujeto que “atormenta” o “maltrata violentamente” a personas menores de dieciocho años sometidas a su cuidado. * [N. del T.]: *Bürgerliches Gesetzbuch*, Código Civil alemán.

también están prohibidos y son punibles los castigos corporales que se producen sin una causa razonable.

Con esto llego a un problema fundamental, al problema del elemento subjetivo de la justificación, que hasta el momento no hemos discutido de modo exhaustivo, pero que sí al menos pudimos tratar algo en relación con la ponencia del profesor GIMBERNAT. GIMBERNAT dijo que exige que el autor se represente la situación justificante, pero que no exige además una tendencia de acción del autor dirigida a la justificación. El derecho de corrección, sin embargo, de acuerdo con la opinión dominante, es un ejemplo paradigmático del elemento subjetivo de justificación, pues nuestra doctrina declara que un castigo corporal sólo puede estar justificado si se produce por motivos pedagógicos.

Desde mi perspectiva personal he de decir que soy escéptico respecto de la teoría dominante que toma como punto de referencia el motivo. Creo que también en este caso es preferible una limitación objetiva al derecho de corrección a la opinión que quiere hacer depender la justificación de que hayan sido decisivos motivos pedagógicos para realizar el castigo, como lo exige, por ejemplo, el profesor HIRSCH expresamente y coincidiendo con la teoría dominante; pues los motivos últimos de quien lleva a cabo el castigo, por ejemplo, de la madre que da a su hijo un golpe en el trasero, se sustraen a la comprobación judicial cuando, en primer lugar, existía una razón objetiva suficiente para castigar y cuando, en segundo lugar, se ha mantenido dentro del marco objetivamente admisible. Además, la exigencia de que es imprescindible un "motivo pedagógico" como elemento subjetivo de la justificación es abandonada en el fondo por sus partidarios cuando admiten que el enfado y la ira como causas de un castigo corporal no excluyen la justificación; pues ni el enfado ni la ira son un "motivo pedagógico". Por otra parte, y para mencionar un caso extremo del Tribunal Supremo Federal (BGHSt. 13, p. 138), cuando alguien azota a latigazos a una niña confiada a su cuidado y a la que previamente ha hecho desnudarse, ello ya desde el punto de vista objetivo constituye un comportamiento humillante que en ningún caso puede ser justificado. Las sutiles disquisiciones del Tribunal Supremo Federal acerca de que en este caso el autor no actuó impulsado primordialmente por la finalidad educativa, sino que también jugó un papel el motivo sexual, eran superfluas, pues

ese castigo no estaba justificado ya desde el punto de vista objetivo. La motivación sádica, de la que se habla repetidamente y que a veces juega un cierto papel en los castigos corporales, suele manifestarse en acciones sádicas. Pero entonces, estas acciones sádicas han de castigarse como tales y no primordialmente por su motivación; por consiguiente, también en este ámbito la problemática de la justificación aparece del lado objetivo.

Una acotación de política jurídica para finalizar; me interesaría oír cuál es el desarrollo en nuestros países del sur de Europa. En el año 1987, el Gobierno Federal instituyó, siguiendo ejemplos del extranjero, una "Comisión sobre la violencia" que presentó sus conclusiones en enero de 1990, es decir, hace pocos meses. En el ámbito del derecho de corrección, esta Comisión ha propuesto expresamente la introducción de una "prohibición de los castigos corporales" frente a los padres en un nuevo párr. 2º del § 1631 del *BGB*. Se pretende apoyar esta "prohibición de los castigos corporales" por medio de medidas flanqueantes, entre otras, sobre todo a través de la educación de los padres hacia la ausencia de violencia y a un comportamiento social adecuado. El Gobierno Federal pretende alcanzar este objetivo: combatiendo los factores sociales de estrés, así como ampliando la protección a las víctimas, mejorando la detección de ellas, precisando por medio de normas legales los deberes de comunicación de los médicos y de otras profesiones, asegurando ayuda rápida en crisis familiares para proteger a las víctimas, creando así llamados "centros de protección de niños" y otras medidas. Todas estas propuestas son positivas. Pero es dudoso que sea adecuada en todo caso y que pueda imponerse en la práctica la punibilidad que derivaría de una prohibición expresa de los castigos corporales respecto de cualquier tortura producida en el marco de la familia.

(II)

LA ORDEN ANTIJURÍDICA VINCULANTE

Se ha hecho referencia a este tema en algunas ponencias, pero sólo de modo muy breve. La primera cuestión es la siguiente: ¿existe siquiera el supuesto, una orden antijurídica, y a pesar de ello, vinculante?

Conforme al Derecho alemán, la respuesta es negativa en lo fundamental. El funcionario sólo está obligado a dar cumplimiento a una instrucción cuando el comportamiento que se le ordena no es punible o constitutivo de infracción administrativa y no lesiona la dignidad humana (§ 56, párr. 2º, inc. 3º de la Ley de Funcionarios Federales; § 38, párr. 2º, inc. 2º de la Ley Marco del Derecho de la Función Pública); sin embargo, dependiendo de las circunstancias, puede estar obligado a realizar un comportamiento contrario al ordenamiento jurídico-civil. El soldado no debe cumplir una orden si ello supondría la comisión de un delito (§ 11, párr. 2º, inc. 1º de la Ley del Soldado). Sin embargo, de acuerdo con la opinión dominante, debe cumplir una orden si con ella tan sólo se dispone la realización de una infracción administrativa; especialmente en el ámbito del tráfico rodado, adquieren relevancia las infracciones administrativas. En parte se defiende la postura —si no me equivoco, también por parte de nuestro estimado colega HIRSCH— de que las instrucciones y disposiciones que están dirigidas hacia un comportamiento antijurídico no son vinculantes aunque su ejecución carezca de sanción. En mi opinión, por el contrario, esto no es realmente compatible con el Derecho positivo alemán. Pues la Ley del Soldado dispone expresamente que el soldado debe obedecer a su superior (§11, párr. 1º, inc. 1º de la Ley del Soldado), y también en el Derecho de la Función Pública tenemos preceptos análogos que establecen un deber de ejecución.

En el ámbito de la orden antijurídica vinculante, en la medida en que se reconozca en esta franja limítrofe, el problema consiste en determinar si constituye una causa de justificación o de exculpación, y este problema nos introduce de lleno a nuestra discusión acerca de cuestiones estructurales. Conforme a una extendida opinión, tan sólo concurre una exculpación del funcionario o soldado ejecutor. Esta postura se apoya fundamentalmente en el argumento de que una orden antijurídica, aunque sea vinculante, no puede transformar el injusto en un acto conforme a Derecho y que un superior no puede realizar de modo admisible algo que él mismo no debe hacer ordenándolo a un subordinado. La posición contraria, que afirma que el destinatario de la orden obligado a obedecerla está justificado, se basa en el argumento de que no puede ser que se obligue al funcionario a llevar a cabo una

orden, es decir, que se atribuya carácter vinculante a la orden, y al mismo tiempo se considere ese actuar conforme a deber como antijurídico, exponiendo al funcionario a los efectos de la legítima defensa.

Éste es un punto de discusión de relevancia fundamental, que arroja sobre la relación entre justificación y exculpación una luz muy interesante. Conforme a mi opinión personal, que aquí no puedo exponer exhaustivamente, sino tan sólo esbozar, es cierto que la orden vinculante antijurídica constituye para el subordinado una causa de justificación. Cuando una orden vinculante excepcionalmente es antijurídica, concurre en tal situación en la persona del subordinado un estado de necesidad, concretamente, un caso de estado de necesidad justificante conforme al § 34 del *StGB*. En la mayoría de los casos suele hablarse de colisión de deberes, pero ello no es del todo correcto, puesto que se produce una colisión entre un deber de actuar y un deber de omitir, lo que suele considerarse que es un problema de estado de necesidad. Sin embargo, ésta es más bien una cuestión terminológica. En todo caso, lo que sucede es que el deber de obediencia entra en conflicto con la prohibición de cometer acciones antijurídicas. En este conflicto entre el deber de obediencia, por un lado, y la prohibición de cometer acciones antijurídicas, por otro, se prefiere el interés en la obediencia del funcionario y del soldado frente al interés de evitar el injusto cuando se trata de infracciones mínimas —pues se trata tan sólo de infracciones administrativas, de contravenciones al ordenamiento jurídico-civil y de otras infracciones del Derecho de la función pública—. En el caso de infracciones más graves, por ejemplo, hechos delictivos o acciones que son contrarias a la dignidad humana, la ponderación legal es exactamente inversa, y todos los intervinientes son punibles. Las razones que abogan en favor de que, en su caso, sea preferente el deber de obediencia, son las mismas que han impulsado al legislador a reconocer siquiera en el ámbito de hechos insignificantes parcialmente el carácter vinculante de órdenes antijurídicas.

Frente a ello, no resultan convincentes las razones aducidas por la teoría de la exculpación, pues no es cierto que el superior que emite la orden antijurídica pueda convertir el injusto en algo ajustado a Derecho. Por el contrario, el comportamiento del superior, y con ello, el comportamiento del Estado, sigue siendo injusto, aunque se ejecute por

medio de un instrumento que obra justificadamente. Ciertamente es que el carácter vinculante de la orden antijurídica priva al ciudadano del derecho de legítima defensa frente al receptor de la orden que la ejecuta, derecho de que habría dispuesto frente a la actuación personal del superior. Pero ello no supone contradicción alguna, puesto que la intervención de un tercero obligado a obedecer supone la introducción de un nuevo elemento de ponderación en la situación, que conduce a que la decisión acerca del derecho de legítima defensa sea distinta. Creo que no se le impone una carga insoportable al ciudadano en los casos que aún existen, caracterizados porque concurre un hecho insignificante; pues, en primer lugar, la circunstancia de que una orden antijurídica que se dirija a lesionar bienes jurídicos protegidos jurídico-penalmente desde un principio no es vinculante, le preserva de tener el deber de tolerar intervenciones graves. En segundo lugar, respecto de un daño que eventualmente se produzca, tiene como deudor al Estado, es decir, un deudor seguro y solvente. Y en tercer lugar, cabe justificar frente a una orden antijurídica una resistencia defensiva de la persona afectada, de nuevo conforme a criterios de estado de necesidad del § 34 del *StGB*, si ésta actúa con base en un juicio correcto de la situación jurídica. En este punto de la valoración de las órdenes antijurídicas vinculantes, me sumo de este modo por completo a la opinión que mi estimado colega JESCHECK defiende en su *Tratado*.

(III)

LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Es éste un problema nuevo y complicado, que en el presente marco tan sólo puedo esbozar a muy grandes rasgos. No sé si el tema tiene relevancia jurídico-penal también en Italia, Portugal y España, pero sería interesante saber cómo lo enjuician nuestros huéspedes extranjeros desde la perspectiva de sus países. La autorización administrativa, también denominada permiso administrativo, tiene en Alemania una relevancia considerable, ante todo en el Derecho penal accesorio, pero también en el Código Penal; sin embargo, durante mucho tiempo este problema no ha sido tenido en cuenta en su particularidad jurídica. Ha sido la creciente importancia del Derecho penal del medio am-

biente, que en gran medida hace depender la punibilidad de la ausencia de autorizaciones administrativas, la que ha colocado a la autorización administrativa en el centro de atención de la dogmática jurídico-penal; por ejemplo, las fábricas que realizan inmisiones en el medio ambiente sin disponer de una autorización de la Administración, son castigadas por contaminación del aire y de las aguas, etcétera. Esta así llamada accesoriedad administrativa es un elemento central de la discusión reciente, pero de todos modos la aprehensión científica de la materia se encuentra aún muy al principio. Y también yo tan sólo puedo hacer algunas referencias esquemáticas, pero que de nuevo arrojan una luz interesante sobre nuestros problemas estructurales.

De acuerdo con la opinión dominante, que comparto, la autorización administrativa en parte es una causa de justificación, y en parte es una causa de exclusión del tipo. En primer lugar, excluye el tipo en aquellos casos en los que —de modo correspondiente al “acuerdo”, del que estuvimos hablando ayer— el actuar en contra de la voluntad de la Administración es presupuesto del tipo. En este sentido, por ejemplo, la autorización del empleo de fondos públicos excluye el tipo de la administración desleal, § 266 del *StGB*, del mismo modo que el permiso de entrar en edificios públicos excluye el “penetrar” en el sentido del tipo del allanamiento de morada. Sin embargo, y esto es algo más llamativo, la autorización administrativa también tiene el efecto de excluir el tipo en las así llamadas prohibiciones preventivas con reserva de permiso. Éstas son prohibiciones en las que el comportamiento en cuestión está socialmente aceptado *per se* y en las que el deber de obtener la autorización tan sólo sirve a un control preventivo en atención a posibles puestas en peligro. El ejemplo más conocido es el permiso de conducir, que es una autorización administrativa para conducir automóviles. Por lo tanto, aquellos entre ustedes que poseen un permiso de conducir y conducen un automóvil no están justificados, sino que no cumplen el tipo que prohíbe la conducción sin permiso de conducir. El extranjero que entra en la República Federal sin pasaporte, incurre en punibilidad conforme al § 47 de la Ley de Extranjería; sin embargo, si lo hace con pasaporte válido no cumple el tipo. Quien ha obtenido de la Oficina Federal de Sanidad el permiso para expender narcóticos como farmacéutico, no realiza los tipos de tráfico de drogas, etcétera.

Sin embargo, junto a estas prohibiciones preventivas con reserva de permiso existen también las así llamadas prohibiciones represivas con reserva de permiso, en las que se autoriza tan sólo de modo excepcional un comportamiento que por regla general está desaprobado. En el caso de estas prohibiciones represivas con reserva de permiso, la autorización administrativa, por regla general, aunque no de manera exclusiva, constituye una causa de justificación. Ésta es la situación, por ejemplo, en el Código Penal en el caso del § 284, conforme al cual los juegos de azar necesitan de autorización administrativa: cuando se abre un casino sin disponer de una autorización administrativa, existe punibilidad. En este caso, la autorización administrativa es tan sólo una causa de justificación, y no de exclusión del tipo, pues la lesividad social del comportamiento, concretamente, que se explote la pasión de las personas por el juego, sigue existiendo, aunque el casino haya sido autorizado. La razón del permiso estriba únicamente en el interés fiscal del Estado, que quiere obtener recursos de este modo. Éste es un interés preponderante, por ello la autorización es una causa de justificación. Del mismo modo, va de suyo que la posesión de armas por parte de particulares, que se pena en la Ley de Armas, siempre constituye un cierto peligro de que algo pueda suceder. Por ello, la tenencia sigue siendo típica si —como está previsto— se autoriza en el caso individual la posesión de armas por razón de una necesidad específica. Cuando se autoriza de modo excepcional la exportación de un bien registrado de valor cultural —por ejemplo, un valioso cuadro de Dürer—, estando esta exportación *per se* prohibida por la Ley de Protección del Patrimonio Cultural, ello no cambia en nada la afectación típica del patrimonio cultural; tan sólo se halla justificada porque en el caso individual tiene mayor peso el interés del propietario en realizar la venta.

La relevancia de la distinción entre autorización administrativa justificante y excluyente del tipo estriba en que la opinión mayoritaria en Alemania —aunque sea discutida— vincula amplias consecuencias para el caso de concurrencia de defectos de voluntad en la Administración a la cuestión acerca de si se trata de una causa de exclusión del tipo o de justificación. Concretamente, conforme a la opinión dominante, el aprovechamiento de una autorización administrativa obtenida por medio de engaño o amenazas —precisamente los engaños se producen

con mucha frecuencia, pensemos en los casos del Derecho medioambiental en los que se oculta la verdadera peligrosidad frente a la Administración— constituye abuso de derecho, de modo que el autor es punible, a pesar de que la autorización administrativa desde el punto de vista del Derecho administrativo no es nula, sino tan sólo impugnabile, por lo que en principio ostenta validez. Aunque obtenga el permiso de conducción a través de un engaño, en un primer momento ha sido otorgado de modo válido. A pesar de ello, la doctrina dominante considera que el comportamiento autorizado es punible cuando la autorización ha sido obtenida por medio de engaño. Otros autores incluso quieren aplicar la idea de abuso de derecho en caso de existir cohecho respecto de la Administración, cuando hay algún otro tipo de colusión o incluso cuando se actúa conociendo la antijuridicidad material del permiso. Sin embargo, esta construcción del abuso de derecho no es aplicable, desde un principio, en aquellos casos en los que la autorización excluye el tipo. Por ejemplo, si alguien ha obtenido su permiso de conducir fraudulentamente indicando datos incorrectos, la punición conforme al § 21 de la Ley de Tráfico Viario (conducción sin permiso de conducir) infringiría el principio *nullum crimen sine lege*, pues la ley dispone lo siguiente: será penado quien conduzca un vehículo de motor sin disponer del permiso necesario al efecto. El que haya obtenido el permiso a través de un engaño no modifica en nada el hecho de que lo tiene. Y si se le castigase a pesar de ello, esta punición chocaría de modo radical con el tenor literal de la ley; a causa del principio *nullum crimen sine lege* no cabría afirmar aquí la existencia de punibilidad.

Si, por el contrario, la autorización es una causa de justificación, de acuerdo con la jurisprudencia y con la doctrina dominante, puede defenderse la construcción del abuso de derecho, ya que según la opinión mayoritaria, el principio *nullum crimen* —un problema del que no hemos hablado en absoluto hasta el momento, pero que, por supuesto, es de gran importancia estructural en el marco de nuestra discusión sobre cuestiones fundamentales— sólo rige de modo teleológicamente restringido en el ámbito de las causas de justificación y no impone una vinculación al texto de la ley. La razón de ello estriba en que las causas de justificación se extraen del ordenamiento jurídico en su conjunto, por ejemplo, también del Derecho civil y del Derecho administrativo,

ámbitos en los que *per se* el principio *nullum crimen* no rige; y si se introducen en el Derecho penal las causas de justificación provinientes de estos campos del Derecho, han de tomarse tal y como rigen en ellos, es decir, sin vinculación estricta alguna. En este sentido, la cuestión acerca de si una autorización administrativa da lugar a la exclusión del tipo o a la justificación, posiblemente sea un problema práctico fundamental en este ámbito. A este respecto, se sostienen posturas diferenciadoras. LENCKNER, que ha escrito sobre este tema en el libro homenaje a Pfeiffer, sostiene que tan sólo (pero al menos en ese caso) hay punibilidad, aun en el caso de concurrir una autorización administrativa justificante obtenida de modo fraudulento, cuando la Administración revoque la autorización con efectos *ex tunc*. Sin embargo, subraya decididamente que en el caso de una autorización administrativa excluyente del tipo no cabe de ningún modo afirmar la punibilidad cuando la autorización ha sido obtenida de modo antijurídico, de manera que también de acuerdo con su posición la distinción entre tipo y antijuridicidad adquiere una relevancia fundamental. No puedo entrar en otros complicados problemas de la autorización administrativa por falta de tiempo; sin embargo, también habrán de ser incluidos en la discusión internacional.

(IV)

LA DEFENSA DE INTERESES LEGÍTIMOS

La defensa de intereses legítimos —§ 193, *StGB*— es una causa de justificación específica para lesiones típicas del honor que aún no se halla esclarecida por completo en cuanto a su estructura dogmática. El principal caso de aplicación de esta causa de justificación —del que ignoro si existe un supuesto paralelo en los ordenamientos jurídicos de nuestros amigos del sur de Europa— es la justificación de una difamación, es decir, la justificación de afirmaciones de hecho idóneas para rebajar al afectado frente a la generalidad. En la práctica se trata ante todo de supuestos en los que se divulgan hechos o afirmaciones discriminatorias que no pueden probarse con certeza: por ejemplo, se formula la sospecha de que alguien ha cometido un delito para esclare-

cerlo o para descubrir una situación irregular en el ámbito público. Por ejemplo, alguien manifiesta respecto de un hecho delictivo ocurrido en una empresa frente a su empleador o frente a la policía una sospecha que afecta a una determinada persona, sin que después pueda probarse que es cierta esa sospecha, o la prensa formula con base en un material que parece irrefutable el reproche de corrupción frente a un determinado político, no pudiéndose posteriormente esclarecer, como tantas veces sucede, completamente el asunto. En estos casos —si se me permite permanecer en el ejemplo de la prensa— puede plantearse un supuesto de justificación para la publicación correspondiente por defensa de un interés justificado conforme al § 193 del *StGB*; creo que éste es un precepto importante para un Estado de Derecho democrático.

Su fundamento viene constituido por una ponderación de intereses sobre la base de una valoración de riesgos: se pondera el interés en la defensa de intereses legítimos, por ejemplo, el interés en que se esclarezcan situaciones irregulares en el ámbito público, frente al interés del afectado en la intangibilidad de su honor, valorándose el primero de modo preferente en su caso. Quien realiza la manifestación puede entonces asumir el riesgo de que no quepa excluir que se produzca una afirmación falsa. Que el § 193 del *StGB* lo permita —aunque sea bajo presupuestos bastante restrictivos, en los que aquí no puedo entrar— tiene su razón sobre todo en la especial amplitud del tipo de la difamación en el Derecho alemán. También en este campo ignoro cómo tratan los ordenamientos de los países de nuestros huéspedes extranjeros el problema. El § 186 del *StGB* en todo caso abarca también afirmaciones verdaderas, pero que no pueden ser probadas, es decir, por regla general no protege la buena fe de quien realiza la manifestación. Sin embargo, en aquellos casos en los que está en juego la defensa de intereses importantes, para no suprimir cualquier actividad crítica desde un principio, se asume bajo los presupuestos del § 193 del *StGB* el riesgo de una lesión del honor. En esta medida, en mi opinión se trata de una causa de justificación derivada de un riesgo permitido.

El segundo ámbito de aplicación del § 193 del *StGB* se ubica en un ámbito totalmente distinto. No sólo la difamación queda justificada en su caso a través del § 193 del *StGB*, sino también lo que se denominan injurias verbales, y ello especialmente en el ámbito de la libertad artís-

tica. Nuestra Ley Fundamental protege en su art. 5º la libertad artística, y como ustedes saben, muchos artistas ejercen su libertad de tal modo que hacen crítica política a través de caricaturas y sátiras cuyo contenido *per se* es injurioso. En este ámbito, el § 193 del *StGB* tiene la función de permitir en una medida muy elevada, con base en una ponderación global, tales manifestaciones en interés de la libertad artística. Muy recientemente el Tribunal Constitucional Federal emitió una resolución según la cual la libertad artística encuentra su límite tan sólo en la lesión de la dignidad humana ajena (BVerfGE 75, p. 369). El supuesto lo ofrecía una caricatura en la que se representaba al fallecido primer ministro de Baviera, Strauß, como un cerdo realizando la cópula. En este caso, el Tribunal Constitucional Federal sostuvo la postura —he de decir que con razón— que tal representación gráfica infringe la dignidad humana y ya no se halla cubierta por el § 193 del *StGB*. Pero en otros casos, la defensa de intereses legítimos es utilizada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal en conexión directa con el derecho fundamental de la libertad artística (art. 5º, párr. 3º, *GG*) de modo muy amplio para la justificación. Y esto no sólo rige respecto del arte, sino también invocando el derecho fundamental de la libertad de opinión (art. 5º, párr. 1º, *GG*) respecto de manifestaciones en la lucha pública de opiniones, especialmente en el ámbito político, en el que los políticos frecuentemente se atacan de modo injurioso. Estas manifestaciones pueden alcanzar, en interés de la libre manifestación de opiniones, que es vital para una democracia, una acritud polémica que ya no estaría permitida en conflictos privados. Renuncio a entrar en cuestiones de detalle, pero creo que ya con mi breve resumen se advierte con claridad que se trata en este caso de una causa de justificación muy importante para la libertad artística y de opinión.

Quizás convenga de todos modos decir algunas palabras sobre la cuestión estructural. La defensa de intereses legítimos constituye, en ambas formas enunciadas —tanto en la difamación conforme al § 186 del *StGB* como en las injurias conforme al § 186 del *StGB* en conexión con la libertad artística y de opinión—, según la doctrina dominante, que en mi opinión es correcta, una causa de justificación, y no, como sostienen algunos autores, una mera causa de exculpación, pues el criterio del interés preponderante —libertad de opinión, libertad artísti-

ca, esclarecimiento de situaciones irregulares— es un principio de la justificación. Quien realiza la manifestación puede obrar como lo ha hecho en razón de los intereses que defiende. Si le estuviese prohibido, entonces aún habría que encontrar una razón por la que debiese ser exculpado, pues si el legislador quisiese evitar tales manifestaciones —y en este punto es plenamente acertado el esquema de argumentación del profesor GIMBERNAT—, lo adecuado desde el punto de vista preventivo sería penar el comportamiento. La tesis de que el § 193 del *StGB* es una causa de exculpación, que se defiende con cierta frecuencia ante todo en la bibliografía jurídico-civil, se fundamenta en la consideración, *per se* justificada, de que no cabe exigir a los afectados por afirmaciones de hecho inciertas y que afectan a su honor que toleren esas afirmaciones, sino que al menos hay que ofrecerles facultades de defensa jurídico-civiles como la demanda de retractación y de omisión. Pero esta circunstancia puede ser tomada en cuenta a través de la consideración de que en el ámbito de las causas de justificación que se basan en circunstancias inciertas —no puedo exponer esto ahora de manera más exhaustiva—, quien conoce el verdadero supuesto de hecho puede tomar medidas de defensa, en el marco de una cuidadosa ponderación de intereses, conforme al § 34 del *StGB*.

(V)

EL HECHO COMETIDO POR MOTIVOS DE CONCIENCIA

Éste es un tema respecto del cual me interesaría mucho saber si también se discute en los países del sur de Europa. Entre nosotros, el problema se plantea por el art. 4º de la *GG*. Este precepto dispone: “La libertad de conciencia es inviolable”. De ello deriva la cuestión acerca de en qué medida puede ser penado alguien que infringe la ley con base en una decisión de conciencia. En este ámbito, en primer lugar es necesario determinar qué es una decisión de conciencia. Según una resolución fundamental del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 12, ps. 45 [55]), una decisión de conciencia es —cito textualmente— “cualquier decisión moral seria, es decir, tomada con base en las categorías de lo ‘bueno’ y lo ‘malo’ (...), que el individuo percibe internamente en

una determinada situación como vinculante y necesariamente obligatoria para su persona, de modo que no podría actuar en contra de ella sin sufrir un grave conflicto de conciencia”.

¿Puede tener relevancia la concurrencia de un hecho cometido por motivos de conciencia respecto de la punibilidad de una acción? Tuve ocasión de escribir sobre este tema en el libro homenaje a MAIHOFFER y me limito ahora a exponer un breve resumen. Aunque la Ley Fundamental no somete a reserva alguna la libertad de conciencia, esto es, no dice que pueda ser limitada por ley, está reconocido que existen límites inmanentes a este derecho fundamental. Y estos límites inmanentes son los siguientes dos: por un lado, no puede ser tolerado un hecho realizado por razones de conciencia que infrinja las bases del orden estatal. Y ello es así porque tales hechos por convicción derogarían la ley que otorga la libertad de conciencia. Esto significa que cuando alguien pretende derribar la Constitución, introducir una dictadura o destruir como terrorista el sistema parlamentario democrático invocando su conciencia, desde luego no puede ampararse en el art. 4º, GG, pues de otro modo el art. 4º de la GG sería, en cierto modo, una carga explosiva para la autoderogación de la Constitución. El segundo límite inmanente consiste en que no puede utilizarse el art. 4º de la GG para intervenir en los derechos fundamentales de otras personas. Por ejemplo, todo ser humano tiene un derecho fundamental a la vida, y por ello no puede justificarse o exculparse, invocando el art. 4º de la GG, el supuesto —como se sostiene por algunos autores, como, por ejemplo, por nuestro colega PETERS— en el que unos padres dejan morir a su hijo por motivos de conciencia —al pertenecer a una secta—, no llevándolo al hospital y no queriendo permitir que se le realice una transfusión de sangre. Tal comportamiento no se halla cubierto por el art. 4º de la GG, pues infringe el art. 2º de la GG, el derecho fundamental del hijo a la vida; ello supone un límite inmanente al ejercicio de la conciencia, pues no está escrito en ningún sitio que el art. 4º de la GG saque de quicio todos los demás derechos fundamentales.

Sin embargo, aunque se hagan estas dos importantes limitaciones, ha de reconocerse que aún queda espacio para un eventual efecto liberador de pena del hecho cometido por razones de conciencia. Esto rige en los siguientes ámbitos: en primer lugar, existe en Alemania consen-

so acerca de que el Estado no puede punir el hecho cometido por motivos de conciencia en aquellos casos en los que puede alcanzar sus objetivos por medio de una alternativa que no afecte a la conciencia. Esto significa que los padres que niegan su consentimiento a una transfusión de sangre que debe ser realizada a su hijo, por razones de conciencia derivadas de convicciones religiosas no pueden ser penados cuando su consentimiento puede ser sustituido nombrando a un curador o por la actitud de estado de necesidad del médico, actuando en contra de la voluntad de los padres. Respecto del art. 4º de la GG, el legislador ha realizado varias regulaciones de Derecho positivo en ese sentido. Por ejemplo, en Alemania los médicos pueden negarse por razones de conciencia a participar en la interrupción de un embarazo, sin incurrir en punibilidad por omisión del socorro, mientras pueda evitarse una grave puesta en peligro de la embarazada mediante la asistencia por otro médico. Igualmente, el Tribunal Constitucional Federal ha resuelto que no cabe exigir la prestación de juramento de personas que no quieran jurar por razones de conciencia. Según esta doctrina, el Estado está obligado a crear una disposición con base en la cual exista la posibilidad de sustituir la toma de juramento por una —como dice hoy el § 66d de la *StPO**— “confirmación siendo consciente de la responsabilidad ante los tribunales”. También el derecho a negarse a realizar el servicio militar que otorga el art. 4º, párr. 3º de la GG, tiene su origen en la libertad de conciencia. En su caso —así lo dispone la Ley de Servicio Sustitutorio— incluso puede prescindirse del llamamiento a la realización del servicio sustitutorio si el objetor realiza una actividad voluntaria en un hospital o en una institución sanitaria. En esta medida, el art. 4º de la GG tiene una gran importancia como norma justificante.

Sin embargo, en mi opinión el art. 4º de la GG puede adquirir relevancia no como norma justificante, pero sí exculpante cuando la decisión de conciencia se dirige contra intereses del Estado cuyo incumplimiento no afecta de modo esencial a la función estatal. Quisiera exponer este punto de vista con base en el ejemplo de las leyes de vacuna-

* [N. del T.]: *Strafprozeßordnung*, Código de Procedimiento Penal.

ción. En Alemania existen deberes legales de vacunación, por ejemplo, contra la viruela. Ahora bien, con cierta frecuencia aparecen miembros de sectas que se niegan a ser vacunados por razones de conciencia; ello *per se* es punible. Pero si desde el punto de vista de la política de prevención de epidemias resulta tolerable que quede impune tal detractor de la vacunación —y éste es el caso en la mayoría de las enfermedades en el momento actual, pues si de 60.000.000 de personas se vacunan 59.990.000, los no vacunados no corren peligro—, cabe tolerar la negativa y admitir en tal caso, si bien no una causa de justificación, sí de exculpación. Incluso creo que en la situación política global actual también puede exculparse la negativa a la realización del servicio sustitutorio —que en Alemania juega un papel de cierta relevancia—, ya que la República Federal puede vivir con estos objetores al servicio sustitutorio, cuyo número no es muy elevado. Admito en este caso una mera causa de exclusión de la culpabilidad, ya que el ordenamiento jurídico mismo no puede ser modificado por el hecho de que el individuo fije sus propias normas personales con base en sus convicciones. A pesar de ello, es un mandato esencial del Estado social el de integrar a las minorías divergentes, al menos por medio de la exclusión de responsabilidad jurídico-penal, en aquellos casos en los que ello aún puede compatibilizarse con los cometidos del Estado.

Finalmente, un segundo caso: también en el supuesto de lesiones de derechos individuales motivadas por razones de conciencia puede producirse una exculpación, en mi opinión, cuando no se produzca una intervención en la esfera de la personalidad de otro. Existe al respecto una resolución espectacular del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 32, p. 98), que de nuevo se refería a miembros de sectas: la vida de una mujer corría peligro con ocasión de su cuarto parto por haber sufrido graves pérdidas de sangre, y sólo podía ser salvada por medio de una transfusión de sangre. Sin embargo, era miembro de la Asociación Evangélica de Hermanos, una secta cristiana que prohíbe las transfusiones de sangre bajo pena de los infiernos. Los médicos estaban al lado de la cama de la enferma y le aconsejaron que permitiese la realización de la transfusión, pero ella mantuvo de modo inquebrantable su negativa. En esa situación crítica, los médicos tuvieron la idea de llamar al marido y de pedirle que intentase convencer a su mujer de

permitir la realización de la transfusión, ya que de otro modo ésta moriría en un plazo de tres horas. El marido, sin embargo, que pertenecía a la misma secta, dijo a su mujer que si bien no quería prejuzgar su decisión, ya que ella debía decidir por sí misma, le recordaba que en su reunión se enseñaba que el camino de la oración era el único correcto; que si él estuviese en su lugar, no permitiría que se realizase la transfusión. La mujer se siguió negando a que se realizase la transfusión y murió al cabo de tres horas. El marido fue condenado por el *Oberlandesgericht de Celle* por omisión del socorro conforme al § 323c del *StGB*, considerando que la omisión de socorro consistía en que había respaldado su negativa, en vez de al menos aconsejarle que reconsiderase su postura. El Tribunal Constitucional Federal revocó la condena penal y —de este modo es como interpreto esta resolución, que ahora lamentablemente no puedo exponer más exhaustivamente desde el punto de vista dogmático— eximió al marido de responsabilidad penal. En cuanto a la fundamentación, que considero correcta, el Tribunal Constitucional Federal expuso que si bien el marido había obrado de manera antijurídica, incluso culpable, los fines de la pena no tienen función alguna en este caso, debiéndose respetar la decisión de conciencia del marido. En este caso, la posibilidad de liberar al sujeto de pena se basa en que no se produjo una intervención en la esfera de libertad de la mujer, es decir, que pudo decidir libremente. Creo que desde esta perspectiva incluso puede pensarse en una exculpación en el ámbito del homicidio a petición punible cuando se dan situaciones límite inevitables. Esto sucedería, por ejemplo, respecto del caso en el que un inválido que soporta intensos sufrimientos y ya no puede moverse, impulsa a otro mediante insistentes ruegos a matarlo, y el otro finalmente lo hace por motivos de conciencia.

(VI)

LA EXCLUSIÓN SUPRALEGAL DE LA CULPABILIDAD

En Alemania no se reconoce una causa general supralegal de exclusión de la culpabilidad “inexigibilidad” como la que propuso en su momento FREUDENTHAL. Y de hecho es cierto —como ya se ha subraya-

do en distintas ponencias— que tal causa pondría el ordenamiento jurídico a disposición del juez, disolviéndolo. Con ello, se plantea la cuestión acerca de si tan siquiera cabe reconocer una exclusión suprallegal de la culpabilidad en determinados supuestos límite.

De acuerdo con mi opinión personal, ello resulta posible tan sólo en un único caso, concretamente, en la así llamada comunidad de peligro, cuando en una situación en la que de otro modo todos estarían perdidos, se sacrifica a uno de los intervinientes o al número más pequeño de intervinientes para salvar a los demás. El Tribunal Supremo Federal resolvió en la posguerra un caso de estas características: se trataba de que Hitler ordenó durante la época nazi matar a los enfermos mentales incurables: se les exigió a los médicos de los sanatorios que identificasen a aquellos que debían ser matados por ser su enfermedad incurable. Después de la guerra, los médicos que habían identificado a tales personas y habían sido acusados por asesinato o por complicidad en asesinato, alegaron en su defensa que tan sólo nombraron algunas pocas personas aquejadas de graves enfermedades mentales para salvar a todos los demás internos del establecimiento. Según los médicos, si se hubiesen negado, habrían sido sustituidos por serviciales esbirros del régimen que habrían enviado a la muerte a todos los internos. Si se parte, en un principio, de que es cierta la alegación, se plantea la cuestión acerca de cómo ha de enjuiciarse jurídico-penalmente tal comportamiento. En la bibliografía alemana existen voces partidarias de la justificación. Creo que ello es erróneo; en mi opinión, el comportamiento de los médicos en todo caso fue antijurídico, pues nada en el mundo puede autorizarnos a matar a una persona inocente. Otra cuestión, desde luego, es decidir si debe penarse a esos médicos. En este punto tiendo a pensar que, puesto que los médicos se encontraban en una situación sin salida, la pena había perdido su sentido; por ello admito la exclusión de la responsabilidad jurídico-penal. Ni siquiera niego la culpabilidad de los médicos; pero incluso un comportamiento culpable puede quedar exento de pena cuando la impunidad, como sucede en el presente caso, es tolerable desde el punto de vista preventivo.

Sin embargo, este caso de la comunidad de peligro es el único que reconozco. El segundo caso que se discute entre nosotros, el caso de la “elección del mal menor”, no lo reconozco como causa de exculpación.

Como es sabido, fue WELZEL quien creó el famoso caso de discusión en el que un empleado del ferrocarril encargado de las agujas del tren observa como un tren de mercancías se dirige hacia un grupo de niños enfrascados en sus juegos; el empleado cambia entonces las agujas desviando, como había previsto, el tren hacia la vía contigua, con el resultado de que mueren dos trabajadores del ferrocarril. En este caso, WELZEL admite la exculpación con base en el principio de la elección del mal menor. No quisiera sumarme a ese paso, pues no es propio del ser humano jugar a ser el destino. En este caso se matan personas inocentes y que *per se* no estaban en peligro, por razones que quizás resulten comprensibles, pero que el Derecho no debe tolerar; pues si admitiésemos en este caso la exculpación, la sensación de seguridad jurídica en la sociedad sufriría daños demasiado graves. Es cierto que el caso del guardián de las agujas es un caso bastante artificioso, pero la constelación como tal podría adquirir gran relevancia práctica. WELZEL mismo menciona, si no me equivoco, en su *Tratado* el caso de un médico que en una clínica retira el aparato de respiración asistida a un paciente, muriendo éste, para conectarlo a otro paciente recién ingresado que tiene una probabilidad ligeramente superior de sobrevivir. Creo que este homicidio no puede ni justificarse ni exculparse. Si pudiese hacerse algo así impunemente, nadie entraría ya en una clínica sin tener que temer convertirse en víctima de tales medidas de ponderación.

Por consiguiente, creo que el único caso de exculpación supralegal que puede admitirse es el de la comunidad de peligro cuando es seguro que sin el comportamiento en cuestión, todos estarían perdidos; pues en este caso no se juega a ser el destino, sino que tan sólo se atenúa un destino colectivo inevitable.

¿La tortura como salvamento? *

* Título original: «Rettungsfolter», en *Strafrecht und Justizgewährung, Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag* [Libro-Homenaje a Kay Nehm en su 65º Aniversario], GRIESBAUM - HANNICH - SCHNARR (comps.), Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, Berlin, 2006, ps. 205-217.

Traducción de **JOSÉ R. BÉGUELIN**

(I)

INTRODUCCIÓN

La amenaza de aplicar torturas que llevó a cabo DASCHNER, vicepresidente de la policía de Frankfurt, se ha tornado en el caso penal más controvertido de la historia alemana de posguerra. Según se supo, DASCHNER ordenó amenazar con torturas a GAEEGEN, un joven jurista que había secuestrado a un niño. Con estas amenazas —a cuya ejecución DASCHNER estaba decidido, para el caso de que fuera necesario— quería que el joven revelara el escondite en donde DASCHNER creía que estaba encerrado el niño. GAEEGEN, que había realizado el secuestro a fin de obtener un rescate, confesó dónde se hallaba el niño bajo la presión de las amenazas de torturas. Pero no se pudo salvar al niño porque el joven lo había matado poco tiempo después de secuestrarlo.

La cuestión de si esas amenazas de torturas eran punibles o permitidas es objeto de una áspera discusión. Ciertamente, luego del desconcierto inicial, en todos los comunicados cuasi públicos se sostuvo que las amenazas de torturas no estaban permitidas. En ese sentido se expedieron el Tribunal Constitucional Federal¹ y sus presidentes², así

¹ *NJW* 2005, p. 657.

² PAPIER, *FAZ* [periódico *Frankfurter Allgemeine Zeitung*], 2/1/06, p. 2: Según él, rige una prohibición absoluta de la tortura que ni siquiera el legislador podría relativizar.

como el Tribunal Regional de Frankfurt³, en cuya sentencia, que con fuerza de cosa juzgada declaró a DASCHNER culpable de coacciones, por cierto no se decidió por una condena efectiva, sino por una condicional. La Federación Alemana de Jueces⁴ emitió el siguiente comunicado: “Está prohibido todo tipo de violencia —y la amenaza de aplicarla— para forzar una declaración (...) Debe excluirse toda relativización o limitación de esta prohibición, aun en casos excepcionales”. El presidente de la Federación de Jueces, MACKENROTH, quien inicialmente sostenía una valoración diferente de la situación jurídica, se retractó de ella expresamente⁵. Los abogados penalistas alemanes también consideraron que directamente toda amenaza con torturas estaba “absolutamente prohibida”⁶.

Por otro lado, no debe pasarse por alto que este punto de vista estricto se ha relativizado cada vez más y de diferentes maneras en la bibliografía reciente. Sólo mencionaré algunos ejemplos prominentes. HERDEGEN⁷ y STARCK⁸, comentaristas de la Constitución, así como otros autores⁹, están a favor de permitir una ponderación que en el caso concreto conduce a afirmar que no se ha lesionado la dignidad humana o, al menos, que el deber de proteger a la víctima es considerado más valioso que la prohibición de la tortura. En varias publicaciones, ERB¹⁰ sos-

³ NJW 2005, p. 692.

⁴ Declaración de prensa del 23/2/03; DRiZ 2003, p. 123.

⁵ Lo hizo en la declaración de prensa citada en la nota 4.

⁶ Así, en la invitación al Día de los Abogados Penalistas 2005, citado por HERZBERG, JZ 2005, p. 325, nota 14.

⁷ HERDEGEN, en MAUNZ - DÜRIG, GG, 42ª entrega complementaria, 2003, art. 1º, I, nº marg. 43-45.

⁸ STARCK, en MANGOLDT - KLEIN - STARCK, GG, art. 1º, ap. 1, nº marg. 71.

⁹ Con diferentes matices: BRUGGER, JZ 2000, p. 165 y ss., quien fue de los primeros en apoyar la permisión de la tortura en Alemania en casos excepcionales (al respecto, ROXIN, FS-Eser, 2005, p. 461 y ss.); GÖTZ, NJW 2005, p. 953 y ss.; WITTRECK, en Folter - zulassiges Instrument im Strafrecht?, GEHL (comp.), 2005, p. 37 y ss.

¹⁰ En Jura 2005, p. 24 y ss.; NStZ 2005, p. 593 y ss.; en Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat? Eine Verortung, NITSCHKE (comp.), 2005, nº marg. 149 y ss.

tiene el punto de vista de que la legítima defensa de terceros del Derecho penal —que, según él, DASCHNER podía invocar— justificaría la lesión de la dignidad humana provocada por la amenaza de torturas, así como también justificaría la lesión de las convenciones y pactos internacionales que prohíben la tortura. De la misma forma, JEROUSCHEK¹¹ entiende que la conducta de DASCHNER está penalmente justificada, pero que al mismo tiempo debe ser vista como contraria al Derecho policial y disciplinario. HILGENDORF¹² considera la posibilidad de “no subsumir en la prohibición de la tortura los casos menos graves”, entre los que podrían contarse las medidas ordenadas por DASCHNER. HERZBERG¹³ opina que “del art. 1º, GG de ninguna manera puede inferirse una prohibición de la tortura ni de las amenazas con torturas”. En el caso “Daschner”, considera permitida la amenaza con torturas, aunque no su ejecución. KÜHL¹⁴ y OTTO¹⁵ también tienden a justificar la tortura como salvamento.

El hecho de que al fundamentar los puntos de vista se acuda con frecuencia a formulaciones extremas, se condice con el ímpetu de esta discusión, en la que, desde luego, los opositores absolutos de todo tipo de tortura y amenazas de torturas siguen siendo mayoría¹⁶. HASSE-

¹¹ *JuS* 2005, p. 296 y s.

¹² *JZ* 2004, p. 331 (339).

¹³ *JZ* 2005, p. 321 y ss. (322).

¹⁴ LACKNER - KÜHL, *StGB*, 25ª ed., 2004, § 32, nº marg. 17, a; KÜHL, *Strafrecht AT*, 5ª ed., 2005, § 7, nº marg. 156, a.

¹⁵ *JZ* 2005, p. 473 y ss. (481); ídem, *Grundkurs AT*, 7ª ed., 2004, § 8, nº marg. 59.

¹⁶ BIELEFELD, en NITSCHKE (comp.), como en nota 10, nº marg. 95 y ss.; ENDERS, en NITSCHKE (comp.), como en nota 10, nº marg. 133 y ss.; HECKER, *Krit. Justiz*, 2003, p. 210 y ss.; ídem, *Libro-homenaje a la Verwaltungsfachhochschule de Wiesbaden*, 2005, p. 295 y ss.; HEUCHEMER, *JA* 2006; ídem, HAUSARBEIT, *JA* 2006; ISFEN, en *Die Bedeutung der MRK für die nationale Rechtsordnung*, ESSER et al. (comps.), 2004, p. 21 y ss.; JAHN, *KritV* 2004, p. 24 y ss.; JEßBERGER, *Jura* 2003, p. 711 y ss.; KAISER, *KrimJournal* 2003, p. 243 y ss.; KINZIG, en GEHL (comp.), como en nota 9, p. 11 y ss.; KRETSCHMER, *Recht und Politik*, 2003; KREUZER, en NITSCHKE (comp.), como en nota 10, nº marg. 35 y ss.; LÜDERSSEN, *FS-Rudolphi*, 2004, p. 691 y ss.; MARX, en GEHL (comp.), como en nota 9, p. 95 y ss.; MERTEN, *JR* 2003, p. 404 y ss.; NEUHAUS, *GA* 2004, p. 756 y ss.; NOROUZI, *JA*

MER¹⁷, vicepresidente de nuestro Tribunal Constitucional Federal, ve en la permisión —siquiera excepcional— de la tortura o de su amenaza la “pérdida de una representación divina. Se irrumpe en un ámbito no transitable que ninguna sociedad puede lesionar, aun cuando todos estuvieran de acuerdo en hacerlo”. Y el propio Tribunal Constitucional¹⁸ dijo con motivo del caso “Daschner” que la aplicación de torturas destruye “presupuestos fundamentales de la existencia individual y social del hombre”. Por otra parte, ERB, al contrario, ve precisamente en la punición de la tortura como salvamento “la cara inconfundible del totalitarismo”¹⁹; según él, este principio reclama “el dominio total sobre el hombre” y “así deviene en ideología totalitaria”²⁰.

Son palabras fuertes en ambos frentes de la discusión. Ciertamente, es entendible la consternación existencial de ambas partes, reflejada en esas palabras. Pues, justamente en vista de la situación política mundial, es horroroso que se tambalee la prohibición de la tortura, una de las mayores conquistas del Estado de Derecho y, tal como lo muestra el ejemplo de los Estados Unidos de América, una conquista por la que todavía se debe luchar. Pero también es grave que un hombre probablemente tenga que morir porque la prohibición de la tortura impida su salvamento.

La dificultad ético-jurídica del dilema y el sinnúmero de nuevas y divergentes tomas de posición me mueven a abordar el tema una vez más²¹. Aquí contestaré tres preguntas. ¿Qué dice el Derecho vigente respecto de la permisión de la “tortura como salvamento”? (II). En el caso “Daschner”, ¿se dio, acaso, una situación de legítima defensa?

2005, p. 306 y ss.; PERRON, *FS-U. Weber*, 2004, p. 143 y ss.; SALIGER, *ZStW* 116 (2004), p. 35 y ss.; SCHILD, en GEHL (comp.), como en nota 9, p. 59 y ss.; ídem, en NITSCHKE (comp.), como en nota 10, n.º marg. 69 y ss.

¹⁷ Periódico *Süddeutsche*, 27/2/03 (= *DRiZ* 2003, p. 122).

¹⁸ *NJW* 2005, p. 657.

¹⁹ *Jura* 2005, p. 30.

²⁰ En NITSCHKE (comp.), como en nota 10, n.º marg. 165.

²¹ Ya había expresado mi opinión al respecto en el *FS-Eser*, 2005, p. 461 y ss., y aquí me remito a ese texto de manera complementaria.

(III). Y, ¿cómo debe valorarse la solución jurídica desde el punto de vista jurídico-político? (IV).

(II)

¿PUEDE ESTAR PERMITIDA LA TORTURA COMO SALVAMENTO?

Comienzo, entonces, con la cuestión acerca de si es posible permitir la tortura como salvamento. No pocos consideran —entre ellos, el Tribunal Regional de Frankfurt que decidió el caso— que la situación jurídica es unívoca en el sentido de que la prohibición de la tortura y su amenaza no admite excepciones y, por lo tanto, tampoco la admite en el presente caso²². Comparto esta opinión. El art. 1º, I, 1 de la GG declara que la dignidad humana es “inviolable”. El art. 104, I, 2 de la GG establece que la persona detenida no podrá “ser sometida a maltrato físico ni espiritual”. Junto a ello existe un sinnúmero de convenciones y pactos internacionales que prohíben la tortura²³. Con arreglo al art. 25 de la GG, estos últimos son parte vinculante del Derecho federal, ya sea porque han sido ratificados o porque son reglas generales del Derecho de Gentes²⁴. Ninguna de estas reglas prevé algún tipo de excepción a la prohibición de la tortura, a pesar de que es de común conocimiento la posibilidad de aplicar torturas para poner fin a una situación de necesidad. Existen varias reglamentaciones que en Alemania gozan de rango de ley, que, incluso *expressis verbis*, excluyen todo tipo de excepción. Con arreglo al art. 15, II del Convenio Europeo de Derechos

²² Tribunal Regional de Frankfurt, *NJW* 2005, p. 695: “La situación legal es unívoca”. El fiscal general (re.) SCHÄFER, *NJW* 2003, p. 947, subraya que no puede relativizarse “esta situación jurídica totalmente unívoca, a saber, la prohibición forzosa e incondicional de la tortura”. El abogado DÜX, *ZRP* 2003, p. 180, sostiene que “la situación jurídica es totalmente unívoca: la aplicación o la amenaza de violencia para obtener una declaración de una persona detenida está sujeta a una prohibición absoluta sin ningún tipo de excepciones”. Y, como éstos, podrían citarse muchos ejemplos más.

²³ Por ejemplo, confróntese tan sólo la exposición de KINZIG, en GEHL, como en nota 9, p. 16 y ss.

²⁴ El Estatuto de Roma (art. 7º, I, f, II, e) y el Código alemán de Derecho Penal Internacional (§ 7, I, nº 5) estigmatizan a la tortura en caso de ataques contra la población civil como “crímenes contra la humanidad”.

Humanos, aun "en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación" no está permitido derogar la prohibición de la tortura²⁵. Y la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas, vigente en Alemania desde 1990, establece en el art. 2º, II: "En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura".

Desde el aspecto jurídico-procesal, el § 136, a, I de la Ordenanza Procesal Penal (*StPO*) prohíbe todo maltrato del acusado, así como también la amenaza con malos tratos, y lo sanciona en el ap. 3º con la prohibición de valoración. En lo tocante a las medidas policiales preventivas para repeler peligros, el § 12, IV de la Ley de Seguridad y Orden del Estado de Hessen remite al § 136 a *StPO* y, además, el § 52, II declara excluida la fuerza directa para obtener una declaración.

Ahora bien, ¿cómo es posible, en vista de esta cantidad de enérgicas prohibiciones que casi no encuentra parangón en el ordenamiento jurídico, concluir no obstante en la justificación de la tortura como salvamento? Dejando de lado diferencias menores de fundamentación, entre sus partidarios existen, en esencia, dos propuestas, a las que llamaré solución de la ponderación y solución de la diferencia. A ellas se agregan la solución de la minimización, que es objeto de consideración en la bibliografía, y la solución intermedia, que ha sido sostenida con vehemencia por HERZBERG. En lo sucesivo examinaré cada una de estas propuestas.

a — La solución de la ponderación

La solución de la ponderación, en cuyo campo puede citarse a modo de ejemplo a BRUGGER, GÖTZ o WITTRECK²⁶, se basa en la idea de que si bien la tortura implica una lesión de la dignidad humana, el Estado

²⁵ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 también proclama en su art. 7º, 1ª oración, que la prohibición de la tortura es vinculante aun en caso de estado de emergencia pública.

²⁶ Véase, respecto de los tres autores, la nota 9. Con todo, WITTRECK no ve el homicidio *per se* como una lesión de la dignidad humana, sino que exige, además, circunstancias humillantes.

también está obligado a proteger la dignidad humana de sus ciudadanos en virtud del art. I de la GG. Según ello, los deberes de respetar y de proteger la dignidad humana son de igual valor. En el caso del secuestro bajo análisis, podría argumentarse que sólo puede realizarse una de las dos pretensiones: la de respeto o la de protección. Entonces, inevitablemente debería realizarse una ponderación y, en el caso concreto, razonablemente dar preferencia a la pretensión más valiosa: la vida de la víctima del secuestro representa el mayor valor frente a la integridad física y mental del secuestrador. Por lo tanto, la tortura como salvamento sería conforme a Derecho, a pesar de las tantas prohibiciones de la tortura.

Esto parece convincente, pero sin embargo es desacertado y, por cierto, por dos razones. En primer lugar, porque la obligación de respeto es ilimitada, pero la obligación de protección existe sólo en el marco de las posibilidades de un Estado de Derecho. En el punto en que la protección sólo puede llevarse a cabo mediante una lesión de la dignidad del hombre, finaliza la obligación de protección del Estado. Independientemente de ello, es un principio reconocido del Derecho penal el que en caso de colisión entre un deber de omitir y uno de actuar, el deber de omitir tiene prioridad, por ejemplo, en el famoso caso de los médicos de la eutanasia, que en la época del nacionalsocialismo entregaron algunos pacientes psiquiátricos para que fueran muertos y así poder salvar a la mayoría restante, que de otro modo también habría sido asesinada, toda la opinión dominante aboga por la antijuridicidad de tal "homicidio como salvamento" (tal como se lo podría llamar por analogía con la tortura como salvamento)²⁷. Entonces, el deber de respetar la dignidad humana tiene prioridad sobre el deber estatal de protegerla. De otra manera, se abrirían todas las puertas a una nueva instauración mucho más amplia de la tortura estatal, porque podría aplicarse de manera general para repeler actividades peligrosas para la vida. De la prohibición de la tortura ya no quedaría nada.

La segunda razón por la que debe rechazarse la tesis de la ponderación radica en que, aun bajo la condición de que sea posible una ponde-

²⁷ Respecto de esta problemática, cf., con más referencias, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, t. 1, § 16, n° marg. 33 y ss., p. 117.

ración, no hay nada que ponderar, porque las numerosas prohibiciones de la tortura no sólo no permiten en ningún lugar una excepción, sino que reiteradamente excluyen de manera expresa tales excepciones. Si el art. 2º, II de la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas —por mencionar sólo esta reglamentación universal— no permite “en ningún caso” justificar la tortura por “circunstancias excepcionales”, no puede afirmarse entonces que por las circunstancias excepcionales del caso “Daschner” la tortura hubiera estado permitida²⁸. Muy probablemente, el legislador ha contemplado la posibilidad de que se dieran circunstancias excepcionales, pero con la expresión “en ningún caso” quiso evitar que todo tipo de situación imaginable pudiera hacerse valer como justificación de la tortura.

Los intentos de fundamentar excepciones a pesar de lo dicho no me parecen afortunados. ERB²⁹ pretende derivar del mencionado art. 2º, II de la Convención contra la Tortura, que expresamente rechaza el estado de guerra y el de emergencia pública como causa de justificación de la tortura, la conclusión de que la Convención no considera que una situación como la del caso “Daschner” sea una “circunstancia excepcional”, a pesar del reforzamiento “patético” —según sus palabras— de la expresión “en ningún caso”. Pero estas palabras no son de ningún modo patéticas, sino una prosa enérgica y sobria. Excluyen categóricamente la totalidad de las “circunstancias excepcionales” imaginables que pudieran servir de justificación.

La mención, a modo de ejemplo, de la guerra y la emergencia pública abarca puestas en peligro mucho más graves y no puede ser interpretada en el sentido de que las puestas en peligro comparativamente menores permitan aplicar torturas. La inferencia *a maiore ad minus* conduce, antes bien, a la conclusión obvia de que también están prohibidas. Es llamativo que el profesor DERSHOWITZ, de Harvard, frecuentemente citado como partidario de permitir la tortura como salvamento en casos extremos, no reconozca como tal al caso “Daschner” y diga: “El argumento a favor de un medio tan excepcional como la tortura no

²⁸ Del mismo modo, muy claro, HERZBERG, *JZ* 2005, p. 324.

²⁹ *Jura* 2005, p. 28.

es particularmente fuerte cuando se trata de una sola persona”³⁰. En consecuencia, el punto de vista de ERB excede las posibilidades de toda interpretación literal y apropiada.

b — La teoría de la diferenciación

Analizaré ahora la segunda propuesta, en la que ERB se destaca como el partidario más comprometido. Él no niega que la tortura y su amenaza sean un menoscabo de la dignidad humana y que al Estado como tal no le estén permitidas en ningún caso. ERB dice: “Es cierto que el infligir un mal para forzar la revelación de información implica una injerencia en la dignidad del hombre y que a la fuerza estatal, según el art. 1º, ap. 1º de la GG, le está prohibido sin excepciones tomar tales medidas”³¹. Según ERB, el Estado no puede, “mediante actos propios, rebajar la dignidad de un ciudadano, ni siquiera para proteger la dignidad de otro”³². Sin embargo —y aquí reside la diferenciación—, DASCHNER estaría justificado; por cierto, no lo estaría en virtud del Derecho público, pero sí por el Derecho privado de legítima defensa de terceros del § 32 del *StGB*. Pues, según ERB, DASCHNER quiso repeler la agresión a la víctima por parte del secuestrador mediante la amenaza de torturas. ERB eleva a la legítima defensa de terceros al rango de un derecho natural frente al cual no puede haber lugar para ninguna prohibición estatal³³.

O sea que, con arreglo a esta teoría, el Estado no puede, bajo ningún concepto, ordenar torturas, ni aun en situaciones de legítima defensa, pero tampoco puede impedir que sus funcionarios las apliquen. El propio ERB dice: “Hay que reconocer que parece paradójico prohibirle al Estado, sin excepciones, el uso de torturas como instrumento del rechazo estatal de peligros y, al mismo tiempo, prohibirle que evite mediante conminaciones penales o de otra índole que sus funcionarios, en

³⁰ Periódico *Die Zeit*, 15/12/05, nº 51, p. 58.

³¹ *Jura* 2005, p. 26.

³² Periódico *Die Zeit*, 9/12/04, nº 51, p. 15.

³³ *Jura* 2005, p. 29.

una situación aguda, prácticamente se salgan de su rol y, con el mismo objetivo, recurran exactamente a aquel medio”³⁴.

Efectivamente, su teoría fracasa a causa de esta contradicción. El Derecho penal no puede permitirle a los funcionarios lo que la Constitución y el Derecho público le prohíben al Estado. DASCHNER no actuó como un particular, sino en su calidad de alto funcionario estatal, haciendo uso de sus facultades de impartir órdenes y recurriendo a especialistas policiales. En tal situación, en que se ejerce la coacción estatal ilustrativamente, no es posible considerar que un funcionario pueda “salirse de su rol”—algo que, además, DASCHNER nunca tuvo en mira—y sustraerse a todas las obligaciones vinculadas con ese cargo mediante una aparente acción privada de legítima defensa de terceros. La sujeción del actuar policial al Derecho de Gentes, a los convenios internacionales y a las leyes nacionales se tornaría en una farsa si bastase con que los funcionarios que ejercen la coacción estatal declarasen que actúan en legítima defensa particular de derechos de terceros para estar exentos de todos esos condicionamientos.

ERB intenta sostener sus conclusiones adjudicándole a la legítima defensa de terceros rango de derecho natural³⁵. Cuando el Estado se ve incapacitado para evitar un homicidio, quien ejerce legítima defensa de terceros se halla en un “estado de naturaleza”, es decir, en una situación “como si no existiera el Estado (...) Por lo tanto, el mandato de la norma que impide que esa persona ejecute las (...) medidas necesarias carece de toda legitimidad desde el comienzo ...”.

Pero, contra las reglas constitucionales de un Estado de Derecho basadas en el Derecho de Gentes mal puede recurrirse a un derecho natural que estaría por encima de ellas, pues es mucho más lógico asignarle rango de derecho natural a la prohibición de la tortura que al derecho de legítima defensa de terceros, respecto del cual nuestro mayor comentario del Código Penal³⁶ reconoce que “hoy en día, se considera

³⁴ Jura 2005, p. 29.

³⁵ Jura 2005, p. 27; detalladamente: NStZ 2005, p. 593 y ss.

³⁶ *LK-Hirsch*, 11ª ed., 1992, § 32, n.º marg. 12. [*N. del T.*]: El comentario de LEIPZIG al Código Penal es el más voluminoso de los códigos penales comentados que existe en la actualidad en Alemania.

que la legítima defensa de terceros tiene un gran déficit de fundamentación”. Pero, sobre todo, no es cierto que el Estado esté fácticamente impedido de prestar auxilio, lo que podría fundar por sí solo el estado de naturaleza. El Estado sí podría ayudar, pero no le está permitido. Y si no le está permitido, tal como lo reconoce ERB, entonces no puede en absoluto permitir que sus funcionarios actúen en ejercicio de la coacción estatal de una manera que le está prohibida al Estado.

De ello se sigue que si es que no se quiere privar completamente a los funcionarios estatales del recurso al derecho de legítima defensa —como, en cambio, lo pretende una amplia opinión³⁷—, este último tiene que interpretarse en el sentido de que no ampara menoscabos constitucionales de la dignidad humana. Se trata aquí de una restricción ético-social derivada del principio de la acreditación del derecho (*Rechtsbewährung*), uno de los principios portantes del derecho de legítima defensa: dado que el derecho no puede acreditarse por acciones contrarias al Derecho constitucional y de gentes, la legítima defensa de terceros mediante torturas nunca será “imperiosa” en el sentido del § 32, I*.

Ciertamente, ERB³⁸ opina que el concepto de lo “imperioso” no contiene puntos de referencia para fundar restricciones ético-sociales y que, además, para ese fin es demasiado indeterminado. Sin embargo, pasa por alto el hecho de que, con la inserción de este criterio en la ley, el legislador quiso, *expressis verbis*, “someter el derecho de legítima defensa a restricciones basadas en motivos ético-sociales”³⁹, y que nunca puede hablarse de indeterminación —más allá de lo que suceda en otros casos— cuando una conducta como la de torturar está unívocamente prohibida por normas jurídicas del más alto rango. Independientemente del elemento de lo imperioso, la restricción de la legítima

³⁷ Cf., con mayor detalle, ROXIN, como en nota 27, § 15, n° marg. 108 y ss.

* [N. del T.]: § 32, StGB. “Legítima defensa. I. Quien cometa un hecho que sea imperioso según la legítima defensa, no actuará antijurídicamente. II. Legítima defensa es la defensa que es necesaria para impedir una agresión antijurídica actual, para uno mismo o para otro”.

³⁸ NStZ 2005, p. 596.

³⁹ Antecedentes parlamentarios del Bundestag, V/4095, p. 14.

defensa también se derivaría directamente del principio de acreditación del derecho, según el cual, conforme se subraya en la fundamentación de la ley⁴⁰, con la legítima defensa propia y de terceros siempre “se defiende, al mismo tiempo, el ordenamiento jurídico como tal”: el ordenamiento jurídico no puede defenderse mediante métodos de tortura prohibidos.

Al igual que ERB argumenta JEROUSCHEK⁴¹, pero independientemente de él y con una diferenciación aun más aguda. Él considera que las prohibiciones de la tortura del Derecho penal internacional no se ajustan “al agravamiento extremo de una situación de legítima defensa”. Según él, desde luego que tienen primacía en casos de puestas en peligro masivas (guerra y emergencia interna) y, así, también en otras situaciones extremadamente graves. Pero la estricta prohibición, en todos los casos, de excepciones por circunstancias extraordinarias comprende también las puestas en peligro individuales causadas por torturas en legítima defensa de terceros —que, ciertamente, son cuantitativamente menores—. Por otro lado, JEROUSCHEK opina que no ha sido convenido que el Estado tenga que imponer la proscripción de la tortura con los medios del Derecho penal. Por ello, considera que DASCHNER estaba jurídico-penalmente justificado, pero que, al mismo tiempo, su conducta debería ser sancionada disciplinariamente por infringir el Derecho policial.

Pero, en contra de ello habla el art. 4º, I, 1 de la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas, según el cual todo Estado Parte “velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal”. Entonces, la República Federal Alemana no sólo está obligada a prohibir, sino también a castigar penalmente los actos de tortura. Además, tal como expuse al analizar la argumentación de ERB, la legítima defensa alemana no puede interpretarse en el sentido de que abarque la tortura como salvamento. Y, por último, ya en vista de la cuestión de si está permitido ejercer legítima defensa a favor del torturado —por ejemplo, por parte de funcionarios de policía que rechacen

⁴⁰ Antecedentes parlamentarios del Bundestag, IV/650, p. 157.

⁴¹ *JuS* 2005, p. 296 y ss.

la tortura—, no es posible declarar que la tortura es al mismo tiempo antijurídica y conforme a Derecho⁴².

c — La solución de la minimización

HILGENDORF ha introducido en la discusión una solución que en el caso “Daschner” conduce a la justificación por medio de considerar que el mal amenazado al secuestrador no era suficiente como para constituir torturas⁴³. Según él, se debe permitir el infligir un mal por debajo del umbral del menoscabo de la dignidad humana —superar ese umbral, según él, no está justificado—. Entonces, la amenaza de dislocarle a GAEFGEN la articulación de la muñeca sería infligir un mal, pero no una tortura. En el mismo sentido, OTTO considera que el secuestrador no tenía el derecho a que “no se le infligiera ningún tipo de mal” para que confesase dónde se hallaba el escondite, pero “por su conducta tampoco se lo podía privar de todos sus derechos”⁴⁴.

En contra de ello existen dos reparos. En primer lugar, en el caso en cuestión no puede hablarse de amenazas de padecimientos mínimos o soportables. Antes bien, al secuestrador se lo amenazó con que un especialista que estaba por llegar en avión le causaría graves sufrimientos, “como nunca había padecido”⁴⁵. El Tribunal Regional de Frankfurt determinó que, “de acuerdo con las palabras empleadas” el mal amenazado sería “significativo y tan grave que quebraría toda voluntad contraria”⁴⁶. Dado que la definición legal del art. I, 1 de la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas designa como tortura el infligir “dolores (...) graves (...) físicos” para obtener información o una confesión, en el caso “Daschner” no puede haber ninguna duda razonable respecto de la existencia de amenazas de torturas.

⁴² Al respecto, con mayor detalle y acertadamente, HEUCHEMER, *JA* 2006.

⁴³ *JZ* 2004, p. 331 y ss. (338).

⁴⁴ *JZ* 2005, p. 481.

⁴⁵ Cf. la descripción de los hechos que hizo HEUCHEMER, el abogado patrocinante de GAEFGEN, en un caso de estudio desarrollado por él en *JA* 2006.

⁴⁶ *NJW* 2005, p. 693.

En segundo lugar, la solución de la minimización fracasa también porque tiene dificultades básicas de delimitación. Pues normalmente una amenaza de infligir sufrimientos mínimos a los que la víctima puede resistirse no tendrá ningún éxito. El sufrimiento tiene que ser irresistible si es que se pretende alcanzar el efecto deseado. Es una empresa sin esperanza el querer trazar una línea divisoria entre sufrimientos graves y sufrimientos irresistibles, por debajo de la cual todavía no se daría un caso de torturas. Asimismo, en razón de la indeterminación de ese límite, la posibilidad de cometer abusos sería tan grande que la solución queda descartada desde el comienzo⁴⁷.

d — La solución intermedia

HERZBERG ha desarrollado esta tesis, según la cual no está permitido infligir sufrimientos físicos por torturas, pero sí lo está amenazar con ellas⁴⁸. Este autor reduce el significado autónomo del mandato de respetar la dignidad humana al principio de proporcionalidad —que, de acuerdo con su parecer, aquí no se ve lesionado— y a reglamentaciones legales de la tortura, y considera que estas últimas no comprenden la amenaza de torturas. Al respecto es cierto que, independientemente del § 136a de la *StPO*, la mera amenaza no se menciona expresamente en las numerosas prohibiciones de la tortura. Pero ello tampoco es necesario, pues las modernas definiciones de la tortura basadas en el modelo del art. I, 1 de la Convención contra la Tortura comprenden como tal los “dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales”, es decir que quedan incluidos en el concepto de tortura los menoscabos mentales.

Por lo tanto, las amenazas que tuvieron lugar en nuestro caso, consistentes en el anuncio de sufrimientos como los que GAEFGEN nunca había padecido y que quebrarían toda voluntad contraria, tienen que ser consideradas en sí mismas como torturas, de manera que la conducta amenazante de la policía está tan prohibida como lo está una tor-

⁴⁷ El propio HILGENDORF tampoco ha podido cerrarse a este argumento, *JZ* 2004, p. 338.

⁴⁸ *JZ* 2005, p. 325.

tura que efectivamente se lleve a cabo⁴⁹. El efecto quebrantador de la voluntad es el mismo; y el que la imposición de un sufrimiento físico no es un elemento del concepto de la tortura está fuera de discusión.

Frente a esto, HERZBERG entiende que el temor a las amenazas de aplicar torturas no puede producir un sufrimiento mental, ya que el amenazado sólo tendría que realizar la confesión buscada para evitarlo⁵⁰. Pero puesto que bajo ninguna circunstancia quiere hacerla voluntariamente, es justamente el temor a las amenazas que quiebra toda su voluntad el que lo motiva a ello. Que ese temor irresistible es un grave sufrimiento mental no puede negarse de manera convincente. De otro modo, ¿qué quiere decir el legislador con “dolores o sufrimientos mentales”? Según HERZBERG, ello se refiere, por ejemplo, al caso en que un coautor, mediante su declaración, traiciona a otro. Pero no es convincente que los por él llamados “motivos morales” que le impiden al coautor traicionar a su compañero —motivos que, además, en general desconoce quien amenaza con torturas—, causen mayores sufrimientos mentales que el temor a los sufrimientos físicos irresistibles.

Contra la permisión de las amenazas de torturas yo también había opuesto el reparo de que ni siquiera aseguran el resultado deseado. “Pues cuando el autor sabe que la tortura no podrá llevarse a cabo, no dejará influenciarse por las amenazas”⁵¹. Frente a esto, HERZBERG responde que el acusado “normalmente” no conoce la prohibición de la tortura y que, por ejemplo, los disparos policiales de advertencia no son inútiles en los casos en que luego no pueden efectuarse disparos dirigidos directamente contra los agresores⁵². Sin embargo, deberá reconocerse que tras las discusiones de los últimos años mantenidas en todos los medios, al menos los futuros secuestradores están muy bien informados de que la tortura policial no está permitida. Y en el caso de un

⁴⁹ Por lo demás, es ampliamente reconocido que la amenaza de torturas puede considerarse como una tortura; cf., por todos, en GEHL (comp.), como en nota 9: KINZIG, p. 16 y ss.; SCHILD, p. 61; MARX, p. 102; ESSER, ps. 148 y 149. Además, NEUMANN, GA 2004, p. 532, nota 70, así como las referencias bibliográficas en las notas 6 y 22.

⁵⁰ JZ 2005, p. 328.

⁵¹ FS-Eser, 2005, p. 464.

⁵² JZ 2005, p. 328.

disparo policial al aire al que no puede seguir uno dirigido contra el agresor, este último lo tomará como una advertencia, pero no como una amenaza de muerte; y ello con total independencia de que tal disparo de advertencia no tendrá por consecuencia una confesión forzada a la que el declarante no puede resistirse.

Entonces, mi conclusión es la siguiente: la amenaza de sufrimientos físicos irresistibles es, en sí misma, una tortura, y aun en caso de que estuviera permitida, no constituye una medida policial preventiva que tenga efectos prácticos.

(III)

¿HUBO EN EL CASO «DASCHNER», EN ABSOLUTO, UNA SITUACIÓN DE LEGÍTIMA DEFENSA?

La cuestión tratada hasta aquí —que finalmente he rechazado— de si la tortura como salvamento puede estar permitida eventualmente como legítima defensa de terceros, se basa en la premisa de que, al fin y al cabo, se da una situación de legítima defensa. Pero en los hechos que constituyen el punto de partida de esta discusión ni siquiera se dio tal situación. Al respecto, dejo de lado cuestiones controvertidas como la de si la policía puede recurrir, en absoluto, al derecho de legítima defensa⁵³ y la de si en el silencio del acusado puede verse una agresión actual⁵⁴. Pues ambas pueden afirmarse con buenas razones. Pero todavía queda el hecho de que, en el caso de Frankfurt, la tortura no podía ser “necesaria”, en el sentido del § 32 del *StGB*, ni objetivamente ni tampoco desde la perspectiva de la policía.

Ya el Tribunal Regional de Frankfurt ha subrayado que en el caso “Daschner” no se dio una situación excepcional extrema, es decir que no hubo “necesidad” de tortura para salvar una vida humana⁵⁵. Para

⁵³ Cf., al respecto, nota 37.

⁵⁴ Al respecto, cf. por todos KRETSCHMER, *Recht und Politik*, 2003, p. 112: “El no revelar el escondite no es (...) una agresión”. En el mismo sentido, SCHILD, en NITSCHKE (comp.), como en nota 10, n.º marg. 85 y ss.

⁵⁵ *NJW* 2005, ps. 695, 692.

afirmar esto, el tribunal se basó en que el estado de la investigación todavía no era claro, en la posibilidad de que hubiera coautores que tuvieran que tomar una decisión respecto del niño, y en un “plan escalonado” elaborado por los jefes policiales de sección que, entre otras cosas, tenía previsto confrontar al secuestrador con los parientes de la víctima. Debido a la falta de información más precisa, no se puede valorar si se trata de alternativas reales a la aplicación de torturas. No obstante, demuestra que, en todo caso, el entorno policial de DASCHNER previó otras posibilidades de salvamento.

A ello se suma otra circunstancia decisiva. Dado que la exigencia del rescate se había malogrado definitivamente en razón de que el secuestrador había sido detenido, su interés sólo podía ser el de salir bien parado del asunto y evitar una pena de prisión perpetua. Si el niño secuestrado hubiera estado vivo, como lo suponía DASCHNER, confesar dónde estaba el escondite habría definitivamente librado al secuestrador de una pena de prisión perpetua y, gracias a las disposiciones relativas al desistimiento y al § 239 a, IV, le habría posibilitado atenuaciones adicionales. Si se le hubiera explicado esto a GAEFGEN de manera drástica y él, pese a ello, hubiera permanecido en silencio, sólo una sola conclusión habría sido posible: el autor quiere ocultar que ya ha dado muerte a su víctima. Entonces, la amenaza de torturas habría sido inútil.

Por lo tanto, si se le explicaba a GAEFGEN con insistencia que posibilitando el salvamento del niño mejoraría de manera esencial su situación, la amenaza de aplicar torturas no era necesaria en modo alguno. Ello ha sido señalado desde hace tiempo por diferentes autores —entre los que me incluyo—⁵⁶. El único partidario de la tortura como salvamento que ha contestado este argumento es ERB⁵⁷. Según él, “a la postre, seguramente mucho habla a favor de que (...) GAEFGEN habría estado dispuesto a dar información verdadera sin la amenaza de torturas si el niño aún hubiera estado vivo y el salvamento le hubiera ase-

⁵⁶ HAMM, *NJW* 2003, p. 946; LÜDERSEN, *FAZ*, 25/2/03, p. 13; NEUMANN, *GA* 2004, p. 539; ROXIN, *FS-Eser*, 2005, p. 469 y s.; FR.-CHR. SCHROEDER, *ZRP* 2003, p. 180.

⁵⁷ En NITSCHKE (comp.), como en nota 10, n° marg. 149.

gurado beneficios jurídicos". Pero, de acuerdo con ERB, esto no permite "en modo alguno" llegar a la conclusión de que el silencio del secuestrador indicaría que la víctima ya estaba muerta. Antes bien, aquí tendría que "tomarse en consideración el alto grado de irracionalidad que es usual en la comisión de delitos".

No puedo estar de acuerdo con esto. Pues no sólo "mucho habla a la postre" de que el secuestrador habría aprovechado los beneficios de un posible salvamento de la víctima si se le hubiera explicado intensivamente la situación, sino que *ya desde el comienzo todo* hablaba a favor de ello. Los motivos frecuentemente irracionales de la comisión de delitos no hablan en contra de ello. Pues aquí, para el secuestrador descubierto lo importante era solamente asirse de la posibilidad de evitar la pena de prisión perpetua. El que el autor —un jurista formado— hubiera estado impedido por motivos irracionales es una suposición lejana.

Pero esto, todavía, ni siquiera es decisivo, pues aun cuando la tortura como salvamento estuviera permitida en los casos más extremos, primero debería intentarse el medio menos lesivo, es decir, insistir en aclararle al secuestrador su situación jurídica. Para ello había tiempo de sobra, ya que las torturas anunciadas requerían primero que llegase un especialista en avión. Por ello, había otras posibilidades de esclarecer la situación de hecho, de manera que la amenaza de torturas no sólo no era imperiosa, sino que además ni siquiera era necesaria.

(IV)

¿CÓMO DEBE VALORARSE ESTA CONCLUSIÓN DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICO-POLÍTICA?

Aun si se comparte mi conclusión, sigue siendo trágico el resultado de que, dado el caso, deba renunciarse a la posibilidad de salvar una vida en razón de la prohibición de la tortura. ¿No es el ordenamiento jurídico demasiado riguroso cuando impone la prohibición absoluta de la tortura aun a costa de una vida humana? Supongo que, en última instancia, es la respuesta afirmativa a esta pregunta la que hizo aparecer a los partidarios de la tortura como salvamento.

No obstante, también hay motivos que son jurídico-políticamente buenos y probablemente vinculantes, que hablan a favor de la prohibición absoluta de la tortura. Con la mayor brevedad, sólo nombraré cuatro de ellos. Al respecto, cabe la advertencia digna de consideración de que incluso JAN PHILIPP REEMTSMA, quien fue víctima de un secuestro, se ha expresado de manera decidida en contra de permitir la tortura como salvamento⁵⁸.

En primer lugar debe indicarse que nuestro ordenamiento jurídico renuncia a salvar personas por motivos mucho menores que los que presenta la prohibición de la tortura. Según el punto de vista absolutamente dominante, no está permitido, por ejemplo, obligar a donar sangre aun cuando fuera la única manera de salvar una vida humana⁵⁹. Hasta el momento, la crítica que he formulado en contra de ello no ha encontrado eco. Mucho más extremo es que numerosas personas mueran a falta de órganos para transplante sólo porque el legislador prohíbe y penaliza toda donación de órganos adecuadamente remunerada (§ 17 de la Ley de Transplante de Órganos), a pesar de que si los seguros médicos se hicieran cargo de esos costos se evitaría todo abuso y el privilegio de los ricos. Incluso la donación altruista *inter vivos* está prohibida —excepto entre personas muy cercanas— y conduce al castigo de quien practica la extirpación del órgano (§ 19, II, 8, 2ª oración de la LTO). Aquí, entonces, el legislador no sólo frustra el salvamento de vidas humanas, sino que además lo penaliza, a pesar de que las razones que hablan a favor de ello ni siquiera se aproximan al peso de aquellas que hablan a favor de la prohibición de la tortura.

En segundo lugar, debe tomarse en cuenta muy seriamente el peligro de ruptura del dique, es decir, de un aumento de la tortura insopor- table en un Estado de Derecho, una vez que se comienza con las permi-

⁵⁸ REEMTSMA, *Folter im Rechtsstaat?*, 2005: “Forma parte del Estado de Derecho moderno la garantía de los ciudadanos de que el Estado nunca los someterá a tratos que quiebren su voluntad y que, así, los nieguen como sujetos de derecho” (p. 126). Permitir la tortura como salvamento “modificaría nuestra cultura jurídica en sus bases” (p. 129).

⁵⁹ Cf., con otras referencias, ROXIN, como en nota 27, § 16, n° marg. 48 y s.

siones⁶⁰. Pues con demasiada frecuencia los terroristas, los rebeldes y muchas formas del crimen organizado ponen en peligro vidas humanas para cuyo salvamento la tortura de aquellos que cayeran en manos de la policía sería un método eficaz. La lucha estadounidense contra el terrorismo ha demostrado cuán rápido puede desarrollarse esa tendencia. Este riesgo de ruptura del dique, que probablemente representa el argumento más fuerte a favor de mantener la prohibición absoluta de la tortura, es negado, ciertamente, por parte de ERB, quien habla de una "suposición desprovista de toda plausibilidad"⁶¹. Según él, la permisión de la tortura como salvamento puede restringirse a agresiones actuales y a la "defensa de una víctima concreta del delito que tiene una cara y un nombre". Pero esto no es practicable. Si en el caso "Daschner", tal como lo pretende ERB, se hubiera permitido la tortura como salvamento, ya no podría explicarse de manera jurídico-políticamente convincente por qué no debería estar permitida para evitar un ataque terrorista que amenaza a miles de hombres, aun cuando ese ataque todavía no hubiera alcanzado del todo la etapa de ejecución y la identidad de las víctimas no se hallara determinada desde el comienzo.

En tercer lugar, no debe subestimarse el riesgo de error. Aun en el caso "Daschner" se supuso erradamente que todavía había una agresión subsistente, a pesar de que, ya desde el comienzo, era muy improbable. ERB pretende invalidar este reparo cuando dice que no quiere dejar impune a nadie que "maltrate a otro cuya cualidad de agresor no sea absolutamente evidente"⁶². Pero esto contradice la justificación que él sostiene en el caso "Daschner". Tampoco puede desarrollarse una regulación específica del error para la tortura como salvamento, si es que se la permitiera. Aun aquel que, por inobservancia del deber de cuidado, crea que se dan los presupuestos, actuará en error de tipo per-

⁶⁰ POSCHER, JZ 2004, p. 756 y ss., lo describe de forma muy gráfica. Cf. también HILGENDORF, JZ 2004, p. 336, quien advierte que "precisamente es típico de la tortura el no reconocer límites jurídicos y el librar al torturado al arbitrio ilimitado del torturador".

⁶¹ NStZ 2005, p. 601.

⁶² En NITSCHKE (comp.), 2005, como en nota 10, n° marg. 155.

misivo —es decir, sin dolo— y no podrá ser castigado por amenaza negligente de tortura; si en efecto la aplica, sólo podrá ser castigado por lesiones imprudentes. Las condenas erróneas —que siempre existen— demuestran que ninguna experiencia basada en una creencia garantiza seguridad; ello vale aun mucho más cuando se cree que se debe actuar con suma rapidez.

En cuarto lugar, si efectivamente se quisiera permitir la tortura como salvamento, su ejecución debería estar sujeta a reglas jurídicas⁶³. El modo y la medida de la tortura permitida deberían estar determinados en detalle, como por ejemplo, lo estaba en los “lineamientos para técnicas de interrogatorios” de las fuerzas armadas estadounidenses en Irak⁶⁴. Necesitaríamos gente con una instrucción especial en torturas y médicos torturadores. En una palabra: se crearía un escenario del horror que los hombres que piensan en un Estado de Derecho no deberían desear.

La conjunción de las cuatro razones que he dado conduce a defender el mantenimiento de la prohibición absoluta de la tortura también desde el punto de vista jurídico-político. Y, no obstante, hay casos al menos teóricamente imaginables en los que el Derecho golpea sus límites. Así, por ejemplo, cuando la explosión de una central nuclear y las consecuencias impredecibles que ello acarrearía sólo pueden evitarse si se tortura al conspirador para obtener la información salvadora. Tal como ya lo he propuesto⁶⁵, debería discutirse si, para esos casos extremos —que ojalá nunca se den en la práctica—, podría preverse una exculpación supralegal. Fundamentar esto con mayor detalle sólo es posible en otra publicación.

En lo que concierne al vicepresidente DASCHNER, que con su caso ha pasado a la historia del Derecho, ciertamente no puede ser justificado ni disculpado. Si bien hay muchas causas de atenuación que lo favorecen —la autoría por convicción, su voluntad de salvamento y la tensión psíquica por tratarse de una situación que él consideraba altamente

⁶³ Al respecto, HILGENDORF, *JZ* 2004, p. 335 y s.

⁶⁴ Cf. POSCHER, *JZ* 2004, p. 761.

⁶⁵ *FS-Eser*, 2005, p. 468 y s.

amenazante—, su conducta ha sido castigada de manera extremadamente benigna, pues fue condenado en suspenso. DASCHNER no puede quejarse.

Con ello cierro este artículo, que dedico a KAY NEHM con mis mejores votos en su 65º aniversario. No sólo fue durante doce años nuestro máximo fiscal. También fue, tal como debería serlo todo fiscal, un imperturbable “guardián de la ley”. En ello se funda mi esperanza de que mi modesto aporte a este libro-homenaje sea de su interés.