La teoría del Delito en la discusión Actual

Tomo II

EDITORA JURÍDICA GRIJLEY

Claus Roxin

La teoría del Delito en la discusión Actual

Tomo II

Traducción de
Manuel A. Abanto Vásquez

GRIJLEY

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

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

© 2016, **La teoría del delito en la discusión actual (Tomo II)**
© 2016, Claus Roxin
© 2016, Editora y Librería Jurídica Grijley

www.grijley.com

Jr. Azángaro 1077 - Lima
Tlfs.: 321-0258 • 427-1881
mentejuridica@hotmail.com

Av. Francisco Lazo 1924 - Lince
Tlfs.: 265-2739
Cel.: 985770709
info@grijley.com

Av. Tingo María 1330
Tlfs.: 337-5252 • 666-0714
elay_grijley@hotmail.com

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

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2015-15531
ISBN: 978-9972-04-504-2

Tiraje: 1,000 ejemplares

Índice

Abreviaturas xix

Presentación xxv

SOBRE EL RECIENTE DESARROLLO
DE LA DOGMÁTICA PENAL EN ALEMANIA

I. Los antecedentes 1

II. El vuelco hacia la fuerza sistemático-formativa de los objetivos normativos 3

III. El sistema funcional de la política criminal 20

1. El injusto penal 4

2. Culpabilidad penal y responsabilidad 10

3. Resumen y complementación 15

IV. La concepción penal sistémico-teórica de Jakobs 17

1. Exposición 17

2. Crítica 20

V. Perspectivas 26

SOBRE LOS NUEVOS DESARROLLOS EN EL DEBATE ACERCA DEL BIEN JURÍDICO

I. Introducción 29

II. Sobre la cuestión de una deducción histórica del concepto de bien jurídico crítico de la legislación 32

III. Sobre la legitimación constitucional de un concepto de bien jurídico crítico de la legislación 35

IV. Acerca del problema de la suficiente determinación y capacidad de rendimiento de un concepto de bien jurídico personal basado constitucionalmente 39

V. Sobre la variedad histórica y cultural de las conductas penalmente relevantes 44

VI. ¿El concepto de bien jurídico crítico a la legislación tiene solo relevancia político-criminal o también relevancia constitucional? 46

VII. ¿También tiene importancia dogmática el principio de protección de bienes jurídicos? 49

VIII. ¿Encaja el principio de protección de bienes jurídicos en bienes jurídicos de la generalidad? 50

IX. ¿Puede el principio de protección de bienes jurídicos resolver la problemática de los delitos abstractos de puesta en peligro? ... 54

X. ¿Puede reemplazarse la exigencia de lesión de bienes jurídicos por criterios de vulneración de derechos o de intereses? 55

XI. ¿Se pueden defender concepciones que rechazan por completo el concepto de bien jurídico? 59

1. La reducción del Derecho penal a los delitos de conducta 59

2. ¿Daños a la vigencia de la norma como lesión de bienes jurídicos? 61

XII. ¿Debe un Derecho penal moderno sobrepasar los límites del principio de protección de bienes jurídicos? 62

1. La protección de las bases de la vida de las generaciones futuras 62

2. La protección de la creación (la naturaleza) 64

3. ¿Las dos ampliaciones propuestas del concepto de bien jurídico desacreditan toda la concepción limitadora del Derecho penal basada en la protección de bienes jurídicos?... 65

SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA TEORÍA DE LA ACCIÓN EL EL DERECHO PENAL ALEMÁN

1. Introducción 69

II. ¿Qué función le corresponde aún al concepto de acción en la actualidad? 70

1. La acción como delito 70

2. La acción como conducta contraria a la norma 71

3. La acción como conducta que la voluntad domina o puede dominar 71

III. El rechazo al concepto de acción que engloba el tipo o la culpabilidad 72

IV. El concepto de acción limitado a la función excluyente 74

1. Doctrinas de la acción causal, final y social 74

2. La acción como un concepto sostenido por la voluntad.... 76

V. El concepto personal de acción 78

VI. La crítica al concepto personal de la acción 80

1. ¿Demasiada indeterminación? 80

2. ¿El concepto personal de acción abarca, de manera errada, sucesos socialmente irrelevantes? 81

3. ¿El concepto personal de acción abarca erróneamente también conductas atípicas? 82

4. ¿El concepto de la acción personal no podría abarcar determinadas formas de conducta penalmente relevantes? 83

5. ¿El concepto personal de acción abarca injustamente el delito como totalidad? 83

VII. Acerca de la clasificación sistemática del concepto de acción como manifestación de la personalidad 84

PROBLEMAS DE LA CAUSALIDAD INTERMEDIADA SÍQUICAMENTE

I. Introducción 91

II. Hechos comisivos 93

1. ¿Debe entenderse la causalidad como un concepto universal o uno jurídico? 93

2. ¿Causalidad como fuerza efectiva? 95

3. ¿Causalidad como condición ajustada a leyes (de la naturaleza)? 96

4. ¿Causalidad síquica como ley de carácter estadístico? 99

5. Modelos no-causales de vinculación síquica 101

6. Causalidad intermediada síquicamente como condición libre de leyes 102

7. La prueba judicial de la causalidad intermediada síquicamente 107

8. El caso del practicante de Derecho 108

9. Resumen 109

III. La omisión de influjos síquicos en terceros 110

XII. ¿Debe un Derecho penal moderno sobrepasar los límites del principio de protección de bienes jurídicos? 62

1. La protección de las bases de la vida de las generaciones futuras 62

2. La protección de la creación (la naturaleza) 64

3. ¿Las dos ampliaciones propuestas del concepto de bien jurídico desacreditan toda la concepción limitadora del Derecho penal basada en la protección de bienes jurídicos?... 65

SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA TEORÍA DE LA ACCIÓN EL EL DERECHO PENAL ALEMÁN

I. Introducción 69

II. ¿Qué función le corresponde aún al concepto de acción en la actualidad? 70

1. La acción como delito 70

2. La acción como conducta contraria a la norma 71

3. La acción como conducta que la voluntad domina o puede dominar 71

III. El rechazo al concepto de acción que engloba el tipo o la culpabilidad 72

IV. El concepto de acción limitado a la función excluyente 74

1. Doctrinas de la acción causal, final y social 74

2. La acción como un concepto sostenido por la voluntad.... 76

V. El concepto personal de acción 78

VI. La crítica al concepto personal de la acción 80

1. ¿Demasiada indeterminación? 80

2. ¿El concepto personal de acción abarca, de manera errada, sucesos socialmente irrelevantes? 81

LEGÍTIMA DEFENSA Y AFIRMACIÓN DEL DERECHO

I. Introducción 151

II. La legítima defensa como derecho de protección individual autónomo 153

III. La complementación del principio de protección mediante el principio de la afirmación del derecho 155

IV. La "contundencia" de la legítima defensa y el principio de afirmación del derecho 162

V. Las "restricciones ético-sociales" y el principio de afirmación del derecho 166

VI. Conclusión 174

CONSENTIMIENTO, AUTONOMÍA DE LA PERSONALIDAD Y BIEN JURÍDICO TÍPICO

I. Introducción 175

II. Las razones centrales a favor del efecto excluyente del tipo del consentimiento 178

1. El cumplimiento del tipo como lesión (o puesta en peligro) de bienes jurídicos 178

2. La falta de cualquier elemento justificante en el consentimiento 179

3. Actuación propia y actuación de terceros a solicitud del portador del bien jurídico no fundamentan, en el marco de la libre disponibilidad, una diferencia socialmente relevante 179

4. La falta de imputabilidad objetiva de una conducta cubierta por el consentimiento 180

III. Los argumentos centrales de la solución de la justificación .. 181
1. El argumento del tenor de la ley 181
2. El argumento de la colisión 184
IV. Soluciones diferenciadoras 187
V. La concepción de Amelung 189
1. El argumento del vacío de protección 189
2. La crítica de la sobreextensión de la punibilidad 194
VI. Palabras finales 198

UNA VEZ MÁS: ACERCA DEL TRATAMIENTO PENAL DE LOS ACTOS DE CONCIENCIA

I. Introducción 199
II. Los posibles efectos que tiene en el Derecho penal el derecho fundamental de la libertad de conciencia 201
1. El deber de crear, en lo posible, alternativas neutrales a la conciencia 201
2. Las consecuencias jurídicas de la acción condicionada por la conciencia en casos no regulados por la ley 202
III. ¿Puede justificarse un hecho penal de conciencia típico? 204
IV. ¿Se puede exculpar un hecho de conciencia penalmente típico? 211
1. La sentencia del Tribunal Constitucional en el caso de la transfusión de sangre 211
2. Exculpación mediante coerción 212
3. Mi propia opinión: exculpación cuando faltare una necesidad preventiva de punición 214
4. Frisch: obstáculos a la acción y falta de necesidad de reafirmación de la norma 217

5. Figueiredo Dias: recurso a la dignidad humana e invocación a las reglas sobre tratamiento del error sobre la vigencia 218

6. Debate con Figueiredo Dias y Frisch 219

V. ¿No se debería justificar ni exculpar el acto de conciencia penalmente típico? 223

1. Razones constitucionales en contra de la exclusión de cualquier posibilidad de exculpar 225

2. Razones de política criminal en contra de la exclusión de toda posibilidad de exculpar 226

LA TENTATIVA FRACASADA ¿UNA FIGURA JURÍDICA SUPERFLUA Y DERROCHADORA DE CAPACIDAD?

I. ¿Lleva la figura jurídica de la tentativa fracasada a complicar más la aplicación jurídica y a una mayor recarga laboral? 230

II. ¿Lleva la figura jurídica de la tentativa fracasada a esclarecimientos justos en el ámbito de la dogmática del desistimiento? 231

III. ¿La figura jurídica de la tentativa fracasada trae consigo una simplificación de la aplicación del Derecho? 233

ACERCA DE LA TENTATIVA INACABADA DEL AUTOR INDIVIDUAL

Acerca de la tentativa inacabada del autor individual 239

EL DOMINIO DEL HECHO MEDIANTE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

I. Desarrollo de la figura jurídica 259

II. Sobre la polémica en torno al dominio de la organización..... 261

1. La objeción deducida a partir del principio de responsabilidad 262

2. Sobre la problemática de la "organización delictiva separada del Derecho" 264

3. La fungibilidad de los ejecutores y la seguridad del resultado al intervenir aparatos organizados de poder 266

4. Los dadores de órdenes en la jerarquía intermedia 267

5. ¿La resolución al hecho y la inclinación hacia el hecho del actor inmediato como ulteriores criterios del dominio de la organización? 268

III. Opiniones divergentes 269

1. La inducción 269

2. Coautoría 270

3. Joint Criminal Enterprise (JCE) 271

4. Responsabilidad de los superiores jerárquicos 272

IV. ¿Se pueden trasladar los principios del dominio de la organización al nivel de la dirección de empresas económicas? .. 273

EL COAUTOR EXCLUIDO EN LA ETAPA DE LOS ACTOS PREPARATORIOS

I. Introducción 277

II. La jurisprudencia referida al distanciamiento en los actos preparatorios 278

1. El distanciamiento no tiene ninguna relevancia para la coautoría 278

2. El distanciamiento puede hacer que la coautoría baje de rango hacia la complicidad 279

3. El distanciamiento lleva necesariamente a la mera complicidad cuando trajera consigo la desaparición del requisito de ánimo de apropiación 281

4. El distanciamiento lleva a la complicidad cuando es conocido por el otro coautor 282

5. Cuando los hechos hubieran fracasado en la etapa de la tentativa, tan solo puede ser coautor quien hubiera prestado una contribución que hubiera ido más allá de la toma de decisión 284

III. La literatura sobre el distanciamiento en la etapa de los actos preparatorios y que se basa en la solución global 285

1. Ya la desaparición de la disposición interna a cometer el hecho en la etapa de los actos preparatorios excluye la coautoría 285

2. Solo la renuncia declarada al coautor (o a los coautores) de la decisión conjunta en la etapa de los actos preparatorios hace desaparecer la coautoría 286

3. El distanciamiento de la decisión conjunta durante la etapa preparatoria no cambia nada en la coautoría cuando el renunciante ya ha prestado todas las contribuciones que le correspondían 288

IV. Toma de posición 289

V. En defensa de la solución individual 294

VI. Conclusión 303

DELITOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER Y DOMINIO DEL HECHO

I. Aparición y recepción de la doctrina de los delitos de infracción del deber 305

II. La fundamentación originalmente aportada por mí 309

III. Los "delitos especiales de garantes" en la doctrina de Schünemann 311

IV. Los delitos de infracción del deber en la teoría de Jakobs 313

V. Sobre la doctrina de Schünemann de los delitos especiales de garante 316

1. Tesis básicas aceptables 316

2. Sobre la defensa del criterio del deber 318

3. Intento propio por describir los delitos de infracción del deber 322

VI. Acerca de la doctrina de Jakobs de los deberes por competencia institucional 323

1. El concepto de institución como base de los delitos de infracción del deber 323

2. El empleo acertado de las reglas de delitos de infracción del deber en la conducta activa de garantes en delitos comunes 326

3. Crítica a la exclusión del ámbito de los delitos de infracción del deber a los deberes por competencia organizacional 327

4. Sobre la problemática de los delitos especiales sin vinculación a deberes especiales 333

5. ¿La lesión del deber como fundamento penal de los delitos de infracción del deber? 335

VII. Palabras finales 336

SUICIDIO UTILIZANDO UN INTERMEDIARIO NO DOLOSO

Suicidio utilizando un intermediario no doloso 337

¿ATÍPICA MUERTE A PETICIÓN?

¿Atípica muerte a petición? 355

ACERCA DE LA PUNIBILIDAD DEL INCESTO ENTRE HERMANOS
Acerca de la evaluación constitucional de las disposiciones penales materiales

I. Introducción 371

II. La tarea del Derecho penal como protección de bienes jurídicos 374

1. El perjuicio para el orden familiar 377

2. La afección de la determinación sexual 380

3. La evitación de descendencia con enfermedades genéticas como fundamento de la punición 382

III. El núcleo de la configuración privada de la vida como barrera infranqueable para el poder interventor estatal 384

IV. Esfuerzos complementarios de justificación 386

1. La totalidad de las finalidades perseguidas 386

2. La convicción histórico-cultural aún vigente sobre el merecimiento de pena del incesto entre hermanos 387

3. El reclamo de respetar normas penales de manera absoluta, amplia y desligada de las circunstancias 389

4. La intrascendencia práctica del incesto entre hermanos como argumento a favor de la punibilidad 390

V. Resumen 391

SESENTA AÑOS DE LEY FUNDAMENTAL ALEMANA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL

I. Introducción 393

II. La potestad punitiva del Estado 396

1. ¿Qué puede conminar con pena el Estado? 396

2. ¿Existen mandatos constitucionales que exigen la punición? 407

III. Las teorías de la pena a la luz de la ley fundamental 408

1. El principio de culpabilidad 410

2. La resocialización como tarea constitucionalmente exigida por la ejecución penal 412

3. Consecuencias de la teoría de la pena 413

IV. ¿Sanciones penales inconstitucionales? 414

1. La pena de prisión perpetua 414

2. La pena patrimonial 417

V. Cuestiones constitucionales de la justificación, la exculpación y la exclusión de pena 418

1. ¿Tortura para rescatar? 418

2. Ley de Seguridad de los Aires 420

3. Actos de conciencia y desobediencia civil 423

4. Libertad de opinión y de arte 426

VI. El principio de legalidad 427

1. El sentido literal posible como límite a la interpretación 428

2. El precepto de taxatividad 429

3. La prohibición de retroactividad 431

VII. Conclusión 437

Abreviaturas



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

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

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

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

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

Presentación



En este segundo tomo se reúnen algunas de las más recientes contribuciones que el prof. *Claus Roxin*, por mi intermedio, ofrece a los lectores peruanos e hispanoamericanos. Aun cuando, debido al gran interés y número de discípulos y amigos de los que goza el profesor alemán en el mundo hispanoparlante, es posible que existan traducciones anteriores de alguno de los trabajos aquí presentados. Para esta publicación se hace una traducción completamente autónoma a fin de conservar la unidad con los demás artículos.

Como se observará de la lectura, el profesor alemán ha continuado desarrollando su sistema dogmático penal funcionalista (o sea, influido por finalidades político-criminales). En muchos casos, debate con otros colegas germanos que ofrecen sistemas metodológicos distintos al suyo ("Reciente desarrollo de la dogmática..."), y actualiza el estado de la doctrina sobre la "teoría de la acción" y la "teoría de bienes jurídicos", cuyo derecho de existencia, como categoría del delito y, respectivamente, principio del Derecho penal, ha sido negado en los últimos años. En el primer caso, por los que discuten la importancia separada de la acción con respecto a la culpabilidad, ante lo cual el autor opone un "concepto personal de la acción"; en el segundo caso, cuando se relativiza la importancia del principio de "lesividad" al admitir la existencia y aplicación de tipos penales sin ningún bien jurídico delineable (p. ej., con la sentencia del TCA sobre la punibilidad del incesto). En su aporte sobre la "teoría del error" se refiere

al difícil problema de delimitación entre error de tipo y error de prohibición en algunos casos de gran importancia práctica; particularmente en el Derecho económico cuando se trata de evaluar los errores cometidos por destinatarios de la norma a partir de textos legales (abundantes y cambiantes). Para ello, el profesor *Roxin* propone la aplicación de la "teoría atenuada de la culpabilidad" que llevaría a reconocer en dichos casos la "invencibilidad" de un error de prohibición. Más adelante se analizan dos problemas de la antijuricidad: el "consentimiento" (que él no considera causa de justificación sino de exclusión de la tipicidad) y la "legítima defensa" (cuya fundamentación, en contra de las tendencias monistas, sigue siendo para él dualista, pues reconoce importancia a la "reafirmación del Derecho"), así como el difícil problema de los "actos de conciencia" en las sociedades modernas (obligación estatal de crear "alternativas") y en el Derecho penal en particular (como exclusión de la culpabilidad en caso de falta de necesidad preventiva de punición). En dos nuevos artículos se refiere a la tentativa ("tentativa fracasada") y las consecuencias de cuando todavía fuera posible la consumación del hecho ("tentativa inacabada"). El primer concepto fue introducido por él en la discusión doctrinaria para aquellos casos en los que el sujeto activo hubiera realizado todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo, pese a lo cual el resultado no llega a producirse y él renuncia a continuar con la ejecución, pero no por un cambio de su actitud hacia el Derecho (voluntariedad), sino por considerar que ya no puede llevar a cabo sus planes. Las consecuencias prácticas de esta aparente sutileza son vitales para la aplicación de las reglas sobre "desistimiento", razón por la cual el autor entra a debatir con los detractores de esta diferenciación. En el caso de la "tentativa inacabada" el problema consiste en delimitarla de los "actos preparatorios" generalmente impunes. Y para ello hay muchas teorías, entre las cuales el autor, en disputa con otros colegas, propone la aplicación de la teoría de los "actos parciales y otros criterios concretizadores".

Un tema que ha tenido gran repercusión en nuestro medio ha sido el de la "autoría mediata a través de aparatos organizados de poder". Esta forma de autoría, diseñada por *Claus Roxin,* ya desde su trabajo de habilitación en

los años 60 del siglo XX, ha recibido críticas y elogios, y ha sido aplicada por la jurisprudencia extranjera primero; y, por la alemana, después. *Roxin* se ha pronunciado repetidas veces sobre el tema (ver también en el tomo I). Aquí se incluye su última posición al respecto elaborada el presente año para una conferencia en Brasil. En ella, sostiene la importancia de los elementos constitutivos de este tipo de autoría (poder de mando, existencia del aparato de poder y apartamiento del derecho) y entra a debatir con posiciones contrarias o tergiversadoras de su teoría.

Más adelante se han incluido tres artículos sobre temas de la parte especial que generan una discusión que se extiende también a la parte general: el "suicidio", la "muerte a petición" y el "incesto". Es fácilmente comprensible que la primera materia discutible en los tres temas se refiera a su legitimidad relacionada con un atentado contra algún bien jurídico reconocible. Esto destaca claramente en el tema del "incesto", cuya descriminalización es contundentemente sostenida por el profesor alemán en contra de la jurisprudencia penal alemana. En los otros dos temas, interesa más bien el equilibrio que debe existir entre el derecho a la autodeterminación y el interés en proteger la vigencia del bien jurídico "vida humana". Así, mientras que para *Claus Roxin* es indiscutible la impunidad del "suicidio" (el estado no tiene derecho a inmiscuirse en la autodeterminación de las personas), sostiene que la "muerte a petición" no debería ser totalmente descriminalizada, pero sí debería ser acompañada de una regulación extrapenal sobre el "suicidio asistido".

Finalmente se culmina la recopilación con un extenso análisis de sentencias del Tribunal Constitucional alemán que han tenido gran impacto en el Derecho penal y procesal penal de dicho país ("Sesenta años de Ley Fundamental..."), pero que también tendrán interés en nuestro medio: la necesidad del principio de lesividad y todas sus consecuencias (p. ej., la "exigencia" de introducir protección penal en algunos ámbitos), los fines de la pena, las penas prohibidas por constituir inconstitucionales (cadena perpetua, pena patrimonial), causas de justificación o exculpación y su conflicto con principios constitucionales (p. ej., la aplicación de torturas

para arrancar una confesión, o el derribamiento de un avión para salvar otras vidas), el principio de legalidad y sus límites.

Aunque no estaba previsto inicialmente, se ha incluido también apresuradamente (uno de los trabajos más recientes (apareció en noviembre de 2014) del profesor alemán que seguramente provocará mucha polémica y dará nuevo impulso a una de sus contribuciones más interesantes: los delitos de "infracción del deber". En el artículo correspondiente, *Claus Roxin* se reafirma en su posición inicial: la distinción entre "delitos de dominio" y "delitos de infracción del deber", así como la aplicación de distintas teorías de la autoría para ambos grupos delicitivos; la teoría del dominio del hecho para el primero y la de la infracción del deber para el segundo. Todo esto, limitando la importancia del concepto "deber" a la autoría y no extendiéndolo (como hace, p. ej., Jakobs) para fundamentar la pena, la cual sigue teniendo para él su base en la tarea de protección de bienes jurídicos. En el artículo también dedica especial atención y entra a polemizar con las teorías alternativas de *Schünemann* y *Jakobs*, rescatando las similitudes y diferencias.

De todos estos trabajos no solamente destaca la sencillez expositiva, sino también la honestidad científica que caracteriza al autor alemán. Si bien es cierto que defiende tenazmente sus teorías, está abierto a la crítica y a veces acoge alguna de ellas. Para poner tan solo el ejemplo de un tema muy popular en nuestro medio: la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Como es conocido, uno de los requisitos que él considera indispensable para admitir este tipo de autoría es la "separación del Derecho del aparato de poder". Y así sigue defendiendo, con buenos motivos en mi opinión, esta postura en contra de doctrina y jurisprudencia alemanas que postulan su desaparición. En cambio, en un artículo anterior, llegó a admitir como criterio adicional la "inclinación a ejecutar el hecho" del instrumento, postulado por otro colega (ver en el Tomo I), aunque luego, tras reflexionar más al respecto, considera últimamente que este criterio no tendría autonomía propia, sino sería una consecuencia o característica de los tres elementos básicos de este tipo de autoría mediata (ver aquí p. 268 y ss.). También puede servir de ejemplo el artículo presentado en el

párrafo anterior, en el cual *Roxin* no solamente critica las teorías de dos conocidos penalistas alemanes, sino también en algún caso reconoce las similitudes y hasta recoge las observaciones (p. ej., la de Schünemann en cuanto al origen social de los deberes en los delitos de infracción del deber).

Con esto se espera proseguir con la divulgación de obras de conocidos penalistas alemanes, entre ellos, particularmente a quien considero como el más influyente de los últimos tiempos, tal como vengo sosteniendo desde 1997 con la primera edición de su contribución *La imputación objetiva en el Derecho penal*(*).

Lima, octubre de 2015

Dr. Manuel A. Abanto Vásquez

(*) La segunda edición ampliada y actualizada fue publicada en el 2012 por la editorial Grijley (358 páginas).

Salvo que se indique lo contrario, las citas textuales de otros autores han sido traducidas libremente por el traductor.

Sobre el reciente desarrollo de la dogmática penal en Alemania (*) (**)

Esta contribución se basa en la conferencia dictada en Tokio el 30 de mayo de 2009 con motivo de los sesenta años de existencia de la Sociedad Japonesa de Derecho Penal (por invitación del miembro permanente de la presidencia de la sociedad penal, el profesor Dr. MAKOTO IDA).

I. LOS ANTECEDENTES

El Código Penal japonés de 1907 ha recibido, de muchas formas, influencias del Derecho penal alemán. Esta circunstancia ha llevado a que la ciencia penal japonesa tenga contacto permanente con la alemana. A esto se debe también que yo tenga el honor de disertar hoy ante ustedes sobre los recientes desarrollos en la dogmática penal alemana.

La última concepción sistemática alemana que ha recibido una amplia recepción en Japón ha sido la teoría final de la acción. Su propio creador, Hans WELZEL, expuso las ideas básicas de su concepción en Japón el año 1966(1), y no pocos colegas japoneses han recogido total o parcialmente

(*) Título original: "Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland", publicado en GA 2011, pp. 678-695.

(**) Las citas textuales que se hacen aquí de autores alemanes han sido traducidas libremente.

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

sus planteamientos(2). Ciertamente, la teoría de la acción final de la acción no se ha impuesto en Alemania ni tampoco en el Japón. Esta teoría tampoco es ya materia de discusión actual sino objeto de la historia de la dogmática. Y ningún penalista alemán joven se denominaría a sí mismo en la actualidad como finalista.

No obstante, la teoría de la acción final ha dejado profundas y permanentes huellas en la dogmática penal alemana. Frente a la época precedente del pensamiento sistemático-penal en Alemania, la de la llamada teoría de la acción causal, la teoría de la acción final ha aportado un esencial avance en cuanto a que puso como base de la responsabilidad penal una categoría antropológica en vez de un mero nexo lógico de condiciones (la *condicio sine qua non*): el poder configurador de los sucesos que tiene la finalidad humana. A partir de esto se dedujo que el dolo tendría que ser parte del tipo subjetivo y se descubrió que el injusto penal no solamente tendría que presentar un desvalor del resultado, sino también un desvalor de la acción, todo lo cual sigue siendo aún ahora doctrina totalmente dominante en Alemania. Las consecuencias prácticas de este pensamiento también han influido en dos puntos esenciales de la parte general del Código penal alemán de 1975. La diferenciación entre error de tipo y error de prohibición, así como su tratamiento plenamente divergente –el error de tipo excluye el dolo mientras que el error de prohibición lo deja intacto pero lleva a la exclusión de la culpabilidad solo cuando hubiera sido invencible– se ha impuesto gracias a la teoría de la acción final y ha sido recogida por el legislador (arts. 16 y 17 StGB). Lo mismo rige para la decisión legislativa en el sentido de que la participación solamente sería punible cuando se

(2) Sobre el desarrollo de la dogmática penal japonesa y sobre la evaluación que se hace en Japón de las teorías alemanas, cfr., p. ej., FUKUDA, "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 la misma obra, p. 81 y ss.; IDA, "Welche neue praxisrelevante Ergebnisse bringen die gegenwärtig zum materiellen Strafrecht diskutierten neuen systematischen Konzepte?", en HIRSCH (coord.), "Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften?", 2001, p. 137 y ss.; YAMANAKA, "Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Japan", 2008 (no publicado; cfr. ahora: "Strafrechtsdogmatik in der japanischen Risikogesellschaft", 2008).

produjere en un hecho doloso (arts. 26 y 27 StGB); esto es consecuencia de la tesis de que la participación presupone un hecho principal típico y que este incluye el dolo.

No voy a recoger nuevamente la prolongada discusión sobre la doctrina de la acción final. Y es que la ciencia japonesa ha participado activamente en esta discusión, y los argumentos intercambiados en Alemania también son conocidos en el Japón. Tan solo quiero mencionar, de manera resumida, los tres argumentos que, según mi opinión, han llevado a que la teoría de la acción final no se hubiera podido imponer en su totalidad pese a sus éxitos y ventajas. En primer lugar, no es posible explicar los delitos imprudentes a partir de la finalidad de la conducta del autor porque en estos delitos el resultado típico precisamente no está sujeto al poder de dirección final del autor. En segundo lugar, la doctrina de la acción final también fracasa ante los delitos de omisión, pues el ominente no dirige ningún curso causal, sino a este precisamente se le reprocha el que no hubiera intervenido en un curso casual que se estaba produciendo de manera independiente de él. Y, en tercer lugar, se puede criticar a la doctrina de la acción final que, como es conocido, no se pueda deducir un *deber ser* a partir de datos ónticos, o sea, de un mero *ser*, trátese este de una causalidad o de una finalidad. La forma como en el Derecho penal deberían tratarse, p. ej., los problemas del error, no pueden provenir de la finalidad, sino solo pueden fundamentarse mediante valoraciones jurídico-penales, lo cual también ha llevado al rechazo general de la solución propuesta para estos casos por los finalistas en el sentido de una "teoría estricta de la culpabilidad": una lesión corporal cometida por una legítima defensa putativa es penada como hecho imprudente, aun cuando el autor hubiera dirigido con plena finalidad su golpe contra el cuerpo de la víctima.

II. EL VUELCO HACIA LA FUERZA SISTEMÁTICO-FORMATIVA DE LOS OBJETIVOS NORMATIVOS

Las concepciones actualmente predominantes en la doctrina penal alemana no orientan sus sistemas en datos del ser como la causalidad o la finalidad, sino en las tareas y fines del Derecho penal. Aquí se habla de proyectos sistemáticos funcionalistas. Mientras que el causalismo y el finalismo, al vincularse con bases ontológicas, presentan una base común,

las doctrinas funcionalistas coinciden en su punto de partida normativo. Pero en lo demás ellas recorren vías distintas que con el transcurrir de los años se han ido separando más y más.

A continuación, voy a presentar los dos proyectos sistemáticos que han tenido una resonancia especial en Alemania y también a nivel internacional: uno de ellos es el sistema basado en la política criminal que yo he desarrollado; el otro es la concepción penal teórico-sistémica creada por JAKOBS, mi colega de Bonn. Si bien ambas doctrinas son conocidas en el Japón en algunas de sus consecuencias, hasta donde puedo ver, la doctrina penal japonesa todavía no ha efectuado una completa exposición global. La razón de ello seguramente radica en que ambos autores han llevado sus respectivas doctrinas a la forma actual recién tras un largo período de desarrollo. Mi exposición tomará por referencia la última versión de ambas concepciones. En ello será inevitable, debido a lo limitado de mi exposición, que solamente pueda analizar las ideas fundamentales y no los detalles.

III. EL SISTEMA FUNCIONAL DE LA POLÍTICA CRIMINAL

De esto trata mi propia doctrina, que yo comenzara a elaborar a partir de 1963 y que recién ahora ha llegado a una culminación provisional. Mi punto de partida es que el injusto penal debe ser deducido a partir de la tarea del Derecho penal, mientras que la categoría sistemática de la culpabilidad debe ser deducida a partir del objetivo de la concreta imposición de la pena. Ambas cosas no son lo mismo. Y es que el Derecho penal, con sus disposiciones, se dirige a todos los ciudadanos, apelando a ellos y prometiéndoles protección. En cambio, la pena concreta afecta, de manera primaria y únicamente, al delincuente y solo tiene efectos mediatos frente a la generalidad.

1. El injusto penal

Entonces, ¿cuál es el objetivo del Derecho penal a partir del cual pretendo yo deducir la estructura del injusto? Dicho con las palabras más sencillas, la tarea del Derecho penal radica en asegurar a los ciudadanos, una coexistencia pacífica y libre preservando todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Esto se deriva de los principios de nuestra

Constitución y también se deduce a partir de las bases teórico-estatales de la democracia. Estas bases provienen de la Ilustración europea y del modelo de pensamiento del contrato social desarrollado por ella, modelo según el cual los ciudadanos establecen un gobierno como portador del poder estatal y le trasmiten el monopolio del poder en la medida en que esto fuere necesario para garantizar la seguridad y la libertad de ellos. Luego, no está permitido al Estado hacer lo que él quiera, sino tan solo podrá imponer prohibiciones cuando esto fuere necesario para la seguridad y la libertad de las personas. Según esto es inadmisible que se prohíba a los ciudadanos emitir libremente sus opiniones o practicar una religión, así como tampoco es admisible, p. ej., el tratamiento desfavorable, mediante disposiciones legales, a determinados grupos poblacionales, porque estas restricciones no son necesarias para garantizar la seguridad y la libertad.

A las circunstancias indispensables para una pacífica y libre coexistencia humana, las llamamos bienes jurídicos. Entonces, son bienes jurídicos, p. ej., la vida, la integridad corporal, la autodeterminación sexual, la propiedad, el patrimonio y también los llamados bienes jurídicos de la generalidad como la moneda, una intacta administración de justicia o la incorruptibilidad de los portadores de funciones estatales. Y es que sin estas circunstancias no sería posible una pacífica y libre coexistencia bajo respeto de todos los derechos ciudadanos en nuestra moderna sociedad.

Si se sigue esta idea, la tarea del Derecho penal, con base en la teoría del Estado, será la protección de bienes jurídicos. Pero todavía se deberá avanzar un poco más y decir que el Derecho penal no tiene siquiera la tarea de proteger por completo todos los bienes jurídicos. Más bien, al constituir la sanción estatal más grave, el Derecho penal tan solo podrá intervenir allí donde no fueran suficientes, para preservar la paz y la libertad, otros medios estatales más leves, como las sanciones civiles, las prohibiciones de Derecho público, la intervención de normas contravencionales u otras medidas sociopolíticas. En una frase se puede esto expresar así: la tarea del Derecho penal es la protección subsidiaria de bienes jurídicos.

A partir de este resultado pueden extraerse dos consecuencias centrales para mi concepción penal, de las cuales una atañe a la legislación y la otra a la dogmática penal. Desde la posición político-criminal, la doctrina de

la protección subsidiaria de bienes jurídicos lleva al resultado de que no solamente deben garantizarse los ya mencionados derechos de libertad y tratamiento igualitario, sino que también son inadmisibles las disposiciones puramente moralistas o directamente paternalistas porque las conductas correspondientes no lesionan bienes jurídicos ajenos. Por ello, no deben someterse a pena las acciones homosexuales u otras conductas sexuales divergentes de personas adultas porque, al estar de acuerdo todos los intervinientes, no se afecta con ello la coexistencia humana ni tampoco se lesiona un bien jurídico. Y tampoco debería penarse el consumo de medicamentos dañinos o drogas porque con ello no se afectan bienes jurídicos ajenos. Pero no quiero continuar con estas cuestiones de política legislativa sino limitarme a la dogmática como tema de mi exposición.

Aquí, el resultado decisivo de la concepción de injusto político-criminal que yo defiendo radica en que ella conduce a la doctrina de la imputación objetiva, la cual constituye actualmente el objeto principal de la teoría penal general. Así pues, si se considera a la protección subsidiaria de bienes jurídicos como la tarea del Derecho penal derivada de las bases constitucionales, y si se plantea la cuestión de cómo el ordenamiento jurídico puede garantizar esta protección, entonces solo puede haber una respuesta: el ordenamiento jurídico debe prohibir la creación de riesgos no permitidos para bienes jurídicos protegidos penalmente y la realización de estos riesgos en un resultado lesivo de bienes jurídicos debe ser imputada al autor como acciones típicas. Luego, cuando, p. ej., un conductor desatiende las normas de tráfico legalmente preceptuadas, crea un riesgo no permitido para el cuerpo y la vida de otros participantes del tráfico. Si debido a ello se produjere un accidente mortal, se habrá realizado este riesgo y lo ocurrido le será imputado al conductor como acción de matar.

La presencia de una acción típica (en mi ejemplo: de una acción de matar) no depende, entonces, ni de la causalidad ni de la finalidad, sino de la realización de un riesgo permitido. Y es que también es causal de la muerte en el accidente el constructor del auto, quien pese a todo no ha cometido ciertamente una acción de matar. Incluso siguiendo la teoría de la adecuación, teoría muy difundida en el Japón, podría admitirse la causalidad, pues no está fuera de lo previsible el que se producirán accidentes

de tráfico mortales, tal como lo demuestra la estadística de los accidentes. Pese a ello, el fabricante de automóviles no comete una acción de matar. Igualmente es fácil de reconocer que la finalidad no puede ser un criterio de la acción de matar. Y es que aquella muerte causada mediante la infracción de reglas de tráfico no ha sido producida de manera final, pese a que sigue siendo una acción de matar. Por otro lado, incluso el deseo malvado de un vendedor de automóviles que quiere que el odiado comprador sufra un accidente mortal con el vehículo, no puede hacer que esta conducta se transforme en una acción de matar si efectivamente se produjere este resultado. En este caso no se ha sobrepasado el riesgo permitido.

Pero mis explicaciones deberán mostrar todavía algo más que la superioridad de la doctrina de la imputación objetiva frente a los planteamientos causalistas y finalistas en la estructura sistemática. Precisamente en el Japón, donde esta doctrina ha encontrado un considerable eco y es cada vez más tomada en cuenta por la jurisprudencia, se discute, en lo esencial, que constituiría una mejora de la teoría de la adecuación social empleada tradicionalmente en este país. Mi ejemplo demostrativo del fabricante de automóviles habrá ilustrado en efecto que la imputación objetiva proporciona resultados más precisos que la teoría de la adecuación. Pero su origen no proviene para nada de la teoría de la adecuación o de cualquier otra teoría causal sino de su derivación a partir del principio de protección de bienes jurídicos, el cual, por su parte, tiene sus bases en la función del Derecho penal fundada en la teoría del Estado.

Naturalmente, la doctrina de la imputación objetiva no se agota en el resumen fraseado según el cual la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un riesgo no permitido. Más bien la ciencia penal ha hecho de ella todo un sistema amplio de imputación en el cual criterios como la creación de riesgos, la disminución de riesgos, el riesgo permitido, el fin de protección de la prohibición creadora del riesgo y la realización del riesgo constituyen, cada uno de ellos, piezas didácticas autónomas. Y también se deduce de las bases de esta doctrina el que sea impune la colaboración en una autolesión o una autopuesta en peligro responsables, pues la colaboración en una autolesión no constituye la lesión de un bien jurídico ajeno.

No es posible hacer una exposición más detallada de todas las consecuencias que tiene la doctrina de la imputación. Pero ellas pueden ser consultadas en mi manual(3) y han tenido en Japón una elaboración incluso más amplia gracias a las numerosas contribuciones que YAMANAKA(4) ha dedicado a esta doctrina. Sus exposiciones no constituyen una mera recepción de las doctrinas alemanas sino las continúan de manera autónoma. Por ello, me parece que sería necesario traducir al alemán por lo menos su amplia monografía publicada en 1997.

Aún en el coloquio penal germano-japonés, que tuviera lugar en 1988 en Colonia, HIRSCH(5) había defendido la opinión de que la dogmática penal alemana desde la doctrina de la acción final, no habría aportado novedades esenciales y que debería rechazarse sobre todo la doctrina de la imputación objetiva. Ahora ya nadie piensa así en Alemania. HIRSCH mismo se ha aproximado entretanto a esta doctrina(6). Friedrich-Christian SCHROEDER, quien como discípulo de MAURACH proviene también de la escuela finalista, escribió en el año 2003(7) que "[desde] mediados de los años ochenta [se ha] reconocido la doctrina de la imputación objetiva en todos los grandes manuales y comentarios del Derecho penal alemán". Esta doctrina, "tanto en cuanto a su importancia fundamental como también a su consideración en el extranjero, [habría] entrado a ocupar el lugar de la teoría de la acción final". Y HENDRIK SCHNEIDER escribe en su trabajo de habilitación de 2004(8) que

(3) El primer tomo de mi manual, en cuyo capítulo 11 trato com más detalle la imputación objetiva, también existe en idioma japonés; volumen I, 2003; volumen II, 2009.

(4) YAMANAKA, "Kausalität und Zurechnung im Strafrecht", 1984; *ídem*, "Die Lehre von der objektiven Zurechnung im Strafrecht", 1997. Se puede encontrar un resumen en el artículo "Die Lehre von der objektiven Zurechnung in der japanischen Strafrechtswissenschaft", en "Gedächtnisschrift für Wasek", Polonia (todavía no publicado). Aquí se mencionan otros trabajos de YAMANAKA sobre el tema.

(5) HIRSCH, "Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundsätzlicher Sicht", en HIRSCH/WEIGEND (coords.) (nota al pie 2), p. 65 y ss.

(6) HIRSCH, "Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts", en "Festschrift für Lampe", 2003, p. 523.

(7) SCHROEDER, "Die Genesis der Lehre von der objektiven Zurechnung", en "Festschrift für Androulakis", 2003, p. 668.

(8) H. SCHNEIDER, "Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik der strafrechtlichen Funktionalismus", 2004, p. 271.

mi artículo de 1970[9], en el cual se había desarrollado por primera vez esta doctrina en su forma moderna, habría "desatado casi un cambio de paradigma en la literatura penal". Si se piensa que esta doctrina tan solo es una pequeña parte de la concepción que deduce la estructura del injusto, ya no de bases ontológicas, sino de la finalidad del Derecho penal, no se podrá negar que esas evaluaciones tienen una cierta justificación.

Aunque la doctrina de la imputación objetiva ya hubiera sido profundamente trabajada, todavía se siguen encontrando nuevos campos de aplicación para ella. Así, desde hace algunos años en Alemania se está discutiendo mucho sobre el llamado consentimiento hipotético. Su importancia radica en el campo de las intervenciones curativas médicas. Según la jurisprudencia alemana, la intervención curativa está únicamente justificada cuando el paciente hubiera dado su consentimiento tras una aclaración sobre los posibles riesgos y efectos colaterales. Si esta aclaración no se hubiera producido, el médico podría ser penado por lesiones corporales. Pero, ¿qué pasaría si se pudiera comprobar con seguridad (p. ej., preguntando al paciente) que él hubiera dado su consentimiento después de la aclaración de ley? En tal caso, no se habría realizado, en el caso concreto, el riesgo que implica una intervención corporal en contra de la voluntad del paciente. Si, tal como hace nuestra jurisprudencia, se trasladara la doctrina de la imputación objetiva al consentimiento, se tendría que rechazar aquí la presencia de una lesión corporal. Si el médico hubiera olvidado la aclaración quedaría siempre impune, y si la hubiera omitido intencionalmente, tan solo respondería por tentativa inidónea de lesiones corporales.

Aquí no puedo entrar a detallar más las numerosas cuestiones polémicas vinculadas con el consentimiento hipotético[10], pero quisiera por lo menos indicar que las enseñanzas de la imputación objetiva se están aplicando más y más en ámbitos en los cuales nadie había pensado al momento del surgimiento de esta doctrina. Así, p. ej., actualmente se intenta

(9) ROXIN, "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht", en "Festschrift für Honig", p. 133 y ss., también en "Strafrechtliche Grundlagenprobleme", 1973, p. 123 y ss.

(10) Se puede encontrar una exposición detallada en mi manual "Strafrecht. Allgemeiner Teil", tomo I, 4a. ed., 2006, § 13, n. marg. 119-134.

trasladarla a todas las causas de justificación[11]. Cuando, p. ej., en una situación de legítima defensa, el atacado dispara al atacante, disparo que todavía no era necesario en la situación dada, y si el disparo alcanzare al atacante, en principio, se deberá penar al atacado por lesiones corporales. Pero si posteriormente se descubre que no hubiera servido de nada esperar más y que el disparo, como único medio de salvación, hubiera tenido que producirse más tarde de todos modos, entonces se podrá decir que no se habría realizado el riesgo de una lesión apresurada e innecesaria al bien jurídico, y solo podrá penarse al autor por tentativa de lesiones corporales. Por cierto que todavía constituye una tarea de futuro trabajar ampliamente la teoría de la imputación en el campo de la justificación.

La doctrina de la imputación también es fructífera en sentido político criminal. De ella resulta, p. ej., que solo deberá penarse razonablemente la tentativa cuando, bajo una perspectiva ex-ante, ella hubiera realmente creado un riesgo no permitido, o sea, cuando ella hubiera sido peligrosa. Luego, en lo material no es apropiada la regulación del Código penal alemán, que en principio también pena la tentativa inidónea no peligrosa[12]. Entonces, en este ámbito, está perfectamente justificada la crítica que los penalistas japoneses han hecho desde hace tiempo a la excesiva subjetivización de la dogmática alemana[13]. Por ello, la doctrina de la imputación objetiva también contribuye a una mayor objetivización de la doctrina penal del injusto.

2. Culpabilidad penal y responsabilidad

Según el entendimiento tradicional en Alemania y Japón, al injusto se añade la culpabilidad. Según mi concepción, ella debe ser deducida de las finalidades que se busquen con la imposición individual de la pena y, en mi opinión, precisa ser ampliada con puntos de vista preventivos, por-

(11) Cfr. también al respecto más detalles en mi manual (nota al pie 10), § 14, n. marg. 113-115.

(12) Más detalles al respecto en mi artículo "Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs" [sobre la punibilidad de la tentativa inidónea], en "Festschrift für Heike Jung", 2007, p. 829 y ss.

(13) Al respecto, HIRANO (nota al pie 2) y, con referencia especial a la tentativa, NAKA, "Der Strafgrund des Versuchs", en HIRSCH/WEIGEND (coords.) (nota al pie 2), p. 93 y ss.

que la punición no solo depende de la culpabilidad, sino también de las exigencias provenientes de la prevención.

Mi punto de partida es que la finalidad de la pena tan solo puede ser preventiva, es decir, debe estar dirigida a prevenir futuros delitos. Y es que, como el Derecho penal es un instrumento de dirección y control social, tan solo le está permitido seguir finalidades sociales. No tendría así ninguna legitimación social aquella teoría retributiva en la cual la imposición y la medida de la pena están desvinculadas de las necesidades sociales.

Por lo demás, la pena debe buscar tanto finalidades preventivo-generales como preventivo-especiales. Ella debe estar configurada de tal manera que, en lo posible, el penado no vuelva a delinquir; lo cual puede conseguirse de la mejor manera mediante una ejecución penal que se preocupe por la reintegración del autor, su resocialización. Pero la pena también debe influir en la generalidad, promoviendo la conciencia jurídica de la población y poniendo a la vista las consecuencias de la conducta punible.

Esta concepción penal orientada preventivamente en doble sentido debe, sin embargo, ser restringida de manera decisiva. Y es que, según mi concepción que es absolutamente dominante en Alemania, toda pena deberá encontrar su límite en la culpabilidad del autor: no podrá penarse a nadie que actuare sin culpabilidad (porque, p. ej., tiene una enfermedad mental o se encuentra bajo un error de prohibición invencible); y tampoco el máximo de la pena deberá superar la medida de la culpabilidad. El "principio de culpabilidad" formulado con estas palabras forma parte de las bases del Derecho penal alemán y el Tribunal Constitucional alemán (BVerfG)[14] lo ha sido reconducido a la garantía de la dignidad humana, la cual está consagrada en el art. I de la Ley Fundamental alemana.

Adicionalmente, el principio de culpabilidad aporta aquello que, en la categoría del injusto, hacen las doctrinas de la protección de bienes jurídicos y la de la imputación objetiva: coloca un límite a la potestad

(14) Compárese tan solo las sentencias: BVerfG, tomo 20, p. 331; tomo 45, p. 228; en NJW 2004, p. 2073. Se analiza con más detalle esta problemática en ROXIN, "Strafe, Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", en "Festschrift für Volk", 2009, p. 601 y ss.

punitiva estatal y preserva para el ciudadano un apropiado ámbito de libertad personal frente a los intereses estatales de seguridad. El ciudadano puede estar seguro de no ser penado sin culpa alguna y de que tampoco será penado con mayor dureza de la que correspondiere a su culpabilidad.

Visto filosóficamente, el principio de culpabilidad se basa en la teoría de KANT, según la cual el Estado no debe instrumentalizar a sus ciudadanos como objeto de finalidades estatales, sino debe tratarlos como persona como sujeto de Derecho. De esto resulta que el Derecho penal puede hacer responder a cualquiera solo según la medida de su responsabilidad. En cambio, yo no comparto, por las razones ya mencionadas, la ulterior consecuencia extraída por KANT en el sentido de que la pena solo debería ser entendida como retribución de la culpabilidad.

El aferrarse al principio de culpabilidad no es algo que se sobreentienda –el Derecho penal inglés, p. ej., no conoce el principio de culpabilidad(15)–, pero, según mi concepción, es indispensable por razones de Estado de Derecho. Enfatizo esto porque también en Alemania, JAKOBS ha abandonado ampliamente el efecto protector del principio de culpabilidad, tal como expondré más adelante.

El problema de la libre voluntad, que está indisolublemente ligado a la idea de la culpabilidad y que actualmente en Alemania ha vuelto a ser tematizado desde una perspectiva determinista por representantes de la investigaciones neurocerebrales, lo resuelvo yo, tal como HIRANO ha hecho en Japón ya hace décadas(16): cuando una persona es "normativamente asequible", es decir, si puede básicamente orientarse en normas, entonces todo hecho que se hubiera producido sin coacción y que corresponda a sus deseos, deberá serle imputado como una acción libre, aun cuando ella hubiera estado condicionada por las estructuras de su cerebro. Una determinación como esta no excluye la libertad de la voluntad. Y es que

(15) Sobre el Derecho inglés nos proporciona más información el trabajo de habilitación de SAFFERLING, "Vorsatz und Schuld. Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht", 2008. Al respecto ver mi recensión en JZ 2008, p. 988.

(16) HIRANO (nota al pie 2), p. 87; *ídem*, ya antes en "Willensfreiheit und strafrechtliche Schuld", 1963.

una resolución que no hubiera estado condicionada por nada, sería casual y precisamente por ello no sería imputable al autor. Aquí solo puedo delinear con pocas palabras mi propia concepción, pero quisiera enfatizar que la cuestión sobre las consecuencias que tendrían los resultados de la moderna investigación neurocerebral en el concepto de culpabilidad del Derecho penal es uno de los problemas fundamentales más discutidos del Derecho penal(17).

Si se sigue la concepción que yo defiendo en el sentido de que hace depender la pena de su necesidad preventiva y también de la culpabilidad del autor y su medida, esto significa una doble limitación para la pena. Ella no debe superar la medida de la culpabilidad, pero tampoco debe ir más allá de lo preventivamente necesario. Luego, cuando, p. ej., ello fuera deseable por razones de resocialización, la pena podría quedarse por debajo de la culpabilidad o incluso podría renunciarse por completo a ella si la pena ya no fuera necesaria por razones preventivas.

Algunas de las llamadas causas de exclusión de la culpabilidad previstas en el Código penal alemán, las interpreto yo en el sentido de que aquí no faltaría la culpabilidad, sino la necesidad preventiva de punición. Cuando, p. ej., alguien salvare su vida o su salud a costa de la de otro, o cuando alguien al rechazar un ataque, por confusión temor o susto, superare los límites de la legítima defensa, según el Derecho alemán, quedará impune (arts. 35, 33 StGB). Pero, en contra de la doctrina dominante, esto no se debe a que hubiera actuado sin culpabilidad. Y es que la persona también puede y debe soportar los peligros. Pero el legislador renuncia a una pena, porque el autor no necesita resocialización y, porque, en tales situaciones extremas, también la población es tolerante con las debilidades humanas, de manera que no existe la necesidad de una punición de base preventivo-general.

Según ello, lo nuevo de mi concepción es que la categoría delictiva aunada al injusto y conocida como "culpabilidad", en realidad no solo consiste en la culpabilidad, sino también en otro presupuesto: la necesidad preventiva de punición. Por ello, yo denomino esta categoría

(17) Más detalles en mi manual (nota al pie 10), § 19, n. marg. 36-50.

como "responsabilidad [penal]" y la hago depender, por igual, de ambos elementos de la culpabilidad y la necesidad preventiva de punición.

Esto también puede tener consecuencias prácticas que van más allá del Derecho escrito. Quiero ilustrar esto tan solo de manera breve empleando dos de los casos problemáticos más discutidos recientemente y que ocurrieron en los años 2004 y 2005. En el primer caso, se trata de los hechos del llamado caso de las torturas de Fráncfort[18]. El Jefe Superior de la Policía de Fráncfort había obligado a un secuestrador bajo amenaza de torturarlo, a mencionar el lugar en el cual había escondido al secuestrado. Con ello quería salvar la vida de la víctima, pero eso no fue posible porque el secuestrador ya la había matado. Esta amenaza de tortura era una coacción antijurídica (art. 240 StGB), porque no solo el Derecho alemán, sino también muchas otras disposiciones internacionales vinculantes prohíben las torturas sin excepción alguna. La conducta del policía fue además culpable, pues él conocía las disposiciones y pudo haberse conducido de otro modo, tal como también se lo habían propuesto sus asesores.

Pero, ¿realmente existía una necesidad preventiva de imponer la pena? Si se piensa que el autor quería salvar una vida humana y que había actuado de conformidad con su conciencia y no motivado criminalmente, se podrá por lo menos considerar la exclusión extralegal de la responsabilidad. Y es que no necesariamente se debe reaccionar con la pena ante estos trágicos casos. El tribunal encargado del caso[19] no se atrevió a aplicar esta solución, pero ha llegado a un resultado similar al haber dictado una mera "amonestación" (art. 59 StGB), o sea la sanción más leve que conoce el Derecho penal alemán y que tiene más bien una importancia simbólica.

El segundo caso afecta al legislador alemán. Este, tras el ataque al *World Trade Center* de 11-09-2001, había emitido en el 2005 la llamada

(18) He analizado repetidas veces los problemas muy polémicos de las torturas: ROXIN, "Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?", en "Festschrift für Eser", 2005, p. 461 y ss.; además: "Rettungsfolter?", en "Festschrift für Nehm", 2006, p. 205 y ss.

(19) Landgericht (LG) Fráncfort en NJW 2005, p. 692; cfr. también BVerfG en NJW 2005, p. 657.

"Ley de seguridad aérea" que permitía, en casos de este tipo, derribar los aviones en poder de terroristas cuando el Ministro de Defensa lo dispusiere[20]. Es decir, el Estado sacrificaría a pasajeros inocentes para salvar la vida de otras personas que perecerían si el avión secuestrado llegare a impactar con un edificio. El Tribunal Constitucional alemán ha declarado nula esta ley en febrero de 2006[21] fundamentando que la muerte de los pasajeros atentaría contra la dignidad humana. Considero que esto es correcto. El Estado no tiene ningún derecho de matar a personas que se han comportado de manera totalmente conforme con la ley.

Pero, ¿debería realmente penarse al piloto de la Fuerza Aérea si, en el caso expuesto, derribare efectivamente el avión secuestrado matando con ello a sus pasajeros que, según el parecer común, ya estaban de todos modos perdidos, pero salvando así la vida de numerosas otras personas? Ciertamente, el piloto, al matar a los pasajeros, asume culpabilidad, pues él pudo haberse comportado de otro modo. Pero también radica una cierta culpabilidad en el hecho de no haber rescatado a las personas que hubieran podido ser salvadas derribando al avión. También en estas desesperadas situaciones-límite, que escapan a una regulación legal, quizá pueda ayudar la idea de la exclusión supralegal de la responsabilidad por falta de una necesidad preventiva de pena. Por cierto que en ambos casos todavía tendría que trabajarse en lo particular los presupuestos de la exclusión supralegal de la responsabilidad incluyendo la problemática de la conciencia.

3. Resumen y complementación

Resumiendo se puede decir lo siguiente: mi teoría del delito se diferencia de las épocas precedentes del desarrollo sistemático sobre todo por el hecho de que la sistematización no se produce siguiendo criterios ónticos (causalidad o finalidad), sino según objetivos político-criminales (las tareas del Derecho penal y la imposición concreta de la pena), y que,

(20) El texto de la ley está impreso en el "Leipziger Kommentar zum StGB" (LK), 12a. ed., 2006, n. marg. 252. En los n. marg. 251-254 se expone con más detalle el estado de la discusión (trabajado por RÖNNAU).

(21) NJW 2006, p. 751 y ss.

bajo esta perspectiva, el injusto se ve ampliado con la doctrina de la imputación objetiva, y la culpabilidad se amplía al agregarse la necesidad preventiva de punición para llegar a una doctrina de la responsabilidad. Se ha intentado mostrar con algunos ejemplos que con todo ello no se trata de meras construcciones teórico-abstractas, sino que con ello se puede explicar problemas jurídicos concretos, e incluso, en algunos casos, recién así se pueden ofrecer soluciones razonables a estos problemas.

Me falta tiempo para entrar a analizar otros elementos influyentes de mi construcción doctrinaria. Pero por lo menos quiero decir algo sobre la teoría de la autoría, en la cual he influido de manera especial. Las tres formas de intervención punible (autoría, inducción, complicidad) presuponen la creación de un riesgo no permitido, de manera que los conocimientos generales de la imputación objetiva tan solo sirven para excluir aquellas contribuciones causales que ni siquiera puedan ser consideradas como complicidad. Para determinar la autoría se necesita por ello una forma adicional y especial de imputación. En esto la teoría del dominio del hecho(22), que yo he elaborado ampliamente continuando el trabajo de WELZEL y el de otros autores, ha encontrado gran resonancia internacional y ha sido empleada en las recientes sentencias de la Corte Penal Internacional(23). La figura jurídica, por mí creada, de la "autoría mediata a través de aparatos organizados de poder", a entender de muchos intérpretes, incluso ha pasado a formar parte del Estatuto de la Corte Penal Internacional(24) que en su art. 25 III considera como autor mediato a quien hubiera cometido el hecho "a través de otro" ("trough another person"), y añade que esta teoría sería independiente de la responsabilidad del actor inmediato ("regardless of whether that other person is criminally responsible").

---

(22) Mi libro sobre "Täterschaft und Tatherrschaft" (*Autoría y dominio del hecho*) ha aparecido el 2006 en su 8a. edición [n. d. t.: en Alemania].

(23) Tan solo remitiré a la reciente sentencia de 30-09-2008 (N° ICC-01/04-01/7, N° 480-553: "Control of the crime approach") sobre la situación en el Congo.

(24) Más detalles en KREß, "Claus Roxins Lehre von der Organisationsherrschaft und das Völkerstrafrecht", en "Festgabe für Claus Roxin zum 75. Geburtstag", GA 5/2006, p. 304 y ss. (307).

IV. LA CONCEPCIÓN PENAL SISTÉMICO-TEÓRICA DE JAKOBS

Entre los recientes esfuerzos alemanes para reorientar el sistema penal, la doctrina de JAKOBS también ha alcanzado una considerable atención, sobre todo en Latinoamérica. Al igual de lo que yo hago, él parte de un planteamiento normativo. "La dogmática penal ontologizante se rompe, y lo hace de manera más profunda de lo que alguna vez se hubiera establecido conscientemente", decía ya en el prefacio a la primera edición de su manual(25). Pero mientras que yo fundamento mi sistema en finalidades político-criminales, JAKOBS, renunciando a ideas político-criminales, considera que la finalidad del Derecho penal, sobre una base teórico-sistémica, sería solamente la estabilización de la norma, dando lo mismo el contenido de ella. Aquí no puedo exponer esta doctrina en todos sus detalles, pero sí me gustaría desarrollar sus consecuencias que considero especialmente importantes y que son mucho más radicales que mis propuestas. A ello seguirá una crítica.

1. Exposición

a) La lesión a la validez de la norma en vez de lesión de bienes jurídicos

La primera frase fundamental de la dogmática penal defendida por JAKOBS dice que la tarea del Derecho penal no radicaría en la protección de bienes jurídicos, sino en la preservación y confirmación de la validez de la norma. Un artículo de JAKOBS, publicado en el Japón(26), tiene el título programático: "¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", y en él, JAKOBS defiende fervientemente la segunda alternativa. Según esta concepción(27), el autor de un delito estaría afirmando "la no-vigencia de la norma para el caso concreto", mientras que la pena reafirmaría "el carácter no determinante de esta afirmación", y con ello reafirmaría la

(25) JAKOBS, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 1983. También en la segunda edición de 1991 se ha vuelto a imprimir esta frase.

(26) JAKOBS en "Festschrift für Seiji Saito", 2003, p. 780 y ss. (17 y ss.)

(27) JAKOBS, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken", ZStW 107 (1995), p. 843 y ss. (849).

validez de la norma. El "rendimiento del Derecho penal" consiste para JAKOBS[28] en "contradecir, por su parte, a la contradicción con normas determinadoras de la identidad de la sociedad. Luego, el Derecho penal reafirma la identidad social" y lo hace además independientemente de cualquier efecto empírico en la realidad social: "En especial, no es posible captar empíricamente la reafirmación de la identidad pues ella no es consecuencia del procedimiento sino su significado"[29]. Esto también es formulado de manera plástica en el artículo japonés citado[30]: "Bajo un entendimiento de la teoría de sistemas, la sociedad es (...) comunicación. Lo social, p. ej., en un homicidio consiste (...) no en la lesión de la carne de la víctima o en el aniquilamiento de su conciencia, sino en la afirmación, implícitamente contenida y objetivada en el hecho, de que el cuerpo y la conciencia no (...) deben ser respetados(...) Mediante esta afirmación, la norma es (...) puesta en duda: luego, el crimen consiste en la desobediencia a la norma(...)". Y, en la forma más breve[31]: "El hecho es daño a la validez de la norma; la pena es la eliminación de esto". Con esto se trata, para utilizar la expresión de SCHÜNEMANN[32], de un "normativismo libre de empirismo": según esto, el homicidio consistiría, para el Derecho penal, no en la eliminación de una vida humana, sino en la inobservancia de la norma. El daño consiste en esta inobservancia y no en la destrucción de la vida.

b) El rechazo al injusto libre de culpabilidad

La doctrina del delito como lesión de la vigencia de la norma lleva a una segunda tesis que es defendida por JAKOBS[33] y sus discípulos con una creciente intensidad: el abandono de la diferenciación entre injusto y culpa-

(28) JAKOBS, ZStW 107 (1995), p. 894.

(29) JAKOBS, ZStW 107 (1995), p. 845.

(30) JAKOBS (nota 26), p. 765 (32), p. 766 (33).

(31) JAKOBS (nota 26), p. 762 (35).

(32) SCHÜNEMANN, "Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft", en "Festschrift für Roxin", 2001, p. 1 y ss. (14).

(33) JAKOBS, por primera vez, en su trabajo "Der strafrechtliche Handlungsbegriff" [el concepto penal de la acción].

bilidad. Es así que cuando en el delito tan solo se trata de la desobediencia a la validez de la norma, esta desobediencia presupone a un autor que actúe culpablemente. Por eso, el hecho cometido por un enfermo mental no es la desobediencia a la validez de la norma, sino la consecuencia "del ser humano como ser natural (...) no como participante competente de la comunicación que trasmite sentido"(34). Del mismo modo se expresan también sus discípulos. LESCH dice(35): "El injusto penal es la culpabilidad misma" y "culpabilidad es injusto penal". Y PAWLIK dice(36): "Bajo el dominio de un concepto de delito que (...) coloca en primer plano(...) la contradicción del autor con la voluntad general, no hay lugar para un injusto independiente de la culpabilidad como categoría delictiva general".

c) *La determinación de la culpabilidad según necesidades sociales*

La tercera innovación central de la teoría del delito de JAKOBS consiste en que, él, fascinado por sus premisas sistémico-teóricas, pretende determinar la culpabilidad, que él equipara al injusto, no según la constitución física del autor, sino a partir de las necesidades sociales de la prevención general. Por ello, él únicamente admite una exculpación cuando el conflicto desatado por la lesión de la norma podría ser solucionado de una manera distinta que mediante la pena. Él aclara esto con un ejemplo muy citado(37): "Así, recién podría discutirse la exculpación de delincuentes sexuales cuando la ciencia médica sea capaz de presentar recetas para su tratamiento". Según su opinión, la reducida capacidad de cumplir con la norma que pueda tener un reincidente tampoco atenúa su culpabilidad, porque no podría tolerarse "que se recompense con tolerancia la mayor intensidad de la delincuencia"(38). Esto significa, en un resumen teórico: "La autonomía es atribuida, en caso de que sea apropiado, como capacidad

(34) JAKOBS, ZStW 107 (1995), p. 864.

(35) LESCH, "Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision", 1999, p. 205.

(36) PAWLIK, "Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter? Anmerkungen zur Unterscheidung von Unrecht und Schuld im Strafrecht", en "Festschrift für Otto", 2007, p. 133 y ss. (147).

(37) JAKOBS, "Schuld und Prävention", 1976, p. 11.

(38) JAKOBS, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 2a. ed., 1991, 17/26.

y tan solo faltaría cuando existiere una posibilidad distinta de procesar el conflicto"(39). Todavía en su última publicación del 2008(40) decía: "que en el juicio de culpabilidad tan solo se individualiza (o sea se exculpa o disculpa) cuando con ello no se perjudica la tarea ordenadora de la norma". En una palabra: se admite incapacidad de culpabilidad del delincuente solo cuando ello no se opusiere a las necesidades penales de prevención general.

2. Crítica

Estas osadas tesis casi no han dejado nada intacto de la dogmática penal tradicional. Pero debo reconocer que no puedo seguir ninguna de las tres tesis principales de la concepción sistemática expuesta(41).

El delito como lesión de la vigencia de la norma en vez de lesión de bienes jurídicos

En primer lugar, en lo que se refiere al entendimiento del delito como lesión de la vigencia de la norma, no puedo estar de acuerdo con la tesis de que el delito estaría suficientemente caracterizado como ataque a

(39) JAKOBS (nota 37), p. 12.

(40) JAKOBS, "Norm, Person, Gesellschaft", 3a. ed., 2008, p. 107.

(41) La reciente literatura alemana presenta muchos análisis, mayormente críticos, de la concepción de JAKOBS. Tan solo mencionaré los siguientes trabajos: STÜBINGER, "–Nicht ohne meine Schuld!– Kritik der systemtheoretischen Reformulierung des Strafrechts am Beispiel der Schuldlehre von Günther JAKOBS", Kritische Justiz (KritJ) 1993, p. 33; SCHÜNEMANN, "Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland", en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (coords.), "Internationale Dogmatik der objektiven Zurechung und der Unterlassungsdelikte" 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*, "Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft", in FS Roxin, p. 1 y ss. (13 y ss.); FABRICIUS, "Was ein Lehrbuch lehrt ...: Eine exemplarische Untersuchung von JAKOBS Strafrecht – Allgemeiner Teil", 1998; PUPPE, "Strafrecht als Kommunikation", en FS Grünwald, 1999, p. 469 y ss.; HÖRNLE, "Das Unwerturteil und der Schuldvorwurf – Inhalte und Adressaten", en HEFENDEHL (coord.), "Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus", 2005, p. 105 y ss.; SACHER, "Systemtheorie und Strafrecht", ZStW 118 (2006), p. 547 y ss.; STRATENWERTH, "Sachlogische Strukturen?", en FS JAKOBS, 2007, p. 663 y ss.; H. SCHNEIDER (nota al pie 8).

la vigencia de la norma, ni tampoco con que la punición solo sirva para reafirmar la vigencia de la norma y que este objetivo siempre se vería alcanzado ya con su mera imposición. La lesión de la vigencia de la norma, que JAKOBS caracteriza como delito, no tiene un contenido empírico concreto, sino consiste en pura atribución. Un hecho no descubierto o incluso un hurto descubierto no pueden conmover la vigencia de la norma como hecho social-sicológico. Tampoco el ladrón quiere cuestionar la vigencia de la norma, sino apropiarse de una cosa ajena. Con mayor razón, en la imprudencia inconsciente como fenómeno real no se trata de cuestionar la norma, sino de la creación de un riesgo para bienes jurídicos concretos.

Pero aun cuando los delitos sean apropiados para conmover la confianza normativa de la población –lo que por cierto ni siquiera importa para JAKOBS–, el perjuicio penalmente relevante no radica en la inseguridad de los ciudadanos, sino en la afección concreta que han experimentado las víctimas y sus bienes jurídicos protegidos por los tipos: es decir, en la eliminación de la vida humana o la lesión de la integridad corporal, del derecho a la autodeterminación sexual, de la propiedad, etc.

En breves palabras: cuando el delito es separado de la realidad social y se evapora para convertirse en una mera atribución de significado, se oculta la real dimensión de la criminalidad. De este modo no puede cumplirse con la tarea de dirección social que tiene el Derecho penal.

Lo correspondiente rige para el entendimiento de la pena en la doctrina de JAKOBS. Si la pena únicamente tuviera el sentido de reafirmar la validez de la norma incumplida por el autor, haciendo una contradicción pública, uno deberá preguntarse por qué tendría que ser necesario imponer la pena y cumplir con ella. Y es que la desaprobación pública del delito también expresaría de manera clara la contradicción. Al inicio, JAKOBS había atribuido a la pena una función de "ejercitar la fidelidad al Derecho" y con ello le había concedido una función preventivo-general. Esto había recibido mucha acogida. En cambio, ha recibido mucha crítica el que luego hubiera abandonado este punto de vista y, en adelante, siguiendo plenamente a HEGEL, hubiera otorgado a la pena solo una función simbólica como confirmación de la vigencia normativa (como negación de la negación del Derecho). El rechazo probablemente más fuerte ha sido

manifestado por PUPPE(42): "Una sociedad que no quiere comprometerse para nada a imponer también fácticamente, al menos en forma parcial, el cumplimiento de sus normas, sino solamente toma el quebrantamiento de la norma como ocasión para ejecutar un ritual de autoaseguramiento sobre la ulterior validez de la norma, se desacredita a sí misma cuando no cae incluso en el ridículo".

JAKOBS ha recogido en parte a esta crítica y se ha planteado a sí mismo la cuestión(43) de "por qué se escoge precisamente la imposición de dolor(44) como símbolo y no algo distinto. Después de todo ya la condena constituye una contradicción frente al delito. ¿Por qué se necesita todavía el dolor?". Su respuesta(45) es que la reafirmación de la norma, si se quiere que sirva para "guiar conductas", tendría que "estar apuntalada cognitivamente", es decir que no debería "ser demasiado probable que uno llegare a ser (...) víctima de un delito. Dicho con un ejemplo: nadie va a estar tranquilo solamente por el hecho de que, al hacer un paseo nocturno por el parque de la ciudad, *no debería ser* asaltado o matado a golpes; más bien, al emprender el paseo, él también pensará que, con la mayor probabilidad, *no será* maltratado de esa manera". Esto culmina en la tesis resumida: "El dolor sirve para el aseguramiento cognitivo de la vigencia de la norma; ésta es la finalidad de la pena, así como la contradicción frente a la negación de vigencia que hace el delincuente es su significado".

Pero la función "cognitiva" de la pena, que va más allá de la reafirmación normativa, es entendida como compensación retributiva de la culpabilidad. En su más reciente publicación(46), JAKOBS todavía dice que solamente se legitima una pena "que compense los daños por los que específicamente debe responder el infractor de la norma, y nada más. O sea, no se trata de apartar al infractor de la norma de cometer nuevos hechos (...) ni de eliminar las tendencias infractoras de normas (...) de otras

(42) PUPPE (nota al pie 41), p. 472.

(43) JAKOBS, "Staatliche Strafe, Bedeutung und Zweck", 2004, p. 26.

(44) Con esto él se refiere al padecimiento de una pena.

(45) JAKOBS (nota al pie 43), p. 29.

(46) JAKOBS (nota al pie 40), p. 114.

personas...". Y en la ya mencionada publicación japonesa(47) se dice que, con la ejecución de la pena, se habría "alcanzado siempre la finalidad de la pena: la configuración de la sociedad está reafirmada. Para la finalidad de la pena no es esencial si, además, se producen efectos individual-sicológicos o social-sicológicos (intimidación, ejercicio en fidelidad al Derecho y otros más)".

A mí me parece que también en la última versión de la concepción de JAKOBS sobre los fines de la pena hay una contradicción insalvable. Y es que la suposición de que con la mera imposición de "dolor penal" retributivo las normas recibirían una función "rectora de conductas" y se podrían evitar delitos, contradice todos los descubrimientos de la criminología. Si JAKOBS no incluye la resocialización, el ejercicio en fidelidad al Derecho, la seguridad y la intimidación entre las tareas genuinas del Derecho penal, no podrá, según su propio ejemplo, pasear despreocupadamente por el parque de la ciudad. Pero entonces, el Derecho penal no habrá cumplido con su finalidad.

Y veo todavía una segunda contradicción en la concepción global de Jakobs. Si para él no solo importa la confirmación simbólica de la validez normativa mediante la condena, sino sobre todo su aseguramiento cognitivo y, con ello, una vida en sociedad libre de peligros que debe garantizar el Derecho penal, esta última tarea del Derecho penal consiste precisamente en aquello que según su concepción no debería ser: la protección de bienes jurídicos. Con ello, la oposición entre preservación de la norma y protección de bienes jurídicos cae por su propio peso. Por ello, con el reciente cambio de la doctrina de JAKOBS veo confirmada mi concepción.

¿Desaparición de la separación entre injusto y culpabilidad?

Tampoco puedo seguir el que JAKOBS y su escuela hagan desaparecer la separación entre injusto y culpabilidad. En la primavera de 1966, WELZEL había dicho en sus conferencias dictadas en Japón(48): "En el

(47) JAKOBS (nota al pie 26), p. 763 (34).

(48) WELZEL (nota al pie 1), p. 421.

desmembramiento del delito en los tres elementos, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, veo el progreso dogmático más importante de las últimas dos a tres generaciones". Este progreso no debe ser anulado.

En primer lugar, debe oponerse a esto que, con la premisa según la cual el delito sería exclusivamente lesión de la vigencia normativa y la vigencia de las normas solamente podría ser afectada por conductas culpables, también perdería validez la conclusión de que no podría haber un injusto sin culpabilidad.

Pero, aparte de esto, al mezclar el injusto con la culpabilidad(49) se allanarían diferencias materiales esenciales. Son dos cuestiones diferentes el si una conducta está prohibida con pena como lesión de un bien jurídico y el si la infracción a esta prohibición tiene que ser reprimida con pena en todos los casos. La prohibición o el mandato penales se dirigen como una llamada a todos los ciudadanos para que sus conductas guarden conformidad con la norma(50), y ya por ello deben separarse de la culpabilidad porque preceden a todo delito, informar al ciudadano sobre lo prohibido y le dan una pauta de conducta. Por ello, no funciona la objeción de que nadie debería estar obligado a hacer algo más de lo que puede. El ordenamiento jurídico puede y debe establecer deberes sin importar la persona, siempre que tenga cuidado de no penar a aquellos que no pueden cumplir con tal deber. También un asesino enfermo mental infringe la prohibición de matar. Pero no se le puede hacer un reproche por esto.

La tesis de que no habría ningún injusto sin culpabilidad también atenta, de diversos modos, contra la ley. El Código penal alemán diferencia claramente entre hechos "no antijurídicos" (arts. 32 y 34 StGB) y otros que son cometidos "sin culpabilidad" (arts. 17 y 20 StGB). Está permitido defenderse de ataques realizados sin culpabilidad, pero no contra aquellos conformes a la ley (art. 32 StGB). Los que niegan la posibilidad de un injusto sin culpabilidad tampoco pueden negar esto y, con ello, confirman la corrección material de la diferenciación que ellos discuten. Igualmente,

(49) Esta cuestión es tratada de forma detallada y convincente por GRECO en GA 2009, p. 636 y ss.

(50) Al respecto, HÖRNLE (nota al pie 41), p. 114.

la circunstancia de que las medidas de seguridad estén vinculadas al injusto mientras que las penas lo están a la culpabilidad, hace inevitable la separación entre ambos niveles delictivos. Igualmente, la regulación de la teoría de la culpabilidad, según la cual la falta de conciencia de injusto, en caso de invencibilidad, excluye la culpabilidad (art. 17 StGB) presupone la diferenciación entre injusto y culpabilidad. Y es que el legislador parte de que el autor ha realizado en tales casos un injusto penal.

Entonces, la separación entre injusto y culpabilidad tiene un elevado valor explicativo en el Derecho vigente porque numerosos resultados prácticos dependen de ella. En cambio, la tesis de que no habría un injusto sin culpabilidad no aporta ninguna ventaja práctica y destruye la claridad que ha creado el legislador mediante la separación expresa entre injusto y culpabilidad.

¿Atribución de culpabilidad según las finalidades planteadas?

No comparto la tercera tesis central de JAKOBS, en el sentido de que la culpabilidad no debería ser determinada según las capacidades individuales del autor, sino según los mandatos derivados de las finalidades buscadas por el legislador. Es cierto que ambos coincidimos en que, pese a existir una culpabilidad, todavía sería posible la exculpación (o la exclusión de la responsabilidad según mi terminología) cuando razones preventivas permitieren renunciar a la pena. Pero JAKOBS todavía quiere una pena cuando el autor, aunque no hubiera tenido la posibilidad de comportarse de conformidad con el derecho, ello fuera todavía "apropiado al fin" en el sentido de las tareas ordenadoras de la norma.

Desde hace mucho he opuesto a JAKOBS que con ello se obtiene precisamente aquello que el Derecho penal debería impedir: que la pena no dependa de la responsabilidad del autor que es derivada de sus capacidades, sino de las necesidades sociales que se pongan sobre el tapete. Esto lleva a instrumentalizar al sujeto, lo cual atenta contra la dignidad humana. A ello, JAKOBS ha replicado(51): "Cuando, en contra

(51) JAKOBS, "Das Schuldprinzip", 1993, pp. 29-30.

de la concepción aquí expuesta, repetidamente se opone que, bajo tal entendimiento de la culpabilidad, se instrumentalizaría al ciudadano que va a ser penado, con ello se (...) desconoce que (...) tan solo se trata de la descripción de las condiciones funcionales de la sociedad; la descripción no instrumentaliza sino, en todo caso, devela la instrumentalización que existe ya desde hace mucho".

Pero, en realidad, una instrumentalización como esa no debe existir según el Derecho vigente. Y tampoco se produce. Y es que el Tribunal Constitucional vigila enérgicamente, por que todos los tribunales respeten estrictamente el principio de culpabilidad(52). Quien atribuye la culpabilidad según necesidades sociales y no según las capacidades personales del autor, está sacrificando con ello una de las barreras esenciales que, en interés de la libertad ciudadana, se oponen al poder estatal interventor. Y este sacrificio es también innecesario, porque para aquellos raros casos en los cuales, debido a necesidades urgentes de protección (p. ej., al encerrar a enfermos mentales peligrosos), el derecho interventor estatal deba imponerse frente al principio de culpabilidad, intervienen medidas de seguridad previstas en la ley, tales como el internamiento en un establecimiento siquiátrico.

V. PERSPECTIVAS

Con esto llego al final de mi ponencia. Me he ocupado con algo más de detalle de las contribuciones aportadas por JAKOBS y por mí mismo al desarrollo de la dogmática penal en Alemania, porque se trata de las dos únicas concepciones delictivas postfinalistas que influyen en la discusión internacional. He realizado esto no a la manera de un informe libre de valoración, sino por la vía de una discusión crítica. Y es que, quienquiera entender las actuales discusiones en Alemania, tiene que poder entender claramente cómo debaten las distintas posiciones con sus argumentos y contraargumentos. Sería muy deseable que la ciencia penal japonesa participare en esta disputa y, quizás, encuentre en mi exposición algunos planteamientos para el diálogo que le puedan ser útiles.

(52) Más detalles en ROXIN (nota al pie 14).

No quiero ocultar que en los últimos años también han surgido jóvenes autores con novedosos proyectos sistemáticos. Así, en el 2006, Tonio WALTER(53) ha desarrollado el llamado "sistema postfinalista", el cual también rechaza un injusto sin culpabilidad, pero que a las causas que yo denomino de exclusión de la responsabilidad, las ubica fuera del injusto culpable en una categoría propia como "reglas de oportunidad". En el 2007, SINN(54) ha intentado desarrollar un sistema delictivo sobre la base de teorías sociológicas sobre el poder. Según esto, todo actuar delictivo debería ser interpretado como "abuso de poder". También él sostiene la tesis de que no debería existir un injusto sin culpabilidad. Y es que solo una persona que actuare con culpabilidad podría cometer un injusto abusando de su poder.

Estos son intentos, en principio dignos de aplauso, que penetran en nuevos territorios dogmáticos. Pero yo considero que las tesis de ambos autores serían más que problemáticas. Así, cuando WALTER, para rechazar un injusto separado de la culpabilidad, se basa en la idea(55) de que no podría "un inimputable cometer injusto alguno: las expresiones de un enfermo mental significan para el Derecho lo mismo que el sol y la lluvia", esto es totalmente incompatible con el hecho de que el Derecho, para las acciones ilegales no culpables prevea las amplias consecuencias arriba expuestas, mientras que el sol y la lluvia no tienen ninguna consecuencia jurídica. Y también me parece muy extraño que SINN quiera interpretar todas las formas fenomenológicas de la conducta punible –p. ej. también la imprudencia inconsciente– como "abuso de poder". Por otro lado, también podrá discutirse que no pueda existir un abuso de poder sin culpabilidad. Así, una tiranía seguirá presentándose como abuso de poder, aun cuando el tirano estuviera loco(56). No puede profundizarse más en todo esto por razones de espacio. Pero tampoco me parece que ello sea

(53) WALTER, "Der Kern des Strafrechts. Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum".

(54) SINN, "Straffreistellung von Drittverhalten".

(55) WALTER (nota al pie 53), p. 116.

(56) Cfr. GRECO, GA 2009, p. 636 y ss. (644).

necesario, dado que en Alemania la crítica a ambos trabajos ha sido hasta ahora mayoritariamente de rechazo, y tampoco estas concepciones han alcanzado influencia internacional.

No se sabe lo que traerá el futuro. Pero pongo todas mis esperanzas en que, bajo un trabajo conjunto con nuestros colegas japoneses y con otros penalistas de todo el mundo, llegaremos con el tiempo a desarrollar una dogmática penal internacional que pueda dar un aporte esencial para un Derecho mundial común y, con ello, para el entendimiento entre los pueblos.

Sobre los nuevos desarrollos en el debate acerca del bien jurídico (*)

I. INTRODUCCIÓN

¡La idea del bien jurídico de carácter crítico frente a la legislación sigue en vida! Después de que aquella muy controvertida discusión (en la cual participara comprometidamente WINFRIED HASSEMER) de las primeras décadas de posguerra no hubiera aportado resultados ciertos(1), se había producido un silencio científico en torno al tema. Veinticinco a treinta años más tarde, renombrados autores como STRATENWERTH(2), HIRSCH(3) y JAKOBS(4) llegaron a declarar que sería imposible un

(*) Título original: "Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte", Festschrift für Winfried Hassemer, Heidelberg, 2010, pp. 573-597.

(1) Las monografías de entonces todavía tienen actualidad y son importantes: JÄGER, "Strafgestzgebung 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, LH Lenckner, 1998, p. 377 y ss.

(3) HIRSCH, LH Spinellis, 2001, p. 425 y ss.

(4) JAKOBS, LH Saito, 2003, p. 17 y ss.

concepto crítico de bien jurídico respecto de la legislación, aparte de ser un planteamiento equivocado(5).

Pero he aquí que los partidarios de un concepto crítico de bien jurídico han aceptado el reto con una notable pasión combativa. HASSEMER(6), un pionero de lo que él denominara "pensamiento de bien jurídico crítico del sistema"(7) dice(8): "La prohibición de una conducta que no pueda invocar un bien jurídico constituiría terror estatal". SCHÜNEMANN(9) profetiza a "la idea de la protección de bienes jurídicos... un gran futuro", y la considera "la roca dura del pensamiento liberal y con ello de la justicia". En KAIAFA-GBANDI(10), leemos lo siguiente: "La doctrina de la ciencia penal alemana sobre el bien jurídico, como elemento esencial que no solamente fundamenta la punibilidad sino principalmente la limita, constituye... uno de sus más importantes legados para la cultura jurídica europea". Para HEFENDEHL(11), siguiendo a SCHÜNEMANN, "todavía está pendiente la verdadera consolidación de la teoría del bien jurídico. Y también

(5) He analizado críticamente las tres posiciones en: HEFENDEHL (coord.), "Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag", 2005, p. 135 y ss. (145 y ss.).

(6) Aquí tan solo me refiero a su trabajo de habilitación citado en la nota 1; ver 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 puede encontrarse en "Nomos-Kommentar", 2a. ed., 2005, vor § 1 (conjuntamente con *U.* NEUMANN), n. marg. 108-195.

(7) Prefiero hablar de un concepto de bien jurídico crítico de la legislación, porque con él no se quiere criticar el sistema en su totalidad (incluyendo a la constitución), sino solo la legislación penal. Pero en el fondo no hay diferencias.

(8) HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (coords.), "Die Rechtsgutstheorie", 2003, aquí: HASSEMER, p. 57 y ss. (64).

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

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

(11) HEFENDEHL (nota 8), p. 286 y ss. Además, ídem (nota 8), p. 119 y ss. También su trabajo de habilitación sobre bienes jurídicos colectivos en el Derecho penal ("Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht") se basa en la idea de la protección de bienes jurídicos.

yo me he esforzado por fundamentar nuevamente "la protección de bienes jurídicos como tarea del Derecho penal"[12] y de defender esta concepción contra sus detractores.

También se ha promovido una revitalización de la idea del bien jurídico por el hecho de haber entrado a tratarse en la discusión alemana el "Harm Principle" que se discute en el Derecho penal angloamericano y que ya en 1859 JOHN STUART MILL había desarrollado. ANDREW VON HIRSCH ha contribuido decisivamente a ello[13]. Se basa en la idea de que solo el perjuicio a otros ("harm to others") debería ser conminado con pena, o sea, p. ej., no el mero daño a sí mismo o las puras infracciones morales. El filósofo de Derecho norteamericano FEINBERG ha trabajado detalladamente[14] esta concepción que, por sus consecuencias, coincide ampliamente con las de la teoría de bienes jurídicos, de manera que por esta vía se presta un "apoyo inesperado... proveniente del círculo jurídico anglófono"[15].

El reciente desarrollo de la discusión se ve acompañado por una serie de monografías de las cuales, haciendo una selección estricta, tan solo mencionaré el nombre de los autores y los títulos de los trabajos que citaré más adelante: K. A. PAPAGEORGIOU[16], STÄCHELIN[17], WOHLERS[18],

---

(12) Así es el título (con signos interrogativos) de mi contribución en la colección de artículos mencionada en la nota 5. También mi manual "Strafrecht Allgemeiner Teil" (tomo I, 4a. ed., 2006) se dedica minuciosamente a la idea de la protección de bienes jurídicos.

(13) Aquí debo remitir tan solo a su contribución en la compilación 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 tomos, 1984-1988.

(15) HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS, GA 2002, 2 (en la introducción). Más detalles para la discusión sobre el *Harm Principle* en Alemania ver en mi manual (nota 12), § 2, n. marg. 123 y ss.

(16) K. A. PAPAGEORGIOU, "Schaden und Strafe", 1994.

(17) STÄCHELIN, "Strafgesetzgebung und Verfassungsstaat", 1998.

(18) WOHLERS, "Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik 'moderner' Gefährdungsdelikte", 2000.

HEFENDEHL[19], HÖRNLE[20], ANASTASOPOULOU[21] y GRECO[22]. Estos trabajos tratan, en parte de manera aprobatoria, pero también en parte críticamente, sobre la posibilidad de un concepto de bien jurídico crítico a la legislación bajo todos los aspectos imaginables, y enriquecen de manera decisiva nuestro conocimiento inicial muy selectivo de la problemática.

Comprensiblemente no es posible analizar, en una contribución limitada por razones de espacio, todos los detalles del tema. Pero, desde la perspectiva de un partidario de la idea del bien jurídico crítico de la legislación, quisiera desarrollar algunas ideas que he obtenido tras ocuparme de la amplia literatura correspondiente. También me parece que es posible dejar aparte algunas de las cuestiones polémicas antes muy discutidas, pues se puede considerar que el nuevo debate las ha superado. En esto me siento compañero de armas de WINFRIED HASSEMER, el venerable homenajeado, a quien la teoría personal del bien jurídico le debe contribuciones decisivas.

II. SOBRE LA CUESTIÓN DE UNA DEDUCCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO CRÍTICO DE LA LEGISLACIÓN

Se han dedicado muchos esfuerzos en proveer una consagración histórica a una doctrina de bienes jurídicos destinada a poner límites al poder estatal, deduciéndola sea de la doctrina de los daños sociales de la Ilustración o de la concepción de BIRNBAUM, quien había introducido a la discusión penal la creación idiomática "bien jurídico" en el siglo XIX[23].

Pero ambas deducciones, como apoyo de una doctrina de bienes jurídicos limitadora del Derecho penal, pueden ser útiles solo de manera restringida. Ciertamente, BECCARIA había querido limitar la potestad

(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.

(23) BIRNBAUM, Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, tomo 15, 1834, p. 149 y ss.

penal estatal a conductas socialmente dañosas, lo cual fuera reafirmado enfáticamente por su traductor alemán, HOMMEL, quien con gran osadía, ha deducido de esta tesis la impunidad del incesto entre hermanos, impunidad hasta ahora no reconocida(24): "Casarse con su propia hermana es pecado entre los cristianos pero no constituye un injusto ciudadano. Y es que delito o injusto solamente significa aquello con lo cual yo ofendo a alguien" (por "ofender", según el uso idiomático de entonces, debe entenderse también lo que hoy en día denominamos "dañar"). "Solo que esto es materia de las leyes civiles. Puede ser algo deshonroso, un pecado, pero aún así no constituir un delito. Persona, ciudadano y cristiano son tres conceptos diferentes".

Ciertamente, también WILHELM VON HUMBOLDT, en sus "Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen" (1792) ha exigido que el Estado al penalizar no deba "perseguir otra finalidad que la seguridad de los ciudadanos". Por ello, él solamente debería prohibir o restringir aquellas acciones "cuya consecuencia afecte los derechos de otros, es decir, sin o contra el consentimiento de estos reduzca su libertad o su propiedad o de los cuales se deba esperar probablemente esto"(25). El escrito de HUMBOLDT que apareciera como libro recién en 1851 constituye luego una de las fuentes de inspiración de la obra de JOHN STUART MILL "On Liberty" de 1859. Allí se dice con toda claridad(26): "... que la única finalidad por la cual se pueda ejercer legítimamente coerción en contra de la voluntad de un miembro de la comunidad civilizada es la de prevenir el daño a otros"(27). Por su parte, MILL es el padre intelectual del "Harm Principle", así que esta concepción y aquella otra concepción del bien jurídico que recurre a la doctrina de daño social del siglo XVIII tienen raíces espirituales comparables.

---

(24) HOMMEL, "Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen", introducción de Hommel, Berlín, 1966, p. 15.

(25) Se cita aquí la edición de Reclam, p. 153, p. 128.

(26) Edición de Reclam, p. 16.

(27) STRATENWERTH llama la atención sobre las relaciones entre Humboldt y John Stuart Mill (nota 8), p. 255.

Por cierto que una doctrina moderna del bien jurídico, crítica de la legislación, solo puede invocar a los autores mencionados y no simplemente a la "Ilustración", especialmente porque MILL debe situarse dentro del liberalismo muy posterior del siglo XIX, y el escrito de HUMBOLDT también recién en esta época encontró cierta resonancia. Las nuevas investigaciones referidas a la Ilustración han evidenciado que esta época albergaba muchas tendencias opuestas y no puede ser para nada entendida como una corriente del pensamiento liberal-individualista(28). Entonces, una teoría de bienes jurídicos crítica de la legislación podrá invocar tan solo a algunos de los precursores de la época del pensamiento liberal de la Ilustración y no a la concepción de la pena de toda una época. Para fundamentar una moderna concepción de bienes jurídicos resulta más prometedor, tal como se va a demostrar más adelante, recurrir a las ideas básicas de la teoría del Estado de la Ilustración en las cuales se basa nuestra Ley Fundamental.

Tampoco la doctrina de los bienes jurídicos de BIRNBAUM, tal como AMELUNG(29) ha demostrado ya hace algunas décadas, había sido desarrollada con el objetivo de poner límites al poder punitivo del Estado. BIRNBAUM quería más bien, a través de su crítica a la teoría de la pena de FEUERBACH en el sentido de "violación del Derecho", incluir precisamente en el ámbito de lo punible los delitos contra la religión y las buenas costumbres. Tampoco la historia dogmática posterior del concepto de bien jurídico permite reconocer una tendencia clara hacia la limitación de la punibilidad exigiendo la provocación de daños con carácter de perjuicio social. El "concepto metódico de bien jurídico"(30) desarrollado en la época de Weimar por HONIG, GRÜNHUT y SCHWINGE, que reduce el bien jurídico a la finalidad legal y que aún en la actualidad tiene de su parte a la que seguramente debe ser la opinión mayoritaria, no admite que el concepto de bien jurídico deba tener una tarea limitadora de la punibilidad.

---

(28) Más detalles al respecto, GRECO (nota 22, p. 322 y ss.), quien evalúa la moderna investigación sobre la Ilustración.

(29) AMELUNG (nota 1), p. 39 y ss.; últimamente en (nota 8), p. 159 y ss.

(30) Más detalles y con refs. en mi manual sobre la parte general (nota 12), § 2, n. marg. 4 y 5.

Por eso, prescindiendo de algunos precursores, se puede decir que la idea de limitar la potestad punitiva del legislador con ayuda del concepto de bien jurídico, recién después de la Segunda Guerra Mundial fue desarrollada para convertirse en objeto relevante de la discusión en la política reformadora. En este sentido, JÄGER lo utilizó en 1957 para los "delitos contra las buenas costumbres". En 1963, yo recogí la concepción de JÄGER en mi libro sobre el dominio del hecho(31). El Proyecto Alternativo de la Parte General de 1966, en el cual yo intervine, ha restringido premeditadamente la finalidad de la pena a la "protección de bienes jurídicos" (art. 2, párrafo 1). Nuestro posterior Proyecto Alternativo sobre "delitos sexuales" (1968), que ha influido preponderantemente en la reforma legal de 1973, se limita también, de manera programática, a la "penalización de graves conductas socialmente dañosas"(32). Luego, la verdadera historia dogmática del concepto de bien jurídico crítico de la legislación comienza recién en la época posterior a la Segunda Guerra Mundial.

III. SOBRE LA LEGITIMACIÓN CONSTITUCIONAL DE UN CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO CRÍTICO DE LA LEGISLACIÓN

Por tal razón, hace ya tiempo he afirmado que lo que interesa para la discusión actual no es si y en qué medida el concepto de bien jurídico crítico de la legislación pueda reconducirse a la Ilustración, o a BIRNHAUM y la doctrina de bien jurídico del siglo XIX. Lo decisivo sería que el concepto habría asumido en la actualidad la tarea de constituir una limitación liberal del Derecho penal(33). Esta reflexión ha sido recogida por KAIAFA-GBANDI(34) y WITTIG(35), y me parece que todavía tiene validez en la actualidad. Y es que podemos construir el concepto de bien jurídico, que en su desarrollo histórico ha tenido un contenido muy difuso, según las finalidades que debe cumplir hoy en día.

---

(31) ROXIN, "Täterschaft und Tatherrschaft", p. 413 y ss. (actualmente en la 8a. edición, 2006).

(32) P. 9. Esta idea básica ha sido impresa con negrita en el texto.

(33) ROXIN, en el manual (nota 12), § 2, n. marg. 6.

(34) KAIAFA-GBANDI (nota 10), p. 263.

(35) WITTIG (nota 8), p. 239.

Por supuesto que esto no nos libra de la obligación de tener que legitimar el concepto de bien jurídico crítico de la legislación a partir de las bases del ordenamiento jurídico vigente. Y es que no podemos poner límites al legislador argumentando que esto se corresponde con nuestras propias ideas político-criminales. La única instancia que está por encima del legislador es la Constitución. Luego, la limitación de la intervención debe poder remitirse a esta si quiere constituir algo más que una mera expresión de la opinión personal.

Como es conocido, nuestro Tribunal Federal Constitucional (TFC) nunca ha reconocido que la violación de bienes jurídicos sería presupuesto de una penalización jurídicamente válida, aunque ha tenido muchas oportunidades para hacerlo: en las sentencias sobre la constitucionalidad de la punición de la homosexualidad entre adultos(36), de la posesión de hachís [cannabis](37) y del incesto entre hermanos(38). Y las monografías de LAGODNY(39) y APPEL(40), dedicadas a la relación entre Constitución y ley penal, tampoco han podido descubrir una vinculación entre legislación penal y protección de bienes jurídicos. Cuando uno solo se centra en que una ley penal, al perseguir un objetivo capaz de ser fundamentado de cualquier forma, para ser compatible con la Constitución, deba ser idóneo, necesario y apropiado según el principio de proporcionalidad(41), no importará la presencia de una lesión de bienes jurídicos, en tanto se ignore su relevancia para la legitimidad de la finalidad perseguida.

Pero esta relevancia se vuelve visible cuando uno recuerda la tarea del Derecho penal en el estado constitucional europeo moderno: debe garantizar, como *ultima ratio* y respetando todos los derechos fundamentales,

(36) TFC, tomo 6, p. 389 y ss.; tomo 36, p. 41 y ss.

(37) TFC, tomo 90, p. 145 y ss.

(38) En NJW 2008, p. 1137 y ss.

(39) LAGODNY, "Strafrecht vor den Schanken der Grundrechte", 1996.

(40) APPEL, "Verfassung und Strafe", 1998.

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

la coexistencia libre y pacífica de sus ciudadanos. Si se parte de esta tarea, se deberá ver como "bien jurídico", todo aquello que sea indispensable para su cumplimiento. Entonces, son bienes jurídicos: la vida, la integridad corporal y sexual, la libertad, la propiedad, etc., pero también –como bienes jurídicos de la generalidad– p. ej., una justicia eficiente, la veracidad de la moneda o un ambiente intacto, sin los cuales tampoco sería posible una vida segura tanto en lo jurídico como en lo saludable.

En la historia jurídica se puede deducir este entendimiento de bien jurídico a partir de la concepción del contrato social desarrollado por los teóricos del Estado de la Ilustración, concepción según la cual los ciudadanos trasladan al Estado un poder punitivo solamente en la medida en que sea necesario para garantizar una convivencia pacífica y libre que proteja sus derechos humanos. Puesto que la Ley Fundamental, al igual que la mayoría de las Constituciones europeas, tiene estas bases históricas, un entendimiento de bien jurídico basado constitucionalmente tiene que vincularse más con las conquistas de la teoría estatal de la Ilustración que con las concepciones penales de aquel tiempo, que no pueden manifestarse en la forma de una época determinada.

En lo expuesto no se trata de una opinión aislada que solo yo defiendo, sino de una concepción muy difundida en la literatura reciente que ya por ello debería ser incluida por el TFC en sus reflexiones. Así, p. ej., SCHÜNEMANN(42) quiere encontrar la fundamentación de un principio de bien jurídico crítico de la legislación "en el pensamiento fundamental de limitar el Derecho penal a partir de la idea del contrato social", "tal como se ha afirmado una y otra vez desde hace alrededor de 250 años y que en la época actual... debe desarrollar su máxima eficacia". En la misma línea se está cuando WOHLERS(43) habla del interés de los miembros de la sociedad "en garantizar los presupuestos básicos necesarios para desarrollar

(42) SCHÜNEMANN (nota 8), p. 137 y s.

(43) WOHLERS, GA 2002, p. 15 (16).

su libertad individual", y HEFENDEHL(44) interpreta también los bienes jurídicos para proteger las condiciones básicas del Estado como presupuesto para la autorrealización del particular en la sociedad moderna. STERNBERG-LIEBEN se manifiesta de manera especialmente decidida en el sentido que yo persigo(45). Al Derecho penal le correspondería la tarea de "aportar su contribución para garantizar los presupuestos personales de desarrollo: Derecho penal como medio para proteger como última ratio aquellas circunstancias que se manifiestan como presupuestos y condiciones personales de desarrollo". En consecuencia, él define "el bien jurídico penal" como "una circunstancia vulnerable, real... que se manifiesta en la situación histórica como presupuesto y condición personal de desarrollo".

Esto coincide ampliamente con mi propia definición(46), según la cual por "bienes jurídicos" se deben "entender 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 construido sobre la base de este objetivo". Esto desemboca en un "concepto personal de bien jurídico", tal como ha sido desarrollado por MARX(47), HASSEMER(48) y HOHMANN(49), según el cual solamente deben reconocerse bienes jurídicos de la generalidad en tanto, en última instancia, sirvan a las condiciones de vida de los individuos. Y también hay convergencia con la doctrina liberal de los daños sociales, tal como encontramos preconstruidos históricamente en BECCARIA, HOMMEL, WILHELM VON HUMBOLDT y MILL. Y es que solamente allí donde sea demostrable un daño real, podrán afectarse las condiciones de existencia y desarrollo de las personas.

(44) HEFENDEHL, GA 2002, p. 21 (25).

(45) STERNBERG-LIEBEN (nota 8), p. 67.

(46) ROXIN, manual sobre parte general (nota 12), § 2, n. marg. 7.

(47) MARX (nota 1).

(48) HASSEMER (nota 6), 2000, p. 160 y ss.

(49) HOHMANN, "Das Rechtsgut der Umweltdelikte", 1991.

IV. ACERCA DEL PROBLEMA DE LA SUFICIENTE DETERMINACIÓN Y CAPACIDAD DE RENDIMIENTO DE UN CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO PERSONAL BASADO CONSTITUCIONALMENTE

Una de las principales objeciones contra un concepto jurídico del tipo expuesto consiste en que sería demasiado indeterminado. Ya debido a ello fracasaría el intento de hacer que la lesión de un bien jurídico constituya el presupuesto de una penalización, y de este modo ponga límites a la potestad interventora del Derecho penal. Así, p. ej., STRATENWERTH(50) enumera una serie de definiciones de bien jurídico que se pueden encontrar en nuestros manuales y comentarios y, de esta discrepancia y falta de claridad abstracta, extrae la consecuencia de que sería "insoluble" la tarea de encontrar una definición aceptable del bien jurídico. También FRISCH(51) expresa que, frente a la "relatividad, extensión e imprecisión del concepto 'bien jurídico'(...) el balance de éxitos del tópico es más bien humilde".

Se puede decir que esta concepción es casi dominante, pese a lo cual no es correcta. En lo que concierne a las definiciones de bien jurídico, debe pensarse que la mayoría de los autores no ha tenido la intención de formular un concepto de bien jurídico crítico de la legislación, sino que parten de un "concepto metódico de bien jurídico"(52), según el cual cualquier objetivo legal crearía un bien jurídico. A partir de este punto de vista, ellos han tratado de encontrar lo que es común a todos los tipos. Esto, naturalmente, tan solo podrá dar por resultado una definición de amplitud ilimitada.

Por el contrario, un concepto de bien jurídico tal como aquí se favorece aporta algo relevante(53): este concepto excluye el puro moralismo (p. ej., la punibilidad de la homosexualidad entre adultos, acciones sexuales entre animales y conductas similares), porque con ello no se afectan las posibi-

(50) STRATENWERTH, LH Lenckner, 1998, p. 378.

(51) FRISCH (nota 8), p. 217.

(52) Cfr. al respecto ver ya arriba en nota 30.

(53) Aquí voy a tener que limitarme a una enumeración lacónica y remitir, para los detalles, a las exposiciones en mi manual sobre parte general (nota 12), § 2, n. marg. 13-50.

lidades de desarrollo de nadie, al igual que un paternalismo duro (como la punibilidad de la autolesión, de la posesión de drogas para el propio consumo, art. 29 de la Ley de estupefacientes, o de la intervención en una autopuesta en peligro de otro que actúa autorresponsablemente: en todos esos casos falta la intervención en los bienes jurídicos de otros). La idea de bienes jurídicos tampoco permite la pura protección de sentimientos, según la cual se conminaría con pena ya la provocación no deseada de miradas (p. ej., la pornografía en el art. 184, párrafo 1, N° 6 StGB, o de actos sexuales, en el art. 183a StGB). Tampoco son objeto del Derecho penal las lesiones de tabúes (como en el incesto entre hermanos, art. 173, párrafo 2, StGB, o en la negación de hechos históricos según el art. 130, párrafo 3 StGB). En ninguno de estos casos se daña a un tercero o a la generalidad. El que alguien pueda sentirse afectado desagradablemente por tales conductas, no es suficiente para legitimar la punibilidad: "No forma parte de los presupuestos de desarrollo de la persona el no ser molestado en sus conceptos de valores morales personales. Tales perturbaciones en el estado de ánimo, en nuestra sociedad desarrollada pluralísticamente(...) deben ser toleradas"(54).

Tampoco son bienes jurídicos los objetos de protección de carácter abstracto inaccesible como la "idoneidad para perturbar la paz pública" que suele aparecer en numerosas disposiciones penales(55). Además, tampoco penan lesiones a bienes jurídicos las leyes penales simbólicas que no impiden daños primarios, sino quieren manifestar un reconocimiento del legislador de determinados valores u objetivos. Finalmente, los llamados bienes jurídicos aparentes también son inaptos para fundamentar las disposiciones penales. Estos son conceptos generales tales como la "salud pública" o la "capacidad de rendimiento del ramo de los seguros" que solamente puede ser deducida y fundamentar la punibilidad a partir de la adición de cada una de las lesiones concretas de bienes jurídicos.

Precedentemente solo había sido posible un listado veloz de las restricciones a la punibilidad que se pueden obtener de un concepto de bien

(54) STERNBERG-LIEBEN (nota 8), p. 75.

(55) Proporciona un análisis sobre este tema la monografía de HÖRNLE (nota 20).

jurídico personal deducido a partir de las tareas del Derecho penal. Pero ya un esbozo como ese, contradice la afirmación frecuentemente oída de boca de los escépticos del bien jurídico, de que el concepto de bien jurídico tan solo encajaría en tipos en los cuales (como en el homicidio, el hurto o la estafa) de todos modos sería indiscutible la necesidad de pena, mientras que en los difíciles casos límite no aportaría resultados valiosos. Los ejemplos enumerados muestran, no obstante, que precisamente en hechos cuya necesidad de pena no es polémica, un concepto de bien jurídico crítico de la legislación aporta bases argumentativas racionales, mientras que la renuncia a este instrumento de reconocimiento lleva a la arbitrariedad desorientadora.

Precisamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal nos enseña esto cuando rechaza una conducta lesionadora de bienes jurídicos como presupuesto de la punibilidad y, de esta manera, sostiene la punibilidad en tres casos especialmente polémicos en los cuales lo correcto hubiera sido negarla: en los casos ya mencionados de la homosexualidad entre adultos (TFC, tomo 6, p. 389 y ss.), en la posesión de pequeñas cantidades de hachís (TFC, tomo 90, p. 145 y ss.) y en la punibilidad del sexo entre hermanos (en NJW 2008, p. 1137 y ss.).

En el presente marco no es posible analizar con detalle estos fallos. Pero esto tampoco es necesario porque la insostenibilidad de estas sentencias ha sido expuesta hace mucho por numerosos comentaristas. Las relaciones sexuales entre hombres incluso han sido despenalizadas por el propio Estado, de manera que, en la actualidad, tiene que resultar incomprensible la tesis del TFC (tomo 6, p. 389) en el sentido de que atentarían "contra las normas morales" y no podría "ser comprobado claramente que faltaría todo interés estatal en penarlas". La resolución sobre el "hachís" ha sido refutada, en sus fundamentos, por numerosos autores(56). Y la sentencia sobre el incesto ha sido criticada, en su voto singular, por WINFRIED HASSEMER, el único catedrático penalista entre los miembros de la Sala,

(56) Aquí me remito solamente a NESTLER, en Institut für Kriminalwissenschaften, Fráncfort del Meno (ed.), "Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts", 1995, p. 72 y ss.; WOHLERS (nota 18), p. 187 y ss.; SCHÜNEMANN (nota 8), p. 145 y ss.

de manera tan convincente como las primeras tomas de posición de la literatura que he podido examinar de GRECO(57) y de HÖRNLE(58).

Solamente sobre la resolución relativa al incesto, que fuera emitida el 2008, se dirá todavía algo porque aquí, por primera vez, se incluyó en las reflexiones del Tribunal la disputa sobre la posibilidad de un concepto de bien jurídico crítico de la legislación. Sin embargo, esto ocurrió de manera poco clara y contradictoria.

Primero se dice allí(59): "El Derecho penal es empleado como 'ultima ratio' de la protección de bienes jurídicos cuando determinada conducta, más allá de su carácter prohibido, es especialmente dañosa para la sociedad e insoportable para la ordenada vida común entre las personas, y por ello su evitación resulta especialmente urgente". Esto podría ser interpretado sin problemas en el sentido de la concepción aquí defendida. Pero más adelante se dice, sin que los criterios arriba enunciados jueguen papel alguno, que sería cuestión del legislador "fijar los bienes que deberán protegerse con los medios del Derecho penal(...) Esta potestad no puede ser reducida invocando bienes jurídicos supuestamente preexistentes o 'reconocidos' por instancias más allá del legislador. Más bien ella encuentra su límite(...) solo en la Constitución misma(...)". El concepto de protección de bienes jurídicos no proporcionaría "ningún parámetro interno que deba ser acogido obligatoriamente por el Derecho constitucional"(60).

Aquí se abandona por completo el contenido crítico del concepto de bien jurídico, porque el Tribunal desconoce que sí es posible deducir barreras al poder punitivo estatal a partir de las tareas del Derecho penal fundadas constitucionalmente.

Pero por lo menos la sentencia no excluye por completo los efectos penales, y en un punto incluso constitucionales, de un concepto de bien

(57) GRECO, ZIS 5, 2008, p. 234 y ss.

(58) HÖRNLE, NJW 2008, p. 2085.

(59) En NJW 2008, p. 1138.

(60) La concepción que yo defiendo en mi manual es mencionada expresamente como "otra concepción".

jurídico crítico de la legislación, sino adopta una postura parcialmente neutral y espectante. Esto rige de dos maneras.

"Aquí no puede evaluarse cuál sería el aporte que el concepto de protección de bienes jurídicos pueda prestar a la política jurídica y la dogmática del Derecho penal", dice la resolución(61), y con ello toca un tema sobre el cual se ha de volver aún (abajo en VI). Finalmente se dice incluso(62) que podría quedar sin responder la cuestión de "si la diferenciación entre normas penales, basadas únicamente en representaciones morales, y aquellas que sirvan a la protección de bienes jurídicos... es sostenible y si, en caso afirmativo, las normas penales del primer tipo serían constitucionalmente objetables".

El Tribunal intenta a continuación fundamentar la norma penal a partir de una vinculación entre historia cultural y reflexiones sobre la protección. La punibilidad se justificaría "en la agrupación de objetivos penales comprensibles, bajo el trasfondo de una convicción fundada en lo histórico-cultural, vigente tanto antes como ahora, acerca del merecimiento de pena del incesto". La disposición penal sería un "instrumento para proteger la autodeterminación sexual, la salud de la población y especialmente de la familia".

No obstante, esto constituye un intento inútil de dar apoyo a la disposición penal. Y es que la "convicción social sobre el merecimiento de pena" de una conducta se basa, precisamente en el ámbito sexual, tan solo y con mucha frecuencia en prejuicios pertinaces, tal como lo demuestra de manera clara el ejemplo de la homosexualidad que había sido considerada por los creadores el Proyecto de 1962 como una "conducta especialmente reprochable en lo ético e infame según la convicción general"(63). Precisamente la tarea del concepto de protección de bienes jurídicos consiste en cuestionar críticamente estas convicciones populares en cuanto a su sostenibilidad y justificación.

---

(61) En NJW 2008, p. 1138.

(62) En NJW 2008, p. 1140.

(63) Proyecto de 1962, BT-Drucks. IV/650, 376.

Y resulta evidente que los "bienes protegibles" que interpone el TFC –autodeterminación sexual, salud de la población familia– no pueden sostener la punibilidad. No se atenta contra la "autodeterminación sexual" a través del actuar voluntario de personas adultas. La "salud de la población" no es afectada en absoluto; después de las experiencias de la época nazi es un sobreentendido el que los puntos de vista eugenésicos no puedan legitimar la punibilidad. Y no se entiende por qué la "famila" deba verse perjudicada cuando dos hermanos recién llegan a conocerse de adultos y nunca habían tenido una familia común, aparte de que conductas dañosas a la famila, por afectar al núcleo de la configuración privada de la vida, de todos modos tienen que quedar fuera del acceso estatal. Finalmente, también es evidente que no puede legitimar la punibilidad la "agrupación" de tres objetos de protección que por sí mismos son inútiles.

El caso muestra, entonces, que solo un concepto consecuente de bien jurídico proporciona resultados claros, mientras que un entendimiento ecléctico y teóricamente desequilibrado sobre la potestad penal del Estado, tal como ocurre con la resolución de la Segunda Sala, no puede proveer soluciones convincentes. Pero por lo menos esta resolución deja abierta la posibilidad de proseguir la discusión sobre la idea de bienes jurídicos críticos a la legislación.

V. SOBRE LA VARIEDAD HISTÓRICA Y CULTURAL DE LAS CONDUCTAS PENALMENTE RELEVANTES

No pocas veces se niega la utilidad de un concepto de bien jurídico crítico de la legislación, argumentando que las representaciones sobre lo que tendría que ser penado serían, histórica y culturalmente, tan variadas que no podrían ser abarcadas por un solo concepto de bien jurídico. En efecto, la historia del Derecho penal nos enseña que, de muchas conductas punibles en siglos pasados, su penalización nos resulta en la actualidad incomprensible, al igual que, a la inversa, en la actualidad son punibles algunas cosas que antes eran totalmente impunes (p. ej., los daños ambientales y muchos delitos económicos). Y también una mirada a círculos culturales extranjeros (como, p. ej., el Derecho islámico) nos

muestra que allí se penan muchas cosas que para nosotros está claramente permitido. Así, STRATENWERTH(64) indica que en el Derecho islámico "la libertad individual no tiene lugar". Más bien, sería "parámetro de la plena realización de la vida(...) la conexión existencial de la persona con Dios". Con ello, él pretende refutar la utilidad de un concepto de bien jurídico crítico a la legislación.

Pero esta objeción desaparece cuando se comprende(65) que el concepto de bien jurídico que aquí se propaga no está desvinculado de la época y la cultura, sino resume las condiciones de existencia y de desarrollo de las personas bajo el dominio de la Constitución y bajo las condiciones reales y sociales de nuestro país. Puede que en otros lugares se amenace con la muerte el apartamiento de la creencia religiosa o la crítica al profeta, pero en un país en el cual se garantiza constitucionalmente la libertad de creencias y opiniones, no puede verse en ello ninguna violación de bienes jurídicos, de manera que tiene que descartarse de antemano incluso una pena leve en tales casos.

Y para demostrar esto con un ejemplo histórico. Cuando, p. ej., JAKOBS(66), para demostrar que la homosexualidad podría ser vista como una violación de bienes jurídicos, arguye que en una "sociedad caracterizada por la jerarquía de los hombres", como en el ejército prusiano, las relaciones sexuales "de un tipo que resquebraja principalmente la estructura jerárquica" habrían tenido efectos dañinos para la sociedad, en realidad, las condiciones de funcionamiento de una jerarquía militar prusiana del pasado no pueden demostrar que la conducta homosexual bajo las condiciones actuales signifique una lesión de bienes jurídicos (aparte de que de este modo, también en el pasado, la punición habría tenido que fundamentarse en todo caso en el marco de las jerarquías militares). A la inversa, la tierra, el aire y el agua recién entran a tallar

(64) STRATENWERTH (nota 8), p. 256.

(65) Esto ya ha sido expuesto con más detalle por HASSEMER en su trabajo de habilitación de 1973 (cfr. nota 1).

(66) JAKOBS (nota 4), p. 26.

como bienes jurídicos a partir del momento en que el desarrollo técnico e industrial posibilita que las personas puedan destruir las bases naturales de la vida de la población a través de perjuicios ambientales.

Luego, la presencia de un bien jurídico depende de presupuestos cambiantes. Pero esto no cambia para nada el que la exigencia de una lesión de bienes jurídicos, en una situación histórica dada y en el marco de un ordenamiento constitucional acabado, pueda proporcionar pautas concretas a la legislación penal.

VI. ¿EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO CRÍTICO A LA LEGISLACIÓN TIENE SOLO RELEVANCIA POLÍTICO-CRIMINAL O TIENE TAMBIÉN RELEVANCIA CONSTITUCIONAL?

Por cierto que no debe desconocerse que el legislador tiene un gran espacio de discrecionalidad al momento de decidir la cuestión de si debería penarse determinada conducta. Esto no solamente rige para el problema que nadie discute de si un bien jurídico debería ser protegido por el Derecho penal o por otras regulaciones jurídicas o por medidas sociopolíticas(67). Entonces, la resolución sobre el incesto tiene plena razón cuando enuncia(68) que el legislador sería "básicamente libre para decidir si determinado bien jurídico, cuya protección le parece esencial, deba serlo precisamente con los medios del Derecho penal y de qué forma eventualmente lo haría". Luego, rige lo siguiente: la doctrina de los bienes jurídicos no dice qué lesiones a bienes jurídicos deban ser prohibidas mediante el Derecho penal, sino qué conductas no deben ser penadas por faltar una violación a bienes jurídicos.

También se tendrá que reconocer ampliamente al legislador un ámbito de discrecionalidad evaluadora al decidir la cuestión de si una conducta tiene o no carácter lesivo de bienes jurídicos o deba ser descartada del ámbito de lo punible por constituir una mera pertur-

(67) Cfr. al respecto, con más detalles, ROXIN, "Strafrecht. Allgemeiner Teil" (nota 12), § 2, n. marg. 95 y ss.

(68) En NJW 2008, p. 1138.

bación[69]. Así, p. ej., el si la conducta prevista en el art. 167a StGB, que pena la perturbación de una ceremonia de sepelio, pueda ser vista como lesiva de bienes jurídicos, depende de si forma parte de los presupuestos de una libre y pacífica vida común en nuestra sociedad el que el individuo pueda participar en ceremonias de sepelio de manera digna, de manera que estas deban poder ser protegidas contra afecciones perturbadoras mediante el Derecho penal.

Se puede discutir mucho sobre esto, pero existen buenas razones para ello, de manera que al reconocer correctamente un espacio legislativo discrecional, la disposición penal del art. 167a StGB puede ser vista como compatible con el principio de protección de bienes jurídicos. Pero del mismo modo tampoco puede criticarse que el legislador pueda dejar impune, p. ej., la "perturbación de fiestas de cumpleaños". Precisamente en los tipos que penan las "conductas gravemente escandalosas", si bien serán importantes por política criminal[70] los argumentos relacionados con el bien jurídico en la discusión a favor o en contra de la punibilidad, no obstante solo raras veces podrán fundamentar la inconstitucionalidad de una disposición.

Entonces, los partidarios de un concepto de bien jurídico crítico de la legislación se dirigen en primera línea al legislador y elaboran postulados político-criminales sin pretender que sus propuestas, que pueden diferir en lo particular, tengan carácter vinculante constitucional en todos los casos.

Esto lo han expresado con toda claridad los defensores de esta concepción. Así, SCHÜNEMANN[71] habla de una "pauta normativa", STERNBERG-LIEBEN dice[72]: "Si bien las premisas constitucionales han sido dadas al Parlamento por la Constitución, estas(...) no son en amplios aspectos jurídicamente coercibles. Por ello, éstas son capaces... más bien de surtir

(69) Por el contrario, FEINBERG, en el trabajo mencionado en la nota 14, pretende penar también algunas perturbaciones en una cierta magnitud, al reconocer, además del "harm principle", un "offence principle".

(70) Ofrece mucho material para la reflexión el trabajo de habilitación de HÖRNLE (nota 20).

(71) SCHÜNEMANN (nota 8), p. 137.

(72) STERNBERG-LIEBEN (nota 8), p. 79.

efectos bajo el ropaje de exigencias de política criminal a un ordenamiento penal configurado racionalmente". Y también en mi obra(73) se puede leer que los resultados deducidos a partir del concepto de bien jurídico "en la mayoría de los casos son postulados de política criminal fundados constitucionalmente que el legislador tiene que respetar pero que no lo pueden obligar". Luego, en tal medida ni siquiera es falso que el TFC insista en lo básico en la preeminencia de las decisiones legislativas".

Por cierto que se presenta una situación distinta cuando en una disposición penal ni siquiera pueda tener lugar una evaluación racional del fin de protección. Y precisamente esto es lo que sucede en los tipos penales ya mencionados, de los cuales el TFC (con seguridad, no de manera casual) se ha ocupado minuciosamente el TFC: la homosexualidad entre adultos, la posesión de estupefacientes para el consumo personal y el incesto entre hermanos. El fracaso de todos los intentos de fundamentación, del cual dan testimonio numerosos comentaristas, nos muestra que se ha sobrepasado aquí el límite de la constitucionalidad.

Pero todavía hay otro punto de vista que habla en favor de ello. La inadmisibilidad de una conminación penal en estos casos no solamente puede ser fundamentada en estos casos de manera "consecuencialista", es decir, ella no solamente es consecuencia de la circunstancia de que no se puedan avizorar consecuencias lesivas para bienes jurídicos ajenos por parte de la conducta incriminada. En los tres casos también existen, para la impunidad, razones "deontológicas", es decir, razones "absolutas" independientes de la cuestión de las consecuencias: que el legislador, mediante su punición, interviene en "el ámbito nuclear de la configuración privada de la vida", del cual está privado el Estado bajo todas las circunstancias(74).

Precisamente el TFC ha resaltado de manera extraordinaria la validez de la doctrina de este "ámbito nuclear", últimamente y de la manera más efectiva en su excelente fallo sobre el "espionaje acústico

(73) El manual sobre la parte general (nota 12); § 2, n. marg. 94.

(74) GRECO (nota 22), p. 349 y ss. quiere que el principo de protección de bienes jurídicos se base solamente en esto, lo cual me parece que es una restricción aunque lleve también a un sobresaliente resaltamiento de este aspecto.

masivo"[75]. Ciertamente, el TFC, en las tres sentencias, no reconoce que existiría una intervención en el ámbito nuclear mediante la punición. No obstante, esto no es cierto: el que las expresiones de la sexualidad humana, que no perjudican a nadie en contra de su voluntad, forme parte del ámbito más estrecho de la configuración privada de la vida, es tan innegable como el carácter altamente privado del consumo de drogas.

El punto de vinculación constitucional para la insuficiencia de tales disposiciones penales es la prohibición de exceso derivada del principio de proporcionalidad. Estas ideas habían sido expuestas ya por STÄCHELIN[76], y han sido recogidas y desarrolladas de manera convincente por HASSEMER[77]: "El bien jurídico penal se acomoda sin problemas dentro de la prohibición constitucional de exceso. Sí, incluso se puede decir que la reconstrucción penal del principio de exceso no sería en absoluto posible sin la idea del bien jurídico"[78]. Frente a esto, aquí no se necesita explicar más esta idea. Pero debe de lamentarse que el venerable homenajeado no hubiera podido coronar su trabajo, por lo demás extremadamente eficaz en el Tribunal Federal Constitucional, con el reconocimiento de su concepción en la sentencia del caso del incesto, sino que tuviera que contentarse con un voto singular, el cual por cierto jugará un gran papel aun en la ulterior discusión sobre la problemática.

VII. ¿TAMBIÉN TIENE IMPORTANCIA DOGMÁTICA EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS?

El TFC, en su resolución sobre el incesto, tal como ha sido citada arriba, ha considerado que el principio de protección de bienes jurídicos también podría tener efectos dogmático-penales, pero no ha tomado po-

(75) TFC, tomo 109, p. 270-391; al respecto, más detalles en ROXIN, FS Böttcher, 2007, p. 159 y ss.

(76) STÄCHELIN (nota 17), p. 163 y ss.

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

(78) Cfr. también HASSEMER, (FS Androulakis, 2003, p. 217 y ss.) encajaría "el principio de protección de bienes jurídicos sin problemas dentro de la tradición constitucional de la prohibición de regreso". De manera plenamente similar también BOTTKE, FS Lampe, 2003, p. 217 y ss.

sición al respecto. En efecto, existen considerables efectos de ese tipo, tal como aquí tan solo se podrá insinuar. Están plenamente reconocidos y no necesitan mayor explicación, los logros sistematizadores en la parte especial, cuyo principio directriz consiste en la clasificación de los delitos según el bien jurídico correspondientemente lesionado (por más que esta clasificación no siempre hubiera sido hecha de manera consecuente y correcta). No puede tampoco negarse que el principio de la interpretación teleológica (según el bien jurídico protegido), si bien no sea el único criterio de interpretación, sí sea uno de los principales, aun cuando el análisis de las acciones lesivas lleve frecuentemente a una restricción más de la interpretación.

Pero la capacidad de rendimiento dogmático del concepto de bien jurídico radica sobre todo en su vinculación con la teoría de la imputación objetiva. Y es que si la tarea del Derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos, legislativamente esta protección solo podrá ser dada conminando con pena la creación de un riesgo no permitido contra bienes jurídicos protegidos penalmente e imputando la realización de tal riesgo al autor como acción típica. También la atipicidad de la colaboración con una autolesión y autopuesta en peligro responsable de otro, así como sus amplias consecuencias de punibilidad, se basa en la idea de que la tarea del Derecho penal tan solo consiste en impedir la lesión de bienes jurídicos ajenos.

Puesto que el principio de la imputación objetiva, derivado de la idea de bienes jurídicos, también tiene amplios efectos no solamente en la determinación de la acción típica, sino además en el consentimiento y el consentimiento hipotético, las causas de justificación y un tratamiento adecuado de la tentativa inidónea, es muy elevada la ganancia dogmática de un sistema penal basado en la protección de bienes jurídicos. Pero la exposición de esto deberá quedar reservada para otra oportunidad.

VIII. ¿ENCAJA EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS EN BIENES JURÍDICOS DE LA GENERALIDAD?

Esta cuestión tendrá que ser respondida afirmativamente, tal como lo han confirmado últimamente, de manera impresionante, los trabajos de

WOHLERS[79], HEFENDEHL[80] y ANASTASOPOULOU[81]. Una justicia que funcione bien, un aparato funcionarial libre de corrupción y sobornos, una moneda intacta, un sistema tributario justo y un medio ambiente incólume tienen una importancia esencial para las posibilidades de desarrollo del particular en la sociedad, es decir, no se oponen para nada a un concepto personal de bienes jurídicos. Esto lo confirmará cualquiera que hubiera echado un vistazo en países en los cuales estos bienes jurídicos no son protegidos de manera suficiente.

Por cierto que las peculiaridades de estos bienes jurídicos precisan de un análisis que recién en los últimos diez años ha sido introducido de manera fuerte, y que no puede seguirse en sus todos sus detalles en esta exposición panorámica. Aquí tan solo se podrá permitir lanzar la pregunta de si la búsqueda de "pecurialidades" no es incluso algo exagerada. Para mí es dudoso si se necesita para los delitos colectivos realmente construcciones especiales de bienes jurídicos, tal como postulan WOHLERS y HEFENDEHL bajo la forma de "delitos cumulativos" y "bienes jurídicos de confianza".

La primera construcción de los delitos cumulativos, desarrollada primero por KUHLEN[82] tomando por ejemplo la contaminación de aguas (art. 324 StGB), se basa en la idea de que si bien una sola contaminación es inocua, la punición sería necesaria para impedir que todos o muchos actúen de esta manera, lo cual traería consigo una gran cantidad de daños al ambiente. Se puede trasladar esta reflexión a un gran número de delitos colectivos, indicando que algunos cohechos pasivos, falsos testimonios, uso de dinero falso, defraudaciones tributarias, etc., no afectan el funcionamiento del aparato estatal en su totalidad, pero que sí lo podría ser su previsible acumulación en caso de la impunidad de tales hechos.

(79) WOHLERS (nota 18).

(80) HEFENDEHL (nota 19).

(81) ANASTASOPOULOU (nota 21).

(82) KUHLEN, GA 1986, p. 389 y ss.

No obstante, esta concepción se ve expuesta a la objeción de que el autor es penado a consecuencia de la conducta de otros (ex iniuria tertii)(83). Una lesión de bienes jurídicos que resultare recién a partir de sumatoria de numerosos actos individuales de otras personas (y que además son hipotéticos e indeterminados en su magnitud) no puede constituir aún, como acción individual una lesión de bienes jurídicos. Además, la exigencia hecha por los defensores de esta teoría en el sentido de que habrían efectos cumulativos(84) realistamente esperables, casi no puede utilizarse en la mayoría de los delitos colectivos. Difícilmente puede admitirse que aquel que pagare con un billete falso en euros tan solo debiera ser penado según el art. 147 StGB en caso de que debiera esperarse realistamente que muchos otros también fueran a hacer lo mismo.

A mí me parece que la solución correcta radica en el reconocimiento de que también en los bienes jurídicos colectivos existe ya en cada acción típica (independientemente de lo que hicieren otros) una violación del bien jurídico. Quien modifica de manera perjudicial las propiedades de las aguas, daña el ambiente; quien, como funcionario público, admite sobornos, daña una correcta administración de funciones, etc. No es necesario que se lesione al sistema ecológico o a la administración estatal (o el sistema monetario o tributario) en su totalidad.

La opinión contraria desconoce que, en principio, no ocurre algo distinto en los bienes jurídicos individuales. Una bofetada es penada como lesiones, aun cuando la totalidad de la constitución corporal de la víctima no sufra con ello. Y también existe un perjuicio patrimonial consumado en el sentido del tipo de estafa, cuando se tratare de un monto reducido, que no sea de mayor importancia para la totalidad del patrimonio de la víctima.

Es por ello que concedo razón a SCHÜNEMANN(85) cuando, con la mira puesta en los delitos ecológicos, que es de donde ha partido la discusión, dice: "el problema de la afección muchas veces mínima a los

(83) Ofrece una crítica minuciosa ANASTASOPOULOU (nota 21), pp. 178-194. Más detalles también ya antes en mi manual de la parte general (nota 12), § 2, n. marg. 80-83.

(84) Más detalles en ANASTASOPOULOU (nota 21), p. 183 y ss.

(85) SCHÜNEMANN (nota 8), p. 153.

bienes jurídicos ecológicos" habría sido "sobredimensionada de manera innecesaria en la discusión que ha tenido lugar hasta ahora, puesto que siempre había sido conocido esto en la criminalidad contra la propiedad aunque nunca hubiera sido motivo para dudar de la protección penal de la propiedad. Se trata con esto más bien de un caso normal de criminalidad de bagatela, para cuya solución consecuentemente puede remitirse también a los conceptos generales".

Algo similar ocurre con la construcción desarrollada por HEFENDEHL de los "bienes jurídicos de la confianza"(86). Según esto, p. ej., en los delitos de falsificación de moneda, así como en los delitos contra la administración pública, la confianza en la seguridad del dinero y en la insobornabilidad del aparato de funcionarios públicos sería el componente central del bien jurídico protegido(87). Pero tal conmoción de la confianza apenas si podrá comprobarse en los casos concretos. Ella, al igual que la construcción de los delitos de cumulación, es innecesaria para explicar una lesión de bienes jurídicos en estos casos frente a la afección real del tráfico de moneda y del actuar funcionarial.

Igualmente resulta ser una idea rara que la lesión de bienes jurídicos, prescindiendo de los sucesos perjudiciales reales, deba ubicarse ampliamente en la psique de los ciudadanos (como pérdida de confianza). ANASTASOPOULOU constata, de manera precisa(88): "El Derecho penal no protege primariamente(...) estados síquicos de los sujetos jurídicos. La base de la existencia personal no es la confianza en determinadas relaciones de funcionamiento sino su funcionabilidad misma". Con toda razón opina también HASSEMER(89) que en la "confianza" radicaría, de manera similar a lo que ocurre con la protección de la "paz jurídica", "un nivel abstracto demasiado elevado que no debería ser objeto de la protección penal".

---

(86) HEFENDEHL (nota 19), p. 124 y ss., 255 y ss.

(87) Sobre la crítica, ANASTASOPOULOU (nota 21), p. 177 y ss.; AMELUNG (nota 8), p. 172; mi manual sobre parte general (nota 12), § 2, n. marg. 84-85.

(88) ANASTASOPOULU (nota 21), p. 178.

(89) HASSEMER (nota 8), p. 300.

IX. ¿PUEDE EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS RESOLVER LA PROBLEMÁTICA DE LOS DELITOS ABSTRACTOS DE PUESTA EN PELIGRO?

Sin embargo, en los delitos de puesta en peligro, la capacidad de rendimiento del principio de protección de bienes jurídicos llega a sus límites. Si bien el concepto de bien jurídico tampoco es aquí inservible, porque puede mostrar que la punibilidad antisistemática, p. ej., de la mera preparación de una estafa de seguros (art. 265 StGB) no puede ser legitimada reemplazando el bien jurídico del patrimonio de cada una de las empresas de seguros por el "bien jurídico aparente" de la funcionabilidad del sistema de seguros y declarando que ésta sería puesta abstractamente en peligro ya mediante tales actos preparatorios. Pero el concepto de bien jurídico como tal no impide que el legislador proteja bienes jurídicos en un estadio anterior a la puesta en peligro, en tanto todavía sea reconocible de manera clara la relación con el bien jurídico.

Por ello aquí deben desarrollarse criterios autónomos de limitación de la punibilidad a partir de las estructuras muy diferenciadas de los delitos abstractos de puesta en peligro, tal como se ha emprendido con algún éxito en las monografías de ZIESCHANG(90), WOHLERS(91), HEFENDEHL(92) y ANASTASOPOULOU(93). Esto no puede analizarse con más detenimiento en el marco de esta exposición del problema limitado al debate acerca del bien jurídico, sobre todo porque cada uno de estos autores no coinciden en todos los puntos y todavía está pendiente una intensa recepción dogmático-penal de sus resultados.

Pero al menos podrá considerarse que algo de todo esto ha quedado asegurado. Así, difícilmente podrá discutirse la legitimidad de los "delitos de peligrosidad concreta" (su prototipo: la conducción en estado de ebriedad, art. StGB) que han sido desarrollados por ZIESCHANG siguiendo

(90) ZIESCHANG, "Die Gefährdungsdelikte", 1998.

(91) WOHLERS (nota 18).

(92) HEFENDEHL (nota 19).

(93) ANASTASOPOULOU (nota 21).

a su maestro HIRSCH[94], mientras que la penalización de meros actos preparatorios bajo el ropaje de delitos de peligro abstracto necesita una evaluación muy diferenciada para la cual p. ej. los "criterios de imputación justa" desarrollados por VON HIRSCH y WOHLERS[95] contienen pautas que deberán ser observadas.

Entonces, se ha visto que WOHLERS y HEFENDEHL tienen razón cuando enfatizan una y otra vez en que para la legitimación de disposiciones penales no es suficiente el concepto de bien jurídico en todos los casos, sino que en "estructuras delictivas" especiales (actos preparatorios y delitos de puesta en peligro) tienen que desarrollarse limitaciones adicionales a la punibilidad. Esto no relativiza los logros del principio de bien jurídico, pero remarca la necesidad de complementaro mediante aspectos de la estructura delictiva.

X. ¿PUEDE REEMPLAZARSE LA EXIGENCIA DE LESIÓN DE BIENES JURÍDICOS POR CRITERIOS DE VULNERACIÓN DE DERECHOS O DE INTERESES?

Una opinión muy difundida en la actualidad[96] pretende reemplazar la "lesión de bienes jurídicos" como presupuesto de la conducta punible por la necesidad de la vulneración (o lesión) de un derecho subjetivo. Como es conocido, esta concepción se remonta a FEUERBACH[97] y afirma ser más liberal que la doctrina de bienes jurídicos[98]. En efecto, BIRNBAUM[99], al momento de oponer el concepto de bien jurídico a la doctrina de la vulneración de derechos de FEUERBACH, entre otras cosas lo había hecho con la intención de poder abarcar como tipos penales los actos

(94) HIRSCH, FS Arthur Kaufmann, 1993, p. 545 y ss.

(95) VON HIRSCH/WOHLERS (nota 8), p. 200 y s.

(96) Su representante más decidido es NAUCKE, cfr., p. ej., en KritV 1993, p. 135 y ss. (137).

(97) Sobre la teoría de FEUERBACH de la vulneración de derechos, AMELUNG (nota 1), § 3, p. 28 y ss.

(98) Un análisis crítico de esto puede verse en GRECO (nota 22), p. 303 y ss.; además, STÄCHELIN (nota 17), p. 45 y ss.; HÖRNLE (nota 20), p. 70 y s.

(99) BIRNBAUM, en "Archiv des Criminalrechts. Neue Folge", tomo 15, 1834, p. 149 y ss.

de "blasfemia", "incesto" y otros actos contra la moral que difícilmente podían ser interpretados como vulneración de derechos subjetivos(100).

Pero eso no es lo que interesa porque el concepto moderno de bien jurídico, tal como se ha expuesto al inicio, no recurre más a BIRNBAUM y el desarrollo teórico-dogmático que vino a continuación, sino al "concepto de contrato social bajo la idea directriz de la posibilidad de garantizar frente al Estado el libre desarrollo del individuo"(101). Según esto, las atentados contra la moral y la religión no constituyen lesiones a bienes jurídicos.

Luego, por sus tendencias, ambas concepciones apuntan a la misma dirección limitadora de la punibilidad. Pero se tendrá que reconocer que el concepto de lesión de bienes jurídicos, en su versión moderna, abarca mejor el presupuesto mínimo central de la penalización legislativa que el basarse en la necesidad de lesionar derechos subjetivos. Y es que la cuestión acerca de la vulneración de un derecho subjetivo muchas veces no es útil. Para recoger un ejemplo antes muy empleado: se puede discutir largamente sobre si hay un derecho subjetivo a realizar sin perturbaciones una ceremonia de sepelio (art. 167a StGB), pero esta no es una pregunta razonable. El legislador no va a orientarse por ella, sino tendrá que basarse en si el garantizar ceremonias de sepelio dignas constituye o no un presupuesto para la vida común pacífica y libre bajo la constitución.

Por otro lado, el concepto de Derecho subjetivo es sospechosamente elástico, aunque por otro lado, también es demasiado estrecho para abarcar toda conducta merecedora de pena. Así, HÖRNLE(102) se sorprende de que FEUERBACH quiera punir la blasfemia como vulneración de un derecho, es decir, como ataque contra el honor de la iglesia. Y es que los defensores de esta concepción nunca han aclarado cuáles serían los parámetros que deban determinar los derechos subjetivos sobre todo en el caso de bienes

(100) Más detalles al respecto, AMELUNG (nota 1), p. 43 y ss.; SCHÜNEMANN (nota 8), p. 140, con resultados interpretativos totalmente coincidentes.

(101) Según la formulación que hace SCHÜNEMANN (nota 8), p. 141.

(102) HÖRNLE (nota 20), p. 71, nota al pie 304.

jurídicos de la generalidad. Y tampoco pueden abarcarse, p. ej., los delitos de abstracta puesta en peligro ni los delitos de preparación en el sentido de una lesión de derechos subjetivos. Por cierto que los representantes de esta concepción consideran que esto sería precisamente una ventaja esencial de su doctrina. Pero querer desterrar por completo estos delitos del Derecho penal en vez de someterlos a un tratamiento diferenciado según su estructura delictiva, es una pura utopía y, en el fondo, tampoco es deseable.

Y también el legislador debe poder crear nuevas disposiciones penales cuando "nuevas condiciones de la coexistencia humana hagan vulnerables más condiciones de la vida de las personas"(103). El aferrarse en derechos subjetivos existentes desde siempre no hace posible reaccionar ante los cambios de las condiciones de vida.

Y finalmente debe pensarse que no se puede entender correctamente para nada el delito cuando se ve en este solamente una vulneración de derechos. El ladrón no puede afectar el "derecho" que tiene el hurtado respecto de su propiedad; y es que este sigue existiendo pese al hurto. Pero el ladrón sí puede lesionar el poder de disposición real del propietario y, con ello, el bien jurídico real encarnado en la propiedad. Y también el asesino no quita a la víctima el derecho que esta tiene a la vida, sino la vida misma(104).

Algo similar a lo que ocurre con la doctrina de la lesión de derechos pasa con el concepto de delito en el sentido de una lesión de intereses. Aquí se puede hablar de una variante de la teoría de los bienes jurídicos, puesto que algunos de sus defensores interpretan la violación de bienes jurídicos como violación de intereses. Incluso HASSEMER, el precursor de la teoría persona de bien jurídico, define al bien jurídico como "interés humano necesitado de protección penal"(105). También HÖRNLE, para quien "un entendimiento personal de bien jurídico" "apunta a la dirección correcta"(106), siguiendo

(103) STÄCHELIN (nota 17), p. 46.

(104) Esto ya lo había reconocido BIRNBAUM; cfr. AMELUNG (nota 1), p. 44.

(105) HASSEMER/NEUMANN, Nomos-Kommentar (nota 6), vor § 1, n. marg. 144.

(106) HÖRNLE (nota 20), p. 68.

a K. A. PAPAGEORGIOU[107], aboga por considerar los "intereses de seguridad" como aquello que deba ser "protegido con medios penales"[108].

No obstante –y espero que mi venerable amigo HASSEMER me disculpe esta crítica– el centrarse en un interés "digno de protección" no permite reconocer qué intereses por qué motivos son dignos de protección. Pero precisamente esto es decisivo en un concepto de bien jurídico crítico de la legislación. Y el concepto de "interés de la seguridad", si bien abarca un importante aspecto es, pese a todo, muy unilateral porque, bajo el dominio de la Ley Fundamental, tiene el mismo rango el interés en el libre desarrollo de la personalidad. Y difícilmente pueden abarcarse muchos bienes jurídicos reconocidos considerando que protegerían intereses de seguridad. Cuando, p. ej., HÖRNLE[109] opina que el "sistema monetario" sería "irrenunciable para los intereses de seguridad del particular", resulta mucho más lógico considerar, en caso de una moneda arruinada o aunque sea tan solo en caso de pagar con dinero falso, que se verían afectadas las posibilidades de un incólume desarrollo de la personalidad antes que la seguridad personal.

Además, el criterio de la lesión de intereses al igual que el de la vulneración de derechos no son objetos apropiados de penalización, porque no se puede lesionar el interés, sino solamente el bien hacia el cual se dirige[110]. Cuando alguien me da una paliza, por supuesto que no desaparece mi interés en mi integridad corporal. Este por sí mismo es solamente afectado. En última instancia, las teorías de la vulneración de derechos y de la violación de intereses tienen el defecto de que los objetos de protección del Derecho penal no representan nada ideal sino algo real, de manera que también debe rechazarse el llamado concepto ideal de bien jurídico[111].

---

(107) PAPAGEORGIOU (nota 16).

(108) HÖRNLE (nota 20), p. 78.

(109) HÖRNLE (nota 20), p. 87.

(110) Acertadamente, HEFENDEHL (nota 19), p. 30.

(111) Más detalles en ROXIN, manual sobre la parte general (nota 12), § 2, n. marg. 66 y s., siguiendo a AMELUNG (nota 8), p. 167.

XI. ¿SE PUEDEN DEFENDER CONCEPCIONES QUE RECHAZAN POR COMPLETO EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO?

Todavía hay que echar una breve mirada a aquellas teorías que rechazan desde un comienzo, el principio de protección de bienes jurídicos para favorecer una concepción distinta. En la discusión actual, existen dos de ellas.

1. La reducción del Derecho penal a los delitos de conducta [Verhaltesdelikte]

STRATENWERTH(112) ha desarrollado la tesis de que lo que importaría sería "como razón de la penalización, no la lesión de determinados bienes jurídicos sino solamente la inobservancia de normas de conducta fundamentales para el consenso básico de una sociedad"(113). No existirían "más delitos que los de conducta". Lo que interesaría sería la "norma de conducta como parte del consenso normativo básico en el cual se constituye la nación... como tal"(114). Para la punibilidad sería decisiva "la actitud fundamental reconocida por la sociedad y la legislación(...) de querer preservar una determinada norma o, por otro lado, simplemente no querer una conducta"(115).

Pero esto tendrá que ser objetado(116). En primer lugar, en una sociedad liberal y multicultural, precisamente en caso de conductas cuyo merecimiento de pena es polémico, no existe un "consenso básico", sino tan solo una variedad de opiniones diferentes, a partir de las cuales no puede deducirse un resultado claro. Esto se ve precisamente en casos actuales como el incesto entre hermanos o la causación de lesiones sadomasoquistas deseadas. Aquí, solamente se pueden alcanzar soluciones

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

(113) En este sentido, el resumen acertado en HEFENDEHL (nota 8), p. 286.

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

(115) STRATENWERTH (nota 8), p. 300.

(116) Cfr. ya mi discusión con STRATENWERTH (nota 5), p. 147 y s., y en mi manual de parte general (nota 12), § 2, n. marg. 117 y ss.

fundadas racionalmente con ayuda del principio de protección de bienes jurídicos, el cual aboga por la impunidad en ambos casos (tal como ha reconocido ahora el TFA en el último caso)(117).

A continuación hay que dar naturalmente la razón a STRATENWERTH cuando dice(118) "que queremos vivir en un Estado en el cual las personas no sean perseguidas ni discriminadas en razón de sus creencias religiosas o su pertenencia a determinado grupo étnico". Pero la razón de ser de la punibilidad de tales persecuciones y discriminaciones no radica en un "querer" inaccesible a una mayor fundamentación, sino en que las persecuciones religiosas y discriminaciones éticas constituyen graves lesiones a bienes jurídicos, porque atentan contra las reglas fundamentales de la vida común libre y pacífica.

Esto lo demuestra el caso inverso, históricamente frecuente y que actualmente no es raro en países aparentemente democráticos, de que se somete a disposiciones penales discriminadoras los pertenecientes a creencias religiosas divergentes o minorías étnicas basándose en una "convicción popular" que es fácilmente manipulable. Solo el principio de protección de bienes jurídicos puede demostrar la ilegalidad de este proceder(119).

Es por ello que tampoco estoy de acuerdo con HEFENDEHL(120) cuando este, si bien considera básicamente que la lesión de bienes jurídicos sería el presupuesto de la punibilidad, quiere hacer una excepción en el caso de la "penalización de atentados contra representaciones valorativas y conductuales enraizadas homogéneamente en la sociedad sin que mediante estos se produjeran daños". Puede que exista tal o cual representación homogénea, aunque ello ocurra raramente. Pero al faltar un daño, no puede servir de base para la punición de sujetos que actuaren divergentemente.

(117) TFA, s. penal, tomo 49, p. 166.

(118) STRATENWERTH (nota 8), 256.

(119) En contra de la "excitación indignada" de la generalidad como razón de la punición, con razón, WOHLERS (nota 18), p. 269 y ss.

(120) HEFENDEHL (nota 8), p. 128.

Por cierto que también tiene razón STRATENWERTH en la medida en que frecuentemente si bien no se depende del "querer" de toda la población y sí de la mayoría del Parlamento, el que se deba conminar con pena o no. Así también ha explicado él su tesis "tomando el ejemplo del cohecho activo bajo la forma de las entregas posteriores de ventajas así como de la entrega previa continuada y creciente (Anfüttern) y el soborno a funcionarios públicos extranjeros". El garantizar una competencia justa es un elemento de la vida económica libre y, por ello, tienen carácter pleno de proteger bienes jurídicos. Pero como el legislador, tal como se ha explicado arriba (VI) tiene un espacio discrecional considerable a la hora de emplear el Derecho penal, aquí son posibles distintas soluciones. Pero esto no cambia nada en cuanto a la necesidad de una lesión de bienes jurídicos como requisito mínimo de la punibilidad.

2. ¿Daños a la vigencia de la norma como lesión de bienes jurídicos?

Según la perspectiva de JAKOBS(121), el Derecho penal no protegería bienes jurídicos, sino la vigencia de las normas. El delincuente desobedece la norma y la pena tiene el significado de que "la afirmación del autor no sería determinante y la norma seguiría vigente sin cambios"(122). "Bajo esta perspectiva siempre se alcanza la finalidad de la pena a través de la ejecución de la pena. La configuración de la sociedad se ve confirmada"(123).

Pero esta construcción, en la que se unen premisas de la teoría de sistemas y la concepción penal y las reflexiones de Hegel sobre la prevención general positiva, elimina solo aparentemente el concepto de protección de bienes jurídicos(124). Y es que no puede constituir la finalidad de la pena

(121) JAKOBS (nota 4), p. 17 y ss.

(122) JAKOBS, GS Hung, 2003, p. 42.

(123) JAKOBS (nota 4), p. 34.

(124) Cfr. ya mi discusión con JAKOBS (nota 5), p. 148 y ss., y en mi manual sobre la parte general (nota 12), § 2, n. marg. 109 y ss.

el mantener la vigencia de la norma en aras de sí misma. Más bien este mantenimiento debe servir para preservar los bienes jurídicos protegidos a través de la norma.

Entretanto JAKOBS mismo ha reconocido esto(125) cuando indica que no sería suficiente con imputar al autor su hecho como su error, sino que esta certeza normativa solamente podría servir de pauta de conducta cuando se la "reforzare cognitivamente", es decir, no debería "ser demasiado probable que uno va a ser víctima de un delito cuando quiera hacer uso de sus derechos". Pero si, según esto, el Derecho penal no solamente debe confirmar la vigencia de la norma, sino también está destinado a garantizar la seguridad, con ello se está practicando la protección de bienes jurídicos, tal como JAKOBS tendría también que reconocer consecuentemente.

XII. ¿DEBE UN DERECHO PENAL MODERNO SOBREPASAR LOS LÍMITES DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS?

Según mi opinión, esto es necesario de dos formas y está legitimado por la Ley Fundamental(126).

1. La protección de las bases de la vida de las generaciones futuras

Será necesario garantizar la conservación del medio ambiente –eventualmente también mediante el Derecho penal– la posibilidad de la vida de las generaciones futuras(127). Pueda que la explotación abusiva de los recursos naturales de la tierra –p. ej. la tala abusiva de los bosques, la pesca excesiva de los mares–, la destrucción del clima, el envenenamiento de las aguas y la tierra todavía no afecten decisivamente, en muchos ámbitos, a la actual generación e incluso sirvan para incrementar su bienestar. Pero a largo plazo se puede hacer que con ello la tierra se vuelva inhabitable o la posibilidad de desarrollo de las futuras generaciones se vea considerablemente afectada.

(125) JAKOBS, "Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck", 2004, p. 28 y ss.

(126) Cfr. al respecto ya en mi manual sobre la parte general (nota 12), § 2, n. marg. 51 y ss.

(127) Cfr. al respecto ya en mi manual sobre la parte general (nota 12), § 2, n. marg. 57 y ss.

Actualmente, esta comprensión constituye bien común, y tampoco han pasado inadvertidas por completo sus posibles consecuencias penales. Ya en 1993, STRATENWERTH había exigido enfáticamente el "aseguramiento del futuro mediante el Derecho penal"(128), y SCHÜNEMANN declaraba más tarde la protección del futuro humano, orientada ecológicamente, como una de las principales tareas del Derecho penal(129).

Por cierto que en su toma de posición sobre la teoría de bienes jurídicos ambos autores transitan por distintas vías. Mientras que STRATENWERTH quiere renunciar por completo al concepto de bienes jurídicos y aboga a favor de normas de conducta referidas al futuro "sin recurrir a intereses humanos"(130), SCHÜNEMANN pretende extender el contrato social a las generaciones futuras y convertir en una "norma básica universal" el deber de proteger el ambiente(131).

La solución de SCHÜNEMANN me parece más adecuada a las circunstancias. Y es que en la construcción del contrato social no se trata de un verdadero contrato, sino de un modelo ideal basado en la teoría constitucional. Puesto que la Ley Fundamental dice ahora (art. 20a GG): "El Estado protege también, en responsabilidad por las futuras generaciones, las bases naturales de la vida...", resulta prácticamente obligatorio por el Derecho constitucional, extender la protección de bienes jurídicos a las futuras generaciones. Como es indiscutible que aquí también se trata de la protección de bienes jurídicos y en el concepto de bien jurídico no es conceptualmente necesaria una restricción a la generación que vive en la actualidad, se trata aquí no de un abandono, sino de una extensión de este concepto, cuya razón material apenas podrá discutirse.

---

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

(129) SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN/MÜLLER/PHILIPPS (coords.), "Das Menschenbild im weltweiten Wandel der Grundrechte", 2002, p. 3 y ss.

(130) STRATENWERTH (nota 128), p. 692.

(131) SCHÜNEMANN (nota 129), pp. 12 y 15.

2. La protección de la creación (la naturaleza)

Se mete uno en un terreno algo difícil cuando considera que también sería una posible tarea del Derecho penal la preservación de la creación (los animales y plantas incluyendo determinadas zonas naturales protegidas), lo cual me parece correcto. Ciertamente, la preservación de la naturaleza está muy vinculada con las necesidades de la vida humana, porque ella contribuye esencialmente a enriquecer nuestra existencia. Un mundo en el cual la mayoría de los animales y plantas son exterminados para favorecer la expansión industrial ofrecería una calidad de vida extremadamente reducida. En tal medida, muchas medidas de protección de la naturaleza –empleando también el Derecho penal– todavía pueden ser compatibles con un concepto personal de bien jurídico.

Pero existen casos en los cuales la preservación de determinadas especies animales y plantas no pueden protegerse a partir de las necesidades humanas, sino a partir del objetivo de preservar la naturaleza por sí misma. Cuando se trata de preservar las condiciones de vida de especies raras de murciélagos o sapos o una planta que no es útil a las personas o un biotopo –estos son objetivos por los cuales los protectores de la naturaleza luchan apasionadamente–, se tendrá que reconocer que las condiciones de la vida humana no se ven afectadas de manera importante a través de la conservación o la destrucción de tales circunstancias naturales de las cuales uno apenas si se da cuenta. Como se sabe, también la protección de los animales, sobre todo la punibilidad del maltrato a animales (art. 17 de la Ley de protección de animales), siempre se ha empleado críticamente en contra del concepto de bien jurídico como un cuerpo extraño incapaz de ser integrado en él, y ha sido utilizado para refutarlo.

Pese a todo yo opino que es apropiado hacer, en tal medida, una ampliación del principio de protección de bienes jurídicos. Y es que la persona es el amo de la creación, porque es el único ser viviente capaz de garantizar su preservación, aunque también puede destruirla. De esto surge una responsabilidad especial: solo la persona puede mantener la variedad de la naturaleza. Ocurre algo distinto 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 para abarcar el sufrimiento de los animales se explica a partir de nuestra solidaridad con las criaturas. Uno puede tener compasión por animales maltratados en la misma medida que se tiene con las personas. Es por esta razón que anteriormente(132), en relación con la ley de protección de animales mayores, yo había hablado de "hermanos extraños" a fin de incluirlos de ese modo en la protección de bienes jurídicos.

Y luego, después que el legislador constitucional hubiera reconocido expresamente que el Estado protege "también (...) a los animales" (art. 20a GG), me parece que la ampliación del concepto de bien jurídico a la naturaleza y sus fenómenos también se encuentra justificada a través del planteamiento constitucional. Naturalmente, esto no significa que se deba conminar con pena toda intervención en la naturaleza. Y es que, al igual que en casi todos los bienes jurídicos, queda en manos del poder discrecional del legislador, poder que se guía de una serie de consideraciones, el decidir si y en qué medida va a punir las intervenciones en el mundo animal o vegetal o en la explotación de la naturaleza. En todo caso, si considerare que esto es necesario, el concepto de bien jurídico, en la forma ampliada aquí propuesta, no será un impedimento. Por cierto que las amenazas de pena seguirán siendo, en este ámbito, la excepción, ya que por regla general serán suficientes las sanciones y multas previstas en las disposiciones administrativas.

3. ¿Las dos ampliaciones propuestas del concepto de bien jurídico desacreditan toda la concepción limitadora del Derecho penal basada en la protección de bienes jurídicos?

Se podría sostener la tesis de que al permitir, en los dos sentidos descritos, la intervención del Derecho penal también fuera de las condiciones de la existencia y desarrollo individual, se estaría abandonando el principio

(132) ROXIN, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", tomo I, 3a. ed., 1997, § 2, n. marg. 22.

como un todo. Y es que si se admitieran ya dos excepciones, no habría ninguna razón para no admitir la penalización en otros casos. Pero esta deducción sería falsa debido a cuatro razones.

En primer lugar, en la destrucción de las bases de la vida de las generaciones futuras, al igual que en la aniquilación de animales o plantas o en la afección continuada de elementos de la naturaleza, se presenta un daño efectivo y grave, mientras que en aquellas conductas que son excluidas del ámbito de Derecho penal por el concepto de bienes jurídicos falta precisamente el daño a terceros. Se trata, entonces, de casos cualitativamente distintos.

En segundo lugar, los dos bienes jurídicos mencionados (las bases de la vida de las futuras generaciones y la diversidad de la creación), aun cuando y en la medida en que su perjuicio no afecte directamente las condiciones de vida de las personas en la actualidad, sí guardan una estrecha relación con los intereses y necesidades de estas.

En tercer lugar, ambos objetos de protección tienen una base explícita en la Constitución (para lo cual se deberá entender que la protección de los animales constituye la parte de un todo en la protección general de la naturaleza que nos ha sido confiada). Pero aquello que goza de protección constitucional, como bien especialmente valioso, también puede ser protegido –como ultima ratio–, con los medios del Derecho penal. En cambio, las conductas que hubieran sido excluidas del Derecho penal a través del concepto de bien jurídico, precisamente por razones constitucionales no constituyen *ningún* objeto de protección admisible.

En cuarto lugar, finalmente, la inclusión de los mencionados objetos de protección en un concepto ampliado de bien jurídico también es necesaria y está permitida, porque se basa en los desarrollos de las últimas décadas que recién ahora, en su plenitud, han entrado en la mira de la humanidad. El Derecho penal no puede ignorar el cambio de la situación mundial, sino tiene que integrarlo en sus conceptos.

Todas estas circunstancias otorgan una posición especial a las excepciones (o mejor: ampliaciones del concepto de bien jurídico) que yo postulo y que impide que se desintegre por una extensión exagerada.

Con esto he llegado al final de mi análisis. No era mi objetivo decir la última palabra. Más bien quería, a la manera de un balance provisional, examinar, desde mi perspectiva actual, los numerosos problemas vigentes de la doctrina de los bienes jurídicos, y mostrar dónde sería posible actualmente alcanzar un consenso y dónde tiene que proseguir la discusión. Todavía queda mucho por aclarar. En esto WINFRIED HASSEMER, quien ha influido en muchos puntos de la doctrina de los bienes jurídicos y a quien se dedica esta contribución saludándolo cariñosamente por su septuagésimo aniversario, habrá de dar su decisiva opinión.

Sobre el estado actual de la teoría de la acción en el Derecho penal alemán (*)

1. INTRODUCCIÓN

En el comentario más reciente sobre el Código penal alemán (StGB)(1), KUDLICH escribe(2): "Uno de los problemas penales básicos más discutidos en los últimos 100 años se refiere al concepto de acción en sentido penal". Por cierto que él agrega con razón que "en las últimas tres décadas" se habría producido un "gran apaciguamiento de esta disputa".

Después de todo, el concepto de acción aún en la actualidad tiene interés en el extranjero. En el Libro-Homenaje que se me dedicara por mi septuagésimo cumpleaños, CHRISTOS DEDES, en cuya honrosa memoria se dedica esta contribución, y ÁLVARO BUNSTER se han ocupado del concepto de acción(3). Esta circunstancia podrá justificar el que, en el presente texto, intente hacer un balance de tan larga discusión. Este balance se conecta con

(*) Título original: "Zum Stand der Handlungslehre im Deutschen Strafrecht". Publicado en "Gedächtnisschrift zu Ehren von Prof. Dr. Chiotos Desdes", editado por Evanghelos Moutsopoulos y otros, Atenas (Grecia), Sakkoulas Publishers, 2013, p. 243-259.

(1) SATZGER/SCHMITT/WIDMAIER, "StGB", 2009.

(2) KUDLICH, en el comentario mencionado en la nota 1, vor §§ 13 y ss., n. marg. 11.

(3) DEDES, "Die Sinndeutung der Handlung", FS Roxin, 2001, p. 187 y ss.; BUNSTER, "Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff von Claus Roxin", FS Roxin, 2001, p. 173 y ss.

mi contribución en el Libro-Homenaje en honor a ANDROULAKIS(4), en le cual había emprendido el balance de la especialmente influyente teoría de la acción final.

II. ¿QUÉ FUNCIÓN LE CORRESPONDE AÚN AL CONCEPTO DE ACCIÓN EN LA ACTUALIDAD?

Sobre esta cuestión campea en Alemania una polémica muy enredada. Pero si uno apunta a la sustancia de las múltiples y distintas opiniones, es posible reconocer tres orientaciones básicas.

1. La acción como delito

Según la concepción más radical que se remonta a HEGEL, el concepto de acción, en sentido penal, deberá caracterizar la totalidad de los presupuestos de la acción punible. Es representante de esta orientación JAKOBS(5), para quien la acción es "no reconocer la vigencia de la norma"(6), lo cual para él significa no solamente la equiparación con el injusto penal sino también la clasificación de la "culpabilidad como presupuesto de la acción"(7). Se quedaría(8) "a mitad de camino quien se limita a la infracción de la norma de conducta. El injusto no lleva pues a ninguna pena, más bien el concepto de injusto es, penalmente, un mero concepto auxiliar. Por ello, el concepto de acción que almacena todo el programa del Derecho penal debe extenderse hasta la culpabilidad. La acción consiste en un 'hacerse culpable'; formulado de otro modo: la acción es un 'hacerse competente culpablemente' de un daño a la vigencia de la norma. Un concepto de acción como éste –y solo éste– es más que un concepto penal auxiliar, o sea un concepto de aquella conducta que hace necesaria la pena. Los conceptos ubicados por debajo de este nivel abarcan, en todo caso,

(4) ROXIN, "Vorzüge und Defizite des Finalismus", FS Androulakis, 2003, p. 573 y ss.

(5) JAKOBS, "Der strafrechtliche Handlungsbegriff", 1992.

(6) JAKOBS (nota 5), p. 34.

(7) JAKOBS (nota 5), p. 41.

(8) JAKOBS (nota 5), p. 44.

cuestiones pasajeras. Solamente la extensión del concepto hasta llegar a la culpabilidad le otorga a éste un contenido penal vinculante"[9].

2. La acción como conducta contraria a la norma

KINDHÄUSER[10], tomando un punto de partida similar, llega así y todo a equiparar la acción con la conducta típica: "El actuar penalmente relevante (...) es la conducta evitable referida a la realización del tipo". El concepto penal de acción se referiría "al cumplimiento de las normas penales de conducta". Por ello, tan solo podría ser acción aquello que "pueda ser interpretado como contradicción a una norma penal de conducta"[11].

También el concepto de acción de GROPP[12] desemboca en la equiparación con la conducta típica cuando dice[13] "que la acción penalmente relevante es aquella que representa manifestar (...) el no respeto a la pretensión de vigencia de un valor jurídicamente protegido".

3. La acción como conducta que la voluntad domina o puede dominar

En cambio, la inmensa mayoría de autores atribuye al concepto de acción, antes de continuar con cualquier evaluación jurídica, la tarea de excluir por anticipado del ámbito del análisis penal todos aquellos sucesos que no son ni pueden ser dirigidos por la voluntad humana: casos en los cuales el cuerpo humano actúa como una mera masa (cuando alguien es empujado violentamente de una montaña o a un escaparate y causa así daños típicos); el que un ebrio ruede accidentalmente por una pista en declive; los ataques epilépticos o movimientos durante el sueño que destruyen un florero ajeno; movimientos reflejo que alcanzan como bofetada a otra

(9) JAKOBS (nota 5), p. 44.

(10) KINDHÄUSER, "Strafrecht, Allgemeiner Teil", 3a. ed., 2009, § 5, n. marg. 13.

(11) KINDHÄUSER (nota 10), n. marg. 12.

(12) GROPP, "Strafrecht, Allgemeiner Teil", 3a. ed., 2005, § 4, n. marg. 78.

(13) GROPP (nota 12), § 4, n. marg. 78; también en n. marg. 81-82.

persona cercana; el permanecer inactivo de garante un capaz de actuar pero que está paralizado en una situación de peligro, y hechos comparables(14).

Casos de este tipo son considerados por la doctrina dominante en Alemania como "no-acciones" que son penalmente irrelevantes. Así, p. ej., LENCKER/EISELE(15) dicen que le correspondería "al concepto de acción, como elemento general del delito, solo una función negativa de filtro". PUPPE(16) habla de una "función inicial o de imputación. Ésta es la única función realmente imprescindible del concepto de acción en la teoría del delito. Esta función es cumplida por el siguiente concepto de acción: una acción es un hecho que consiste en que una persona hace algo determinado o no hace (omite) algo determinado que a ella le era externamente posible hacer o no hacer". KÜHL(17) enfatiza: "El sentido modesto del concepto de acción consiste en (...) su función negativa de delimitación o exclusión". Y en el libro de FRISTER(18) leemos lo siguiente: "En la estructura del delito, este requisito tiene la función de un 'primer filtro'". Se podrían hacer más citas similares, pero las voces representativas citadas deberán bastar para caracterizar la doctrina dominante.

III. EL RECHAZO AL CONCEPTO DE ACCIÓN QUE ENGLOBA EL TIPO O LA CULPABILIDAD

Un concepto de acción que abarcare solo la conducta culpable y punible (como en JAKOBS) o también toda la conducta antinormativa, resulta inservible para la dogmática penal, porque con las categorías de la acción típica, antijurídica, culpable y punible, contamos con denominaciones más precisas para aquella conducta que se quiere caracterizar. Si se permite integrar estas diferenciaciones en un concepto de acción que

(14) Se puede encontrar un tratamiento más detallado de estas constelaciones en mi manual "Strafrecht, Allgemeiner Teil", tomo 1, 4a. ed., 2006, § 8, n. marg. 48 y ss.

(15) LENCKNER/EISELE en SCHÖNKE/SCHRÖDER, "Kommentar zum StGB", 28a. ed., 2010, vor § 13, n. marg. 37.

(16) PUPPE, "Nomos-Kommentar zum StGB", tomo I, 3a. ed., 2010, vor § 13, n. marg. 61.

(17) KÜHL, "Strafrecht, Allgemeiner Teil", 6a. ed., 2008, § 2, n. marg. 3.

(18) FRISTER, "Strafrecht, Allgemeiner Teil", 4a. ed., 2009, cap. 8, n. marg. 1.

valorase penalmente todos o determinados niveles delictivos, se borrarían las diferenciaciones sistemáticas del delito que se han venido elaborando desde el siglo XIX, pero sin poder renunciar con ello a la exigencia de analizar paso por paso los diferentes presupuestos del delito.

Además, los conceptos de la acción típica o del injusto pierden precisión cuando son absorbidos en un concepto de acción jurídicamente recargado y muy alejado del uso general del idioma.

En esta dirección se mueve también la crítica que se ha hecho hasta ahora y que es dirigida especialmente al concepto de acción de JAKOBS, concepto que abarca todo el delito. Así dice, p. ej., WALTER[19] que el concepto de acción de JAKOBS llevaría, dogmáticamente, "a nada porque destruye el incremento de claridad que produce (...) la función negativa de un concepto de acción pretípico". Y PUPPE[20] pregunta con razón: "Pero, ¿que finalidad puede entonces tener el vertir toda una teoría del delito?, la sociedad y la pena en un concepto de acción el cual deberá luego ser desmembrado en sus componentes conocidos para su aplicación práctica en el caso concreto?". SCHÜNEMANN[21] dice sobre el concepto de acción de JAKOBS: "Pero en realidad el nuevo concepto de acción no es otra cosa que un concepto normativo del delito". SCHILD[22] concluye que JAKOBS "arribaría a un concepto de acción que ha dejado de serlo". "Y es que si la acción penal (...) es el delito, entonces JAKOBS ha presentado en realidad un concepto del delito[23], la denominación es falsa"[24].

Tampoco es que JAKOBS mismo quiera derogar el concepto de injusto, sino que lo ve –al igual que al concepto de acción, limitado a tener

(19) WALTER, "Leipziger Kommentar zum StGB", 12a. ed., 2007, vor § 13, n. marg. 28.

(20) PUPPE (nota 16), vor § 13, n. marg. 50.

(21) SCHÜNEMANN, "Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft", GA 1995, p. 201 y ss. (220).

(22) SCHILD, "Strafrechtsdogmatik als Handlungslehre ohne Handlungsbegriff", GA 1995, p. 100 y ss. (100).

(23) SCHILD (nota 229), p. 117.

(24) Sobre el título del trabajo de JAKOBS, cfr. nota 5.

una función de filtro– como un mero "concepto auxiliar"(25). Pero estos "conceptos auxiliares" ayudan realmente en el análisis de los presupuestos del delito, mientras que la equiparación de la acción con la acción punible no aporta ninguna utilidad práctica.

IV. EL CONCEPTO DE ACCIÓN LIMITADO A LA FUNCIÓN EXCLUYENTE

En cambio, existe amplio consenso en que es razonable excluir de la evaluación penal de los casos las "no-acciones" del tipo arriba descrito (II, 3). En esta "función de filtro" radica la importancia práctica del concepto de acción, aun cuando esta sea relativamente reducida debido a la inusualidad de tales no-acciones. Incluso JAKOBS reconoce esto, pero considera que ese concepto reducido de acción sería tan solo un "concepto de ordenamiento técnico"(26).

No obstante, con todo esto, solo se han esgrimido ejemplos rotundos de no-acciones quedando abierta la cuestión de cómo debe circunscribirse, de manera positiva, el concepto de acción. Sobre ello no hay hasta ahora consenso; es más, ni siquiera se discute si no podría renunciarse por completo a un concepto de acción ubicado antes del tipo, y contentarse con negar la tipicidad. En lo que sigue se examinarán de la manera más breve posible los diversos planteamientos de solución y se evaluará la utilidad de cada uno de ellos.

1. Doctrinas de la acción causal, final y social

Todas estas doctrinas tradicionales de la acción fracasan ante la función de exclusión. En lo esencial ellas también han sido desarrolladas para elaborar un criterio común constitutivo del tipo (o sea, no como "filtro"), pero en esa función han sido reemplazadas en la actualidad por la doctrina de la imputación objetiva que en la actualidad predomina ampliamente en Alemania.

(25) JAKOBS (nota 5), p. 44.

(26) JAKOBS (nota 5), prefacio.

a) En lo que atañe primero a la doctrina de la acción causal, que entiende como acción toda causación de un resultado en el mundo exterior, ella es totalmente inapropiada como criterio para excluir no-acciones. Y es que en la mayoría de los casos arriba descritos de no-acciones (efecto del cuerpo como masa mecánica, ataques epilépticos, movimientos-reflejo, etc.) la causalidad es indiscutible. Y, si se considera causal toda condición del resultado, tal como lo hace la opinión dominante en el Derecho penal, la causalidad tampoco puede cumplir con la función excluyente, porque todo acontecer penalmente relevante depende de miles de condiciones, cuya aplastante mayoría es penalmente irrelevante desde el principio.

b) La doctrina de la acción final escapa ciertamente a esta ilimitud porque a todas las no-acciones descritas les falta la dirección del curso causal. Pero esta doctrina es, por otro lado, demasiado estrecha. Y es que los resultados causados imprudentemente sí deberían valer como acciones en el sentido del Derecho penal, pese a que no están sometidas a una dirección final. Y también los hechos omisivos tendrían que poder ser evaluados como acciones en sentido penal, pese a que el omitente no dirige ningún curso causal.

c) Tampoco el concepto de acción social es apropiado para colocar un límite entre acciones y no-acciones. Este concepto es sostenido, de manera representativa por JESCHECK[27], para quien la acción consiste en "una conducta humana de relevancia social"[28]. Es verdad que con ello se pueden abarcar también a los delitos imprudentes y las omisiones. Pero tampoco este concepto de acción –al igual que el causal– puede excluir no-acciones, porque ellas tienen plena relevancia social debido a los daños ocasionados con ellas[29].

---

(27) JESCHECK/WEIGEND, "Strafrecht, Allgemeiner Teil", 5a. ed., 1996, § 23, VI 1.

(28) Sobre más seguidores de este concepto de acción ver en ROXIN (nota 14), § 8, n. marg. 27 y ss.

(29) Al respecto también FREUND, "Strafrecht, Allgemeiner Teil", 2a. ed., 2009, § 1, n. marg. 59.

Por lo demás, queda sin aclaración en absoluto lo que realmente deba ser considerado como socialmente irrelevante y excluirse del concepto de acción. Así, p. ej., podría apreciarse como socialmente irrelevante el que alguien encienda un cigarrillo en su domicilio. Pero si a partir de ello se produjere un incendio, se tendrá que afirmar en todo caso la relevancia social. Por ello, JÄGER(30) dice: "la determinación conceptual social no caracteriza (...) la acción misma sino (...) sus consecuencias". KREY(31) habla de un "concepto en blanco sin valor para la sistemática penal (...) vacío de contenido". Y finalmente PUPPE opina(32): "Socialmente relevante es casi todo lo que (...) ocurre en nuestro planeta", de manera que para ella este concepto no puede aportar nada útil. En efecto, no queda claro qué es lo que el concepto relevancia social va a excluir del concepto de acción.

2. La acción como un concepto sostenido por la voluntad

Una serie de autores intenta entender el actuar como conducta sostenida por la voluntad y se acerca considerablemente más al denominador común de aquel que puede ser objeto de más evaluaciones penales. Y es que si todos los sucesos arriba descritos destinados a ser calificados como no-acciones se caracterizan por el hecho de que en ellos está desconectada la voluntad humana, resulta evidente que la presencia de la voluntad, la voluntariedad, debe ser considerada elemento positivo de la acción.

Así, WALTER(33) define la "acción como conducta humana sostenida por la voluntad". FRISTER(34) designa a la acción como un "movimiento corporal dependiente de la voluntad". También para BAUMANN/ WEBER/ MITSCH(35) es la acción una "conducta humana sostenida por la voluntad".

(30) JÄGER, "Examensrepetitorium im Strafrecht", Allgemeiner Teil, 4a. ed., 2009, § 1, n. marg. 22.

(31) KREY, "Strafrecht, Allgemeiner Teil", tomo 1, 3a. ed., 2008, § 9, n. marg. 246.

(32) PUPPE (nota 16), vor §§ 13 y ss., n. marg. 59.

(33) WALTER (nota 19), vor § 13, n. marg. 30.

(34) FRISTER (nota 18), cap. 8, n. marg. 3.

(35) BAUMANN/WEBER/MITSCH, "Strafrecht, Allgemeiner Teil", 11a. ed., 2003, § 13, n. marg. 11.

Por cierto que se puede objetar a ello que la omisión con imprudencia inconsciente, p. ej., en el caso del olvido provocador de un daño, difícilmente podrá ser interpretada como conducta sostenida por la voluntad. Ciertamente, WALTER(36) discute esto cuando dice: "Y el olvido (...) no es ausencia de cualquier pensamiento; después de todo el actor no está inconsciente. El olvido se refiere únicamente a una exigencia de cuidado y la posibilidad de un resultado delictivo. Por lo demás, la conciencia del actor es plenamente idónea para dar significado penal a su conducta". Aun cuando se dejare esto primero sin objetar –sobre la crítica cfr. el siguiente párrafo–, la reflexión no ayuda en caso del guardavías que se duerme y cuya negligencia ha llevado a un choque de trenes.

A esto hay que añadir la objeción de que, cuando p. ej. en el caso del olvido se ve la acción en aquello que el actor ha hecho voluntariamente en vez de lo debido, se está vinculando la acción con un elemento que, en caso de punibilidad, no puede sostener los predicados de la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Quien por leer una novela no cuida a su hijo el cual sufre a continuación un accidente, no es penado por una lectura típica, antijurídica culpable, sino por no haber guardado el cuidado debido. Esta circunstancia debería reflejarse en el concepto de acción.

También en lo demás un concepto de acción, basado tan solo en la voluntad, con frecuencia no hace resaltar con la suficiente claridad aquello que, eventualmente al evaluar los siguientes niveles delictivos, resulta punible. Ciertamente, WALTER(37) opina: "Incluso en caso de una injuria no es erróneo que solo se pregunte sobre el asunto de la acción si el actor habría empleado voluntariamente su fuerza corporal". Pero será difícilmente comprensible para una persona ajena a lo jurídico que una injuria sea entendida como empleo voluntario de la fuerza corporal.

Se pueden eludir parcialmente las objeciones expuestas (es decir, en el ámbito de la omisión con imprudencia consciente), si el concepto de acción no se limitara a la conducta sostenida por la voluntad, sino si se

(36) WALTER (nota 19), vor § 13, n. marg. 33.

(37) WALTER (nota 19), vor § 13, n. marg. 31.

incluyera en ella la sola posibilidad de dominar con la voluntad. Así, p. ej., WESSELS/BEULKE(38) definen la acción como "la conducta dominada o capaz de ser dominada por la voluntad humana y que tenga relevancia social"(39). RENGIER(40) dice que una acción presupondría "una conducta dominada o dominable por la voluntad humana (...) en otras palabras, la posibilidad de un control de la voluntad". También el concepto de acción de PUPPE citado arriba(41) va en esta dirección.

De esta manera se puede entender de manera razonable como punto de conexión de la imputación penal que p. ej. el olvido en el cuidado de un niño constituye una conducta que puede, después de todo, ser dominada por la voluntad cuando se hace el esfuerzo necesario. Por cierto que un concepto ampliado de acción también es poco útil cuando se trata de conductas penales, como la injuria, que no se basan tanto en el dominio o la dominabilidad de determinados sucesos, sino en valoraciones sociales.

A ello habría que agregar otra desventaja más: al declarar como factores del concepto de acción constituyentes o bien a una conducta realmente dirigida por la voluntad o a la mera posibilidad de hacer intervenir la voluntad, se está abandonando su unidad reemplazándola por dos criterios contrapuestos. Con ello, falta el concepto superior unificador para todas las conductas posibles de relevancia penal.

V. EL CONCEPTO PERSONAL DE ACCIÓN

Los déficits señalados me han motivado –partiendo de la función excluyente del concepto de acción– a caracterizar la acción en sentido penal como "manifestación de la personalidad"(42). Según ello, la acción es

(38) WESSELS/BEULKE, "Strafrecht, Allgemeiner Teil", 40a. ed., 2010, § 3, n. marg. 93.

(39) En esto, la relevancia social constituye una concesión al concepto de la acción social; ver al respecto arriba en IV, 1, c.

(40) RENGIER, "Strafrecht, Allgemeiner Teil", 2a. ed., 2010, § 7, n. marg. 8.

(41) Ver en II, 3, el texto referido a la nota 16.

(42) ROXIN, al principio en "Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts", en GS für Radbruch, 1968, p. 260 y

todo "aquello que se puede atribuir a una persona como centro de acción síquico-espiritual". En esto se trata del reverso de la noción indiscutible de que no hay acción allí donde alguien no ha sido incluido en un curso causal como "persona, sino solo como cuerpo. Los movimientos reflejo o los movimientos durante el sueño, el rodar de un ebrio sin conciencia, el mero uso de un cuerpo como objeto que es empujado hacia el abismo o un escaparate, todo esto no es accesible al centro de acción sicológico-espiritual de la persona y, por ello, no puede ser entendido como manifestación de la personalidad. Tampoco la inactividad de un garante atado o paralizado es expresión de su personalidad, sino una incapacidad condicionada únicamente en lo corporal.

El entendimiento de la acción como manifestación de la personalidad tiene –junto a otras ventajas que todavía van a exponerse– también la ventaja de evitar los problemas vinculados con el concepto de la voluntariedad. Quien se queda dormido y, con ello, como guardavías o guardabarreras, causa un accidente ferroviario, o como tutor de un niño causa su accidente, no ha actuado de ninguna manera voluntariamente. Pero, como "manifestación de la personalidad" se puede entender perfectamente la negligencia punible que ha aflorado en su conducta. También se tendrá que admitir que, p. ej., una injuria se ve mucho mejor caracterizada como "manifestación de la personalidad" que mediante el criterio de empleo voluntario de la fuerza corporal(43). Finalmente, de esta manera también se pueden excluir todas las actitudes internas y planes malvados, en tanto permanecieren en el *forum internum*; y es que ellas no son "manifestaciones" de la personalidad. Tampoco la conducta de una persona jurídica puede ser valorada como acción pues ella, pese a su nombre, no es persona, sino una construcción jurídica.

En la literatura, la concepción que defiendo ha alcanzado un creciente número de seguidores, de manera que puede hablarse de una opinión que se está abriendo paso, aunque hasta ahora no sea aún doctrina dominante.

---

ss. (la acción como "conducta personal imputable"). Luego, detalladamente, en mi manual (nota 14), § 8, n. marg. 44 y ss.

(43) Cfr. arriba en la nota 37.

RUDOLPHI(44) sostiene "que todo delito presupone una conducta persona imputable". HEINRICH(45) dice que la protección penal de bienes jurídicos estaría "limitada a aquellas influencias que parten de personas y que pueden clasificarse en el individuo respectivo en su existencia personal". Esto coincidiría "casi punto por punto con la concepción de ROXIN (...)". KUDLICH(46) escribe: "Resulta sostenible localizar la acción penal como 'manifestación de la personalidad'".

Otros, si bien se incluyen también otras concepciones, se acercan ampliamente a la aquí sostenida. Así, en el manual de LENCKNER/EISELE(47) leemos que "la naturaleza de la acción humana como una 'manifestación de la personalidad ..., consiste en que es una configuración de la realidad que se puede dirigir y controlar espiritualmente, y que como no-acciones irrelevantes para el Derecho desde el principio deben excluirse aquellos sucesos que ya no le sean imputables de manera personal". KÜHL(48) verifica que, antes de investigar sobre el contenido de injusto o culpabilidad de una conducta, se tendría que saber "que el autor se ha comportado como un ser humano; mejor dicho: como una persona". El entendimiento de la acción como manifestación de la personalidad tiene entonces una serie de notables seguidores.

VI. LA CRÍTICA AL CONCEPTO PERSONAL DE LA ACCIÓN

Pero tampoco faltan los críticos. Sus argumentos pueden ser resumidos bajo cinco puntos de vista.

1. ¿Demasiada indeterminación?

KREY(49) admite que podría ser cierto que el concepto personal de acción fuera apropiado "para abarcar todos los aspectos de la conducta

(44) RUDOLPHI, "Systematischer Kommentar zum StGB", 6a. ed., 1997, vor § 1, n. marg. 18.

(45) HEINRICH, "Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft", 2002, p. 113 y s.

(46) KUDLICH (nota 1), vor § 13, n. marg. 13.

(47) LENCKNER/EISELE en SCHÖNKE/SCHRÖDER (nota 15), vor §§ 13 y ss., n. marg. 37.

(48) KÜHL (nota 17), § 2, n. marg. 2.

(49) KREY (nota 31), § 9, n. marg. 248.

punible hasta la 'omisión con imprudencia inconsciente'". No obstante, para él sería "demasiado alto el precio de formar tal concepto superior. Y es que el criterio de la manifestación de la personalidad es una fórmula vacía sin valor cognoscitivo en la sistemática del delito"(50).

Pero esta no es una crítica acertada. Y es que el concepto de manifestación de la personalidad es tan solo el reverso positivo de todos los enredos humanos en sucesos no imputables personalmente, que también KREY(51) reconoce plenamente como "función negativa de exclusión". Todas las conductas que no puedan ser excluidas de este modo, son personalmente imputables, y con ello, son acciones. Este es un concepto muy determinado porque existe amplio consenso sobre los sucesos que deberán excluirse del concepto de acción.

2. ¿El concepto personal de acción abarca, de manera errada, sucesos socialmente irrelevantes?

Encontramos esta objeción, de la forma más breve, en JESCHECK/WEIGEND(52). Ellos afirman, en relación con la teoría de la acción social que JESCHECK defiende, que el concepto de la manifestación de la personalidad abarcaría "sucesos demasiado amplios y que no poseen ninguna relevancia social". Esta objeción adolece, en primer lugar, de que el concepto de la relevancia social no pueda nunca precisarse más, de manera que, como dice KREY(53), en este caso con razón, este concepto se queda como un "concepto en blanco (...) vacío de contenido".

Por ejemplo, ¿es socialmente relevante una carrera por el bosque, y según esta comprensión, una acción? Por un lado, se puede considerar tal actividad como un entretenimiento puramente privado y desconocerle relevancia social. Por otro lado, también podría muy bien defenderse la

(50) Extrañamente invoca las críticas de GROPP/ JESCHECK/WEIGEND y LENCKNER/EISELE (ibídem, nota 30), quienes en parte están de acuerdo conmigo, y en parte hacen otro tipo de críticas.

(51) KREY (nota 31), § 9, n. marg. 250.

(52) JESCHECK/WEIGEND (nota 27), § 23 V.

(53) KREY (nota 31), § 9, n. marg. 246.

opinión de que sirve a la salud del pueblo y, en tal medida, sería socialmente relevante y, si en medio de la carrera se derribare a alguien, podría tener consecuencias civiles y penales. Es decir, todo queda sin aclarar.

Pero, aparte de esto también va en contra del sentido común el que no puedan existir acciones sin relevancia social. Si yo podo una rama seca de un rosal, esta es una acción, por más que el suceso sea socialmente irrelevante. Tampoco la opinión preponderante que se centra en el efecto excluyente del elemento volitivo (ver arriba en VI) plantea alguna exigencia como esa al concepto de acción(54). Entonces, la objeción se basa solamente en el concepto de la acción social y debe ser rechazada junto con ella.

3. ¿El concepto personal de acción abarca erróneamente también conductas atípicas?

Lo correspondiente rige para las objeciones que hacen los defensores del concepto de acción referido al tipo. GROPP(55) acoge muy bien mi concepción cuando dice: "No se podrá discutir que el concepto de la acción personal que se centra en la manifestación de la personalidad (...) cumple con las exigencias que se le plantean". Pero él observa que "el concepto personal de la acción no sea de naturaleza específicamente penal". "También la novela de un escritor o el cuadro del pintor son manifestaciones de la personalidad, sin que ellas tengan algo que ver con el Derecho penal".

Pero, en primer lugar la "valoración específicamente penal" no comienza con la acción sino recién con el tipo: guarda conformidad con el propio uso idiomático reconocido de los penalistas que existan acciones típicas y también acciones no típicas. Y, en segundo lugar, la concepción de GROPP lleva también a consecuencias demasiado extrañas: así, si alguien denunciara que el libro y el cuadro son plagios, recién entonces con ello se convertirían en acciones los correspondientes sucesos de escribir y

(54) A excepción de WESSELS/BEULKE (nota 38), § 3, n. marg. 93, quienes, sin embargo, enfatizan que la "teoría de la acción personal de Roxin" se ubicaría en una posición "no demasiado lejana" de su propia concepción (n. marg. 91a).

(55) GROPP (nota 12), § 4, n. marg. 73.

pintar. ¿O acaso la presencia o ausencia de una acción recién podrían ser verificadas tras una práctica de la prueba?

Se pueden dirigir las mismas objeciones contra KINDHÄUSER(56), quien no dice que la teoría de la acción personal sea "falsa", sino que le faltaría el "punto decisivo", es decir, la referencia a la tipicidad. No obstante, para ello rige lo mismo que se ha argumentado contra GROPP.

4. ¿El concepto de la acción personal no podría abarcar determinadas formas de conducta penalmente relevantes?

Esta objeción también se encuentra en JESCHECK(57), quien afirma que el concepto personal de acción sería "demasiado estrecho para el Derecho penal porque la omisión (...) en caso de desconocerse la situación de peligro, prácticamente no podría entenderse como 'manifestación' de la personalidad, pese a lo cual puede ser punible (como hecho omisivo imprudente)".

Pero si se hace el reproche de algo como acción punible a alguien, así se tratare de un hecho omisivo imprudente, no se puede admitir simultáneamente que faltaría una "manifestación de la personalidad". Por lo visto, JESCHECK quiere dar a entender, tal como también insinúan las comillas, que él no duda de la relación personal sino de su "manifestación". Pero una personalidad se manifiesta no solamente en acciones positivas, sino también en omisiones inconscientes: también en el descuido imprudente de un deber de cuidado radica una manifestación de la personalidad porque esto es expresión de una personalidad poco cuidadosa.

5. ¿El concepto personal de acción abarca injustamente el delito como totalidad?

PUPPE(58) hace esta objeción cuando dice que el concepto de la "manifestación de la personalidad" podría referirse "tanto al movimiento corporal o a la omisión en particular (...) como también al delito como un

(56) KINDHÄUSER (nota 10), § 5, n. marg. 12.

(57) JESCHECK (nota 27), § 23 V.

(58) PUPPE (nota 16), vor § 13, n. marg. 60.

todo incluyendo sus elementos de resultado y todo su contenido de injusto y culpabilidad". Este entendimiento conceptual globalizante presupondría ya la constitución del concepto del delito y del delito en particular, o sea, no tendría "ninguna función para éste".

Aquí se interpreta el concepto personal de la acción en el sentido del concepto de acción de JAKOBS, y con razón es criticado en cuanto a su entendimiento como concepto del delito. Pero la crítica se basa en un malentendido. Y es que no es posible extraer de ninguno de mis dichos que yo hubiera querido atribuir al concepto de acción una tarea distinta de servir para la exclusión de las no-acciones.

Al menos PUPPE también pondera mi interpretación evidentemente restrictiva y encuentra que es "poco razonable relacionar tales refinados enunciados filosóficos con algo tan banal como un movimiento corporal". Pero, en primer lugar, el concepto de manifestación de la personalidad debe ser entendido en el sentido de un sencillo uso idiomático cotidiano. En segundo lugar, el dar una bofetada, aun cuando se agotare en un movimiento corporal, es indudablemente una manifestación de la personalidad. Y, en tercer lugar, no toda conducta que pueda tener relevancia penal consiste en un movimiento corporal; también pueden entrar dentro del concepto manifestación de la personalidad otros sucesos incluso más complicados.

VII. ACERCA DE LA CLASIFICACIÓN SISTEMÁTICA DEL CONCEPTO DE ACCIÓN COMO MANIFESTACIÓN DE LA PERSONALIDAD

Aun si se partiera de que la utilidad práctica del concepto de acción consistiría principalmente en excluir las no-acciones del análisis penal y que el concepto de manifestación de la personalidad sería el criterio más apropiado para describir la "acción", todavía es polémica la ubicación sistemática.

Una orientación quiere evaluar la acción en el marco del tipo, o sea, renunciar a un concepto de acción anterior a la tipicidad. Así, FRISTER[59] dice que en la literatura estaría "difundida la concepción de que la acción

(59) FRISTER (nota 18), cap. 8, n. marg. 1, nota 1.

debería analizarse, como nivel estructural propio, antes de analizar la tipicidad (...) Pero este procedimiento es innecesariamente complicado y tampoco puede ser fundamentado lógico-conceptualmente. La acción es una parte de los hechos descritos en el tipo (...) y por ello debería (...) ser subsumida en el tipo mismo".

También OTTO(60) opina: "Para imponer el justo propósito de procurar importancia al presupuesto básico de la responsabilidad penal, la posible dirección volitiva de la conducta, no se necesita una teoría de la acción anterior al tipo. Más bien, en la evaluación de los presupuestos del tipo concreto debería explicarse, correspondientemente, si el autor había tenido, a través de la dirección volitiva de la conducta, la posibilidad de influir en el curso causal que llevó al resultado. Éste es el punto de partida del análisis y no la evaluación de una acción independiente de la concreta conducta típica".

Por otro lado, siguen favoreciendo un concepto pretípico de la acción, de manera decidida sobre todo WALTER(61) y BAUMANN/WEBER/MITSCH(62). De manera ponderada, KÜHL(63) formula lo siguiente: "El análisis de si existe siquiera una acción humana, puede ser integrado también en el análisis de la tipicidad de esta acción; pero es mejor 'activarla' como 'nivel de preanálisis' antes de la tipicidad ...".

Esta última opinión es digna de aprobación, pero con la limitación que se explica acto seguido. Existen tres razones a su favor.

En primer lugar, aquello que conforma la acción no es precisamente un elemento cualquiera y específico del tipo, sino un criterio común a todos los tipos. Con ello, el concepto de manifestación de la personalidad cumple con todos los requisitos que MAIHOFER(64) hubiera planteado primero al

(60) OTTO, "Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre", 7a. ed., 2004, § 5, n. marg. 40.

(61) WALTER (nota 19), vor § 13, n. marg. 28 y ss.

(62) BAUMANN/WEBER/MITSCH (nota 35), § 13, n. marg. 1.

(63) KÜHL (nota 17), § 2, n. marg. 3.

(64) MAIHOFER, "Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem", 1953.

concepto de la acción(65). Este concepto es *elemento básico* del delito, o sea una característica común a todos los fenómenos de la conducta punible. Es un *elemento vinculante* al reaparecer una y otra vez en todos los niveles de la estructura del delito: como acción típica, antijurídica, culpable y, finalmente, punible. Además, es un *elemento delimitador* al excluir, como se ha expuesto, todo aquello que, desde el principio e independientemente de las propiedades cambiantes de los tipos, no interesa para el análisis penal. Esta triple posición especial del concepto de acción es tomada en cuenta, de la mejor manera posible, cuando se le otorga, como "elemento básico" a todas las conductas punibles, un "nivel delictivo inicial" antes del tipo.

En segundo lugar, los sucesos que parten de los seres humanos, destinados a ser excluidos del ámbito penal por el concepto de acción, prácticamente no pueden solucionarse dentro del ámbito del injusto con ayuda de la dogmática referida a la imprudencia. También aquellos autores que trasladan al tipo el problema de la exclusión (como FRISTER u OTTO) colocan la evaluación de la acción antes de la de los criterios de la imprudencia, es decir, también hacen un análisis inicial del delito. Solo que ocultan esto dentro del tipo y, con ello, renuncian sin razón suficiente a otorgar la ubicación sistemática especial al concepto de acción que merecería por sus funciones de servir como elemento básico, vinculante y delimitador.

Solo HERZBERG(66) hace una excepción al renunciar por completo a un concepto penal de acción, y trata de controlar los problemas que ello provoca ayudándose únicamente con la dogmática general de la imprudencia. Así, él afirma lo siguiente: "Si alguien, durante el sueño, golpea a su mujer que duerme a su lado y le hace sangrar la nariz, entonces (...) esto permite entender muy bien que se admita la 'causación' de una 'lesión corporal', o sea, el elemento de la acción del art. 230 StGB, y dejar que recién la valoración decida si faltaría la imprudencia, es decir, la violación del deber".

(65) Más detalles al respecto en ROXIN (nota 14), § 8, n. marg. 1 y ss.

(66) HERZBERG, "Gedanken zum strafrechtlichen Handlungsbegriff und zur 'vortatbestandlichen' Deliktsverneinung", GA 1996, p. 1 y ss. (6).

Pero si, como propone HERZBERG, se quisiera admitir en un caso como ese una acción de lesión corporal, ella constituiría una conducta típica objetivamente imputable como creación y realización de un riesgo no permitido. Y es que la infracción del deber de cuidado designa una valoración objetiva, independiente de las explicaciones personales del autor.

Como mucho se podría discutir la culpabilidad, con lo cual arribaríamos otra vez al concepto de acción de JAKOBS (al respecto ver arriba en II, 1). Pero, en primer lugar, HERZBERG(67) mismo no cree en la doctrina de JAKOBS. Y, en segundo lugar, el propio JAKOBS no discute en tales casos primero la culpabilidad, sino reconoce plenamente un "concepto de acción de ordenamiento técnico"(68) que excluye aquellos casos, aun cuando no lo designe como "concepto auxiliar".

Por último, en tercer lugar, el traslado de todas las acciones al tipo esconde la circunstancia de que la relación entre acción y tipo es más complicada de lo que opinan los autores que consideran todas las acciones como elemento del tipo o que, por el contrario ven todas las acciones como totalmente neutrales al tipo. Y es que, cierto es que la acción es por regla general independiente del tipo. Quien atropellare a otro, pese a estar en posesión de su plena capacidad corporal y de dirección espiritual, ha realizado una acción. El si esta acción cumple con el tipo de homicidio imprudente (art. 222 StGB) o no (porque, p. ej., el sujeto había conducido de forma completamente correcta), deberá evaluarse recién en un segundo paso. Y quien ha permanecido inactivo ante un accidente pese a haber podido intervenir, ha realizado una acción omisiva: "Y es que como la expectativa social se dirige al auxilio entre seres humanos, negarse a prestarlo implica una manifestación de la personalidad"(69). El si esta conducta cumple con el tipo

(67) HERZBERG (nota 66), p. 1, observación 11.

(68) JAKOBS (nota 5), prefacio.

(69) ROXIN (nota 14), § 8, n. marg. 55. Luego, GÖSSEL ("Über Normativismus und Handlungslehre im Lehrbuch von Claus Roxin zum Allgemeinen Teil des Strafrechts", GA 5/2006, p. 279 y ss.) se equivoca cuando opina que yo no tomaría en cuenta "ya a la expectativa social de la acción como hecho pretípico de la vida" (ibídem, p. 283).

de omisión de auxilio (art. 323c StGB) también tendrá que decidirse aquí recién en el análisis del tipo posterior.

Pero existen hechos en los cuales recién la amenaza estatal –y esto quiere decir en el Derecho penal: el tipo– pone en marcha la expectativa social y hace de una omisión una manifestación de la personalidad, y con ello, la convierte en acción en sentido penal. Cuando, p. ej., se introduce un nuevo impuesto, su no pago –o sea, la omisión de pagar– recién constituye una manifestación de la personalidad desde el momento en que la disposición legal entra en vigencia y amenaza con pena su infracción en el sentido de una defraudación tributaria. Lo mismo rige para los deberes de informar reforzados con pena, y casos similares. Entonces, en estos casos la presencia de una manifestación de la personalidad, y con ello, la calidad de acción, está vinculada a la existencia de un tipo.

LENCKNER/EISELE(70) dicen que mi concepto personal de acción habría sido adquirido bajo el precio "de que, debido a los inevitables préstamos que toma del tipo, al menos en el caso de la omisión, debe renunciar a ser una acción 'antes del tipo' de manera irrestricta". Esto suena como si se tratara aquí de un déficit de mi concepto de acción. No obstante, en los casos de este tipo, es desde el principio impensable un concepto pretípico de la acción, comoquiera que se lo quisiera formular. Sería insensato ver una "conducta soportada por la voluntad" o una "omisión" en el hecho de que alguien no pagare un impuesto inexistente. Por el contrario, se gana algo a través del conocimiento trasmitido por el concepto personal de la acción en el sentido de que la manifestación de la personalidad no puede ser separada del tipo allí donde el bien jurídico protegido (p. ej., la pretensión fiscal) recién es creado por el legislador. Esta circunstancia también tiene consecuencias en otros ámbitos del sistema del delito, p. ej., en la doctrina sobre el error(71). Es correcto querer resaltar estas diferencias estructurales ya en la doctrina de la acción en vez de oscurecerlas colocando todas las acciones en el tipo.

(70) LENCKNER/EISELE en SCHÖNKE/SCHRÖDER (nota 15), vor §§ 13 y ss., n. marg. 36.

(71) Cfr. al respecto ROXIN, "Über Tatbestands und Verbotsirrtum", en LH Tiedemann, 2008, p. 375.

Con esto concluyo la presente contribución destinada a expresar mi vinculación no solamente con CHRISTOS DEDES, sino también con la ciencia penal griega y con Grecia, mi destino de todos los años durante las vacaciones. He intentado exponer no solamente sobre el estado actual de la discusión en Alemania, sino también de fundamentar nuevamente, de una manera más profunda mi propia propuesta de solución, defendiéndola contra la crítica. ¡Espero que ello produzca un fructífero intercambio de opiniones!

Problemas de la causalidad intermediada síquicamente (*)

I. INTRODUCCIÓN

Los problemas de la causalidad intermediada síquicamente no han encontrado hasta ahora una solución consensuada ni en los delitos de comisión ni en los de omisión.

En los actos comisivos se trata de la cuestión de cómo puede explicarse la causalidad del provocar, p. ej., en la inducción, en la complicidad síquica, en la autoría mediata a través de un "instrumento" no doloso, o también en un engaño de estafa. Este es un problema en el cual lo polémico, en la mayoría de los casos, no es tanto el resultado final (admitir la existencia de una causalidad), sino la fundamentación. Por ejemplo, ningún Tribunal dudará que un inductor es causal del hecho cometido por el autor. Pero hasta ahora no ha quedado claro cómo puede explicarse que la resolución del autor hubiera sido condicionada causalmente.

Adicionalmente también existen casos de sucesos intermediados síquicamente, en los cuales la causalidad resulta al final dudosa y polémica.

(*) Título original: "Probleme psychisch vermittelter Kausalität", publicado en FS Hans Achenbach, Heidelberg, 2011, pp. 409-432. Todas las citas textuales de las referencias bibliográficas son traducciones libres.

Es muy famoso el "caso del practicante de Derecho"[1]: un practicante, en el despacho de un juez, había conseguido que un "gran negociante" le diera un préstamo, aduciendo, bajo afirmaciones falsas, que se lo devolvería poco después. El negociante explicó más tarde que este engaño no habría sido determinante en su decisión: "Para él habría sido suficiente tan solo el hecho de que el inculpado estaba sentado en el sillón del magistrado (incluso si él no hubiera sido un juez sino un practicante), de querer ayudarlo en el momentáneo apuro monetario en el que se encontraba"[2]. ¿Se puede hablar aquí todavía de una disposición patrimonial causada por un engaño y, con ello, de una estafa?

En las últimas décadas, como consecuencia de diversos fallos jurisprudenciales, se ha vuelto dudoso y polémico, de manera creciente, en qué presupuestos se puede hablar, en las omisiones, de una causalidad de la omisión cuando –tal como ocurre a menudo– no ha quedado claro si la persona o institución competentes, tras una exhortación o información del garante, habían adoptado las medidas suficientes para evitar el resultado.

Son ejemplos clásicos de estos casos –a los cuales volveré más adelante– las conocidas sentencias sobre responsabilidad por el producto[3] y el estadio de deporte sobre hielo de Bad Reichenhall[4]. En el caso de responsabilidad por el producto, los fabricantes de un aerosol de cuero habían omitido retirar del mercado el producto después de haber recibido las primeras noticias sobre los daños a la salud que este causaba. Pero es dudoso en qué medida tal retirada del mercado habría sido exitosa y hubiera podido evitar más perjuicios a la salud en los usuarios. ¿Basta esto para condenar a los productores por lesiones corporales imprudentes por omisión?

En el caso de Bad Reichenhall habían muerto muchas personas, porque el techo del estadio de deporte sobre hielo se había desplomado. Un

(1) TFA, s. penal, tomo 13, p. 13.

(2) TFA, s. penal, tomo 13, p. 13.

(3) El caso "Lederspray" (aerosol de cuero), TFA, s. penal, tomo 37, p. 106.

(4) TFA en NJW 2010, p. 1087.

ingeniero, el inculpado en el caso, debió haber inspeccionado el estado de la construcción del estadio, pero no había descubierto sus defectos debido a una evaluación muy superficial. Pero es dudoso que, en caso de una indicación de los defectos, hubiera adoptado las medidas necesarias (p. ej., el cierre del estadio). ¿Impide esto una condena del ingeniero por homicidio imprudente?

A continuación, voy a tratar estos complejos problemáticos con más detalle.

II. HECHOS COMISIVOS

1. ¿Debe entenderse la causalidad como un concepto universal o uno jurídico?

En primer lugar, es polémico si la causalidad debe ser determinada incluyendo conocimientos de disciplinas extrajurídicas (la filosofía, la teoría de las ciencias, la sicología, las ciencias naturales) o según parámetros jurídicos. Si uno se decide por una de estas posibilidades, se presenta el problema ulterior de si –a partir de este u otro punto de partida– existe siquiera una causalidad intermediada síquicamente, y eventualmente cómo sería esta o cómo debería ser comprobada.

En lo que respecta a la primera cuestión, el postulado de un concepto causal "universal" precisamente para la "causalidad síquica" es defendido, de manera especialmente decidida, por BERNSMANN(5), quien critica "la amplia exclusión de la discusión sobre la teoría científica", "pese a que el deber colocar la causalidad penal en una relación filosófico-científica es obligatoria a partir de la(...) relación extradisciplinaria de la concepción causal penal dominante(...) La teoría de las ciencias, como metateoría de las disciplinas especializadas es(...) el requisito de admisibilidad para la recepción jurídica de excepciones extrajurídicas".

(5) BERNSMANN, "Zum Verhältnis von Wissenschaftstheorie und Recht – Überlegungen zur sog. 'psychischen Kausalität' im Strafrecht", ARSP, tomo 68, 1982, p. 536 y ss. (538).

Esto ha recibido muchas objeciones. SCHULZ(6) enfatiza que las cuestiones referidas a la causalidad se plantean "para el jurista, de manera distinta que para el teórico de las ciencias o el de las ciencias naturales, e incluso de manera diferente que para el historiador. Al jurista no le interesa, de manera primordial, cómo debe explicarse un resultado, sino si éste puede ser imputado". HILGENDORF(7) explica de manera categórica: "La causalidad jurídica es, fundamentalmente, un concepto jurídico y por ello debe ser configurada según las necesidades de la ciencia jurídica".

En comparación resulta más fácil decidirse por la segunda concepción. Una primera razón radica en que, tal como SCHULZ y HILGENDORF ven correctamente, todos los conceptos utilizados en el Derecho penal deben ser interpretados teleológicamente, es decir, según los fines del Derecho penal. Una segunda razón resulta de que la teoría científica y otras disciplinas no conocen un concepto de causalidad reconocido de manera general y hasta ahora casi no se han ocupado de manera especial con la causalidad síquica(8). En la teoría de la ciencia, lo más difundido es el "esquema de Hempel y Oppenheim"(9), el cual emplea un procedimiento de dos niveles para comprobar la causalidad. En primer lugar, se evalúa si, para un caso dado, es siquiera posible encontrar una ley natural científicamente reconocida (causalidad general). En un segundo nivel, se intenta una subsunción del caso concreto bajo esta ley. Si se consigue esto, se habrá comprobado la causalidad y el suceso es "declarado causal" (causalidad concreta).

---

(6) SCHULZ, "Gesetzmäßige Bedingung und kausale Erklärung", FS Lackner, 1987, p. 39 y ss.

(7) HILGENDORF, "Der 'gesetzmäßige Zusammenhang' im Sinne der modernen Kausallehre", Jura, 1995, p. 514 y ss.

(8) Encontramos las exposiciones más recientes de la problemática general de la causalidad provenientes de la pluma de juristas, p. ej., en la monografía de MAIWALD, "Kausalität und Strafrecht", 1980, y en la de KINDHÄUSER, "Kausalanalyse und Handlungszuschreibung", GA 1982, p. 477 y ss.

(9) HILGENDORF (nota 7), p. 515, con explicaciones más detalladas; OTTO, "Grundkurs, Allgemeiner Teil", 7a. ed., 2004, § 6, n. marg. 31/32 en lo referente a la aplicación para el Derecho penal.

No es difícil reconocer que esta concepción ha sido desarrollada para explicar nexos causales en las ciencias naturales y que no encaja en las "causaciones síquicas". Cuando A quiere inducir a B a cometer un delito, la mayoría de los juristas parten de que A ha causado el resultado. Pero no existe una ley natural de validez general y reconocida, según la cual las exhortaciones a cometer delitos deban ser seguidas. KORIATH(10), quien es el que se ha ocupado con más minuciosidad del problema de la causalidad síquica, afirma con resignación: "En las teorías filosóficas sobre la causalidad –hasta donde alcanzo a ver– no hay ninguna explicación sistemática bajo este aspecto. Según esto, los problemas que aquí se nos presentan parecen ser originalmente jurídicos".

2. ¿Causalidad como fuerza efectiva?

Entonces, los juristas tendrán que ayudarse a sí mismos. Muchos comentarios y manuales no se ocupan para nada de la causalidad trasmitida síquicamente, porque ellos, evidentemente, consideran que se sobreentiende su posibilidad. Pero no se entiende por qué una exhortación verbal podría fundamentar la causalidad si, tal como la supone la opinión mayoritaria, la causalidad exigiría "una fuente real de energía que sea capaz de producir un esfuerzo"(11). Y es que la reacción del exhortado, tal como cualquiera puede experimentar en sus propias comunicaciones, no es un efecto ciego de una "fuente de energía" o un "esfuerzo", si no se basa en un proceso espiritual que no puede ser descrito con conceptos de las ciencias naturales. Pese a todo, la causalidad síquica no es problematizada en una exposición representativa como la ya mencionada de JESCHECK.

Tampoco los recientes trabajos especiales que entienden la causalidad como una fuerza efectiva real aclaran la causalidad intermediada síquica-

(10) KORIATH, "Kausalität, Bedingungstheorie und psychische Kausalität", 1988, pp. 141-244. Aquí se expone y discute detalladamente sobre la literatura y jurisprudencia aparecidas hasta ese momento.

(11) JESCHECK/WEIGEND, "Lehrbuch des Strafrechts. AT", 5a. ed., 1996, p. 418.

mente. Por ejemplo, se puede leer en PÉREZ-BARBERÁ[12] lo siguiente: "Cuando no se presente un componente efectivo, ninguna fuerza, entonces no existe un agente causal". De manera similar, se expresa HAAS[13] cuando interpreta la causalidad como un proceso de traspaso de energía, basado en el ejercicio de fuerza, que se puede calcular en parámetros físicos o químicos, y que es con ello prácticamente determinado.

Con tales categorías es imposible abarcar no solamente la –muy discutida– causalidad de la omisión (al respecto en III, 1), sino también la causalidad síquica. Y es que los procesos espirituales escapan a un modelo explicativo hecho a la medida de contextos causales físicos "externos". Por ello, si se quiere favorecer un concepto causal como éste, se debe desarrollar un propio modelo de imputación no-causal (al respecto más abajo en II, 5) para las motivaciones síquicas, cuya posible punibilidad no puede ser discutida. Esto no resulta ser muy satisfactorio, porque deja sin efecto la causalidad, como presupuesto mínimo de toda imputación penal, en amplios ámbitos, además de entrar en contradicción con la experiencia cotidiana, según la cual uno puede ciertamente causar la muerte de un niño pequeño no dándole alimentos (omisión) o induciendo efectivamente a otro a matarlo.

3. ¿Causalidad como condición ajustada a leyes (de la naturaleza)?

Por cierto, doctrina que está ganando espacio en la literatura jurídica (aunque también en otras disciplinas científicas), en la comprobación de la causalidad, renuncia al postulado de la trasmisión de fuerzas o energías, de las cuales no conocemos los detalles, sino se contentan con averiguar una consecución de dos sucesos según leyes (que se ajusten además a las ciencias naturales). Como es sabido, esta doctrina se remonta a ENGISCH[14] y, en la actualidad, es utilizada siguiendo la formulación de JESCHECK[15],

(12) PÉREZ-BARBERÁ, "Kausalität und Determiniertheit", ZStW 114 (2002), p. 602 y ss.

(13) HAAS, "Kausalität und Rechtsverletzung", 2002, p. 193 y s.

(14) ENGISCH, "Die Kausalität als Merkmal strafrechtlicher Tatbestände", 1931, p. 21.

(15) JESCHECK (nota 11), p. 254.

según la cual la causalidad dependería "de si a una acción se han conectado modificaciones, temporalmente posteriores, en el mundo exterior, y que estaban vinculadas de manera necesaria con la acción, según las leyes naturales conocidas por nosotros...".

Esta fórmula de la condición conforme a leyes explica ciertamente la causalidad de la omisión (más detalles al respecto en III, 1): por ejemplo, con seguridad según las leyes naturales puede causarse que se marchite una planta de interior cuando el propietario omite regarla. Pero apenas si se puede comprender cómo la causalidad trasmitida síquicamente es condicionada por leyes (naturales), porque la resolución, a través de la cual se causa el resultado, o bien debe ser tenida como libre o, en todo caso, no se pueden descubrir sus determinantes o ellas no son explicables a partir de leyes.

ENGISCH era por cierto de una opinión distinta. En su monografía sobre la causalidad ha analizado brevemente la causalidad síquica y defendió la tesis de que el juez podría, frecuentemente y también sin la compenetración exigida por los representantes de las ciencias humanísticas, "convencerse, sobre la base de las leyes sicológicas obtenidas con la experiencia, de una relación causal síquica"(16). Esto se ha dicho para el caso de la inducción. Más de treinta años después(17), tomando el ejemplo de la estafa(18), ENGISCH ha retomado minuciosamente el problema de la causalidad intermediada síquicamente, pero también aquí se ha reafirmado en su tesis de la conformidad a leyes de los cursos síquicos: "Incluso si debiera ser cierto que existe una causalidad síquica, también en ésta se esconde, al igual que en la causalidad externa... una conformidad a leyes que es importante y finalmente determinante para el juicio judicial de la causalidad"(19).

---

(16) ENGISCH (nota 14), p. 28.

(17) ENGISCH, "Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug", LH a H. von Weber, 1963, p. 247 y ss.

(18) La sentencia ya mencionada arriba en TFA, s. penal, tomo 13, p. 13 y ss.

(19) ENGISCH (nota 17), p. 269. El texto contiene aún más expresiones en el mismo sentido.

Si bien aisladamente ENGISCH ha encontrado seguidores[20], en su gran mayoría, ha tenido objetores. Esto será demostrado con algunas evaluaciones representativas. Así, en el Leipziger Kommentar, WALTER dice[21]: "Para la causalidad intermediada síquicamente no pueden mencionarse (y menos aún probar) condiciones conforme a leyes ni siquiera en sus rasgos básicos". LENCKNER/EISELE[22] dudan de si en la causalidad síquica "existe siquiera una conformidad a leyes en el sentido de una 'causalidad general'. Una conformidad a leyes 'determinista' se descarta desde el principio". PUPPE[23] quiere "colocar sobre bases fundamentales distintas de la imputación de resultados externos(...) la imputación de resultados a través de influjos trasmitidos síquicamente". O, en otro lugar[24]: "Para la vinculación de modificaciones en el mundo exterior tenemos a disposición estrictas leyes generales, para reacciones síquicas, especialmente para decisiones humanas, no". Y finalmente OTTO[25] dice: "Precisamente hasta ahora no se ha llevado a cabo la prueba de la consecución, según leyes, de determinados sucesos en el ámbito síquico. El empleo de la teoría de la condición según leyes, en el ámbito de la 'causalidad síquica' tendría que basarse en meras presunciones, pues ella presupone el uso de leyes naturales que hasta ahora nadie conoce y que posiblemente tampoco existan".

Indiscutiblemente tienen razón estas voces críticas. Ya cualquier experiencia cotidiana enseña que, p. ej., las inducciones o los engaños fraudulentos a veces tienen éxito y a veces no, sin que esto pueda explicarse según las leyes naturales (sin importar que uno considere que las reacciones síquicas son determinadas o no lo son). Tampoco ayuda aquí la "sicología de la motivación" que muchas veces se quiere utilizar. Una investigación

(20) DENCKER ("Kausalität und Gesamttat", 1996, p. 31), según quien habría que seguir a ENGISCH en cuanto a que se podrían ver las cosas "en la causalidad síquica (...) básicamente de igual manera que en los cursos síquicos".

(21) WALTER en LK, 12a. ed., 2007, vor § 13, n. marg. 74.

(22) En SCHÖNKE/SCHRÖDER, 28a. ed., 2010, vor § 13, n. marg. 75.

(23) PUPPE en Nomos Kommentar, 3a. ed, 2010, vor § 13, n. marg. 130.

(24) PUPPE, "Der objektive Tatbestand der Anstiftung", GA 1984, p. 101 y ss. (105). Puppe se ha manifestado en el mismo sentido en muchas otras publicaciones.

(25) OTTO, "Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre", 7a. ed., 2004, § 6, n. marg. 37.

de BERNSMANN[26] ha mostrado que los defensores de esta ciencia hasta ahora no han descubierto ninguna ley sicológico-motivacional que pueda ser aprovechada en los tribunales. A él le parece "casi imposible que un sicólogo que quiera satisfacer a sí mismo su pretensión de 'cientificidad', se vea en condiciones de colocar un suceso histórico único *in foro* dentro del contexto de una ley (causal) general".

Ciertamente DENCKER[27] indica que también en el ámbito de la causalidad síquica muchas veces resulta difícil de comprender los sucesos causales, como p. ej. habría ocurrido en el caso del "aerosol de cuero"[28] o en el caso "Contergan"[29]. Pero en estos nadie duda de que posiblemente, e incluso con mucha probabilidad, exista y básicamente pueda probarse una conexión con leyes naturales entre el empleo del aerosol o la ingestión de Contergan y los daños producidos, aun cuando la ciencia hasta ahora no hubiera conseguido aportar una prueba estricta sobre ello. En cambio, en las cuestiones referidas a la causalidad síquica no hay ningún punto de apoyo de que sea siquiera posible la prueba de una relación con leyes naturales.

Luego, como resultado se puede sostener que tampoco la teoría de la condición conforme a leyes naturales puede explicar la causalidad de los influjos síquicos.

4. ¿Causalidad síquica como ley de carácter estadístico?

Por esta razón, en los cursos causales intermediados síquicamente, HILGENDORF[30] ha tratado de reemplazar la conformidad de una ley de carácter determinista con una de carácter estadístico: "Es evidente que admitir... un carácter determinista de la ley casi es imposible"[31]. "Podría verse una solución a este problema en utilizar leyes estadísticas; o sea, en

(26) BERNSMANN (nota 5), p. 544 y ss. (545).

(27) DENCKER (nota 20), p. 36.

(28) Igual que arriba, nota 3.

(29) LG Aquisgrán en JZ 1971, p. 507 y ss.

(30) HILGENDORF (nota 7).

(31) HILGENDORF (nota 7), p. 517.

el caso de la causalidad síquica de la estafa podría constituir una hipótesis de ley que no afirme una relación determinista sino solo una estadística entre la acción de engaño y la provocación del error o entre el error y la disposición patrimonial"(32). En la inducción tampoco sería necesario "utilizar leyes cuantitativamente exactas sobre los efectos de una acción instigadora". Bastaría, p. ej., con "una regla basada en la experiencia cotidiana de que, p. ej., el prometer una recompensa de mil marcos alemanes para cometer un delito eleva de manera relevante la probabilidad de la comisión de un hecho..."(33).

En esto, HILGENDORF puede alinearse con autores que, incluso en el ámbito de cursos físicos, en casos difíciles (responsabilidad por el producto, Contergan), quieren renunciar a la prueba de relaciones causales según leyes naturales obligatorias para favorecer comprobaciones estadísticas o probabilísticas (basadas en expresiones referidas a probabilidades)(34).

Pero tampoco allí hay una solución para los casos de causalidad trasmitida síquicamente. Y es que así como no se puede probar en este ámbito una determinación obligatoria, tampoco se pueden hacer expresiones probabilísticas siquiera medianamente exactas. HILGENDORF mismo advierte las "enormes dificultades" que presentaría la "cuantificación exacta de las hipótesis de las leyes estadísticas"(35). Así, para recoger el ejemplo de HILGENDORF, difícilmente podrá elaborarse una regla apoyada en la "experiencia cotidiana" en el sentido de que la producción del resultado de una inducción al delito sería probable a través de la promesa de una recompensa de 500 euros. Muy pocas personas poseerán "experiencia cotidiana" alguna en este ámbito. Es más, la "experiencia cotidiana" proporciona también la regla contraria de que la mayoría de las personas serían fieles al Derecho y no se expondrían al riesgo de la penalidad por

(32) HILGENDORF (nota 7), p. 520.

(33) HILGENDORF (nota 7), p. 521.

(34) Cfr. las refs. en ROXIN, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", tomo 1, 4a. ed., 2006, § 11, n. marg. 35-38.

(35) HILGENDORF (nota 7), p. 520.

quinientos euros. No puede encontrarse una expresión que vaya más allá de un juicio intuitivo... y esto es demasiado poco para un juicio causal fundado estadísticamente.

Esto rige incluso cuando el exhortante se dirigiere a una persona anteriormente ya penada. Y es que ésta puede tan bien aceptar como rechazar la oferta; p. ej., porque no cree en la voluntad o en la capacidad de pago del exhortante, porque teme estar frente a un agente provocador, porque le parece que la recompensa prometida es muy baja o le parece muy arriesgada la ejecución del hecho o porque ha aprendido de sus errores pasados. En tal medida, la inescrutabilidad de las resoluciones humanas no permite hacer predicciones estadísticamente mensurables.

A esto se añade que incluso una elevadísima improbabilidad no excluye la causalidad intermediada síquicamente(36). Así, cuando un estudiante pide a un profesor de Derecho penal que le falsifique un documento relacionado con sus funciones públicas (art. 348 StGB), ninguna persona razonable va a suponer que este va a hacer caso a esta proposición. Pero cuando, pese a lo esperado, lo hiciere (p ej., por un altruismo mal entendido) el estudiante será condenado por inducción a este hecho.

5. Modelos no-causales de vinculación síquica

El fracaso de todos estos intentos en encontrar leyes deterministas o estadísticas para la causalidad intermediada síquicamente ha llevado a otros autores a renunciar por completo a toda explicación causal intermediada por condiciones. Así, BERNSMANN(37) pretende emplear una "perspectiva no-causal", según la cual es imputable al exhortador todo suceso provocado síquicamente, p. ej., como inducción o engaño, cuando para la persona exhortada ello era, "bajo las circunstancias situacionales dadas y desde su

(36) LENCKNER/EISELE en SCHÖNKE/SCHRÖDER (nota 22) enfatizan con razón que una acción engañosa "también sigue siendo causal (...) del error provocado por ella y de la disposición patrimonial provocada por ella (...) cuando solo existía una probabilidad mínima de que estos ocurrieran".

(37) BERNSMANN (nota 5), pp. 548-549.

perspectiva, racional para el 'objetivo'" actuar de esa manera. Según esto, tendrían que "colocarse condiciones subjetivamente racionales a los objetivos para alcanzar determinado resultado".

KORIATH[38] llega a la conclusión "de que la expresión de causalidad síquica debe reconducirse a una idea equivocada". Por ello, exige "desarrollar principios de atribución no causales".

Pero tampoco pueden convencer los planteamientos que se apartan por completo del entendimiento tradicional de la teoría de la condición. En primer lugar, les falta una elaboración de los modelos de atribución no-causal que proponen. P. ej., casi no pueden conseguirse expresiones seguras sobre aquello que, desde la perspectiva de uno o de otro participante en una interacción síquica, sería "racional para el objetivo", tal como deberán haber mostrado los ejemplos planteados con motivo del análisis crítico de las tesis de HILGENDORF. Y, en segundo lugar, se puede dudar de que puedan desarrollarse "reglas de atribución no causales"[39] que prescindan por completo del carácter de condición de una exhortación. Esto se analizará con más detalle a continuación.

6. Causalidad intermediada síquicamente como condición libre de leyes

A mí me parece que la solución correcta radica en persistir en la teoría de la condición y la idea de una causación síquica, pero renunciando a fundamentarla en alguna ley (sea determinista-naturalística, sea estática o probabilística). Cuando alguien induce a otro a un delito, en cuya comisión este no había pensado nunca y ni siquiera pudo haber pensado (porque, p. ej., no conocía el plan o no conocía a la víctima), en caso de su ejecución queda claro que la inducción era una condición necesaria para la causación del resultado. Lo mismo ocurre con la complicidad cuando, p. ej., alguien da un consejo al ladrón de casas basándose en conocimientos especiales de los cuales no disponía el autor y sin los cuales no hubiera podido entrar a la casa.

(38) KORIATH (nota 10), p. 249.

(39) KORIATH (nota 10), p. 224.

No ocurre nada diferente en los engaños. Quien exhortare a otro a disparar contra un tercero una pistola supuestamente descargada (pero que aquel sabe que en realidad lo está), ha colocado una condición necesaria para la muerte del abaleado. Igualmente, en la estafa es el engaño, por regla general, una condición necesaria para la disposición patrimonial del engañado, hecho que no hubiera ocurrido si este hubiera conocido los hechos reales.

Todo esto es tan evidente que muchos autores no ven aquí problema alguno y, como dice PUPPE(40) "despreocupadamente" "hablan de la causación de una resolución".

No obstante, aquí las cosas son distintas de lo que ocurre con los nexos causales de las ciencias naturales, que es lo que interesa a otras ciencias. Estas buscan leyes con cuya aplicación al caso concreto se pueda pronosticar un resultado y explicar que este ha sido determinado por ciertas circunstancias. En cambio, en la evaluación jurídica de la causalidad no se trata de demostrar como predecibles las resoluciones o explicar cómo se hubieran producido. Basta con comprobar posteriormente que el influjo espiritual ha provocado la resolución del autor (en los casos de los arts. 26 y 27 StGB) o la disposición patrimonial de la víctima (en el art. 263 StGB). Luego, existen condiciones necesarias de un resultado que no se basan en leyes y que, pese a ello, se pueden demostrar de manera tan segura como los resultados determinados causalmente.

En la literatura se encuentran algunos planteamientos que siguen este camino aunque difieran entre ellas al fundamentar los detalles. Así, SCHULZ(41) quiere alcanzar la comprobación de las relaciones causales a través de un cambio de perspectiva: "Debería colocarse a la 'retrospectiva' en lugar del pronóstico". Esto encaja precisamente en la causalidad intermediada síquicamente. Si un estímulo verbal va a provocar una resolución, nunca podrá predecirse con seguridad, pero posteriormente sí se podrá probar, incluso con seguridad, que lo ha causado. Con toda

(40) PUPPE, "Strafrecht AT", tomo I, 2002, § 2, n. marg. 49.

(41) SCHULZ (nota 6), p. 42.

razón, SCHULZ también indica que tales pruebas a menudo son de una "trivialidad extraordinaria", e ilustra esto con una frase que puede probar la existencia de un consejo inductor(42): "El aprovechamiento de una información presupone el tenerla". Sin embargo, resulta confuso cuando él habla, en este contexto, de una "ley retrospectiva". Y es que no es posible explicar con leyes el que el destinatario de una información la va a aprovechar. Entonces, no se puede estar de acuerdo con SCHULZ cuando persiste en la "teoría de la condición según leyes" también en el caso de la causalidad intermediada síquicamente. Si bien aquí existen condiciones necesarias, estas no son de tipo de ley.

Por el contrario, PUPPE ha destacado correctamente y con una especial claridad la diferencia entre los diferentes tipos de causalidad(43): "Luego, no queda nada más que abandonar la ilusión de un concepto causal unitario y colocar la imputación de resultados provenientes de influjos síquicos en otras personas sobre una base fundamentalmente distinta a la imputación de resultados externos provenientes de influjos de sucesos naturales...". Si queremos hablar de la "causación de una resolución", necesitaremos "todavía otro tipo de vinculación entre causa y efecto que la de leyes causales estrictas o leyes estadísticas. Todo lo que hacemos lo hacemos por razones(...) Tenemos que estar conscientes de estas razones de nuestro actuar...".

Esto debe aprobarse en muchos sentidos. Y es que naturalmente alguien que toma una decisión, provocado por otro, por regla general, tendrá una razón. Pero –y en tal medida veo las cosas de manera distinta que PUPPE– lo único que al final importa es la provocación de la resolución y no las razones de ello. Así, el que un inducido cometa el hecho porque espera obtener ventajas materiales, porque quiere preservar el afecto del inductor, porque no quiere parecer un cobarde o quiere dar rienda suelta a sus tendencias agresivas, todo esto da lo mismo para la causación cuando solo la inducción constituye el motivo de la resolución y de la comisión del hecho. A menudo entrarán a tallar distintos motivos. Y cuando el autor asegurare creíblemente: "Yo mismo no puedo explicarme

(42) SCHULZ (nota 6), p. 46. Aquí también la próxima cita.

(43) PUPPE (nota 23), vor § 13, n. marg. 131.

por qué he seguido la exhortación y he dado una paliza a X", esto no cambiará nada en la causalidad de la inducción. En caso de engaños –sea que se dirigiere a un instrumento no doloso o a una víctima de estafa–, la condición principal del resultado tampoco radicará en los "motivos" del engañado, sino en su desconocimiento.

DENCKER(44) invoca ciertamente a ENGISCH y postula "leyes causales" que existirían "en el ámbito de los sucesos físicos y síquicos"; "en vista de la igualdad de estructuras, no existe una razón para una definición cualitativamente distinta de aquello que aquí se denomina como causalidad física y síquica".

Pero al final él desemboca en la concepción aquí defendida, porque para él la "igualdad estructural" evidentemente no consiste solamente en que existen condiciones necesarias en ambos ámbitos. Y es que dice, en sentido plenamente coincidente con el aquí defendido: "Reconocer una circunstancia como condición necesaria de una circunstancia consecuente también es posible cuando la consecuencia no fuere necesaria". Uno tendría que evitar el error(45) "de confundir la necesidad de una condición para el curso con la necesidad (inevitabilidad) de este curso". También es correcto el resultado que él obtiene(46): "La posibilidad de expresiones sobre causalidad síquica según el parámetro de la condición necesaria(...) razonablemente no deberá ponerse en duda".

Finalmente, en el sentido de la concepción aquí defendida se expresa HRUSCHKA(47): "El hecho del inductor tampoco determina el hecho del inducido, y en este sentido el inductor 'causa' el hecho del autor y no el resultado del hecho". Pero no debería negarse que "coloca una condición para el hecho y la producción del resultado". Por ello, se podría hablar de una "causación del hecho y del resultado a través del inductor si bajo

(44) DENCKER (nota 20), p. 39.

(45) DENCKER (nota 20), p. 40.

(46) DENCKER (nota 20), p. 41.

(47) HRUSCHKA, "Regressverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen", ZStW 100 (1998), p. 581 y ss.

causación no se entendiera nada más que "una contribución para la producción de un efecto".

Todo esto desemboca en que existen condiciones necesarias que no están relacionadas con leyes, aunque sí puedan valer como causas en sentido jurídico.

También los autores que rechazan todo tipo de causalidad de la provocación intermediada de resultados (cfr. arriba II 5) y prefieren una interpretación que busca el "entender", se centran en si "para determinada persona..." "actuar de determinada manera era racional para la finalidad"(48), y los que exigen un "desarrollo de principios no causales de atribución"(49) se aproximan con sus propuestas de solución (por cierto tan solo esbozadas en lo práctico) a la concepción de una teoría de la condición libre de leyes. Cuando BERNSMANN(50) exige que "el autor, total o parcialmente, hubiera influido contenidos de la conciencia del otro que son premisa necesaria", y cuando KORIATH(51) quiere atribuir al exhortador un resultado en tanto "las informaciones del cointeractor (...) formaren parte de las razones para la acción del otro cointeractor", esto tan solo constituye una forma distinta de describir el carácter de condición de la causalidad intermediada síquicamente.

En la mayoría de los casos, la condición exigida será una *conditio sine qua non* –p. ej., cuando el autor, sin la inducción, no hubiera tenido nunca la idea de cometer el hecho–, pero esto no será indispensable. Bastará, al igual que en el marco de la causalidad física, con que una conducta esté siquiera imbricada con el nexo de condiciones que llevan al resultado. Esto es importante para la complicidad y aquí especialmente para la complicidad síquica. Luego, aquel que da un consejo al autor y este consejo influye en la ejecución del hecho, es tan causal como aquel que proporciona al autor un motivo adicional y refuerza con ello su resolución a cometer el hecho.

(48) BERNSMANN (nota 5), pp. 540 y 549.

(49) KORIATH (nota 10), p. 249.

(50) BERNSMANN (nota 5), p. 550.

(51) KORIATH (nota 10), p. 224.

7. La prueba judicial de la causalidad intermediada síquicamente

La prueba judicial de la causalidad intermediada síquicamente deberá ser dirigida de manera parcialmente distinta que en el marco de las relaciones físicas, con lo cual resalta una vez más que no se trata de causalidades de igual estructura, sino de diverso tipo. Mientras que las "causaciones en el mundo exterior", en lo esencial, pueden ser investigadas recurriendo a leyes naturales reconocidas, declaraciones de testigos o confesiones, y en casos menos frecuentes también inspecciones oculares y documentos, la prueba de la causalidad síquicamente intermediada resulta a partir de deducciones forzosas de las situaciones, a partir del interrogatorio de aquel que, como destinatario de los intentos de influjos síquicos, hubiera realizado el resultado, y a partir de reglas sicológicas de la experiencia para cuya averiguación y aplicación en casos referidos a la credibilidad, deberá recurrirse, en caso necesario, a un perito.

En esto, en caso de inducción, la causalidad, aunque no se basare en la determinación de las leyes naturales, podrá a menudo ser probada, con la misma seguridad, basándose en las circunstancias situacionales. Ocurre que, en la inducción, muchas veces no podrá explicarse un hecho sin la acción exhortadora del inductor, sea porque el autor no conocía ni se le hubiera ocurrido la posibilidad del hecho(52). Cuando A, dándole dinero, motiva a B a dar una paliza a su rival, su causalidad es segura aun cuando *ex ante* era inseguro, si B iba a aceptar la oferta. Y es que B, antes de ser motivado por A, ni siquiera conocía a la víctima, y B tampoco tenía ningún motivo para el hecho, la causalidad resulta forzosamente del contexto de la situación. Lo mismo rige para el consejo inductor cuando la ejecución concreta del hecho no hubiera sido posible al autor sin el consejo o una información determinada del cómplice.

En los casos de la estafa, las reglas sicológicas de la experiencia y las informaciones de la víctima proveen, por lo general, pruebas inatacables judicialmente. Cuando alguien, mediante simulaciones engañosas, es motivado a cerrar un negocio aparentemente favorable, pero que en

(52) Esto lo indica también SCHAAL, "Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen", 2001, p. 76.

realidad perjudica su patrimonio, una reconocida regla sicológica de la experiencia dice que él, si hubiera conocido la situación, no hubiera realizado la disposición patrimonial. Si una toma de declaración de la víctima confirmara esto, no podrán haber más dudas razonables sobre la causalidad del engaño, y, con ello, de la presencia de una estafa.

No puede decirse entonces que en los casos de causalidad intermediada síquicamente, la conducción de la prueba sea, por regla general, más difícil o insegura que en el caso de la causación física.

8. El caso del practicante de Derecho

Por cierto que esto no cambia para nada el que también existan casos límite. Entre estos están el caso del practicante de Derecho citado al principio[53], en el cual el negociante engañado sobre la capacidad de pago del practicante (el tomador del préstamo), había declarado que él también hubiera entregado el dinero si hubiera sabido que eran falsos los datos del practicante sobre sus posibilidades de pago.

¿Qué pasa aquí con la causalidad del engaño en relación con la disposición patrimonial del negociante? Hay tres posibilidades. O bien el negociante ha creído al practicante, o ha dudado, o no le ha creído y pese a todo le ha dado el préstamo.

En el primer caso, el engaño es causal de la disposición patrimonial. Es irrelevante lo que el negociante hubiera hecho si hubiese conocido los hechos verdaderos. Luego afirma con razón el TFA[54]: "El curso real de la formación de la voluntad no pierde su razón de ser y su importancia jurídica por el hecho de que en lugar de él hubiera actuado otro curso que, sin embargo, no se ha producido". El TFA se equivoca tan solo cuando señala que la opinión contraria trasladaría "injustamente a sucesos espirituales internos de las personas, principios con los cuales suelen evaluarse relaciones causales en la naturaleza exterior". Y es que, el que cursos cau-

(53) TFA, s. penal, tomo 13, p. 13 y ss. Las controvertidas tomas de posición de la literatura son expuestas y discutidas ampliamente por ENGISCH (nota 17).

(54) TFA, s. penal, tomo 13, p. 14 y ss.

sales hipotéticos no tengan ninguna influencia en la causalidad real, rige por igual para condiciones físicas y síquicas.

Cuando el negociante hubiera dudado de la promesa de devolver el pago por parte del practicante, lo que importa será si la devolución del préstamo (devolución que después de todo fuera considerada posible) había entrado en la resolución de otorgar el préstamo, es decir, si había influido conjuntamente en él –eventualmente junto a otros motivos– para el otorgamiento del préstamo. Habla a favor de ello la regla sicológica de la experiencia de que también aquel que quizá en primer lugar quiera agradar a un empleado de los tribunales, preferirá la devolución de un préstamo a su pérdida, es decir, la posible devolución del pago debe de haber reforzado la resolución de otorgar el préstamo.

Sin embargo, cuando el negociante desde el principio no hubiera creído en la promesa de devolución del préstamo por parte del practicante, faltará una causalidad entre engaño y disposición patrimonial, y solamente entrará a tallar una tentativa de estafa. Mediante la toma de declaración al negociante se podrá aclarar si es realista esta variante. Esta posibilidad se deberá descartar cuando la instancia previa hubiera verificado que, en cuanto a las promesas de devolución de pago del practicante: "A (es decir, el negociante) confiaba en este dato y se manifestó dispuesto a poner a disposición del inculpado los dos mil marcos".

La diferenciación aquí emprendida parece corresponderse también con la solución de PUPPE(55), quien declara lacónicamente: "No se deberá preguntar al otorgante del crédito si también hubiera dado el crédito sin las falsas afirmaciones del practicante, sino si estas afirmaciones han jugado algún papel en su resolución real de otorgar el crédito".

9. Resumen

Resumiendo puede decirse que la causalidad intermediada síquicamente, si bien, como consecuencia de la imposibilidad de reconocer los

(55) PUPPE (nota 40), § 2, n. marg. 50.

nexos determinados por las leyes naturales, es de un tipo distinto que la causalidad de los cursos físicos, constituye pese a todo una condición del resultado que puede ser caracterizada como necesaria y que no es menos accesible a la prueba que las causaciones síquicas, aun cuando la práctica de la prueba siga en parte otras reglas.

III. LA OMISIÓN DE INFLUJOS SÍQUICOS EN TERCEROS

Aquí se sostiene la opinión de que también las omisiones son causales de un resultado y, al existir una posición de garantía, son típicas cuando la acción debida hubiera podido evitar el resultado. Ciertamente, la causalidad de la omisión es negada por aquellos que entienden la causalidad como fuerza efectiva, como fuente de energía (al respecto más detalles arriba II. 2.). Pero como también los partidarios de esta opinión hacen depender, para la omisión, la "cuasi-causalidad", de los mismos requisitos que ellos plantean, la importancia práctica de esta polémica es mínima.

Por ello, deberá indicarse todavía brevemente que, desde la perspectiva que entiende la causalidad como condición de un resultado según leyes naturales o, en caso de causación síquica, por lo menos como condición necesaria de un resultado, la posibilidad de concebir una omisión como condición negativa del resultado, no podrá negarse razonablemente. Ya ENGISCH(56) había expuesto convincentemente que la doctrina desarrollada por él de la condición según leyes naturales "cubre sin problemas la causalidad de la omisión". Pero él no fue el descubridor de este entendimiento. Antes, p. ej., MAX ERNST MAYER había observado sarcásticamente en cuanto al carácter de condición de la omisión(57): "Solo aquel en quien la literatura penal hubiera conmocionado su confianza en las funciones elementales de su entendimiento podrá albergar dudas; para todos los demás es corriente pensar que las omisiones son condiciones, o sea, p. ej., comprobar que el tren no se hubiera descarrillado si el guardavías no hubiera omitido comunicar que una parte de la vía férrea estaba levantada". Él opinaba que para "apaciguar las dudas hipercríticas" que

(56) ENGISCH (nota 14), p. 30.

(57) M. E. MAYER, "Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts", 2a. ed., 1923, pp. 149-150.

se basan en un entendimiento de la causalidad como fuente de energía, se podría "en vez de nexo causal (...) hablar de (...) nexo de condiciones". Pero esto ni siquiera es necesario, puesto que el jurista no está impedido de ver como causales las condiciones de un resultado.

Recientes investigaciones han confirmado esto una y otra vez. PUPPE(58) ha demostrado en numerosas investigaciones que no existiría "razón alguna para que la omisión no pueda ser considerada causa en el sentido de una teoría de condiciones"(59). En contra de opiniones divergentes(60), ella también indica con razón que, en la omisión, no se trataría eventualmente "de una condición real (empírica) sino solo de una condición lógica" del resultado. HILGENDORF(61) ha reafirmado esto de manera convincente. SPENDEL, quien desde su juventud se ha ocupado de cuestiones referidas a la causalidad(62), todavía en sus últimos trabajos(63) se ha dedicado al tema de la "causalidad y omisión", y ha llegado al resultado(64) de que podría "concebirse como causa (parcial o conjunta) una omisión pasiva, como condición negativa (...) que no impidiera algo, de manera equivalente a una acción como condición positiva (...)". Luego, a continuación, hablaré de la causalidad sin tematizar, más las objeciones que se le hubieran hecho.

1. La jurisprudencia sobre la omisión, contraria al deber, de influir síquicamente en terceros para evitar el resultado

Mucho más polémica y necesitada de aclaración es la cuestión de cómo debería tratarse la constelación de casos, ilustrada en la introducción (I) con el caso del "aerosol de cuero" y del desplome del "estadio de deporte

(58) Aquí tan solo remitiré a sus exposiciones más recientes sobre "omisiones como causas" en "Nomos-Kommentar" (nota 23), vor §§ 13 y ss., n. marg. 117 y ss., donde también se citan las anteriores publicaciones de PUPPE.

(59) PUPPE (nota 23), vor §§ 13 y ss., n. marg. 119.

(60) PUPPE (nota 23), vor §§ 13 y ss., n.. marg. 117.

(61) HILGENDORF, "Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Falls", NStZ 1994, p. 561 y ss. (564 y ss.).

(62) SPENDEL, "Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte", 1948.

(63) SPENDEL, "Kausalität und Unterlassung", FS Herzberg, 2008, p. 248 y ss.

(64) SPENDEL (nota 63), p. 253.

sobre hielo de Bad Reichenhall", en las que un garante omite exigir a otro o proporcionarle la información necesaria para que impida el resultado, siendo este último el único capaz de hacerlo. El problema radica en que una opinión tradicional desde antiguo y que hasta ahora tiene reconocimiento, parte de que la omisión tan solo puede ser causal cuando la acción debida, con una seguridad situada al límite de la probabilidad, hubiera evitado el resultado, pero que en muchos casos no se sabe si el tercero encargado de evitar el resultado va a intervenir siquiera o lo va a hacer de manera suficiente. ¿Impide esto la punición por delito consumado de un garante que omitiere solicitar su intervención?

Casos de este tipo han tenido una considerable importancia en la jurisprudencia reciente. Vamos a aclarar esto primero tomando una media docena de casos prácticos y la solución que les ha dado la jurisprudencia. Procederé de manera cronológica.

a) El caso del absceso, fallo de la Segunda Sala de 29-11-1985, en NStZ 1986, p. 217(65)

Una paciente había muerto como consecuencia de un absceso que se había presentado tras una operación al apéndice. En caso de que se hubiera descubierto a tiempo la complicación, se hubiera podido salvar a la paciente mediante una segunda operación. Un médico de sección, quien por sí mismo "no estaba en condiciones" de "adoptar las medidas" de diagnóstico apropiado, había omitido comunicar al médico jefe los síntomas que indicaban un proceso de infección. Por este motivo, el Tribunal del Land lo condenó por homicidio culposo omisivo.

Si bien el médico jefe había permanecido inactivo el fin de semana cuando, a continuación de la visita matinal, la paciente le había comunicado de sus dolores, el Tribunal del Land estaba convencido de que sí hubiera actuado en caso de que se le hubiera dado la información oportuna durante la semana. Estas medidas no se habrían adoptado el fin de semana debido al servicio restringido que se suele tener en ese momento.

(65) Este caso también es analizado por PUPPE (nota 40), § 2, n. marg. 39 y ss.

El TFA opina, sin embargo, que el Tribunal debió "haber tomado en consideración la posibilidad más favorable para el inculpado de que no había sido el servicio restringido del fin de semana sino una negligencia, independiente de aquél, lo que había determinado la conducta del médico jefe". "Si no se pudiera descartar" que el médico jefe, en caso de una comunicación conforme a sus deberes por parte del médico de sección... hubiera permanecido inactivo, entonces no habría lugar para suponer que el inculpado habría causado la muerte del paciente al haber omitido la comunicación al médico jefe encargado de la sección". Entonces, aquí se exige, para la causalidad y la punibilidad, siguiendo la concepción tradicional, que la acción debida hubiera impedido el resultado con una seguridad situada al límite de la probabilidad. Cualquier duda excluirá la punición.

b) El caso del aerosol para cueros (fallo de la Segunda Sala de 06-07-1990, TEA, s. penal, tomo 37, p. 106 y ss.)(66)

Los hechos ya han sido expuestos en la introducción (I). El caso plantea numerosas cuestiones y ha generado una ola de publicaciones con tomas de posición(67). Aquí tan solo interesa la cuestión de si, en la omisión de los fabricantes de retirar oportunamente del mercado el producto defectuoso, el hecho de que no fuera seguro que los comerciantes minoristas hubieran hecho caso de la exhortación, hubiera impedido la punición de los fabricantes por lesiones corporales culposas omisivas.

Sobre la cuestión de si los comerciantes que debían intervenir "hubieran hecho caso de retirar, o sea, no hubieran entregado a los consumidores los aerosoles perjudiciales", el TFA(68) tan solo dice que la Sala Penal habría "demostrado esto sin errores jurídicos". Esto sería una "comprobación referida a los hechos", comprobación a la cual el Tribunal revisor estaría vinculado. En el fondo aquí se emite una decisión en sentido contrario –¡y por la misma Sala!– a la del caso del "absceso". Y es que, tal como dice

(66) El caso es tratado con más detalles por PUPPE (nota 40), § 2, n. marg. 31 y ss.

(67) Una exposición más detallada con amplias referencias puede verse en ROXIN, "Strafrecht. AT", tomo II, 2003, § 32, n. marg. 195 y ss.

(68) TFA, s. penal, tomo 37, p. 127 y ss.

con razón PUPPE[69], el tribunal de segunda instancia tiene que evaluar si las comprobaciones de hecho del tribunal de primera instancia y las reglas lógicas guardan compatibilidad con las reglas generales de la experiencia. Aquí falta esta compatibilidad. El tribunal de primera instancia, tal como ocurre mayormente en cuestiones hipotéticas, no podía saber eventualmente cuáles de los comerciantes individuales iban a cumplir con la retirada del producto. El TFA mismo dice[70] "que la posibilidad de prueba de los nexos causales hipotéticos entre la retirada del producto y la evitación de los daños –visto de manera general– sería evaluada con escepticismo".

En total, aquí se apoya entonces la punibilidad en la mera posibilidad y no en una probabilidad al límite de la seguridad de que se evitare el resultado, aun cuando esto es ocultado invocando las comprobaciones de los hechos realizadas por la instancia inferior.

c) *El caso del banco de sangre (sentencia de la Tercera Sala de 19-04-2000, en NJW 2000, p. 2754)*[71]

La inculpada es la directora interina de un instituto que se ocupaba de fabricar productos sanguíneos para instituciones médicas en Düseldorf. Debido a la falta de medidas higiénicas, cinco pacientes habían muerto en transfusiones de sangre como consecuencia de infecciones bacteriales. El Tribunal del Land había condenado a la inculpada por homicidio culposo, pese a que ella no había participado directamente en los hechos concretos, "porque ella no había informado a sus superiores y autoridades de que se estaba dando un uso inapropiado de las conservas de sangre". La Sala estaba convencida "de que dicha comunicación hubiera tenido éxito".

En cambio, el TFA[72] considera que "la causalidad de la omisión para la producción del resultado" no está "suficientemente probada. En la evaluación de la causalidad de la violación del deber tiene que

(69) PUPPE (nota 40), § 2, n. marg. 32.

(70) TFA, s. penal, tomo 37, p. 128.

(71) Con comentarios de ALTENHAIN, NStZ 2001, p. 189.

(72) En NJW 2000, p. 2757.

preguntarse hipotéticamente qué hubiera ocurrido si el autor hubiera cumplido con su deber. Según la jurisprudencia consolidada del TFA, una omisión contraria al deber puede (...) solamente ser reprobada cuando el (...) resultado se hubiera impedido, con una seguridad al límite de la probabilidad, si se hubiera dado un comportamiento conforme al deber". Pero aquí esto no sería para nada evidente, porque la autoridad, presumiblemente se hubiera puesto en contacto con el también director (también condenado) y, bajo su influjo, tal vez hubiera prescindido de adoptar medidas. Adicionalmente habría que considerar que "los superiores" también habrían "considerado la tensa situación presupuestal y no habrían dotado al banco de sangre con personal y material adecuados". Entonces, el fallo muestra un retorno a principios tradicionales que también había defendido la sentencia del caso del "absceso".

e) El caso del "buró político" (sentencia de la Quinta Sala de 06-11-2002, TFA, s. penal, tomo 48, p. 77)(73)

En este caso, tres miembros del Buró Político de la ex RDA habían sido condenados, como autores mediatos de homicidio por omisión, en aquellos casos en los que los soldados fronterizos dispararon a personas que querían fugarse atravesando la frontera interna alemana. De los numerosos problemas del caso aquí solo interesa la causalidad de su omisión: el TFA ve una omisión en el hecho de que los coautores inculpados en el buró político no habían insistido en cambiar el régimen de la frontera. "Si el buró político –por iniciativa de sus miembros– hubiera decidido (...) humanizar el régimen fronterizo existente, no se hubieran producido las muertes"(74).

Pero es dudoso que la omisión hubiera sido causal porque los inculpados pudieron argumentar que presumiblemente no hubiera tenido éxito una iniciativa para "humanizar" el régimen fronterizo debido a que los demás miembros del buró político hubieran decidido por mayoría en sentido contrario. En este contexto, el TFA cita primero –aparentemente

(73) Al respecto KNAUER, NJW 2003, p. 3101; DREHER, JuS 2004, p. 17.

(74) TFA, s. penal, tomo 48, p. 93.

aprobándola– la jurisprudencia tradicional para la cual lo que importa es si "la acción debida hubiera impedido el resultado"(75). Pero luego viene un sorprendente giro(76): "La evaluación de la 'cuasi-causalidad' de la omisión se hace solamente siguiendo criterios normativos. En este contexto, se deberá presuponer una conducta ajustada a Derecho de los garantes paralelos; y es que el Derecho debe partir de que sus reglas son respetadas".

Ciertamente, el TFA enfatiza que los esfuerzos debidos de los miembros del buró político inculpados no debieron haber sido infructuosos. No obstante, es innegable que se está produciendo una reducción drástica de los requisitos de la causalidad de la omisión. La "probabilidad situada al límite de la seguridad" es reemplazada por una simple posibilidad. Por su resultado material esto se corresponde, p. ej., con la sentencia del caso del "aerosol de cuero", pero no es compatible con los fallos en los casos del "absceso" y del "banco de sangre".

f) El caso del "jefe del taller" (Cuarta Sala, sentencia de 06-03-2008 en NJW 2008, p. 1897)(77)

El inculpado trabajaba como jefe de un taller automovilístico de su propiedad. Se dio cuenta de que un camión articulado que había revisado anteriormente tenía problemas de freno, no obstante lo cual omitió revisar el tambor de freno del eje trasero. Para él, los problemas de frenado se debían solamente "a tornillos defectuosos de los frenos de las ruedas delanteras". Comunicó esto al jefe de la firma y opinó que el vehículo no debería ser usado antes de haber ser reparado dichos "tornillos". El jefe ordenó que se siguiera usando el vehículo; los nuevos "tornillos" ya habrían sido solicitados. En uno de los viajes siguientes, todos los frenos fallaron y se produjo un accidente de tráfico en el cual murieron el conductor y otras dos personas.

(75) TFA, s. penal, tomo 48, p. 93.

(76) TFA, s. penal, tomo 48, p. 95.

(77) Al respecto LINDEMANN, ZJS 2008, p. 404 y ss.; KÜHL, NJW 2008, p. 1899.

El TFA encuentra una infracción del deber(78) por parte del inculpado en el hecho de que este no habría "informado plenamente sobre el estado reconocible de los frenos, es decir, también sobre los frenos del eje posterior que estaban casi totalmente desgastados". Pero duda de la causalidad de la omisión. "El que no hubiera hecho esto no implica, sin embargo, así como así que esta negligencia hubiera surtido también efectos de manera causal en el mortal accidente de tráfico. En tal medida, acaso pudiera parecer en principio evidente que el haber informado plenamente sobre el estado desolador de los frenos no solo en las ruedas delanteras sino también traseras, hubiera convencido incluso a un jefe indeciso, y hubiera hecho esperar que S (es decir, el jefe) hubiera dejado de lado sus prioridades comerciales". "Pero, el si el jefe hubiera realmente 'mudado de parecer' tras haber conocido que también estaban defectuosos los ejes traseros, no puede probarse ni tampoco necesita ser esclarecido".

Entonces, aquí el TFA retorna a su concepción inicial. Ni siquiera una "evidente" evitación del resultado sería suficiente, sino su probabilidad tiene que situarse al límite de la seguridad. No se dice cómo se podría esclarecer el ulterior curso hipotético. Y ya no se dice, como en la sentencia del buró político, que el Derecho, "debe partir de que sus reglas son respetadas".

g) El caso del "estadio de deportes sobre hielo" (Primera Sala, sentencia de 12-01-2010 en NJW 2010, p. 1087)(79)

Al desplomarse el estadio de deporte sobre hielo en Bad Reichenhall el 2 de enero de 2006, quince visitantes murieron y otros seis resultaron gravemente heridos. Un ingeniero, al cual la ciudad había encargado analizar sobre el costo de los trabajos de renovación, fue acusado de haber ocasionado imprudentemente este resultado debido a su insuficiente inspección de la construcción del techo. La Fiscalía dijo: "Violando el cuidado debido, él habría omitido observar el tejado, cuidadosamente, desde muy cerca ('a una mano' de distancia). Si se les hubiera indicado

(78) NJW 2008, p. 1899.

(79) Con observaciones de KÜHL, NJW 2010, p. 1092.

esto, los responsables de la ciudad Bad Reichenhall hubieran ordenado investigaciones profundas y finalmente hubieran adoptado medidas para afrontar el peligro que partía de la limitada resistencia del tejado del estadio, p. ej., disponiendo el cierre del estadio o por lo menos reduciendo la carga de nieve del tejado".

El Tribunal del Land había absuelto a los inculpados(80), porque no sería posible corroborar "con la necesaria medida de seguridad" que la inconducta del inculpado había sido causal del desplome del estadio. La Sala no había podido convencerse "de que el resultado realmente producido hubiera sido evitado, con una probabilidad situada al límite de la seguridad, si el inculpado se hubiera comportado cumpliendo con su deber". Incluso ella consideró "descartado, con una gran probabilidad, que indicaciones que hubieran recomendado hacer más investigaciones hubieran sido escuchadas por los responsables de la ciudad Bad Reichenhall". Y es que similares exigencias de otros arquitectos, dadas en los años 2002 y 2004, habían quedado sin respuesta.

EL TFA ha revocado el fallo absolutorio y lo devolvió para un nuevo juicio oral y una nueva sentencia. Si bien el Tribunal sigue exigiendo la probabilidad situada al límite de la seguridad como requisito de la evitación del resultado en caso de una actuación conforme con el deber, considera, sin embargo, que su existencia en el caso planteado sería plenamente posible. Y es que los anteriores arquitectos no habrían tenido ningún encargo de hacer inspecciones concretas: "Especialmente hubieran sido señales de alarma la indicación de junturas rajadas"(81). También podría evaluarse eventualmente como conducta activa una "expresión positiva sobre los planos del estadio" por parte del inculpado.

Luego, presumiblemente el TFA invierte las comprobaciones de primera instancia en lo contrario y, con ello, puede continuar teóricamente con la fórmula tradicional de la causalidad. También en caso de admitir una expresión positiva, el problema de la causalidad no es algo distinto,

(80) NJW 2010, p. 1091.

(81) NJW 2010, p. 1091.

ya que tal expresión tan solo desemboca en una omisión de indicar un defecto. Pero todo queda en el campo de las posibilidades y presunciones. Sigue sin aclarar cómo podrían, en la práctica jurídica, aportarse pruebas estrictas de determinada conducta de la ciudad.

2. Las tres soluciones concurrentes del problema

Entonces, no hay una jurisprudencia única ni en los resultados ni en sus fundamentaciones. Para las constelaciones polémicas de casos, existen hasta ahora tres distintas propuestas de solución, las cuales serán revisadas a continuación.

a) La probabilidad situada al límite de la seguridad de que se evite el resultado como presupuesto de la causalidad de la omisión

En las omisiones, en las cuales no se trata de influjos síquicos en una instancia intermedia, esta fórmula tiene mucho sentido. Si se duda de que el que está ahogándose hubiera podido ser salvado, el hecho de que los garantes permanezcan inactivos, puede ciertamente ser visto como omisión de auxilio y eventualmente como tentativa de homicidio. Pero, aunque esto fuera polémico (cfr. 3. C), difícilmente se podrá penar por homicidio consumado aquello que posiblemente no hubiera podido impedirse en absoluto.

No obstante y en contra de una opinión muy difundida en la jurisprudencia y literatura, no es aplicable la fórmula de la "probabilidad situada al límite de la seguridad" en la evaluación de la causalidad de omitir la intervención de terceros capaces de impedir el resultado. Esto se basa en dos razones.

El primer fundamento consiste en que, en la mayoría de los casos, en principio, no se puede saber cómo, ante la exhortación o información del omitente, hubiera reaccionado aquel cuya acción debió haber sido motivada. La defensora más enfática de este argumento es PUPPE[82], para la cual la conducta hipotética de un tercero no puede nunca servir como

(82) Tan solo citaré su más reciente toma de posición: en NK (nota 23), vor §§ 13 y ss., n. marg. 133.

prueba: "La cuestión de si aquél que no ha recibido la información o el socorrista no exhortado se hubieran resuelto a efectuar la conducta de rescate si hubieran sido informados o exhortados, no puede ser respondida por razones de principio, o sea no tiene sentido (...) dado que la conducta ficticia de estas personas no existe objetivamente. De manera objetiva tan solo puede enunciarse, siguiendo reglas de la experiencia, una más o menos gran probabilidad de que una persona informada sobre una situación de necesidad, se va a decidir a efectuar acciones de socorro".

A mí me parece algo exagerada la tesis de que, en la práctica judicial, nunca sería posible obtener una prueba suficiente de que un tercero al cual se hubiera recurrido se hubiera decidido a tomar medidas evitadoras del resultado. En el caso de arriba (III. 1.) enunciado por M. E. Mayer, p. ej., de que un guardavías había omitido comunicar "que una parte de la vía férrea se había levantado", se puede decir con una probabilidad situada al límite de la seguridad que si la comunicación hubiera llegado oportunamente, el tren no hubiera pasado por la vía destruida. En muchos casos, también se puede partir con seguridad de que los padres hubieran hecho caso a la exhortación de ir en rescate de sus hijos.

Sea como fuere, en la mayoría de los casos –y estos son los que precisamente llegan al Tribunal Federal Alemán– no se puede averiguar con seguridad, cómo hubieran actuado las personas a las que se debió haber acudido. Y es que, como su resolución no está sometida a ninguna ley natural reconocible, resulta imposible un pronóstico seguro. Esto ya se ha expuesto con más detalle en el tratamiento de la causalidad intermediada síquicamente. En las seis sentencias del TFA que todavía deberán ser expuestas, se tiene que en todos los casos no está claro y tampoco puede averiguarse cómo se hubiera comportado eventualmente la persona o instancia indicadas. Frente a esto me parece claro que la punibilidad no deberá depender de una circunstancia que, en la mayoría de los casos, escapa básicamente a una prueba judicial. La convicción del juez no puede reemplazar a la falta de una posibilidad de prueba.

El segundo fundamento que nos hace aparecer como errada la aplicación de la fórmula de la "probabilidad situada al límite de la seguridad" en las constelaciones del tipo que nos ocupa, consiste en su falta de sentido político-criminal. No hay un motivo razonable de por qué la inconducta

hipotética de otro –la instancia que debió invocarse– deba desgravar a aquel garante que, en contra de su deber, ha permanecido inactivo. PUPPE(83) formula esto muy bien: el omitente, para desgravarse, invocaría "no solamente una violación ajena de deberes sino incluso una que es ficticia". Una errónea construcción de este tipo contradice la teoría que invoca.

b) La imputación de una acción evitadora del resultado

La evidente insuficiencia de la fórmula tradicional de la causalidad para omisiones del tipo expuesto ha llevado a que PUPPE(84) "en lugar de leyes empíricas naturales", emplee "leyes jurídicas". Esta "ley jurídica" dice lo siguiente: "Si la violación del deber de una persona consistiere en no haber dado oportunidad a otro de que éste cumpla con su deber, deberá presumirse que esta otra persona hubiera cumplido con su deber". O, en otra formulación(85): "En una explicación causal tenemos que partir de la regla de que otros intervinientes cumplen con su deber en tanto no lo hubieran lesionado realmente". En efecto, si se admitiera esto se podría fundamentar sin problemas la causalidad de la omisión en todos los casos jurisprudenciales expuestos(86).

Con esta concepción, PUPPE ha conseguido algunos seguidores(87). Así, p. ej., dice BOSCH(88): "Aquí la solución tan solo puede consistir en que se presuma una conducta del otro conforme a deber. Por ello, en el caso 'aerosol de cuero' se tendría que preguntar si una retirada, con una probabilidad al límite de la seguridad, hubiera impedido los daños a la salud, en caso de que la exhortación a hacerlo hubiera sido seguida

(83) PUPPE (nota 23), vor §§ 13, n. marg. 134.

(84) PUPPE (nota 83).

(85) PUPPE (nota 40), § 2, n. marg. 38.

(86) Así lo expone también PUPPE (nota 23, vor §§ 13 y ss., n. marg. 134), tomando como ejemplo los cuatro primeros casos que he presentado aquí.

(87) Ofrece un desarrollo más detallado SOFOS, "Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen", 1999, p. 241 y ss.

(88) BOSCH, invocando a PUPPE, "Organisationsverschulden in Unternehmen", 2002, p. 106 y ss.

por los vendedores". ALTENHAIN(89) quiere recurrir a reglas jurídicas "que preceptúan cómo hubiera tenido que comportarse la persona". Y LINDEMANN(90) dice que "en la evaluación hipotética del curso causal siempre se debería partir de una conducta conforme a derecho del tercero en caso de que hubiera recibido información suficiente".

También el TFA se ha decantado por esta doctrina, aunque hubiera sido solo una vez, para los "garantes paralelos" en el caso del "buró político" al enfatizar(91): "La evaluación de la cuasi-causalidad de la omisión se produce siguiendo solamente criterios normativos. En este contexto, deberá presumirse una conducta ajustada a derecho del garante paralelo; y es que el Derecho debe partir de que sus reglas son cumplidas".

Es claro, frente a las objeciones hechas contra la fórmula tradicional de causalidad, que esta concepción llegue a resultados razonables. Pero de todos modos crea malestar el que se trabaje con puras presunciones. El que el Derecho deba partir de que sus reglas se cumplen, es una exigencia normativa que no dice nada sobre la realidad de su cumplimiento. Pero las cuestiones de prueba son de tipo empírico, no normativo. Y tampoco se puede, a partir de la presunción de una actuación conforme a deber por parte del exhortado, deducir la exclusión de responsabilidad necesaria del garante inactivo para el caso de que quedare sin aclarar si el intermediario hubiera podido evitar el resultado (al respecto III., 3., d).

Así opina también Tonio WALTER(92) sobre el "argumento de la presunción" en el caso del "buró político" que sería "comprensible por política criminal, pero dogmáticamente incorrecto". Se llega al resultado deseado (punibilidad de todos los miembros del gremio) tan solo si los omitentes son coautores(...) Por lo demás deberá considerarse solamente –aunque por lo menos– la punibilidad por tentativa o según el art. 138 [omisión de denunciar planeamiento de delitos] o 323c [omisión de auxilio] del C. P.

(89) ALTENHAIN, en una observación referida al caso "banco de sangre" (NStZ 2001, p. 191, invocando también a Puppe).

(90) LINDEMANN, al referirse a Puppe y sus seguidores en los comentarios a la sentencia del caso del jefe del taller de autos, ZJS 2008, p. 404 y ss. (408).

(91) TFA, s. penal, tomo 48, p. 95; la relación se aclara cuando se invoca a SOFOS.

(92) WALTER en LK, 12a. ed., 2007, vor § 13, n. marg. 74.

c) *Teoría de la disminución del riesgo*

Por ello, debido a estas dudas, resulta necesario todavía echar una mirada a otras soluciones. Se ofrece así la aplicación de la teoría de la "elevación del riesgo"(93) que yo desarrollara para los delitos de comisión, y que en los delitos de omisión podría ser utilizada como "teoría de disminución del riesgo". En los casos jurisprudenciales descritos se tendría que imputar el resultado a cada uno de los garantes inactivos, porque la información a una persona capaz de evitar el resultado, habría en todo caso disminuido el riesgo de que se produjera el resultado.

Esta concepción es defendida en distintas variantes(94). La jurisprudencia, si bien ha tomado conocimiento de esta posibilidad de fundamentar las sentencias, hasta ahora no se ha acercado a ella (sin polemizar). Así, en el fallo sobre el "aerosol de cuero"(95) dice: "La concepción defendida también en la literatura, en el sentido de que bastaría ya con que la realización de la acción omitida hubiera disminuido (considerablemente) el riesgo de la producción del resultado "correspondiendo con la llamada teoría de la elevación del riesgo (...) no ha sido seguida hasta ahora por la jurisprudencia". En la sentencia del "estadio de deporte de hielo" del año 2010 dice todavía el TFA(96): "No basta con que la omisión de la acción debida elevare el riesgo...".

En efecto, el traslado de la teoría de la elevación del riesgo a las omisiones se ve expuesto a dudas(97). Por un lado, esta teoría abarca demasiado, porque posibilita la punición por delito consumado incluso en aquellos casos en los cuales, como en el caso arriba expuesto (III., 3., a), sigue siendo dudoso si el padre inactivo hubiera podido siquiera rescatar al niño que se estaba ahogando. En los casos que nos ocupan de la omisión

(93) ROXIN, "Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten", ZStW 74 (1962), p. 411 y ss.

(94) Ver las referencias en ROXIN (nota 67), § 31, n. marg. 46 y ss.

(95) TFA, s. penal, tomo 37, p. 127.

(96) TFA en NJW 2010, p. 1091.

(97) Cfr. al respecto ya antes en ROXIN (nota 67), § 31, n. marg. 54 y ss.

de recurrir a una instancia intermedia rige lo mismo cuando no se sabe si la instancia o persona invocadas hubieran podido evitar el resultado. Y es que, al considerar el principio "in dubio pro reo" no parece ser apropiado penar como delito consumado la omisión de esfuerzos de socorro posiblemente inútiles, aun cuando estos esfuerzos, desde una perspectiva ex ante, hubieran actuado disminuyendo el riesgo.

Por otro lado, esta concepción también se queda corta –por lo menos según la opinión de algunos– cuando deba liberar al garante inactivo en caso de que la instancia informada e invocada para evitar el resultado previsiblemente hubiera permanecido inactiva, de manera que la exhortación omitida no hubiera disminuido significativamente la producción del resultado. Así dice, p. ej., PUPPE(98), en relación con el caso "aerosol de cuero": "Si uno se imaginara que entre los vendedores se habría propagado la mala costumbre de no hacer caso a las acciones de retirada del mercado, los productores se verían fácticamente liberados del deber de emprender acciones de retirada de productos del mercado".

Luego, tampoco la teoría de la disminución del riesgo ofrece soluciones inobjetables.

d) Una propuesta adicional

Quizá se pueda hacer aún un enfoque algo distinto y, también desde la perspectiva de la teoría de la condición, fundamentar, sin presunciones ni reflexiones sobre riesgo, la causalidad de aquel que, en contra de su deber de garantía, omitiere llamar a un tercero capaz de evitar el resultado. La idea es sencilla:

La inactividad del garante es una condición de la inactividad del intermediario que debía haber sido informado. Y es que, como este no sabía o no había sido suficientemente informado sobre el peligro, no pudo adoptar ninguna medida apropiada para evitarlo. Por su parte, su inactividad resultante del desconocimiento de la situación es una condición para la no-evitación

(98) PUPPE (nota 40), § 2, n. marg. 35.

del resultado, es decir, su intervención lo hubiera evitado. Pero la condición de una condición –o sea, la omisión de hacer intervenir a un tercero socorrista– es por sí misma una condición del resultado, y con ello es causal.

Ciertamente, en todos los casos jurisprudenciales expuestos, es posible que el potencial evitador del resultado hubiera permanecido inactivo incluso si el garante omitente hubiera cumplido con su deber de informar o exhortar. Pero este es un curso causal hipotético que, frente a los hechos reales, no importan. En este supuesto caso, la evitación omitida del resultado sería el hecho de otro (la persona capaz de evitar el resultado y que ha sido llamada para ello), y el garante fiel a su deber sería descartado del curso causal como causante antijurídico. No obstante, en concreto, o sea, cuando el garante permaneciere inactivo, el resultado se basa en que el "socorrista" potencial, por falta de una exhortación e información no pudo intervenir evitando el resultado. Esto es suficiente para la causalidad de aquel que ha retenido informaciones que hacían posible evitar el resultado.

Por cierto que esto lleva a que, p. ej., en el caso del "aerosol de cuero" solamente sea posible afirmar la causalidad de la omitida retirada del mercado cuando la persona que debía intervenir en el curso causal hubiera podido evitar el resultado con una probabilidad al límite de la seguridad. Cuando, p. ej., la llamada a retirar el producto no hubiera podido llegar a determinados comerciantes (p. ej., porque estaban en el extranjero), su omisión ya no sería causal del resultado. Por lo demás, en todos los casos expuestos del TFA debió haberse admitido la causalidad del inculpado. La cuestión de si existía una posición de garantía en todos estos casos, y hasta dónde se extendía, resulta de vez en cuando dudosa, pero queda fuera de nuestro tema.

La propuesta aquí presentada se corresponde materialmente –aunque con distinta fundamentación– a la solución dada por KAHLO[99]. Este admite una imputación del resultado cuando "el garante que permaneció

(99) KAHLO, "Das Bewirken durch Unterlassen bei drittvermitteltem Rettungsgeschehen", GA 1987, p. 66 y ss. Este autor explica sus tesis con motivo de sus comentarios al caso del "absceso".

inactivo [quita] a la víctima una verdadera posibilidad de ser salvada" y que "está en la decisión libre y razonable de un tercero autónomo"(100). En cambio, él niega una imputación cuando "el efecto salvador de la acción de rescate debida (...) en última instancia no hubiera podido establecerse con seguridad". Y es que, en este caso, se tendría que "partir de que no existía una real posibilidad de salvación".

IV. PALABRAS FINALES

Con ello cierro este estudio que dedico a Hans ACHENBACH, dándole mis más afectuosos saludos de amigo. Hans ACHENBACH forma parte de mis más tempranos oyentes, discípulos y asistentes, y hemos permanecido en un constante intercambio de opiniones también durante su época de catedrático. Durante décadas, él me ha envidado fielmente sus consejos para la complementación y mejora de mi manual *Derecho procesal penal*. El tomo correspondiente al Derecho procesal de la obra "Prüfe Dein Wissen" ha sido trabajado por él en su décima sexta edición. Pero, ¡cómo pasa el tiempo! Hoy él mismo, que se me acercara como joven, tiene setenta años. Para los siguientes años, le deseo salud, felicidad y una continuación de su fructífera labor científica.

(100) KAHLO (nota 99), p. 77.

Acerca del error de tipo y el error de prohibición (*)

I. INTRODUCCIÓN

No ha sido nunca un secreto que la teoría de la culpabilidad del Derecho vigente (§ 17 StGB), si bien dentro del núcleo del Derecho penal es capaz de proporcionar buenos fundamentos (esto es, que el desconocimiento de elementales reglas sociales de conducta no libera así como así), no obstante, esto no encaja tan bien en gran parte del Derecho penal complementario y del Derecho contravencional(1). KLAUS TIEDEMANN, el gran experto del Derecho penal económico y del Derecho penal complementario(2), ya en su trabajo de habilitación, a partir de reconocer que el Derecho penal complementario por sí solo "está conformado por aproximadamente mil leyes"(3), había extraído la consecuencia de que en

(*) Título original: "Über Tatbestands-und Verbotsirrtum", publicado en "Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Festschrift für Klaus Tiedemann" (en adelante: LH Klaus Tiedemann), Colonia-Múnich, 2008, pp. 375-390.

(1) Esto se ha vuelto ampliamente conocido por lo menos a partir de la controversia entre LANGE Y WELZEL; cfr. LANGE, JZ 1956, p. 73 y ss., 519 y ss.; WELZEL, JZ 1956, p. 233 y ss.

(2) TIEDEMANN, "Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht", 1969; sobre la teoría del error, en especial, p. 282 y ss.

(3) TIEDEMANN, LH Geerds, 1995, p. 96 [n. d. t.: este artículo citado por ROXIN fue traducido al español por Carlos Suárez Gonzáles y publicado en España en el Libro-Homenaje en honor del profesor José Ramón Casabó Ruiz, Valencia, 1997, pp. 895-910; y también

este ámbito lo más apropiado a las circunstancias materiales sería únicamente asumir una "concepción cercana a la llamada teoría del dolo"(4). En efecto, ni siquiera un catedrático de Derecho penal sería capaz de conocer todas estas disposiciones penales; y esto rige en mayor medida aún para los mucho más numerosos tipos contravencionales.

A lo largo de las décadas, TIEDEMANN se ha reafirmado una y otra vez en su concepción, para lo cual ha recurrido a una formulación que yo había utilizado hace ya cuarenta y cinco años –o sea, antes de su trabajo de habilitación–; es decir, que "un acto fallido del autor merece un reproche distinto que su estimación ético-moral errónea"(5). Aquella vez yo había dicho(6): "En esta dirección errónea de la conciencia jurídica, si ella fuera reprochable, existe un plus de culpabilidad frente a la ausencia de atención actual, lo cual legitima materialmente la decisión del legislador de denominar dolosa esta conducta dentro del ámbito del Derecho penal criminal, y de someterla a un mayor marco penal". Esto se sitúa plenamente en la línea argumentativa seguida por TIEDEMANN. Si el conocimiento de los hechos no ha podido trasmitir al autor un "impulso de injusto" ni un "efecto de llamada"(7), en caso de realización típica, tal vez se le pueda reprochar descuido y falta de información, no obstante esto solo fundamenta una imprudencia y no merece el reproche para una conducta dolosa criminal.

Pero nuestras coincidencias van todavía más lejos. El art. 16c del Código Penal portugués de 1982 admite un error excluyente del dolo "en caso de error sobre prohibiciones, cuyo conocimiento sea razonablemente indispensable para alcanzar la conciencia de injusto en relación con el hecho". TIEDEMANN cita a la pasada esta disposición(8) y también yo he

---

en la compilación titulada "Temas de Derecho penal económico y ambiental", Lima, 1999, pp. 111-140].

(4) TIEDEMANN, "Tatbestandsfunktionen..." (nota 2), p. 402.

(5) TIEDEMANN, LH Geerds (nota 3), p. 103, citando a ROXIN (ZStW 76, 1964, p. 604).

(6) ROXIN, ZStW 76 (1964), p. 604.

(7) TIEDEMANN, LH Geerds (nota 3), p. 99.

(8) TIEDEMANN, LH Geerds (nota 3), p. 97.

considerado "correcta" esta regulación portuguesa (lo que por lo visto él no ha notado), y he sostenido esto con el argumento ya expuesto[9]: "Tan solo merece el reproche de ser un criminal doloso aquel cuya postura valorativa difiriere de aquella presupuesta por el legislador, aquel en quien podemos comprobar (...) una reprochable e insuficiente formación de conciencia ético-jurídica, pero no aquel que, bajo una forma de personalidad fiel al Derecho tan solo se equivoca en el ámbito de la percepción externa o del conocimiento intelectual".

Pero, ¿cómo se puede compatibilizar esto con el Derecho vigente, el cual se ha decidido claramente por la teoría de la culpabilidad para el Derecho penal complementario (art. 1 EGStGB [Ley Introductoria al Código Penal]) y el Derecho Contravencional (art. 11 OWiG [Derecho Contravencional])? En este punto, el honorable homenajeado y yo no estamos –hasta ahora– totalmente de acuerdo. TIEDEMANN, en los casos de "formulaciones legales del tipo que sean neutrales al injusto y/o que se encontaren lejanas al injusto", y donde este "remitiere a normas sublegales o a actos particulares", pretende emplear la teoría del dolo remitiéndose para ello al art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental[10], porque solo de esta manera se podría alcanzar una tifipicación del injusto que respete el principio de determinación. En cambio, yo he defendido una teoría "atenuada" [más suave] de la culpabilidad[11], según la cual debería admitirse un error de prohibición invencible en sentido jurídico "cuando el autor tenía motivos razonables para suponer el carácter prohibido de su hacer, de manera que la actitud frente al Derecho que se manifiesta con su error no necesita una sanción".

TIEDEMANN ve acertadamente que su solución "no está muy lejos por su resultado práctico" de la mía y reconoce que mi propuesta sería "seguramente más fiel a la ley (...) dado que ella mantiene, también en el Derecho complementario, la categoría sistemática, desarrollada para los

(9) ROXIN, ZStW 76 (1964), p. 658.

(10) TIEDEMANN, LH Geerds (nota 3), p. 106.

(11) ROXIN, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", tomo I, 4a. ed., 2006, § 21, n. marg. 39-41.

delitos violentos, de la vencibilidad del error de prohibición"[12]. Pese a todo, él asegura que él expondría de mejor manera "el sentido auténtico del tipo", o sea, la trasmisión de un llamado de injusto, tal "como ROXIN lo intenta para éste con su doctrina de la imputación objetiva". Él encuentra que su solución "felizmente se ha hecho realidad a través del legislador penal portugués" con la disposición ya mencionada, y espera que ella también forme parte del "Derecho penal de la Unión Europea en el futuro".

Me parece que un Libro Homenaje en honor del gran penalista KLAUS TIEDEMANN, con quien tengo vinculación amical, constituye una oportunidad apropiada para analizar con algo más de detalle esta diferencia de opiniones –relativamente limitada– y el confuso problema del error en el Derecho penal. Aquí se mostrará que TIEDEMANN, con su concepción, tiene razón en mayor medida de lo que originalmente suponía; aún así, mi teoría "atenuada" de la culpabilidad sigue conservando su importancia.

II. LA NECESIDAD DE UNA CONSIDERACIÓN DIFERENCIADORA

La "situación confusa" que JAKOBS[13] atesta a la doctrina del error en el ámbito de los elementos normativos del tipo también puede comprobarse en el Derecho penal complementario en caso de las leyes en blanco y en el Derecho contravencional. No obstante, las investigaciones de los últimos treinta años[14], por más que difieran entre ellas en lo particular,

(12) TIEDEMANN, LH Geerds (nota 3), p. 109.

(13) JAKOBS, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 2a. ed., 1991, 8/52.

(14) Solamente mencionaré una selección: DARNSTEDT, JuS 1978, p. 441; HAFT, JA 1981, p. 281; J. MEYER, JuS 1983, p. 513; SCHLÜCHTER, "Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht"; 1983; TISCHLER, "Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale", 1984; NIERWETBERG, Jura, 1985, p. 238; SCHLÜCHTER, JuS 1985, p. 373; KUHLEN, "Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum", 1987; D. GEERDS, Jura, 1990, p. 421; KINDHÄUSER, GA 1990, p. 407; PUPPE, GA 1990, p. 145; BACHMANN, "Vorsatz und Rechtsirrtum im Allgemeinen Strafrecht und im Steuerstrafrecht", 1993; HERZBERG, GA 1993, p. 439; *ídem*, JZ 1993, p. 1017; NEUMANN, JuS 1993, p. 793; SCHÜCHTER, JuS 1993, p. 14; KORIATH, JuS 1996, p. 113; LESCH, JA 1996, p. 346; SCHROTH, "Vorsatz und Irrtum", 1998; *Lüderssen*, LH ROXIN, 2001, p. 457; DIETMEIER, "Blankettstrafrecht", 2002; HERZBERG, LH Otto, 2007, p. 265.

han aclarado muchas cosas. En el marco de esta contribución, no es posible analizar detalladamente todos estos trabajos(15), pero se puede filtrar de esto un rédito remanente. Para mí, este consiste en haber reconocido que una fórmula válida por igual para todos los casos de error de tipo y el error de prohibición es demasiado abstracta como para posibilitar resultados seguros en los casos particulares.

Cuando, p. ej., NIERWETBERG describe el dolo de la siguiente manera(16): "La representación del autor tiene que abarcar la situación del hecho en su contenido de sentido social de manera tan amplia que se hagan visibles aquellos elementos por los cuales el legislador hubiera dispuesto la punibilidad"; cuando PUPPE(17) opina que el autor, para actuar dolosamente tendría que conocer "el sentido del tipo"; y cuando SCHROTH(18) exige "el conocimiento del significado (...) a partir del cual se entiende el injusto de la norma"; todo es ciertamente correcto. Y es que no se puede atribuir un dolo delictivo a aquel que no hubiera conocido el "sentido" y el "significado" de su conducta. Pero con eso no se ha dado respuesta aún a la cuestión acerca de qué elemento del hecho en particular debió haber sido abarcado para poder hablar de un conocimiento suficiente de sentido y del significado de su conducta.

Para esto se necesita un punto de vista diferenciado según grupos típicos, lo cual se va a realizar a continuación aunque en forma de panorama. Esto mostrará que, en muchos ámbitos (especialmente en el Derecho penal complementario y el Derecho contravencional), también sobre la base de la teoría de la culpabilidad se llega a resultados que guardan correspondencia con los de la teoría del dolo, resultados que obtienen un creciente reconocimiento en la literatura. Por esta razón, la concepción de TIEDEMANN sigue teniendo actualidad.

(15) En mi manual se encuentran análisis críticos iniciales (nota 11), § 12, n. marg. 100-121.

(16) NIERWETBERG, Jura, 1985, p. 240.

(17) PUPPE, GA 1990, p. 145.

(18) SCHROTH (nota 14), p. 49.

III. LA DISPOSICIÓN PENAL INTEGRA REGULACIONES LEGALES EXTRATÍPICAS

1. Tipos que amenazan con pena la lesión de deberes extratípicos

Estos tipos son frecuentes. El más conocido es el tipo de defraudación tributaria (art. 370 del Ordenamiento Tributario). Su lesión dolosa presupone el conocimiento del deber tributario, tal como es reconocido también por la doctrina dominante y jurisprudencia actuales(19). Y es que, sin su conocimiento, no se puede comprender el significado social de la propia conducta.

Lo mismo rige para los deberes extratípicos que consistieren en no realizar determinadas acciones. Así, según el art. 372 del Ordenamiento Tributario, comete "quebrantamiento de la prohibición de introducir mercancías", aquel que "en contra de una prohibición, importare, exportare o hiciere transitar bienes por el país". Quien no conociere la prohibición, no habrá captado, ni siquiera en lo más mínimo, el sentido y la significación de su conducta, por ello, actuará sin dolo.

Como tercer ejemplo habría que mencionar todavía el "deber de manutención" (art. 170 StGB). Quien no lo conociere, no podrá lesionarlo dolosamente. Por ello, el Tribunal Superior del Land Celle(20), con razón, ha admitido un error de tipo en un caso en el cual el padre de un niño extramatrimonial creía que, en su caso, al habérsele impuesto una suspensión de la pena de prisión bajo la condición del pago de lo adeudado, esto tendría preferencia frente al deber de manutención. Y es que la capacidad de pago también es requisito del deber de manutención.

Entonces se podrá decir lo siguiente: allí donde la desaprobación social y jurídica de una conducta recién se vea constituida por la lesión de un mandato o una prohibición extratípicos, su conocimiento forma parte del dolo, porque sin este conocimiento el dolo no tendría siquiera un objeto jurídicamente relevante. Por ello, en este ámbito, también con la

(19) Más detalles, ROXIN (nota 11), § 12, n. marg. 107; SCHROTH (nota 14), p. 52 y ss. Esta también es la concepción de TIEDEMANN, LH Geerds (nota 3), p. 107.

(20) NJW 1981, p. 63.

teoría de la culpabilidad, se llega a un resultado que se corresponde con el de la teoría del dolo. Y es que el conocimiento del deber tributario o del deber de manutención o de la prohibición de introducir bienes están necesariamente vinculados con la conciencia de la antijuricidad de la conducta que atentare contra estos deberes.

Como en el Derecho penal complementario y de contravenciones, así como en los tipos en blanco son especialmente frecuentes los casos en los cuales la desaprobación social y jurídica de una conducta recién se produce a través de mandatos o prohibiciones que están fuera del tipo penal (elementos extratípicos), se tiene aquí que la conciencia de la antijuricidad es en gran medida parte constitutiva del dolo porque al faltar, el autor no tiene acceso al "significado" y al "sentido" de su conducta. Luego, quien atentare contra un deber extrapenal de comunicar a la autoridad, deber cuya violación está conminada con pena, solamente actuará dolosamente si hubiera conocido antes este deber, pues sin él su conducta no tendría significado alguno. Y para que uno, como cazador, actúe dolosamente en contra de las disposiciones sobre la época de veda (arts 38, párrafos 1 y 22 de la Ley Federal de Caza) tiene que saber que está cazando dentro del período de veda, es decir, que atenta contra la prohibición legal(21).

Tan solo ocurre algo distinto allí donde el deber contra el cual atenta el autor recién se ve constituido por la ley penal. Eso ocurre con el "deber de esperar" en el art. 142 StGB (alejamiento indebido del lugar del accidente"). Aquí el injusto y el significado social de la conducta no radican en la lesión del deber, sino en el perjuicio para los intereses de verificación de los hechos que puedan tener los partícipes del accidente(22). Y también ocurre algo distinto en los delitos de omisión. El deber de auxilio, según el art. 323c StGB, y el deber de denunciar delitos, según el art. 138 StGB, son creados recién a través del tipo correspondiente y, por ello, no constituyen un presupuesto del mandato (como el deber tributario es presupuesto de la defraudación tributaria), sino constituyen el mandato mismo. Pero

(21) Más detalles al respecto en HERZBERG (GA 1993, p. 457 y ss.) polemizando acertadamente con la opinión divergente que yo defendía hasta ahora.

(22) Acertadamente, SCHROTH (nota 14), p. 54 y ss.

este, al igual que la prohibición legal, según la teoría de la culpabilidad no es componente del dolo. Lo correspondiente rige también para las omisiones impropias, en las cuales el "tener que responder" basado en el dominio del control que tiene el omitente (art. 13 StGB) es un elemento de la conducta penal (p. ej., el matar o lesionar por omisión) y no tiene existencia autónoma fuera de ella(23).

Luego, quien conociere el interés que tienen los participantes de un accidente, en poder verificar los hechos, en el caso del art. 142 StGB, o los requisitos materiales de su posición de garantía (p. ej., como padre del niño que debe ser salvado), y de esto solo omite deducir su deber penal, se encontrará en un error de prohibición. Esto también lo aceptará TIEDEMANN en tanto estas circunstancias hicieren accesible al autor la importancia social de su conducta (sobre lo cual se va a tratar con más detalle más adelante).

De todo esto, tal como también se demostrará en lo que sigue, se tiene que el importante trabajo de habilitación de KUHLEN(24), sin desmedro de todas las críticas parcialmente justificadas que ha provocado(25), implica un esencial progreso cognoscitivo al haber reavivado la diferenciación que hacía el Tribunal del Reich entre "error de derecho" penal y "error de derecho" extrapenal, incluso con la vigencia de la teoría de la culpabilidad, diferenciación que había estado mal vista durante mucho tiempo. Por cierto que, cuando se trata de errores de derecho excluyentes del dolo, yo prefiero hablar de errores sobre disposiciones jurídicas "extratípicas" en vez de "extrapenales". Y es que también aquel que oculta a otro de la Policía al considerar erróneamente que la conducta de este no sería punible, actúa sin el dolo de sustraer a otro de la administración de justicia (art. 258 StGB). Su error es de carácter extratípico (porque se refiere a otras disposiciones penales), pero no es extrapenal(26). Pese a todo, este error excluye el dolo.

---

(23) Cfr. al respecto los detalles en ROXIN, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", tomo II, 2003, § 32.

(24) KUHLEN (nota 14).

(25) Cfr. tan solo p. ej. HERZBERG, JZ 1993, p. 1020 y ss.; SCHROTH (nota 14), p. 24 y ss.

(26) KUHLEN mismo admite aquí un error de derecho extrapenal (nota 14, p. 567), o sea, concuerda, por su resultado final, con la opinión aquí defendida. Cfr. al respecto también HERZBERG, JZ 1993, p. 1021.

2. Tipos que toman por referencia hechos extratípicos jurídico-institucionales

Algo correspondiente rige cuando un tipo, si bien no consistiera exclusivamente en un atentado contra deberes extratípicos, sino describiera acciones concretas como "sustraer" (arts. 242 y 289 StGB) o "acechar a la pieza de caza" (art. 292 StGB con muchas otras variantes de la acción típica), se refiere sin embargo para ello a determinadas instituciones jurídicas extratípicas como la propiedad, el derecho prendario o el derecho de la caza. En el art. 242 StGB ocurre esto a través del elemento "ajeno" que remite a la propiedad de otro; en el art. 289 StG mediante la referencia a los derechos de disfrute, prenda, uso o retención; en el art. 292 StGB mediante el requisito de "lesión de derechos de caza ajenos".

No puede haber duda de que en tales casos también actuará dolosamente quien, haciendo consideraciones jurídicas equivocadas, opinare que no ha atentado contra los derechos mencionados en los tipos pertinentes. Y es que recién el atentado jurídico fundamenta el desvalor social de la conducta; este atentado es un elemento esencial de la tipificación legal del injusto y, por ello, debe ser concebido como un elemento normativo del tipo.

Aquí, al igual que en los ya tratados atentados puros contra deberes extratípicos, no sirve para nada la muy invocada "valoración paralela en la esfera del profano" cuando se trata de delimitar entre error de tipo y error de prohibición. Y es que deberes y derechos de esta naturaleza solamente pueden ser entendidos de manera jurídica y no como lo haría un profano al Derecho. Incluso quien, basándose en razones absurdas, se considerare propietario de un bien, no puede tener un dolo de hurto cuando lo sustrajere.

3. Tipos que tan solo contienen normas sancionadoras y dejan a otras disposiciones la descripción de la necesaria violación del derecho (leyes penales en blanco)

También en las leyes penales en blanco[27] se tendrá que admitir que el conocimiento de la norma complementaria (sea esta una ley, un

(27) Sobre su denominación más exacta, ROXIN (nota 11), § 12, n. marg. 110.

decreto reglamentador, un estatuto o un acto administrativo) constituye el presupuesto de la acción dolosa a no ser que ya la realización consciente de la conducta descrita en la norma complementadora permita reconocer el atentado social de la conducta.

Siguiendo a la doctrina (aún) dominante he evaluado esto de manera distinta[28]: "En tales casos, un error sobre la existencia de la norma complementadora es (...) un error de prohibición mientras que un error sobre las circunstancias de la norma complementadora excluye el dolo". No obstante, es incomprensible por qué la norma complementadora no pueda ser entendida como elemento normativo del tipo y, de esta manera, su conocimiento, deba ser hecho elemento del dolo, cuando únicamente este conocimiento es capaz de hacer que el autor se haga consciente del significado de su conducta.

No ocurre nada distinto que en los dos grupos de casos antes mencionados con los cuales, de todos modos, se superponen las leyes en blanco[29]. Y es que aquí el conocimiento del significado no puede alcanzarse sin conocimiento del derecho. Entonces, TIEDEMANN[30] tiene plena razón cuando dice que "en las formulaciones del tipo penal neutrales o irrelevantes en lo que concierne al injusto, la existencia y el contenido de las normas objeto de referencia y destinada a completar la norma de reenvío (...) forman parte del tipo penal cuando esta última cumple la función de tipificar el ilícito y la función de llamada de dolo como 'motivo' para la realización típica". Esta concepción ha alcanzado cada vez más seguidores en nuevas publicaciones[31] y probablemente se va a terminar imponiendo de manera general.

---

(28) ROXIN (nota 11), § 12, n. marg. 111.

(29) Es difícil hacer una delimitación exacta por grupos de casos, aunque tampoco es importante cuando los resultados son de todos modos los mismos.

(30) TIEDEMANN, LH Geerds (nota 3), p. 106.

(31) Así, me referiré, p. ej., a KUHLEN (nota 14), p. 370 y ss.; HERZBERG, GA 1993, p. 455 y ss.; PUPPE, en "Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch", 2a. ed., 2005, § 16, n .arg. 63 y ss.; *ídem*, GA 1990, p. 168 y ss.; SCHROTH (nota 14), p. 60 y ss.; DIETMEIER (nota 14).

4. Referencias jurídicas de otra naturaleza

Lo expuesto puede extenderse a otras tomas de referencia jurídica y rige especialmente también para las prohibiciones con referencias a casos individuales como el art. 145c StGB (el atentado doloso contra una prohibición de ejercer oficio presupone el conocimiento de la prohibición) o el atentado contra los mandatos correspondientes (el no cumplimiento doloso de una orden precisa su conocimiento previo).

También un atentado doloso contra disposiciones reglamentadoras sin carácter de prohibición presupone el conocimiento de estas disposiciones. Así, uno tan solo puede infringir dolosamente "la disposición que sirve para proteger el secreto electoral" (art. 107c StGB) si hubiera conocido esta disposición(32).

De todo esto se desprende que, cuando se hace una interpretación materialmente correcta, las diferencias entre la teoría del dolo y la teoría de culpabilidad no son tan grandes como la gran mayoría de la doctrina (incluyéndome a mí) había supuesto al principio. Y es que en la gran amplitud de casos en los cuales un tipo integra otras disposiciones jurídicas o actos jurídicos, el conocimiento de esto forma parte del dolo, lo cual finalmente coincide con la teoría del dolo. Así, quien conscientemente atentare contra disposiciones jurídicas, conoce la prohibición (o el precepto) y por ello actúa dolosamente. En tal medida, TIEDEMANN con su doctrina ha transitado desde el principio por el camino correcto.

IV. EL RECURSO A ATRIBUTOS VALORATIVOS ETICOSOCIALMENTE NEGATIVOS

Las cosas son diferentes allí donde el legislador no recurre a conceptos jurídicos extratípicos, sino a atributos valorativos ético-sociales para caracterizar conductas prohibidas. Esto ocurre así con elementos(33) como "desórdenes injuriosos, denigración, atentar contra la dignidad humana,

(32) Ver más refs. sobre estas tomas de referencia a normas jurídicas en SCHROTH (nota 14), p. 61.

(33) Aquí cito a PUPPE, GA 1990, p. 192.

cruelmente o alevosamente". También el atentado "contra las buenas costumbres" (art. 228 StGB) o un elemento valorativo general como "reprochable" (art. 240 StGB) pertenece a esta categoría.

La teoría de la culpabilidad tiene aquí sus dominios y aquí también radica el motivo por el cual ella se ha impuesto frente a la teoría del dolo. Y es que por supuesto que la punición por dolo no puede depender de que el propio autor encuentre su conducta, según su valoración subjetiva, como cruel o reprochable. Según una concepción correcta, él ni siquiera necesita haber tenido la conciencia de que el legislador evalúa su conducta de esa manera. Más bien basta con que conozca las circunstancias materiales que han motivado al legislador y a la jurisprudencia penal a proveer tal conducta con el correspondiente atributo valorativo negativo.

Existen motivos concluyentes para esto último. En primer lugar, el autor difícilmente reflexionará sobre la valoración ética de su conducta (a diferencia del caso de las remisiones a normas jurídicas e institutos jurídicos extratípicos, los cuales uno conoce o no conoce). En segundo lugar, la ciencia forense no podría nunca reconstruir el resultado de tal reflexión (mientras que a menudo se podrán obtener puntos de referencia muy claros sobre la existencia o falta de conocimiento jurídico a partir de la posición del autor). Y en tercer lugar, en el ámbito de las elementales valoraciones ético-sociales, también bajo el aspecto de la necesidad de pena, no puede importar que el autor las comprenda o siquiera que tomare conocimiento de ellas en el sentido de apreciación del legislador o de la jurisprudencia. Quien persiguiere sus objetivos delictivos, de una manera brutal e indiferente frente a los estándares éticos mínimos, no puede invocar este déficit en favor suyo. Con razón dice PUPPE(34) "que se espera del ciudadano el reconocimiento correcto de las normas jurídicas no escritas de validez general. Haciendo una mera introspección cualquier ciudadano suficientemente socializado está en condiciones de reconocer el valor de su forma de actuar, cuando él conoce las propiedades que sostienen esta valoración...".

(34) PUPPE, GA 1990, p. 176 y ss.

De esto resulta que la doctrina cada vez más discutible de la "valoración paralela en la esfera del profano, en las dos formas típicas tratadas hasta ahora, no tiene ningún campo de aplicación. Los hechos jurídicos extratípicos, como p. ej. el deber tributario, deben ser conocidos por uno a fin de poder admitir una conducta dolosa. Allí no hay nada que valorar de manera profana. Pero donde lo que importare fuera la infracción valorativa ético-social de una conducta, bastará con el conocimiento de las circunstancias materiales que fundamentaren esta desvaloración. Es indiferente cómo el autor valorare y qué valoraciones conociere"(35).

Simultáneamente se confirma el punto de partida común, esbozado al inicio de esta contribución, de la concepción que TIEDEMANN y yo defendemos, en el sentido de que los casos de fracaso del autor en el ámbito de las valoraciones ético-sociales centrales (sea que se tratare de desconocimiento o de evaluación errónea), deberían merecer un tratamiento distinto del que tienen los casos de fallos intelectuales. El primer caso deja intacto el dolo, mientras que el segundo lo hace desaparecer. Igualmente se confirman, según el resultado provisional de nuestras reflexiones, la corrección de política jurídica de la regulación portuguesa que se mencionó al principio y que ambos hemos aplaudido por separado: para tener conciencia de injusto, uno deberá conocer "razonablemente" las regulaciones jurídicas extratípicas a las que remite el tipo, mientras que en las atribuciones valorativas eticosocialmente negativas, ya el conocimiento de las circunstancias que fundamentaren la valoración pueden transmitir la conciencia de injusto.

Todo esto puede incluso compatibilizar con la regulación de nuestro Código Penal (arts. 16 y 17 StGB). Tan solo se deberá reconocer que el error de tipo y el de prohibición no son separables cuando el atentado contra disposiciones jurídicas extratípicas fueran presupuesto de la prohibición penal. Y también se deberá reconocer que esto no significa un paso escondido a las filas de la teoría del dolo, porque, cuando se trata de evaluaciones ético-sociales erróneas y para las formas típicas que se tratarán a continuación (V, VI), la teoría de la culpabilidad mantiene un amplio campo de aplicación para diferenciar entre error de tipo y error de prohibición.

(35) Plenamente en este sentido también PUPPE, GA 1990, p. 176.

V. CONOCIMIENTO Y DESCONOCIMIENTO EN CASO DE CONCEPTOS JURÍDICOS DEL TIPO PENAL

A su vez es distinto el caso, cuando están en juego conceptos jurídicos que no toman referencia a reglas jurídicas extratípicas, sino que están contenidos en el tipo penal mismo y que deben ser interpretados según sus propios objetivos. Se trata de conceptos centrales como el de "documento" o "patrimonio". Si bien estos también juegan un papel en otras áreas jurídicas, aquí tienen otro significado. El que, p. ej., sea un documento (art. 267 StGB) la famosa raya en un posavasos de cerveza [que coloca la mesera para indicar el número de cervezas consumido], constituye una excepción que es válida solo en el Derecho penal.

En caso de tales conceptos jurídicos del tipo penal, se deben establecer para el dolo otras exigencias que en los dos grupos de casos antes tratados. No es exigible ni un conocimiento del concepto jurídico (como en el primer grupo) ni admisible el dolo pese a una ausente o divergente representación valorativa (como en el segundo grupo), sino aquí, efectivamente, se necesita el "conocimiento de la significación" social que, por lo general, es considerado como componente necesario del dolo en los elementos normativos del tipo.

Luego, en los casos de los ejemplos utilizados, el autor tiene que saber que la raya en el posavasos de cerveza está destinada a dar información probatoria al cantinero en cuanto a la cantidad consumida de cerveza, y que la "pretensión" que él frustraba con su maniobra engañosa [borrar una o más rayas, o cambiar el posavasos por otro sin rayas o con menos rayas] tenía posibilidades de realización económica. Él no necesita saber que se trataba de un documento o un elemento del patrimonio en sentido penal.

El conocimiento que aquí se exige puede ser caracterizado de manera muy diferente: como conocimiento del significado (SCHROTH), como entendimiento del sentido (PUPPE), como "valoración paralela en la esfera del profano" (así, la descripción aún más frecuente) o, como TIEDEMANN prefiere(36), como "atentado contra la norma concreta de deber ser" ("No

(36) TIEDEMANN (nota 3), p. 99.

debes borrar una raya del posavasos de cerveza"). Lo que siempre se quiere decir es que el autor debe haber entendido aquello que fundamenta el juicio penal de desvalor. Puesto que lo que aquí también importa es una determinada forma de conocimiento independiente de valoraciones, este conocimiento no se ve felizmente caracterizado como "valoración paralela". La propuesta de WELZEL(37), en el sentido de una "evaluación paralela en la conciencia del autor", caracteriza mejor los hechos(38).

El que en casos de conceptos penales típicos deba centrarse en el conocimiento del significado en vez de en el conocimiento del concepto, casi no podrá discutirse, porque para un no-jurista (e incluso para la mayoría de los juristas) no es posible en absoluto hacer una subsunción exacta: "No se presenta un error de tipo ya por el hecho de que el autor caracteriza con conceptos distintos de los legales las circunstancias que él reconoce de manera materialmente corrrecta"(39). Después de todo, en esta medida también se ratifica la teoría de la culpabilidad al conseguir que el error de subsunción (es decir, la errónea clasificación jurídica de conceptos pese a comprender plenamente el significado social de la acción) sea considerado, en todo caso, como error de prohibición cuando el autor, a partir de su conocimiento, no extrae la conclusión de que su accionar es antijurídico. En este ámbito, también hay coincidencia entre el punto de vista defendido y la concepción de TIEDEMANN.

VI. EL DOLO EN CASO DE TIPOS SIN REFERENCIA NORMATIVA SUFICIENTE

En los grupos de casos tratados hasta ahora es posible solucionar satisfactoriamente (aunque de manera diferente) el problema del dolo, siguiendo la teoría de la culpabilidad, porque se trataba de tipos con conceptos elevadamente normativos, en los cuales la magnitud del conocimiento necesario para admitir el dolo puede ser clasificado escalonadamente de

(37) WELZEL, JZ 1954, p. 279; *ídem*, "Das deutsche Strafrecht", 11a. ed., 1969, p. 76.

(38) Cfr. al respecto también ROXIN (nota 11), § 12, n. marg. 101, nota al pie 187.

(39) HERZBERG, JZ 1993, p. 1019.

manera plausible. Pero todavía hay un cuarto y no menos importante grupo de tipos en los cuales los hechos exteriores descritos en la ley, incluso bajo pleno conocimiento de todas las circunstancias del hecho y de su importancia no siempre es suficiente para trasmitir al autor el conocimiento justo sobre el significado jurídico o social de su hacer.

Por cierto que en esto los tipos centrales del núcleo del Derecho penal no presentan problemas. "Aquel que matare a otro" (art. 212 StGB), "perjudicare la salud" (art. 223 StGB) no tendrá credibilidad arguyendo no haber conocido la prohibición, a no ser que pueda invocar reconocidas causas de justificación. Y es que el conocimiento de tales prohibiciones forma parte del estándar mínimo de socialización que cualquier ordenamiento jurídico presupone en autores imputables. No ocurre aquí nada distinto que lo que pasa con los atributos valorativos eticosocialmente negativos ya estudiados. Actos delictuosos como el matar, lesionar, robar, violar etc., ya por su apariencia exterior, sacan a relucir su carácter insostenible, de manera que el conocimiento de la prohibición debe ser tratado como evidente o su falta de conocimiento como irrelevante. También en este punto la teoría de la culpabilidad lleva a resultados materialmente justos.

Pero la mayoría de los defensores de la teoría de la culpabilidad ha generalizado este entendimiento de manera demasiado dudosa. Y es que también existen otros casos, y no solo en el Derecho penal complementario y contravencional, sino también dentro del Código Penal. Quien creyera que le estaría permitido, por razones importantes, ingresar en la vivienda de otro sin haberle pedido antes permiso (art. 123 StGB), puede tener perfectamente una conciencia limpia. Quien –como ayuda a la memoria– "gravare en un soporte de sonido las palabras emitidas por otro no destinadas al público" (art. 201 StBG), podría considerar esto, si no conociera la disposición penal, como una conducta totalmente inofensiva. Cuando un campesino mantiene relaciones sexuales con una mujer mentalmente enferma y esterilizada (art. 179 StGB), y ambos consideran este hecho como agradable, es plenamente comprensible que el sujeto para nada "había (...) caído en cuenta" (TFA en JR 1954, p. 188) del carácter prohibido o incluso de la punibilidad de su conducta. Aquel que, tras un examen doctoral exitoso, indebidamente

usare el título de doctor al no saber que recién está autorizado para ello tras recibir el documento que lo acredita como tal, no tendrá la menor sensación de haber hecho algo ilícito(40). Tales casos, en los cuales el conocimiento de todas las circunstancias del hecho no hacen que el autor comprenda, ni tampoco pueden sin más hacer que este llegare a comprender el significado jurídico social de su conducta, también pueden presentarse en el núcleo del Derecho penal en el ámbito marginal de los tipos y son naturalmente todavía más frecuentes en el Derecho penal complementario y contravencional.

El segundo grupo importante de tales errores radica en la sobreextensión de las causas de justificación. HERZBERG(41) construye el siguiente caso: "Un mozo reconoce un delincuente buscado por requisitoria y lo encierra en el baño para llamar luego a la policía". En esto, el mozo comete una privación antijurídica de la libertad (art. 239 StGB), pero subjetivamente está convencido de haber mostrado una conducta que merece reconocimiento general. También se ha discutido mucho el caso resuelto por el Tribunal Supremo de Baviera (BayObLG)(42) en el cual un cazador había matado a disparos a dos perros salvajes que cazaban animales de un distrito de caza y que se habían refugiado en una propiedad privada. Él había hecho esto porque temía que los inquietos perros salieran enseguida saltando el cerco del jardín para continuar con su caza furtiva. Pero, esto era un injusto punible según el art. 303 StGB (delito de daños), porque, a partir de las disposiciones pertinentes del Derecho de la caza(43), se puede apreciar que el ejercicio de la caza de protección termina en los

(40) Por cierto que aquí se podría llegar a un error de tipo si se considerare la palabra "indebidamente" como elemento del tipo (cfr. al respecto HERZBERG, LH Otto, 2007, p. 279). Pero esto no sería correcto, porque aquí no se toma en referencia una disposición jurídica concreta, de manera que con el carácter indebido se describe solamente la antijuricidad general que, en todo caso, no constituye un elemento del tipo. Lo mismo rige para la palabra "sin autorización" del art. 201 StGB.

(41) HERZBERG, GA 1993, p. 451; similar *ídem* (nota 40), p. 269.

(42) En NJW 1992, p. 2306 y ss.; al respecto, SCHLÜCHTER, JuS 1993, p. 14 y ss.; HERZBERG, GA 1993, p. 439 y ss.

(43) Cfr. la explicación de los detalles en la literatura señalada en la nota al pie 42.

límites de un "sector apaciguado" (en este caso: la propiedad privada). Independientemente de esto, el cazador había actuado con las mejores intenciones. Incluso en caso de sobrepasar los límites trazados por el art. 34 StGB [estado de necesidad justificante], podría fácilmente ocurrir que el autor se considerare a sí mismo como un socorrista meritorio, mientras que en realidad ha cometido un injusto punible.

Pero, ¡ya basta de ejemplos! Difícilmente se podrá negar que en todos los casos de este tipo se debería admitir un error de prohibición. Y es que el autor ha conocido todas las circunstancias de hecho y todas las condiciones materiales, pero aun no había deducido de ello la antijuricidad y carácter de atentado social de su conducta; y tampoco era fácil llegar a esta conclusión.

Pero es insatisfactorio el resultado de que cualquier vencibilidad de tal error debería acarrear una punición por dolo. Y es que resulta poco convincente que el dolo, el cual presupone el conocimiento o al menos la posibilidad de reconocimiento fácil del injusto en caso de la existencia de elementos típicos de carácter jurídico-normativo o de atributos valorativos eticosocialmente negativos, no deba exigirlo ahora en el caso tratado con la consecuencia de que se pueda penar como delincuente doloso a aquel en quien era plenamente comprensible que hubiera actuado de buena fe en cuanto a lo justificado de su conducta.

Con la solución portuguesa –que TIEDEMANN avala y que yo también reconozco en sus tendencias–, según la cual queda excluido el dolo en caso de error sobre prohibiciones cuyo conocimiento fuera razonablemente indispensable para alcanzar la conciencia de injusto, se podría conseguir probablemente la exclusión del dolo en casos como los expuestos, siempre que la necesidad del conocer la prohibición se refiriese al caso particular concreto.

Se puede llegar al mismo resultado cuando, para el dolo, si bien no se exige el conocimiento de la prohibición abstracta, sí se exige el conocimiento de la dañosidad social de la conducta prohibida. Esta concepción ha sido tempranamente defendida ya por ARTHUR KAUFMANN(44). Esta

(44) KAUFMANN, "Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts", 1949 (reimpresión en 1985); *ídem*, LH Lackner, 1987, p. 185.

teoría también es defendida, con especial énfasis, por OTTO[45], lo cual recientemente es aprobado por HERZBERG[46], abandonando expresamente su anterior punto de vista.

Pero, sin perjuicio de sus ventajas político-criminales, ambas soluciones no son compatibles con el actual Derecho alemán. Cuando el art. 16, primer párrafo, StGB, tan solo permite excluir el dolo en tanto el autor "no conociere una circunstancia que formare parte del tipo legal", el conocimiento de la prohibición o de la dañosidad social no puede ser presupuesto del dolo, en tanto tal conocimiento no se desprendiere del conocimiento de las circunstancias del hecho. Y es que la desaprobación social o jurídica de una conducta, como tal, no es una circunstancia de hecho. E incluso si la conciencia de la dañosidad social fuera componente del dolo, no podría haber un error de prohibición invencible[47], pues cuando uno tiene esta conciencia, cualquier error de prohibición siempre será vencible. Pero si el legislador ha previsto expresamente la posibilidad de un error de prohibición vencible, él tiene que haber partido de que también se puede actuar dolosamente sin la conciencia de la dañosidad social.

Tampoco son convincentes los intentos de hacer que tal solución llegue a armonizar aún con la ley. Cuando TIEDEMANN[48] remite a la caracterización del injusto en el tipo según la Constitución (art. 103, segundo párrafo, Ley Fundamental), se puede comprobar que esto no está objetivamente ausente en los casos expuestos. Todas las circunstancias que fundamentan el injusto han sido descritas con la suficiente taxatividad, e incluso empleando elementos ampliamente descriptivos. No tiene nada que ver, directamente, con el principio de taxatividad, el

(45) Cfr. tan solo su "Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre", 7a. ed., 2004, § 7, n. marg. 61 y ss. (p. 91 y ss.); más referencias en HERZBERG, LH Otto (nota 40), p. 272, nota 18.

(46) HERZBERG, LH Otto (nota 40), p. 265 y ss. (271). Todavía en su artículo publicado en GA 1993 (p. 451, nota 27) había dicho sobre la doctrina de OTTO: " No puedo entender cómo esto deba ser compatible con la ley".

(47) Esto ya lo había visto antes TIEDEMANN (nota 3), p. 109.

(48) TIEDEMANN, LH Geerds (nota 3), p. 99.

que el autor hubiera tenido que extraer de ello la conclusión referida a la infracción social de su conducta.

OTTO[49] y HERZBERG[50] invocan la muy difundida caracterización del dolo en la literatura como "decisión a favor de una posible lesión de bienes jurídicos" y opinan que tal decisión no sería en absoluto posible sin la conciencia de la dañosidad social. No obstante debe pensarse que el criterio de la "decisión", el cual –hasta donde se alcanza a ver– he introducido yo mismo en la literatura[51], según mi concepción tan solo tiene validez para delimitar entre *dolus eventualis* e imprudencia consciente. Pero, en los casos aquí explicados, la acción típica se emprende siempre intencionalmente (penetración intencional en la vivienda ajena, grabación intencional de las palabras no destinadas al público, etc.). Y aun cuando se prescindiera de esto, sobre la base de la teoría de la culpabilidad, el criterio de la decisión puede ser entendido naturalmente tan solo en el sentido de que si bien exige el conocimiento de todas las circunstancias del hecho no exige un conocimiento adicional del injusto, o sea, como decisión por la penetración, por la realización de una grabación, etc.

Según esto, el resultado de que el dolo, si bien también según la teoría de la culpabilidad, puede albergar en sí la conciencia de muchos elementos normativos –desde los factores que posibilitan un conocimiento del injusto, pasando por el conocimiento real del contenido de significación social, hasta llegar al conocimiento de las disposiciones jurídicas formales–, sin embargo, esto solamente será posible en tanto la descripción de los hechos ofreciere puntos de contacto suficientes para ello mediante el empleo de elementos normativos.

VII. LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA CON AYUDA DE UNA TEORÍA "ATENUADA" DE LA CULPABILIDAD

Pero el resultado inequitativo constatado hace difícil que uno se conforme con una punición por dolo en los casos expuestos. Es así que, p.

(49) OTTO (nota 45), § 7, n. marg. 64 y ss.

(50) HERZBERG, LH Otto (nota 40), p. 274 y ss., 284 y ss.

(51) ROXIN, JuS 1964, p. 58 y ss. Más detalles al respecto en mi manual (nota 11), § 12, n. marg. 23.

ej., SCHLÜCHTER, en el caso decidido por el BayObLG, tras un análisis detallado llega a la conclusión de que se habría presentado un error de prohibición. Sin embargo, esta autora añade enseguida que una punición del cazador según los arts. 17, número 1, de la Ley sobre Protección de Animales; 303 [delito de daños]; y 52 [unidad de hechos, concurso ideal] StGB no sería capaz de "satisfacer. Más bien asusta que se sancione a quien ha querido comprometerse por la protección de un bien social (la protección de la caza) y que con su representación errónea estaba en inferioridad de condiciones"(52). A continuación, remite a la necesidad de descriminalizar, así como al art. 153 StPO [no persecución penal en caso de delitos de bagatela]. Pero estas son dos salidas muy inseguras. HERZBERG, quien había antes aceptado la punición por dolo como "tributo que debemos pagar al art 17 StGB"(53), ahora, para arribar a una mejor solución, se ha inclinado por la opinión de OTTO, solución que sin embargo, como se ha mostrado, abandona el terreno de la ley.

Es por ello que quisiera retornar a la propuesta que había hecho anteriormente en el sentido de que, en casos como los expuestos, se admita un error de prohibición invencible para llegar a una absolución y, con ello, poder alcanzar el mismo resultado que prescribe el art. 16c del Código Penal portugués y que pretende también la doctrina, la cual exige para el dolo la conciencia de la dañosidad social. Hablo aquí de una teoría "atenuada" de la culpabilidad y he invocado para ello el art. 20 del Código Penal suizo, según el cual el juez puede "atenuar la pena según su discrecionalidad (...) o desistir de una punición", cuando el autor hubiera "por razones suficientes" presumido que él "habría estado justificado para cometer el hecho".

Tal solución, con modificaciones, es compatible con el art. 17 StGB bajo la forma de que en caso de "razones suficientes" para admitir el carácter permitido, se favorezca al autor con un error de prohibición invencible. Y es que la invencibilidad de un error de prohibición no puede ser entendida en el sentido de una imposibilidad absoluta de llegar a conocer la prohibición. Nunca es absolutamente imposible adquirir el

(52) SCHLÜCHTER, JuS 1993, p. 19 y ss.

(53) HERZBERG, GA 1993, p. 449; *ídem,* LH Otto (nota 40), p. 271.

conocimiento de la prohibición, dado que el principio de taxatividad exige la reconocibilidad objetiva de la prohibición y también amplias averiguaciones hacen que sea posible reconocer subjetivamente tal prohibición. Por ello, la invencibilidad debe ser entendida en el sentido de que se la deba admitir cuando al autor, a partir de su falsa representación, no se le pueda hacer un reproche que exigiere la punición por hecho doloso. Según esto, un error de prohibición es invencible, en sentido jurídico, cuando sea inteligible la creencia del autor en el carácter permitido de su conducta y su fidelidad al Derecho tampoco sea cuestionable a los ojos de un evaluador objetivo, de manera que, tanto bajo puntos de vista preventivos como también con miras en la mínima culpabilidad, se pueda ser tolerante [o "indulgente"] y renunciar a la punición(54).

Frente a las concepciones que consideran a la conciencia de la dañosidad social como componente del dolo o que se centran en si el conocimiento de la prohibición era "razonablemente" necesario para obtener conciencia de injusto, esta propuesta no solo tiene la ventaja de una mayor fidelidad a la ley. Y es que la dañosidad social es un criterio muy vago, bajo el cual uno puede imaginarse muchas cosas y cuyo reflejo en la conciencia del autor casi no puede verificarse. Además, la dañosidad social constituye un parámetro muy abstracto, mientras que la "solución de la exculpación" que aquí se ofrece es mucho más flexible y permite considerar todas las circunstancias del caso concreto. Lo correspondiente rige también para el criterio de la razonabilidad del Derecho portugués.

En lo que especialmente respecta a la dañosidad social, después de lo expuesto tampoco importa siquiera su conciencia cuando la descripción del hecho incluyera atributos valorativos eticosocialmente negativos. Aquel que, con una total falta de sensibilidad, no pudiera reconocer nada reprochable ni socialmente dañoso en una conducta que sí lo es, y además de manera extrema, para la ley, habrá actuado aun así dolosamente en sentido del art. 240 StGB.

(54) Cfr., al respecto, también la cita del manual que yo he empleado al inicio (I, en la nota al pie 11).

Deberá pensarse también que la solución aquí propuesta para delimitar entre error de tipo y error de prohibición, aún precaria en los casos límite, hace perder sus aristas a la problemática. Si una conducta, debido a la disculpabilidad del error, no mereciera una pena, se podrá llegar a la absolución de una manera u otra. Con ello se recurre a valoraciones de política criminal que, en los hechos de ese tipo, proveen una base sancionadora más racional que las complicadas construcciones sobre el error y que presentan insuficiencias en algún lugar. Si bien TIEDEMANN(55) dice: "Sin embargo, en lugar del criterio político-criminal principal propuesto por ROXIN y consistente en la necesidad de sancionar, nos mostramos más de acuerdo con el criterio que él solo propone posteriormente, es decir, con el de que la 'indulgencia' encuentra lugar allí donde el dolo típico no da a entender la conciencia de antijuricidad". Pero aquí no veo ninguna diferencia de opiniones. Y es que la "indulgencia" [o "tolerancia"] que, con razón recomienda TIEDEMANN, significa precisamente renunciar a la pena por falta de necesidad de la misma.

A esto se añade que la aprobación de un error de prohibición invencible, con efecto exculpante en autores que, de manera inteligible y con buena conciencia, hubieran partido del carácter permitido de su conducta, también produciría la necesaria armonía valorativa con las demás causas de exculpación del Derecho vigente. Tampoco los arts. 33 [infracción de los límites de la legítima defensa] y 35 [estado de necesidad exculpante] StGB, hacen que la exculpación dependa de si el autor, en el caso extremo, hubiera podido actuar de otro modo, si no se practica tolerancia ["indulgencia"] porque, frente a la escasa culpabilidad del autor y la falta de necesidad preventiva, no resulta necesaria una punición(56). Esto también ocurre en los errores de prohibición que se están discutiendo. Hacer armonizar su tratamiento empleando estos parámetros es tanto más necesario en cuanto que los arts. 33 y 35 StGB presuponen delitos graves (hasta llegar a los homicidios), mientras que los errores de prohibición, cuya exculpación aquí se defiende, se refieren solo a ilícitos comparativamente menos graves.

(55) TIEDEMANN, LH Geerds (nota 3), p. 108.

(56) Para una fundamentación más detallada, cfr. ROXIN (nota 11), § 22, n. marg. 5-14, 68-73.

VIII

Con ello termino mi contribución dedicada a KLAUS TIEDEMANN, el honorable amigo y colega, gran pionero y maestro de Derecho penal económico, y también gran promotor de la teoría del error, felicitándolo por sus 70 años. Creo que coincidimos en la mayoría de las cuestiones. Y en los puntos discrepantes que quedaren seguiremos gustosamente discutiendo. Alegrándome anticipadamente por ello, le deseo que continúe con buena salud y tenga aún muchos años de labor productiva.

Legítima defensa y afirmación del derecho (*)

I. INTRODUCCIÓN

Kristian KÜHL se ha ocupado productivamente de todos los problemas de la dogmática penal, pero con pocos de ellos lo ha hecho de manera tan frecuente y detallada como con los que atañen a la legítima defensa(1). Él defiende una concepción dualista de la legítima defensa que por lo menos anteriormente era dominante, ha influido también en la jurisprudencia(2) y, además, ha sido avalada en los trabajos legislativos preparatorios(3). Según ella, la regulación legal de la legítima defensa se basaría en dos ideas fundamentales: el principio protector del derecho individual y el principio reafirmador [o de defensa] del Derecho de carácter jurídico-social. KÜHL(4) ve el "núcleo" de la idea de autoprotección en la "legitimación que tiene

(*) Título original: "Notwehr und Rechtsbewährung". Se publicó por primera vez en el Libro-Homenaje a Kristian Kühl, Múnich, 2014, pp. 391-405.

(1) El capítulo 7 de su manual ("Strafrecht. Allgemeiner Teil", 7a. ed., 2012), con sus más de cien páginas (pp. 129-236) alcanza proporciones de monografía y ocupa una octava parte de toda la obra. A ello hay que agregar numerosos estudios: Jura 1990, p. 244 y ss.; Jura 1991, p. 57 y ss., 175 y ss.; Jura 1993, p. 57 y ss., 118 y ss., 233 y ss.; JuS 1993, p. 177 y ss.; FS Triffterer, 1996, p. 149 y ss.; FS Hirsch, 1999, p. 259 y ss.

(2) TFA, s. penal, tomo 24, p. 356 y ss. (359); TFA, s. penal, tomo 48, p. 207 y ss. (212).

(3) Exposición de motivos del proyecto de 1962, BT-Drucks. IV, 650, p. 156 y ss.

(4) KÜHL (nota 1), "Strafrecht, Allgemeiner Teil", § 7, n. marg. 8.

cualquiera para poder defenderse a sí mismo y defender sus bienes jurídicos individuales", mientras que "la segunda idea básica dice[5] que aquel que se defiende a sí mismo o defiende a otro confirma al mismo tiempo el Derecho en el sentido de que está defendiendo el ordenamiento jurídico". Esta fundamentación dualista de la legítima defensa también coincide con la concepción que yo defiendo[6].

En tiempos recientes, la concepción dualista de la legítima defensa se enfrenta con una oposición en aumento continuo. También KÜHL dice: "Las fundamentaciones puramente individualistas de la legítima defensa se están incrementando"[7]. En efecto, cada vez más y más penalistas se manifiestan a favor de una fundamentación que se basa únicamente en la protección individual. Mencionaré tan solo –sin pretender plenitud y en orden alfabético– a ERB[8], FREUND[9], FRISTER[10], GÜNTHER[11], HOYER[12], JAKOBS[13], KORIATH[14], KUHLEN[15], LESCH[16], MITSCH[17], NEUMANN[18], PAWLIK[19]

(5) KÜHL (nota 1), "Strafrecht, Allgemeiner Teil", § 7, n. marg. 10.

(6) ROXIN, ZStW 93 (1981), pp. 68-104; *ídem*, "Strafrecht, Allgemeiner Teil", tomo I, 4a. ed., 2006, § 15, n. marg. 1-3.

(7) KÜHL (nota 1), "Strafrecht, Allgemeiner Teil", § 7, n. marg. 15.

(8) ERB en MüKoStGB, tomo 1, 2a. ed., 2011, § 32, n. marg. 18.

(9) FREUND, "Strafrecht, Allgemeiner Teil", 2a. ed., 2009, § 3, n. marg. 89 y ss.

(10) FRISTER, GA 1988, p. 291 y ss.; *ídem*, "Strafrecht, Allgemeiner Teil", 5a. ed., 2011, § 16, n. marg. 1-4.

(11) GÜNTHER en SK-StGB, 7a. ed., 1999, § 32, n. marg. 12 y ss.

(12) HOYER, JuS 1988, p. 89 y ss.

(13) JAKOBS, "Strafrecht, Allgemeiner Teil", 2a. ed., 1991, 12/20.

(14) KORIATH, FS Müller-Dietz, 2001, p. 361 y ss. (373).

(15) KUHLEN, GA 2008, p. 282 y ss. (286-288); STRATENWERTH/KUHLEN, "Strafrecht, Allgemeiner Teil", 4a. ed., 2000, § 9, n. marg. 56.

(16) LESCH, FS Dahs, 2005, p. 81 y ss.

(17) BAUMANN/WEBER/MITSCH, "Strafrecht, Allgemeiner Teil", 11a. ed., 2003, § 17, n. marg. 1; MITSCH, GA 1986, p. 533 y ss.

(18) NEUMANN, en LÜDERSSEN/NESTLER-TREMEL/WEIGEND, "Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip", 1990, p. 215 y ss.

(19) PAWLIK, ZStW 114 (2002), p. 259 y ss. (265).

y PUPPE[20]. A ellos hay que añadir autores que, como KARGL[21], VON DER PFORDTEN[22] y RENZIKOWSKI[23], proveen otras fundamentaciones de la legítima defensa, pero que tampoco están de acuerdo con el principio de afirmación del Derecho. Y a esto se agregan los trabajos doctorales que se orientan en la única validez del principio de protección individual[24].

Este desarrollo hace atractivo el querer investigar la cuestión de si todavía sería posible seguir justificando la concepción dualista de la legítima defensa y, dado el caso, bajo qué configuración concreta. Después de todo, esta concepción no solamente es defendida por KÜHL, por mí y por la mayoría de las exposiciones y comentarios sobre el tema, sino también sigue acogiendo nuevos seguidores en los artículos de revistas con fundamentaciones complementarias[25]. Viendo las cosas más de cerca, quizás también sea posible llevar a cabo un acercamiento entre las dos partes que aparentemente se encuentran enfrentadas de manera irreconciliable.

II. LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO DERECHO DE PROTECCIÓN INDIVIDUAL AUTÓNOMO

Defender el principio de afirmación del Derecho presupone que se reconozca primero la preeminencia del principio protector cuando se trata de fundamentar la legítima defensa, prescindiendo de interpretar la idea de afirmación del Derecho en el sentido de representación de ejercicio de poder estatal.

Todas las potestades de la legítima defensa sirven, en primera línea, a la protección del agredido y ellas son ejercidas a la manera de derechos propios. Pero esto también ha sido reconocido ya hace mucho tiempo por

(20) PUPPE, "Strafrecht, Allgemeiner Teil", 2a. ed., 2011, § 12, n. marg. 1.

(21) KARGL, ZStW 110 (1998), p. 38 y ss. (42 y ss.).

(22) VON DER PFORDTEN, FS Schreiber, 2003, p. 359 y ss. (373).

(23) RENZIKOWSKI, "Notstand und Notwehr", 1994, p. 93 y ss., 279 y ss.

(24) Así, p. ej., COSTADINIDIS, "Die 'Actio illicita in causa'", 1984, p. 100 y ss.; KIOUPIS, "Notwehr und Einwilligung", 1992.

(25) P. ej., en KASISKE, Jura 2004, p. 832 y ss.; STERNBERG-LIEBEN/STERNBERG-LIEBEN, JuS 1999, p. 444 y ss.

los defensores de la concepción dualista de la legítima defensa. Así, ya en mi trabajo publicado en 1981 (!) sobre las "limitaciones ético-sociales" de la legítima defensa(26) decía lo siguiente: "La protección individual es (...) el fundamento de la legítima defensa". De ello he deducido(27) que los bienes jurídicos de la generalidad no son susceptibles de legítima defensa, que no está permitida la legítima defensa contra tentativas inidóneas, y que se descarta la defensa necesaria [Nothilfe] cuando el atacado no quisiera defenderse. En el mismo sentido, también dice KÜHL(28): "El principio de afirmación del Derecho es ciertamente una complementación necesaria del principio de protección (...) pero el fundamento de la legítima defensa está constituido por la idea de protección individual". Él habla de un "... 'derecho originario' del ser humano a la autodefensa".

O, para citar la formulación clásica de JESCHECK(29): "Entonces, el interés general en la preservación del ordenamiento jurídico entra a tallar solamente a través del medio de la protección del derecho individual".

En cambio, p. ej., GÜNTHER(30) escribe que "una concepción de la legítima defensa construida sobre la afirmación del Derecho también [tendría que] permitir una ayuda necesaria [Nothilfe] impuesta, no deseada y rechazada por el atacado", y que, bajo el punto de vista de la afirmación del derecho(31), no quedaría decidido el "restringir la legítima defensa y la ayuda necesaria a los ataques contra bienes jurídicos individuales, excluyendo en cambio los ataques a bienes jurídicos colectivos o el ordenamiento estatal al igual que la defensa contra tentativas inidóneas y delitos de peligro abstracto".

Estas objeciones, que también pueden encontrarse de forma parecida en otros autores, son desacertadas porque los defensores de una concepción

(26) ROXIN, "Die 'sozialethischen Einschränkungen' des Notwehrrechts", ZStW 93 (1981), p. 76.

(27) ROXIN, ZStW 93 (1981), p. 75 y ss.

(28) KÜHL, JuS 1993, p. 180; *idem* (nota 1), "Strafrecht, Allgemeiner Teil", § 7, n. marg. 11. La siguiente cita, *ibidem*, n. marg. 8.

(29) JESCHECK/WEIGEND, "Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil", 5a. ed., 1996, p. 337.

(30) GÜNTHER en SK-StGB (nota 11), § 32, n. marg. 12.,

(31) GÜNTHER en SK-StGB (nota 11), § 32, n. marg. 13.

dualista de la legítima defensa no han atribuido de ningún modo efectos tan amplios al principio de afirmación del Derecho. Ya hace treinta años he dicho(32): "Sin necesidad de protección (...) no hay legítima defensa; una reafirmación del Derecho independiente de ella (...) no está cubierta por la finalidad del derecho a la legítima defensa".

Incluso la falta de un deber de ceder [al injusto] (lo que con razón se pone como ejemplo del principio de afirmación del Derecho(33)) puede encontrar explicación a través del principio de protección. Y es que el atacado que se resiste al ataque pudiendo haber cedido, defiende al menos su libertad de acción. Así, p. ej., dice FREUND(34): "... también allí donde parecería que en primer plano solo se trata de 'dar un par de pasos al costado', con frecuencia el interés individual de no tener que hacer esto en aras del Derecho, adquiere un peso nada despreciable para una coexistencia apropiadamente regulada. En tal medida, no se trata de ningún modo solo del (...) despliegue de fuerza necesario para ello, sino del correspondiente valor de la libertad para el afectado (...)". En el mismo sentido enfatiza LESCH(35): "... el defensor se resiste, en todo caso, contra el efecto coercitivo implícito en todo ataque (...) o sea, que actúa ejerciendo su derecho a estar libre de coerciones...".

III. LA COMPLEMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN MEDIANTE EL PRINCIPIO DE LA AFIRMACIÓN DEL DERECHO

Aun cuando, según esto, toda acción de legítima defensa pueda ser reconducida a las necesidades de protección del atacado, esta acción también sirve complementariamente a la "afirmación del Derecho". Es preciso explicar qué se quiere decir con esto.

---

(32) ROXIN, ZStW 93 (1981), p. 86.

(33) KÜHL, "Strafrecht, Allgemeiner Teil" (nota 1), § 7, n. marg. 12; ROXIN, "Strafrecht, Allgemeiner Teil" (nota 6), § 15, n. marg. 2.

(34) FREUND, "Strafrecht, Allgemeiner Teil" (nota 9), § 3, n. marg. 93.

(35) LESCH (nota 16), p. 89.

En la "afirmación del Derecho" no se trata de demostrar, como p. ej., en la teoría absoluta de la pena, en interés de una justicia abstracta la "inquebrantabilidad" del ordenamiento jurídico(36). Más bien se quiere decir con ello que la legítima defensa, si bien está siempre al servicio de la protección preventivo-individual del atacado, también ejerce simultáneamente efectos preventivo-generales al intimidar "en general de manera efectiva (...) a cometer injustos", tal como también se dice en la exposición de motivos del Proyecto de 1962(37) en el cual se basa el actual Derecho [penal alemán].

Anteriormente yo había formulado esto de la siguiente manera(38): "El principio de afirmación del Derecho sirve a la prevención general pues cuando se repele el ataque se muestra a otros potenciales infractores de la ley que uno no puede atacar antijurídicamente a otro sin correr riesgos". En mi manual, he destacado(39), además de esta intención de carácter negativo de prevención general, también los efectos preventivo-generales positivos de la legítima defensa: "Todo ataque rechazado bajo legítima defensa estabiliza el ordenamiento jurídico".

Aun cuando se hubiera reconocido un derecho originario de defensa del atacado, al configurar esto, el legislador tiene un margen libre de decisión y, al hacer esto, debe tener a la vista, además de la protección del atacado también los efectos para la paz social. Así, es cierto que la circunstancia de que el atacado no esté obligado a ceder puede interpretarse como protección de la libertad individual de acción. Pero, p. ej., en un ataque de robo, cuando uno cede retirándose detrás de las puertas de su casa, la libertad de acción tan solo se ve afectada de manera temporal y limitada. En cambio, la integridad corporal y la propiedad, que se pondrían en peligro muy grave en caso de una resistencia abierta al ataque, se ven garantizadas mediante la retirada, de manera que, por su resultado final, el efecto protector de la evitación es mayor que el de la resistencia (de manera que los policías experimentados recomiendan, en casos de este tipo, que es más seguro la retirada).

---

(36) Así también, ERB en MüKoStGB (nota 8), § 32, n. marg. 18.

(37) BT-Drucks, UV/650, p. 157.

(38) ROXIN, ZStW 93 (1981), p. 73 y ss.

(39) ROXIN, "Strafrecht, Allgemeiner Teil" (nota 6), § 15, n. marg. 2.

Cuando pese a todo nuestro Derecho no conoce un deber general de ceder –aunque éste pueda parecer razonable en casos particulares como el expuesto– esto se explica también por el hecho de que razones de prevención general se oponen decididamente a ello. Y es que en caso de que este deber existiera, se permitiría que personas violentas (skinheads, hooligans, extremistas) provoquen la huida de la población pacífica aprovechando la ausencia de las fuerzas policiales, mientras que, según el Derecho vigente, es posible poner coto a tales excesos mediante una resistencia organizada. En tales casos, la resistencia no solamente sirve para proteger al directamente afectado, sino al ordenamiento de la paz en su totalidad.

Igualmente, la concesión de un derecho ilimitado a auxiliar en favor de aquellos atacados dispuestos a ser defendidos permite reconocer que para el legislador también es importante repeler ataques antijurídicos en interés de la generalidad. Tal como informan los medios de comunicación, las instancias estatales honran y premian a aquellas personas que han intervenido valientemente para salvar a otros. También existen iniciativas sociales para promover el auxilio necesario. Así, p. ej., en mi zona de residencia se organizan seminarios(40) destinados a "alentar" a los participantes para que "intervengan en situaciones de emergencia con valor cívico pero sin exponerse a sí mismos al peligro". Hay una "Campaña para el valor cívico en Goslar"(41) que, a nivel de toda la Federación, exhorta a prestar ayuda necesaria para contener la violencia. Todo esto demuestra un fuerte interés social en una legítima defensa efectiva.

Nuevas voces inciden también, con razón, en la importancia del componente supraindividual en la regulación de la legítima defensa. Así, STERNBERG-LIEBEN/STERNBERG-LIEBEN dicen(42): "Ciertamente, el Estado y el ordenamiento jurídico no pueden ser entendidos como fines por sí mismos (...) Aún así, al ordenamiento jurídico le corresponde un legítimo valor propio de poder ser ejercido como libertad fundamental solamente en una sociedad estatalmente pacificada...". El principio de afirmación del

(40) Ver en "Süddeutsche Zeitung" de 06-09-2012.

(41) Ver en "Welt am Sonntag" de 16-09-2012, p. 41.

(42) STERNBERG-LIEBEN/STERNBERG-LIEBEN, JuS 1999, p. 444 y ss. (446).

Derecho no podría "con ello interpretarse como una construcción histórica retrógrada de la época anterior a la Ley fundamental (...) sino como un principio de la Ley Fundamental".

En el mismo sentido, dice KASISKE(43) que la finalidad del principio de afirmación del Derecho "no sería precisamente la protección de un ordenamiento estatal abstracto, por sí mismo, separado de los intereses individuales de los ciudadanos, sino un ordenamiento de la paz que es el que recién hace posible los derechos individuales y que existe en aras de ellos. Por ello, el principio de autoprotección y el de afirmación del Derecho no están ubicados uno al lado del otro de manera desvinculada sino que se condicionan recíprocamente...".

Luego, ¿qué aportan los opositores al principio de afirmación del Derecho en contra de una concepción dualista que incluye aspectos preventivo-generales como la que se acaba de exponer?

En el "Leipziger Kommentar", RÖNNAU/HOHN(44), invocando mi exposición y la de KÜHL(45), corroboran lo siguiente: "En el fondo, la doctrina dominante, al remitir a la afirmación del ordenamiento jurídico, no hace otra cosa que recurrir a la finalidad de la pena de la prevención general positiva. Pero, si el bien jurídico amenazado por el atacante se encuentra bajo protección penal, los defensores de la concepción dualista describen con ello tan solo la circunstancia de que la conducta del atacante está prohibida y que se tiene que reaccionar con una pena ante el quebrantamiento de la norma. Si, por el contrario, el atacante solo actuare antijurídicamente, es casi incomprensible por qué tendrían que jugar algún papel los fines de la pena en el rechazo del ataque".

Pero esta objeción se basa en un gran malentendido. Y es que, en la medida en que la legítima defensa también sirve a finalidades preventivo-generales, no se trata naturalmente de finalidades de la pena. Esto ya lo

(43) KASISKE, Jura 2004, p. 832 y ss. (836).

(44) RÖNNAU/HOHN en LK-StGB, 12a. ed., 2006, § 32, n. marg. 62.

(45) KÜHL, Jura 1990, p. 244 y ss. (247).

he descrito hace décadas[46]: "El que se reconozca que el derecho a la legítima defensa tiene una orientación preventiva no tiene nada que ver con la rechazable tesis de que la legítima defensa tendría carácter 'penal'. No se puede hablar de ello porque no se exige que el ataque sea punible ni que la defensa tenga algo que ver con una punición en sentido jurídico para lo cual los privados no tienen ninguna potestad".

No obstante, el legislador no solamente practica prevención mediante el Derecho penal sino lo hace de manera muy variada; p. ej., mediante el Derecho policial y, cuando no está presente la policía, también reconociendo, bajo el presupuesto de la necesidad de protección individual, un derecho autónomo a los privados para repeler ataques antijurídicos que también sirve a la colectividad. Si la acción de impedir afecciones a bienes jurídicos, que ha sido posible gracias al derecho a la legítima defensa, no solamente surte efectos preventivo-individuales, sino también sirve para preservar la paz social, este es un efecto preventivo-general. Por ello, las objeciones a partir de los fines de la pena son desacertadas.

Las demás dudas contra el principio de afirmación del Derecho orientado preventivo generalmente dirigen sus ataques, en lo esencial, a posiciones que no son para nada defendidas por los partidarios de la concepción dualista de la legítima defensa[47]. Me limitaré aquí a los dos opositores más decididos de la función preventivo-general de la legítima defensa: RENZIKOWSKI y LESCH, quienes, no obstante, cubren ampliamente el espectro de la argumentación.

RENZIKOWSKI[48], siguiendo a KOCH[49], afirma que sería "característico de la doctrina de la afirmación del Derecho" que "se asuman tareas del Derecho en representación de los órganos jurídicos estatales". Como he expuesto al principio, yo siempre he acentuado que la afirmación del Derecho se basa en el fundamento de la protección jurídica individual y no en el traspaso de tareas estatales.

---

(46) ROXIN, ZStW 93 (1981), p. 74 y ss.

(47) Cfr. al respecto ya antes la discusión con GÜNTHER, ver arriba en la nota 30.

(48) RENZIKOWSKI (nota 23), p. 79.

(49) KOCH, ZStW 104 (1992), p. 785 y ss. (791).

Por ello tampoco es correcto[50] que "de esta manera (...) la doctrina dominante desvaloraría la autodefensa (...) como si fuera un 'simple escenario' y que esto contradiría la exigencia constitucional de que el autor no debe ser desnaturalizado como mero objeto de intimidación". Más bien la legítima defensa solamente está permitida dentro del marco de aquello que sea necesario para la defensa individual. No puede hablarse luego de una "desnaturalización hacia un medio de intimidación". Y es que así queda claro que el atacante tiene que soportar las acciones de defensa.

A continuación, RENZIKOWSKI[51] no encuentra respuesta a la cuestión de "por qué la delegación de potestades estatales deba estar vinculada a la lesión de derechos individuales". Pero la cuestión está mal planteada. Y es que no se trata de una "delegación de potestades estatales", sino del ejercicio de un derecho autónomo de defensa que ya como tal tiene efectos preventivo-generales. Cuando RENZIKOWSKI[52] sigue sin poder explicarse "por qué la autodefensa muta de repente hacia una afirmación del Derecho", no se trata de una "mutación", sino de que el rechazo de ataques antijurídicos es simultáneamente apropiado para estabilizar el ordenamiento social pacífico. Queda pues muy claro que una acción puede tener varios efectos.

RENZIKOWSKI[53] continúa afirmando que no sería posible "vincular (...) con la afirmación del ordenamiento jurídico", el que la legítima defensa deba ser inadmisible cuando la víctima "no quiera ser defendida por el tercero dispuesto a ayudarla". Pero allí donde falta el "fundamento" de un interés de autoprotección, tampoco entra en consideración, desde el principio, una "afirmación del Derecho".

Entonces, en última instancia, todos los argumentos de RENZIKOWSKI descansan sobre el desconocimiento de la circunstancia de que la afirmación del Derecho a través de la legítima defensa presupone una necesidad individual de protección. Cuando se reconoce este presupuesto, estos argumentos pierden validez.

---

(50) RENZIKOWSKI (nota 23), p. 93.

(51) RENZIKOWSKI (nota 23), p. 95.

(52) RENZIKOWSKI (nota 23), p. 97.

(53) RENZIKOWSKI (nota 23), pp. 97-98.

LESCH[54] se mueve en terrenos ya conocidos al interpretar primero como "pena" el efecto preventivo de una legítima defensa afirmadora del Derecho. Resultaría "precisamente paradójico que el atacante individual, sin limitaciones por la medida de su culpabilidad y sin tener en cuenta la proporcionalidad, deba pagar por los déficits de socialización dentro de toda la sociedad y deba ser 'penado' bajo la finalidad de que 'otros' infractores potenciales repriman sus tendencias infractoras".

¡Pero en la legítima defensa no se trata de penar al atacante sino de repeler un ataque antijurídico! Y como esta defensa debe ser necesaria para proteger al atacado, no consiste en ningún "pago", sino en un impedimento de daños que preservan el bien jurídico. Si esta defensa motiva a otros a distanciarse de hechos antijurídicos, esto constituye un efecto adicional deseable, pero no tiene nada que ver con una instrumentalización del atacante, a quien LESCH ve de este modo –citando a KANT– "mezclado entre los objetos de los Derechos reales".

Es igualmente desacertada y exagerada la tesis[55] de que al reconocer el principio de afirmación del Derecho, el ciudadano "sería no solamente instituido como policía auxiliar sino incluso en juez auxiliar, contradiciendo con ello no solo el monopolio del poder estatal sino además el principio formal de estado de Derecho". Como el atacado tan solo se defiende por derecho propio y no impone penas como hace el juez, estas malas comparaciones dan una imagen distorsionada y no aportan ninguna crítica al principio de afirmación del Derecho.

LESCH[56] todavía proporciona un argumento más en contra de lo que él denomina como "configuración preventivo-general del derecho a la legítima defensa". Él opina: "Entonces esto podría (...) llevar a que (...) en caso de ataques masivos de bagatela, p. ej., injurias, leves daños a las cosas o hurtos a tiendas, sería posible golpear de manera especialmente 'contundente' mientras que, en caso de ataques graves que tengan un relati-

(54) LESCH (nota 16), p. 86 y ss.

(55) LESCH (nota 16), p. 87.

(56) LESCH (nota 16), p. 86.

vamente reducido peligro de imitación –así, en el homicidio bajo emoción violenta– se tendría que proceder de manera muy cuidadosa, buscando, p. ej., las eventuales posibilidades existentes de eludir el enfrentamiento".

Pero esto tampoco es plausible. Y es que, en primer lugar, en las doctrinas sobre los fines de la pena, a las cuales erradamente se refiere LESCH, las necesidades preventivo-generales dependen menos de la frecuencia de delitos de bagatela que de la gravedad y peligrosidad de un delito. Aún nadie ha tenido la idea de penar delitos de homicidio de manera más leve, porque, p. ej., en comparación con delitos masivos con "carácter de bagatela" solo ocurren de manera relativamente rara y tienen menos efectos de imitación. Y, en segundo lugar, el efecto preventivo-general que pueda desplegar el ejercicio de legítima defensa, está estrictamente vinculado a lo necesario y debido para repeler el ataque, según la regulación del art. 32 StGB, garantizando con ello que no se cometan excesos preventivo-generales.

Luego, las cosas quedan como están: la legítima defensa se basa en el principio de la protección individual ante ataques antijurídicos, pero en este marco también sirve a la "afirmación del Derecho" al resultar apropiada, a través de las potestades de defensa otorgadas, para contener ataques antijurídicos y, con ello, contribuir a garantizar la paz jurídica. Es otra cosa que se tratará a continuación el si el principio de afirmación del Derecho, además de esta función complementaria del principio de protección, también tenga una función autónoma que influya en la magnitud de la potestad de legítima defensa.

IV. LA "CONTUNDENCIA" DE LA LEGÍTIMA DEFENSA Y EL PRINCIPIO DE AFIRMACIÓN DEL DERECHO

Bajo la "contundencia" [Schneidigkeit] de la legítima defensa se entiende sobre todo la circunstancia de que su ejercicio no está vinculado al principio de proporcionalidad y que, por regla general, no se impone ningún deber de ceder al atacado. Según una opinión difundida, esta contundencia sería sobre todo un efecto del principio de afirmación del Derecho.

Así, RÖNNAU/HOHN[57] escriben –por cierto, sin problematizar esto– sobre el principio de afirmación del Derecho: "Bajo el trasfondo de esta concepción se puede explicar sin problemas por qué el art. 32 tiene que renunciar por principio a la observancia de los límites de la proporcionalidad y el atacado no tiene que optar por la huida. Como el interés en la preservación de la validez del ordenamiento jurídico es por principio inmensamente elevado, son preponderantes los intereses de parte del defensor por regla general también cuando con ello no se preservare de daños a bienes jurídicos individuales especialmente importantes (...) Bajo el entendimiento dualista de la legítima defensa, el aspecto supraindividual es responsable de la contundencia de la legítima defensa".

También PERRON[58] dice: "El que el art. 32 pueda ser explicado no solamente mediante el principio de protección individual sino únicamente agregando el principio de afirmación del Derecho, muestra la especial 'contundencia' del derecho a la legítima defensa". Incluso KÜHL[59], el venerable homenajeado, se muestra partidario de la opinión: "Tiene fuerza convincente la doctrina dualista de la legítima defensa sobre todo porque ella (...) explica de la mejor manera el rigor del derecho a la legítima defensa".

A mí me parece errónea esta concepción que introduce un elemento autoritario estatal en el derecho a la legítima defensa, y quizás precisamente ello ha contribuido a que varios autores rechacen el principio de afirmación del Derecho. Y es que en ninguna parte la legítima defensa, con motivo de intereses individuales, va más lejos de aquello que sea necesario para una protección efectiva del bien jurídico atacado. Cuando, p. ej., el propietario solamente mediante un disparo (con las lesiones corporales de consideración que ello pudiera acarrear) pudiera evitar que el ladrón escape con el botín, si bien la afección de la defensa es más grave que la pérdida potencial de la propiedad, por otro lado, la protección de la propiedad

(57) RÖNNAU/HOHN en LK-StGB (nota 44), § 32, n. marg. 66.

(58) PERRON en SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 28a. ed., 2010, § 32, n. marg. 19.

(59) KÜHL, JuS 1993, p. 181.

no era posible de otro modo. Entonces, la "contundencia" de la legítima defensa no se basa precisamente en requisitos especiales de la afirmación del Derecho sino en la fuerte protección individual del Derecho vigente.

La mayor parte de los defensores de una legítima defensa basada únicamente en la protección individual confirman mi diagnóstico mediante las fundamentaciones que dan al principio de protección. Es frecuente el argumento que parece haber hecho por primera vez MITSCH(60): "No hay ninguna razón para proteger al atacante en tanto éste, interrumpiendo su ataque, esté en situación de protegerse por sí mismo de medidas defensivas peligrosas". FRISTER(61) ha deducido de esta circunstancia la no-existencia de un deber de solidaridad: "La falta de un requisito de proporcionalidad se explica por el hecho de que (...) en principio, ante la falta de una situación de necesidad del atacante, no interviene la idea de solidaridad entre las personas, y con ello entra a tallar sin restricciones el principio de autonomía del individuo".

Un segundo argumento se refiere a que el conflicto solamente se remonta al atacante. Así, FREUND(62) enfatiza: "La razón material decisiva para la (...) preeminencia de los intereses del atacado radican en la plena y exclusiva responsabilidad del atacante por la grave situación de colisión". También KÜHL(63) quiere complementar la teoría dualista de la legítima defensa que él defiende "mediante el principio de responsabilidad". En la misma dirección apunta KUHLEN(64), con la observación de que el ataque antijurídico reduciría "drásticamente el merecimiento de protección de los bienes del atacante".

De manera parecida, RENZIKOWSKI(65) resume su concepción de la legítima defensa con las siguientes palabras: "Aquel que no cumpliere con su deber de no lesionar la esfera jurídica ajena, tampoco podrá exigir

(60) MITSCH, GA 1986, p. 545.

(61) FRISTER, GA 1988, p. 303.

(62) FREUND, "Strafrecht, Allgemeiner Teil" (nota 9), § 3, n. marg. 92.

(63) KÜHL, "Strafrecht, Allgemeiner Teil" (nota 1), § 7, n. marg. 19.

(64) KUHLEN, GA 2008, p. 286.

(65) RENZIKOWSKI (nota 23), p. 321.

al afectado que éste respete el deber que tiene de no afectar la esfera del lesionador". En una variante de esta idea, HOYER(66), con ayuda de una fundamentación de la teoría contractual, no se basa en la responsabilidad del atacante, sino en que el Estado no cumpla con su responsabilidad: "Si el ordenamiento jurídico no puede cumplir con la parte que le corresponde ('protección ante ataques antijurídicos contra el bien jurídico') (...) no podrá seguir exigiendo tampoco que el atacado, al defenderse del atacante deba tener cuidado con los bienes jurídicos de éste. El atacado (...) según el art. 32, está facultado para cometer infracciones jurídicas sin tener que considerar la proporcionalidad".

De todo esto resulta que la "contundencia" de la legítima defensa puede ser explicada, bajo numerosos puntos de vista, a partir del principio de la protección individual. No necesita para ello del principio de afirmación del Derecho.

Por el contrario: el hecho de que la regulación de la legítima defensa renuncie a la proporcionalidad está en contradicción con el hecho de que el principio de proporcionalidad siempre tenga validez cuando se trata de la prevención de peligros por parte del Estado, lo cual sirve de manera ejemplar a la afirmación del Derecho(67).

También da que pensar que BERNSMANN(68), la voz solitaria que clama por la inadmisibilidad de la legítima defensa mortal en caso de ataques que no amenazaren la vida, invoque para ello precisamente el principio de afirmación del Derecho: "Esto no contradice la idea de la afirmación del Derecho. Por el contrario: excluir en estos casos la legítima defensa mortal se basa en el respeto de las obligaciones de protección del estado derivadas del ordenamiento valorativo constitucional, así como en consideraciones de política jurídica que están al servicio de reducir la disposición general a la agresividad". Voy a dedicar mi atención a estos aspectos de la afirmación del Derecho en la parte final de mi análisis.

---

(66) HOYER, JuS 1988, p. 92.

(67) Cfr. tan solo FRISTER, GA 1988, p. 297 y ss.

(68) BERNSMANN, ZStW 104 (1992), p. 290 y ss. (326).

V. LAS "RESTRICCIONES ÉTICO-SOCIALES" Y EL PRINCIPIO DE AFIRMACIÓN DEL DERECHO

Mi tesis es la siguiente: la importancia autónoma del principio de afirmación del Derecho no radica en el agravamiento sino en las restricciones ético-sociales de las potestades de la legítima defensa. Ya anteriormente(69) he dicho: "El principio de protección es inflexible en la medida en que siempre permanece igual lo que es necesario para repeler un ataque antijurídico. El si el ataque se había producido sin culpa o había sido provocado, o si era mínimo o estaba dentro del marco de una relación de garantía: nada de esto tiene ninguna influencia en la afección inminente del bien jurídico atacado.

Luego, es precisamente el principio de protección individual lo que promueve la inflexibilidad y contundencia del derecho a la legítima defensa mientras que la idea de afirmación del Derecho hace posible su flexibilización. Y es que la cantidad de violencia permitida para imponer el Derecho (o sea, su "afirmación") depende de los efectos que tengan las valoraciones de todo el ordenamiento jurídico ante determinadas constelaciones de casos. Los ataques de bagatela, los producidos sin culpa y los provocados de manera antijurídica, al igual que las estrechas relaciones entre los sujetos, por razones de reducidas necesidades de afirmación del Derecho exigen consideraciones que no son obligatorias cuando se trata de ataques graves, plenamente responsables, no provocados y por parte de un atacante que no tiene relación con el atacado.

Por cierto que esto no deja de ser polémico. Así, NEUMANN(70) sostiene la concepción de que el ordenamiento jurídico "como principio de estructuración de la acción social bajo las categorías de derecho e injusto" escaparía a "cualquier compensación entre intereses en colisión; aquí: los intereses del atacante". "Si el derecho a la legítima defensa va a defender el ordenamiento jurídico, entonces está necesariamente vinculado a las valoraciones de este ordenamiento jurídico; tan solo podrá

(69) ROXIN, ZStW 93 (1981), p. 76.

(70) NEUMANN (nota 18), pp. 222-223.

considerar los intereses del atacante en la medida que estos intereses (...) sean valorados como conformes con el derecho". "Desde la perspectiva de la afirmación del ordenamiento jurídico", se vería "al atacante como un factor perturbador mas no como persona con intereses propios que también merecen protección en el momento de un ataque. La idea de la proscripción [Friedlosigkeit] tiene correspondencia (...) con el siguiente modelo: el atacante se coloca por sí mismo fuera del ordenamiento jurídico y por ello tiene que cargar con las consecuencias". Las restricciones ético-sociales podrían fundamentarse mayoritariamente(71) "no internamente, a partir de los principios básicos del derecho a la legítima defensa, sino solo externamente, desde otros principios contrapuestos".

Pero a mí no me parece razonable reducir la institución de la legítima defensa a las categorías formales de derecho e injusto. Más bien, el "ordenamiento jurídico" debería ser afirmado a través de ella considerando todos los criterios relevantes para la valoración. Esto también pone en relieve los "principios contrapuestos" que menciona NEUMANN. Por supuesto que nuestro ordenamiento jurídico tampoco conoce la "proscripción" y también trata a un atacante antijurídico no como mero "factor perturbador", sino como "persona" con "intereses dignos de protección".

En este sentido, JAKOBS(72) habla de "restricciones de la magnitud que pueda tener la defensa permitida a partir de diversas razones, las cuales apuntan en su totalidad a una solidaridad (mínima) con el atacante". Esta solidaridad mínima es, como también enfatiza JAKOBS(73), un elemento básico de la afirmación del Derecho: "Esta fórmula abarca la limitación de la legítima defensa contra atacantes sin culpabilidad que, según la doctrina difundida, estaría permitida. Para los ataques mínimos deberá agregarse que la afirmación del Derecho no es deseada a cualquier precio. Esto tendría que corresponderse con la fórmula aquí empleada de la solidaridad mínima".

(71) NEUMANN (nota 18), p. 226.

(72) JAKOBS, "Strafrecht, Allgemeiner Teil" (nota 13), 12/2.

(73) JAKOBS, "Strafrecht, Allgemeiner Teil" (nota 13), 12/47, nota 101.

Hay que añadir que el legislador de la Segunda Ley de Reforma Penal, al reintroducir el elemento de la "necesidad" en el art. 32 StGB, que había sido eliminado tanto por el Proyecto de 1962 como el Anteproyecto de 1966, ha destacado expresamente la necesidad de limitaciones ético-sociales como componente del derecho a la legítima defensa(74). Todas estas restricciones son expresiones de un interés en la afirmación del Derecho que está disminuyendo o eventualmente retirándose.

No es convincente la opinión no raras veces manifestada(75) en el sentido de que las limitaciones ético-sociales a la legítima defensa no satisfarían las exigencias constitucionales de taxatividad (art. 103, párrafo 2 GG) y que, por ello, no podrían ser reconocidas. Ciertamente, el concepto de "carácter necesario" que emplea el legislador en el art. 32, párrafo I StGB, no tiene por sí solo suficiente fuerza expresiva. Pero en el ordenamiento jurídico sí existen puntos de apoyo más o menos concretos para las restricciones ético-sociales a las cuales el legislador remite. No es posible comentar en detalle estas restricciones en el marco del presente artículo(76). Pero, a partir del ordenamiento jurídico, es claramente posible fundamentar un tratamiento más atenuado del atacante en los grupos de casos que han sido tomados en consideración para ilustrar las restricciones a la legítima defensa.

Esto rige, en primer lugar, para el atacante que actuare sin culpabilidad (niños, inimputables, sujetos bajo error o exculpados según los arts. 33 o 35 StGB [estado de necesidad exculpante]). Y es que allí donde el legislador renunciare a la prevención mediante pena, por supuesto que también es menor el interés preventivo (es decir: la afirmación del Derecho) vinculado con el rechazo del ataque, de manera que resulta apropiado ceder, solicitar ayuda de otros o incluso tolerar afecciones ligeras. Estas restricciones siguen siendo necesarias incluso cuando la imputabilidad solo estuviere considerablemente reducida (art. 21 StGB) o el autor actuare, sin ser hostil al Derecho, bajo un error vencible. Y es que aquí el ordenamiento jurídico reduce su reacción.

---

(74) Cfr. ROXIN ZStW 93 (1981), p. 79.

(75) Ver las refs. en ROXIN, "Strafrecht, Allgemeiner Teil" (nota 6), § 15, n. marg. 56, nota 123.

(76) Más detalles en ROXIN, "Strafrecht, Allgemeiner Teil" (nota 6), § 15, n. marg. 55-107.

También en las provocaciones antijurídicas por parte del atacado existen alusiones legales claras en el sentido de que el ordenamiento jurídico tiene consideración con la situación del atacante. JAKOBS(77) remite con razón a los arts. 33 [superación de los límites de la legítima defensa], 213, primer caso [homicidio bajo emoción violenta], del StGB, donde el provocador es liberado de pena o, en caso de homicidio, recibe una considerable atenuación de pena. Es decir, ya las valoraciones legales han trazado el camino para que esto, en la legítima defensa, tenga los mismos efectos que en ataques sin culpabilidad o con culpabilidad reducida.

El que en caso de ataques no considerables, la defensa deba situarse dentro del marco de la proporcionalidad, o sea que, a diferencia de lo que todavía el Tribunal del Reich admitía(78), no esté permitido disparar al ladrón de frutas que escapa con el botín, se deriva del consenso unánime en la actualidad sobre los requisitos de todo ordenamiento jurídico humano. Tal como afirmaba KREY(79) ya hace décadas, el principio de defensa material no se vería "afirmado sino pervertido si en la actualidad se permitiera disparar, bajo legítima defensa, a un ladrón de huevos". En el mismo sentido, también opina KASISKE(80): "Al fin de cuentas, una acción de defensa totalmente desproporcionada puede alterar de manera mucho más fuerte la paz jurídica que el tolerar afecciones mínimas al bien jurídico aun cuando estas ocurrieran de manera antijurídica". Pero, en caso de hechos de bagatela, el interés considerablemente reducido en la afirmación del Derecho también se deriva del Derecho escrito que en el art. 153 StPO [principio de oportunidad] permite renunciar, en tales casos, a la persecución penal.

En ataques dentro del marco de relaciones de garantía (especialmente dentro del matrimonio), puede deducirse, a partir de la recíproca posición de garantía de protección, una reducción hasta los niveles proporcionales de defensa cuando una de las parejas tuviera un exabrupto aislado motivado

(77) JAKOBS, "Strafrecht, Allgemeiner Teil" (nota 13), 12/49.

(78) T. Reich, s. penal, tomo 55, p. 82 y ss.

(79) KREY, JZ 1979, p. 714.

(80) KASISKE, Jura 2004, p. 837.

por un conflicto; este nivel reducido permanecerá todo el tiempo que se mantenga el matrimonio o cualquier otro vínculo de comunidad vivencial.

De la idea jurídica del art. 2, párrafo 1 de la Convención de Derechos Humanos (MRK) –puede extraerse aun cuando esta disposición solamente afecte de manera directa los deberes de los órganos estatales– que deben rechazarse las acciones de matar intencionadamente seres humanos para defender objetos materiales como medio de afirmación del ordenamiento jurídico.

Según todo esto puede decirse resumidamente que el principio de afirmación del Derecho tiene gran importancia autónoma en las restricciones ético-sociales de la legítima defensa. Esto es raramente reconocido en toda su plenitud en la literatura. Excepción notable es la constituida por BEULKE(81) quien dice: "Hasta el siglo XIX, la concepción de la legítima defensa, de fuerte corte individualista-liberal con una protección de bienes jurídicos lo más amplia posible, estaba en primer plano, mientras que en la discusión posterior precisamente el principio de la afirmación del Derecho, que puede limitar en casos concretos la contundencia de la legítima defensa, ha ganado importancia".

La tesis de la fuerza limitadora de la legítima defensa que tiene el principio de afirmación del Derecho se ve confirmada por el hecho de que los modernos defensores de una concepción que se centra únicamente en la protección individual, o bien rechazan estas restricciones o, para fundamentarlas, tienen que recurrir al reducido interés en la afirmación del derecho aunque en forma sofisticada. Esto será demostrado aquí de la mano de algunos ejemplos.

Así, RENZIKOWSKI(82), quien se aproxima mucho a los defensores de la concepción de la legítima defensa centrada en la única protección del atacado y que, en todo caso, es un opositor decidido de la idea de afirmación del Derecho, afirma lo siguiente: "No pueden reconocerse restricciones

(81) BEULKE en WESSELS/BEULKE/SATZGER, "Strafrecht, Allgemeiner Teil", 43a. ed., 2013, n. marg. 324a.

(82) RENZIKOWSKI (nota 23), p. 322.

ético-sociales a la legítima defensa". FRISTER[83] enfatiza que según la concepción de legítima defensa que él postula no podría "fundamentarse, a partir de la idea fundamental de la legítima defensa, una restricción al derecho a la legítima defensa en caso de ataques provocados". Y también en caso de ataques dentro de una estrecha comunidad vivencial tendría que "rechazarse a partir de la idea básica de la legítima defensa"[84] alguna restricción del derecho a la legítima defensa. También MITSCH[85] quiere negar "cualquier importancia para el derecho a la legítima defensa (...) a la desproporción (...) entre las consecuencias del ataque y las de la defensa". Lo mismo regiría para la provocación antijurídica[86]: "Quien no se domina a sí mismo y ataca al provocador, actúa bajo peligro propio. Él deberá cargar con las consecuencias respaldadas por el derecho a la legítima defensa que tiene el atacado". PUPPE[87] rechaza restringir la legítima defensa en el marco de deberes de garantía y en caso de provocaciones antijurídicas. LESCH[88] opina "que no es posible legitimar una restricción del derecho a la legítima defensa (...) solo bajo el aspecto de la desproporcionalidad".

Las voces citadas permiten reconocer que no se puede deducir límites claros a la legítima defensa a partir del principio de protección individual y su fundamentación. Dado que en ataques inculpables no encajan las fundamentaciones válidas para la protección irrestricta (la única responsabilidad del atacante que puede interrumpir el ataque en cualquier momento), los defensores de esta concepción suelen exigir un ataque culpable o incluso dolosamente culpable para admitir la legítima defensa[89]. Pero esto no es compatible con el tenor de la ley y tan solo constituye una mala compen-

(83) FRISTER, GA 1988, p. 310; en otro lugar ("Strafrecht, Allgemeiner Teil", nota 10, 16/33) remite a la "actio illicita in causa".

(84) FRISTER, GA 1988, p. 309.

(85) MITSCH en BAUMANN/WEBER/MITSCH, "Strafrecht, Allgemeiner Teil" (nota 17), § 17, n. marg. 36.

(86) MITSCH en BAUMANN/WEBER/MITSCH, "Strafrecht, Allgemeiner Teil" (nota 17), § 17, n. marg. 38.

(87) PUPPE, "Strafrecht, Allgemeiner Teil" (n. marg. 20), § 12, n. marg. 129 y ss.

(88) LESCH (nota 16), p. 108.

(89) Más detalles en ROXIN, "Strafrecht, Allgemeiner Teil", (nota 6), § 15, n. marg. 17 y ss.

sación por la incapacidad de fundamentar una restricción inmanente a la legítima defensa.

Allí donde los partidarios de una concepción de legítima defensa basada exclusivamente en la protección individual aceptan, pese a todo, restricciones ético-sociales, llegan finalmente a reconocer un interés reducido en la afirmación del Derecho. También esto será demostrado con algunos ejemplos.

Para el criterio empleado por JAKOBS de la solidaridad mínima, él mismo ha indicado, como se ha expuesto, que ello se correspondería con la retirada del principio de afirmación del Derecho. Cuando LESCH(90) afirma que en las restricciones a la legítima defensa frente a niños, inimputables y sujetos inculpables que actuaren claramente bajo error, no se trataría de la retirada de un interés en la afirmación del Derecho sino únicamente de la cuestión de "qué límites jurídico-sociales son trazados a los derechos de los atacados", con ello él desconoce que precisamente el esencialmente disminuido interés en la afirmación del Derecho fuerza a los "límites jurídico-sociales" (es decir, las restricciones ético-sociales).

KUHLEN(91) opina que las restricciones de las facultades defensivas del atacado podrían fundamentarse para una teoría individualista de la legítima defensa con que el "merecimiento de protección" del atacante se vería menos reducida (en los inculpables o los que actúan bajo error no culpable) o que los intereses del atacado tendrían menos merecimiento de protección (en las provocaciones antijurídicas o los ataques mínimos). Pero es fácil ver que el "merecimiento de protección" no describe lo necesario para una protección efectiva sino que se trata de un criterio normativo que reenvía al interés del ordenamiento jurídico. KUHLEN mismo opina que su concepción puede ser "entrar en armonía" con la idea de la afirmación del Derecho.

Según VON DER PFORDTEN(92), en los casos de restricciones a la legítima defensa, no se ve suspendida la comunidad entre atacante y defensor

(90) LESCH (nota 16), p. 103.

(91) KUHLEN, GA 2008, p. 286.

(92) VON DER PFORDTEN (nota 22), p. 312.

sino experimenta a lo sumo una restricción. Esto guarda correspondencia con el principio de la solidaridad mínima y la reducción concordante con ello del interés en la afirmación del Derecho.

Por último, PUPPE[93], en los casos de marcada desproporcionalidad entre bien preservado y bien intervenido, recurre al principio del abuso de derecho: "Se abusa del derecho a la legítima defensa cuando el interés defendido contra el atacante se encontrare fuera de toda relación con la intervención defensiva necesaria en el bien jurídico de éste". Pero con "abuso de derecho" tan solo se caracteriza la defensa que no estuviere cubierta por un interés suficiente en la afirmación del Derecho.

De lo expuesto se puede extraer que, a partir de la teoría de la protección individual, no es posible obtener un principio unitario de las restricciones a la legítima defensa. Esto ha llevado a que los defensores de esta teoría rechacen muchísimo más las restricciones ético-sociales que los partidarios de la concepción dualista de la legítima defensa. Los seguidores de una legítima defensa basada únicamente en el principio de protección individual probablemente no verán en ello ninguna objeción contra su doctrina sino una ventaja. Pero deberá pensarse que el Derecho alemán, tal como muestra la amplia comparación jurídica en el Leipziger Kommentar[94], presenta por lo visto a nivel internacional "de manera única (con excepción del Derecho austriaco) una especial severidad en las potestades de la legítima defensa"[95], y que también la población alemana, mayoritariamente considera apropiado un uso mesurado del derecho a la legítima defensa[96]. Por ello, uno debería desarrollar los casos de restricciones a la legítima defensa mediante un aflojamiento moderado del interés en la afirmación del derecho en vez de elevar el principio de protección a criterio único de la legítima defensa.

---

(93) PUPPE, "Strafrecht, Allgemeiner Teil" (nota 20), § 12, n. marg. 17.

(94) RÖNNAU/HOHN en LK-StGB (nota 44), § 32, n. marg. 6-61.

(95) RÖNNAU/HOHN en LK-StGB (nota 44), § 32, n. marg. 50.

(96) AMELUNG/KILIAN, FS Schreiber (2003), p. 3 y ss.

VI. CONCLUSIÓN

Con esto se confirma la tesis de KÜHL(97): "Es preferible (...) la teoría dualista de la legítima defensa". Según la concepción aquí defendida, esto significa: la legítima defensa se basa en el principio de la protección individual. Pero en su marco también sirve a la afirmación del Derecho, es decir, a la finalidad preventivo-general de impedir ataques antijurídicos y garantizar el ordenamiento social pacífico. Frente al principio de la protección individual, el de la afirmación del Derecho obtiene una importancia separada por el hecho de que las restricciones ético-sociales de las potestades de la legítima defensa pueden explicarse a través de la reducción del interés en afirmar el Derecho. De esta manera se colocan límites a la exageración de los intereses de protección.

Con ello he llegado al final de mi análisis que dedico con mucho afecto a KRISTIAN KÜHL, el honorable homenajeado. KRISTIAN KÜHL es un gran dogmático (de una especial brillantez didáctica) y filósofo del Derecho, de quien nuestra ciencia puede estar orgullosa. ¡Ojalá le sean dados suerte, salud y fuerza creativa por muchos años más!

(97) KÜHL, JuS 1993, p. 182.

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

I. INTRODUCCIÓN

KNUT AMELUNG, el honorable homenajeado, es uno de mis discípulos más tempranos. Lo conocí en mi época de Gotinga cuando él era aún estudiante universitario. Como es conocido, más tarde, aunque él trabajaba como asistente de la cátedra de Derecho Público de Peter Badura, hizo su trabajo doctoral conmigo sobre "Protección de bienes jurídicos y protección de la sociedad", obra que aún en la actualidad es de conocimiento básico en la materia. En aquella época, valoré su trabajo con la nota "summa cum laude" y en mi voto destaqué que tenía el rango científico que se exige a un trabajo de habilitación. Mi opinión no fue la única, así que AMELUNG fue llamado a cubrir una cátedra ya sobre la base de su trabajo doctoral.

En los años posteriores, él ha compensado con creces la falta del trabajo de habilitación a través de trabajos monográficos en una cantidad que actualmente es extraño encontrar entre los catedráticos. Todos ellos se destacan por su claridad, perspicacia, pronunciada autonomía y fructífero procesamiento de aspectos filosóficos, de Derecho público y sociología jurídica. En lo material estoy de acuerdo con él en muchos puntos, pero

(*) Título original: "Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut", publicado en LH a Knut Amelung, Berlín, 2009, pp. 269-286.

no en todos, ni siquiera tampoco en los puntos centrales. Así, p. ej., si bien mi interpretación de la inducción como "exhortación" ha encontrado una brillante ratificación en un reciente análisis profundo de AMELUNG(1), no obstante, pese a todo el reconocimiento de su calidad científica, no he podido concordar con la concepción sistémico-teórica de la fundamentación penal que él expusiera ya en su trabajo doctoral(2) .

Un tema sobre el cual discutimos desde hace tiempo es el consentimiento. Para mí y los seguidores de una opinión en expansión, el consentimiento válido lleva a la exclusión del tipo, mientras que Amelung defiende desde hace décadas el efecto meramente justificante del consentimiento(3) y ha reafirmado no hace mucho que su concepción sería "éticamente superior" a la mía en el caso de las lesiones corporales(4). Está de su parte la doctrina aún dominante. Frente a esto, me parece razonable exponer una vez más mi posición, precisándola, y tratando al mismo tiempo con algo más de detalle las objeciones planteadas por AMELUNG y otros.

Ciertamente es polémico que la clasificación sistemática del consentimiento tenga la importancia que le otorga la literatura penal, porque hoy en día existe amplio consenso en que no depende de ello el tratamiento de los defectos volitivos del consentidor(5). Cuando, siguiendo a la doctrina dominante, se considera que la suposición errónea de los presupuestos materiales de una causa de justificación excluye el dolo, tampoco juega ningún papel para el tratamiento de las cuestiones de error el que se

(1) AMELUNG, "Die Anstiftung als korrumpierende Aufforderung zu strafbedrohtem Verhalten", LH Fr.-Fr.-Schroeder, 2006, p. 147 y ss.

(2) Cfr. tan solo ROXIN, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", tomo I, 4a. ed., 2006, § 2, n. marg. 116.

(3) Así, cfr. tan solo sus monografías: "Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes", 1981, p. 26 y ss., así como "Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten", 1998, pp. 25-30 (análisis crítico de mi posición).

(4) AMELUNG/LORENZ, "Mensch und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung", LH Otto, 2007, p. 527 y ss., 531.

(5) Las monografías más importantes sobre este tema son provistas por AMELUNG (ver arriba, nota 3, 1998) y RÖNNAU, "Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht", 2001.

evalúe que el consentimiento excluye el dolo u opera como causa de justificación. Es por ello comprensible que ARZT diga(6): "La energía gastada en la parte general, con la cual, p. ej., se discute si la aprobación de la víctima... deba pertenecer a la categoría de la exclusión del tipo o de la justificación, tiene algo de querulante".

Por otro lado, la polémica atañe a conceptos centrales del Derecho penal, tales como tipo, autonomía de la personalidad y bien jurídico, los cuales deberían ser concebidos de la manera más clara y materialmente objetiva posible. Y por lo menos a partir de ciertos puntos de partida, a la cuestión sobre la naturaleza jurídica y ubicación sistemática del consentimiento también le corresponderá una importancia práctica. Desde la perspectiva de la teoría estricta de la culpabilidad, esto rige tanto para la suposición errónea de un consentimiento, como para el desconocimiento de un consentimiento que en realidad existía. En sus más recientes publicaciones sobre el tema(7), AMELUNG también reprocha a mi concepción que presentaría "vacíos de protección", "los cuales –si se quiere– resultan ser inhumanos", tal como él, a la inversa, también critica que mis tesis tendrían por consecuencia una punibilidad demasiado amplia y arribaría "cerca de la afirmación (...) de que habría lesiones corporales sin haberse lesionado un cuerpo"(8). Frente a esto me parece que está justificado reabrir amigablemente el debate. En esto se tendrá en cuenta la advertencia hecha por ARZT, pues más adelante me referiré preferentemente a nuevos autores y prescindiré de desarrollar otra vez en todos sus detalles los argumentos ya conocidos.

(6) ARZT, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft zwischen Studentenberg und Publikationsflut", Libro-Conmemorativo (GS) Armin Kaufmann, 1989, p. 839 y ss., 875.

(7) AMELUNG/LORENZ, LH Otto, 2007, pp. 527 y 530.

(8) AMELUNG/LORENZ, LH Otto, 2007, pp. 527 y 533. La palabra utilizada en el texto ha sido evidentemente un error de impresión [n. d. t.: en alemán el texto citado de AMELUNG/LORENZ decía "Versehung" en vez de "Versehrung". El primer término puede ser entendido, en el contexto, como "equivocación" o "dotación", lo cual no tiene sentido].

II. LAS RAZONES CENTRALES A FAVOR DEL EFECTO EXCLUYENTE DEL TIPO DEL CONSENTIMIENTO

1. El cumplimiento del tipo como lesión (o puesta en peligro) de bienes jurídicos

Si, dentro de la amplia categoría de un tipo de injusto total, uno quisiera diferenciar entre niveles autónomos del tipo y de la justificación, entonces esto solo puede ser razonablemente hecho de tal manera que en el tipo se vea encarnada una lesión (o eventualmente puesta en peligro) del bien jurídico pertinentemente protegido, mientras que las causas de justificación, sobre la base de una ponderación legal de intereses superiores, entren a tallar en casos de colisión de intereses. Dicho de otra manera: el tipo se completa cuando el portador del bien jurídico es palpablemente lesionado de una forma típicamente delictiva. Se excluye la antijuricidad de un actuar que ha cumplido con el tipo cuando el legislador, en aras de objetivos de mayor valor, quiere excepcionalmente permitir tales perjuicios.

Sobre la base de esta diferenciación, es imposible que un consentimiento válido del portador del bien jurídico pueda ser una mera causa de justificación(9). Cuando alguien, en el marco de la libertad que le otorga la ley, dispone de su propiedad o de su cuerpo, p. ej., encargando a un jardinero que pode su cerco, o a un peluquero que le corte el pelo, estos servicios solicitados no implican ningún perjuicio para el titular del bien jurídico y, por ello, no pueden completar el tipo de los artículos 303 y 223 StGB. Más bien el portador del bien jurídico tan solo hace uso de sus posibilidades de configuración personal de la vida que le concede el bien jurídico. Cuando el art. 903 del Código Civil alemán subraya que los propietarios podrían "proceder discrecionalmente con el bien", el hecho de hacer uso de los derechos de propiedad haciendo participar a

(9) Las razones detalladas que aquí no quiero repetir han sido expuestas en mi manual (ver arriba, nota 2), § 13, n. marg. 12 y ss., así como por los numerosos autores que defienden desde hace tiempo la exclusión del tipo; un listado de estos autores puede encontrarse en ROXIN (arriba, nota 2), § 13, n. marg. 19.

terceros no puede ser interpretado sin más como lesión de la propiedad a través de éste. Y para el uso del propio cuerpo rige lo mismo dentro de los límites trazados por los arts. 226 y 228 StGB.

Entonces, el bien jurídico no solamente está compuesto por su substrato real, sino también por una parte de autonomía personal encarnado en aquel. Quien ayudare al portador del bien jurídico, según los deseos de este, en el empleo legalmente permitido de sus bienes jurídicos no puede realizar ningún tipo penal en tanto se quiera reconocer a la realización típica alguna relevancia penal (sin la cual el concepto no tendría sentido).

2. La falta de cualquier elemento justificante en el consentimiento

Pero, en un consentimiento eficaz no solamente faltan todos los criterios para la realización del tipo. Tampoco está presente ninguno de los elementos de una causa de justificación. No existe ninguna colisión de intereses contrapuestos cuando los actuantes actuaren según la voluntad y en interés del portador del bien jurídico. Por ello, tampoco importa la exigibilidad de conducta según parámetros legales, sino la libre y discrecional decisión del portador del bien jurídico(10).

3. Actuación propia y actuación de terceros a solicitud del portador del bien jurídico no fundamentan, en el marco de la libre disponibilidad, una diferencia socialmente relevante

Desde el punto de vista de la realidad de la vida, una conducta indudablemente atípica y una cubierta por el consentimiento tampoco merecen una evaluación diferente, mientras que p. ej. –para recurrir al viejo ejemplo de WELZEL– la conducta atípica de matar una mosca y la muerte de un ser humano en legítima defensa constituyen dos sucesos totalmente heterogéneos.

(10) El intento de HIRSCH por equiparar la exigibilidad con una decisión arbitraria del portador del bien jurídico, no acierta con el sentido del elemento de la exigibilidad; al respecto ver RÖNNAU (arriba, nota 5), p. 146 y ss.

Por el contrario, bajo aspectos penales, no fundamenta ninguna diferencia valorativa el si yo mismo me corto mis cabellos o los hago cortar por otro. Por ello, tampoco existen motivos para admitir un delito de lesiones o daños en el segundo caso, cuando ello es inimaginable para el primer caso. Tampoco puede razonablemente hacer ninguna diferencia en la valoración jurídica el que en vuelos intercontinentales, para evitar el peligro de una trombosis, yo mismo me aplique la inyección o, debido a mi incapacidad para hacerlo, se lo pida a mi esposa. Cuando en la víspera de la boda el dueño de casa, siguiendo una vieja costumbre, coloca vajilla de porcelana para que sea destruida, para la evaluación del sistema penal de la conducta destructiva no puede importar el si él mismo hace añicos toda la vajilla o le pide a otros invitados que participen en la destrucción.

No se necesitan más ejemplos para reconocer que no puede ser fin de los esfuerzos sistematizadores penales, colocar conductas socialmente equivalentes, totalmente inobjetables y que no afectan a los bienes jurídicos de nadie, en diferentes niveles del sistema penal.

4. La falta de imputabilidad objetiva de una conducta cubierta por el consentimiento

Recientemente, KINDHÄUSER(11) llama la atención sobre otro importante punto de vista. Resalta que el tratamiento del consentimiento como causa de justificación provendría de una época "en la que la doctrina de la imputación objetiva no había adquirido, en lo más mínimo, su actual forma, y en la que las restricciones al tipo todavía no se hacían bajo el aspecto de la falta de competencia del autor por el riesgo". Con razón, él entiende el consentimiento como "asunción de responsabilidad por la intervención en sus propios bienes" y arriba al resultado de que ella tendría que ser "comprendida como caso especial de exclusión de imputación objetiva del tipo": "con el consentimiento, el legitimado asume la competencia por los acontecimientos que causaren el resultado".

(11) KINDHÄUSER, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 2a. ed., 2006, § 12, n. marg. 4.

En efecto, si la acordada autopuesta en peligro a través de otro puede ser interpretada como una asunción de riesgos que excluye el tipo objetivo –y esta figura jurídica que yo he propuesto tiene un amplio reconocimiento en la actualidad[12]–, no deberá regir algo distinto para el consentimiento.

III. LOS ARGUMENTOS CENTRALES DE LA SOLUCIÓN DE LA JUSTIFICACIÓN

Los argumentos expuestos anteriormente de manera resumida y que están a favor de que el consentimiento tendría un carácter excluyente del tipo, parecen ser inobjetables. Pero, ¿cuáles son las razones que hacen que la opinión todavía mayoritaria siga admitiendo una causa de justificación? Casi todos los nuevos autores defienden un punto de vista formulado de manera autónoma; aquí no se pueden tratar todos los detalles[13]. Pero hay dos argumentos contrarios centrales: la remisión al tenor legal y el intento de presentar una colisión de intereses en la cual tendría preeminencia un consentimiento válido. AMELUNG elige un planteamiento fundamentador autónomo, el cual deberá ser tratado más adelante (V) después del análisis crítico de las soluciones diferenciadoras (IV).

1. El argumento del tenor de la ley

Numerosos autores –y precisamente aquellos que conceden una cierta plausibilidad a la solución del tipo– invocan al tenor de la ley para demostrar el mero carácter justificante del consentimiento. Así, KÜHL[14] considera que la solución del tipo sería "plenamente fundamentable", pero encuentra que la "clasificación del consentimiento como causa de justificación" sería "más certera": "Ya según el entendimiento cotidiano y el normal uso idiomático, una persona herida está 'lesionada' (art. 223)

(12) Más detalles en ROXIN (arriba, nota 2), § 13, n. marg. 121 y ss.

(13) RÖNNAU, quien defiende la solución del tipo, ofrece un amplio y muy convincente análisis crítico de todos los defensores de la solución de la justificación; ver arriba (nota 5), p. 116 y ss.

(14) KÜHL, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 5a. ed., 2005, § 9, n. marg. 22.

y un vaso hecho añicos es una 'cosa dañada' (art. 303), aun cuando la persona hubiera consentido la lesión corporal y el propietario hubiera hecho lo propio con el daño".

STERNBERG-LIEBEN considera que no sería forzoso clasificar el consentimiento como causa de justificación[15] y también acepta que, en caso de un consentimiento válido, desaparecerían el desvalor del resultado, el desvalor de la acción y la realización del tipo delictivo[16], pero luego opina[17]: "Pero está en contra de clasificar el consentimiento dentro del tipo el tenor de la ley (...) Aun cuando el titular del bien jurídico abandonare a éste, ello no cambia para nada el hecho de que los elementos previstos en la ley –p. ej. 'dañar' en el sentido de un delito de daños, art. 303, o una lesión corporal (art. 223) bajo la forma de un perjuicio para la salud– siguen estando presentes en una conducta del autor cubierta por el consentimiento del titular del bien jurídico". De manera correspondiente se manifiestan BAUMANN/WEBER/MITSCH[18], ZIESCHANG[19] y otros.

No obstante, el argumento del tenor legal no resulta convincente por dos razones[20].

En primer lugar, es por cierto posible interpretar restrictivamente también en el Derecho penal; es más, ello es incluso necesario cuando así lo exigiere una interpretación referida al bien jurídico. Cuando un vecino me pide que le permita emplear como leña mi vieja cómoda, la que yo no necesito para darle la finalidad original, estoy procediendo con mi

(15) STERNBERG-LIEBEN, "Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht", 1997, p. 66.

(16) STERNBERG-LIEBEN (arriba, nota 15), p. 61 y ss.

(17) STERNBERG-LIEBEN (arriba, nota 15), pp. 62 y 63.

(18) BAUMANN/WEBER/MITSCH, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 11a. ed., 2003, § 17, n. marg. 95.

(19) ZIESCHANG, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 2005, p. 72.

(20) Habría que resaltar, solo de manera marginal, que tampoco es sostenible el argumento a veces admitido de que la mera causa de justificación sería deducible a partir del tenor de los arts. 228 [consentimiento de las lesiones corporales] y 34 [estado de necesidad justificante] StGB. Sobre el art. 228 remito a mi exposición en ROXIN (arriba, nota 2), § 13, n. marg. 29. Hasta donde alcanzo a ver, todavía nadie que hubiera analizado el argumento allí expuesto me ha contradicho. Sobre el art. 34, cfr. la refutación convincente de RÖNNAU (arriba, nota 5), p. 42 y ss.

propiedad en el sentido del art. 903 BGB. Pero evidentemente no puede constituir una violación de la propiedad el hacer uso de ella. Luego, si no se afecta el bien jurídico tutelado por el tipo, una interpretación referida a bienes jurídicos no puede llegar a afirmar la tipicidad. Es más, la falta de consentimiento del propietario deberá ser entendida como elemento negativo del tipo. Entonces, el art. 303 deberá leerse de tal manera que diga: "Quien sin consentimiento del propietario, dañare o destruyere un bien ajeno...". Existen modelos legales para ello, como el del art. 248b StGB: "Quien usare un automóvil o una bicicleta en contra de la voluntad del legitimado...". Entonces, aquí ya según el tenor legal el tipo excluye un consentimiento. Con razón, dice SCHLEHOFER(21): "... visto de manera sistemática no existe razón para no trasladar esta valoración legal al consentimiento". Este ejemplo también muestra que las versiones de los textos, condicionados históricamente y casuales, no deberían decidir sobre cuestiones referidas a la clasificación sistemática.

En segundo lugar, se sobreestima en demasía la importancia del uso idiomático cotidiano como argumento a favor de la interpretación literal; en todo caso, el uso idiomático no favorece así como así la solución de la justificación, tal como opinan sus partidarios. Es así que, viendo las cosas de cerca, se puede notar que en numerosos casos de consentimiento no existe ningún daño (art. 303) o maltrato (art. 223) según el entendimiento idiomático normal. Cuando contrato a un jardinero para cortar el césped o podar un cerco, no se puede decir que el césped o el cerco son "dañados" por la prestación de este servicio. Y un árbol no es "dañado" cuando el propietario permite a alguien que coja un par de manzanas. Cuando me hago cortar el pelo o, por razones profilácticas, hago que me apliquen una inyección, no se podrá razonablemente caracterizar esto como "abusar" (en el sentido de "trato malo, inadecuado"). Pero con ello se suprime el argumento del tenor literal para amplios ámbitos de los ataques a bienes y el cuerpo cubiertos por el consentiminto, y también pierde su capacidad expresiva para los demás casos restantes, porque no

(21) SCHLEHOFER, en "Münchener Kommentar zum StGB", 2003, n. marg. 106, vor §§ 32 y ss.

se puede demostrar una diferencia material vinculada con el tenor literal. A esto hay que añadir que también en los casos del "acuerdo", en los cuales los defensores de la solución de la justificación admiten por igual la exclusión del tipo indicando el tenor de la ley, el texto no es para nada claro. Esto se ve ya en el ejemplo clásico del art. 242 StGB [hurto]: en caso de que el propietario hubiera permitido los hechos, el tipo desaparecería, porque no se habría presentado ninguna sustracción. Luego, bajo el término "sustraer" se entiende un "tomar para sí en contra de la voluntad del titular de la custodia". Pero esto no es algo que se sobreentienda así como así. Más bien, el diccionario alemán DUDEN nos ilustra que bajo "sustraer" también se entiende un "tomar algo de un lugar"(22). Y todos saben también que los propietarios dicen a menudo "Puedes llevarte un pedazo...". Incluso el "penetrar" en el sentido del art. 123 StGB [allanamiento de morada] tiene muchos significados idiomáticos. Uno penetra en una cueva subterránea incluso tras haber solicitado el permiso del propietario. En otros tipos como en los arts. 185 [injuria], 201 [violación de la intimidad de expresiones habladas], 239 [secuestro] no está claro y es polémico, según en qué medida el consentimiento excluye ya el tenor del tipo(23).

Ya con esto resulta insostenible la tesis de que dependería del tenor de una disposición penal el si el consentimiento excluye el tipo o la antijuricidad. Y es que dependería de interpretaciones cambiantes del uso idiomático el si un verbo caracterizador de la acción típica alberga dentro de sí el actuar sin consentimiento del legitimado. No pueden basarse en esto las diferenciaciones del sistema penal.

2. El argumento de la colisión

Muchos autores también se esfuerzan, pese a la evidente falta de intereses contrapuestos, por construir un caso de colisión en el cual se pueda otorgar preferencia a la voluntad del portador del bien jurídico. Por

(22) SCHLEHOFER, en Münchner-Kommentar StGB (arriba, nota 21), n. marg. 104, vor §§ 32 y ss.

(23) Más detalles en ROXIN (arriba, nota 2), § 13, n. marg. 24.

ejemplo, en GROPP[24], leemos que los "bienes de la vida" típicos serían protegidos independientemente de la autodeterminación del titular del bien jurídico. "De ahí que, también en caso de un consentimiento válido se presentará la realización del injusto descrito en los tipos". Si se partiera de esto, el consentimiento tendrá que ser visto solo como justificante al atribuir a la voluntad del titular del bien jurídico un interés mayor que justifique la realización de este injusto. OTTO[25] opina que el Estado protegería la "relación de una persona con una unidad funcional social". La "afección de esta relación" sería "independiente del consentimiento del afectado concreto", porque la sociedad "tiene un interés en que el individuo se desarrolle en esta relación valorativa. Si el favorecido renunciare a la protección en el caso concreto, con ello no sería digna de protección la relación valorativa como tal, más bien el interés social remanente, por regla general, ya no justifica la garantía penal".

Estas son ideas difícilmente inteligibles y que no resisten a una evaluación en la realidad de la vida. Cuando hago que poden mi cerco o me corten el pelo, cuando dejo que se hagan trabajos de construcción en mi casa o que me corrijan cosméticamente una malformación o cicatriz, en contra de lo que dice GROPP no existe para nada un "desvalor" típico, sino un suceso que crea un valor, es decir, que mejora el estado de la propiedad, del cuerpo, y que está cubierto por la libertad de acción del titular del bien jurídico.

Tampoco es apropiado hablar, como hacen BEULKE[26] y otros autores, de un "desvalor abstracto". Y es que con ello tan solo se puede querer decir que se presentaría un desvalor cuando se prescindiere del consentimiento. Esto es ciertamente correcto, pero no cambia para nada el que, en caso de presentarse un consentimiento, no existe desde el principio ningún desvalor. Y es que, a diferencia de cuando hubiere un peligro abstracto que en cualquier momento podría convertirse en peligro concreto o lesión al bien jurídico, el "desvalor abstracto" que se postula nunca podrá llevar a una lesión de bienes jurídicos.

---

(24) GROPP, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 3a. ed., 2005, § 6, n. marg. 57.

(25) OTTO, "Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil", 7a. ed., 2004, § 8, n. marg. 127.

(26) BEULKE, "Strafrecht Allgemeiner Teil", 37a. ed., 2007, n. marg. 363.

Tampoco se podrá decir, como dice OTTO, que la relación del portador del bien jurídico con su propiedad o su cuerpo, en casos como los mencionados, se vería "afectado", porque la sociedad, independientemente del consentimiento, tendría un interés en que el individuo se desarrolle en esta relación valorativa. Y es que precisamente el individuo se desarrolla en un trato con sus bienes jurídicos, lo cual incluye también las intervenciones en su sustancia.

Otra concepción difundida es la que considera al consentimiento como "renuncia al bien jurídico"(27). Se trataría de "una colisión entre las decisiones valorativas adoptadas de manera general al momento de elaborar las normas jurídicas y una valoración subjetiva del caso concreto que difiere de aquélla solo excepcionalmente"(28). Pero el legislador, en el marco de la libre disponibilidad sobre los propios bienes jurídicos, nunca ha adoptado una "decisión valorativa general" con la intención de establecer su intangibilidad. El que él hubiera puesto límites a la libre y discrecional disponibilidad del portador del bien jurídico en los casos de los arts. 228 [consentimiento de lesiones corporales] y 216 [muerte a petición] StGB no fundamenta ninguna colisión en los casos de libre disponibilidad.

Y tampoco la presencia o ausencia de una "renuncia" puede fundamentar una diferenciación razonable entre exclusión del tipo y justificación. Y es que, por un lado, la mayoría de los casos de consentimiento no pueden, razonablemente, ser entendidos como una renuncia. En los casos arriba mencionados, el titular del bien jurídico no renuncia a algún potencial desarrollable de la propiedad o del cuerpo, sino sus disposiciones sirven exclusivamente para mejorar las características de su propiedad o de su cuerpo. Por otro lado, es cierto que hay una renuncia a la propiedad cuando permito a alguien, como recuerdo de su visita, llevarse un libro de mi biblioteca. Pero precisamente esto es indiscutiblemente un caso de acuerdo excluyente del tipo. Por ello, el concepto de renuncia no puede pretender relevancia sistemática.

---

(27) Esto está fundamentado, de la manera más minuciosa, por HIRSCH, en "Leipziger Kommentar zum StGB", 11a. ed., 1994, n. marg. 104 y ss., vor § 32.

(28) HIRSCH en LK-StGB (arriba, nota 27), n. marg. 105.

IV. SOLUCIONES DIFERENCIADORAS

Entre los frentes de la solución del tipo y la del consentimiento se ha formado una solución diferenciadora intermedia que evalúa el consentimiento según diferentes puntos de vista, en parte como excluyente del tipo, en parte tan solo como justificante. Aquí solamente se indicarán las concepciones –a su vez diferentes– de STRATENWERTH/KUHLEN y PAEFFGEN(29).

STRATENWERTH/KUHLEN(30) opinan que el consentimiento sería básicamente una causa de justificación, porque el tipo no contendría ningún juicio definitivo sobre la antijuricidad, sino tan solo significaría "que él presenta los elementos que fundamentan regularmente el injusto". Pero luego, en el caso de los "leñadores del bosque estatal" y en el de la "intervención médica terapéutica correcta y bajo consentimiento del paciente", los autores sí quieren que el consentimiento excluya el tipo. Pero esto no resultaría tan solo del consentimiento, sino que se trataría de "disposiciones totalmente normales sobre la propiedad o la integridad corporal(...) con la consecuencia de que los tipos correspondientes deberían ser deshechados ya bajo el punto de vista de la adecuación social".

No obstante, se tendrá que decir que las disposiciones adoptadas válidamente en el marco de la libertad otorgada por la ley siempre son normales y socialmente adecuadas y, en todo caso, no están sometidas a ninguna valoración jurídica como si fueran típicas de un injusto. Y es que con ello el Derecho penal se inmiscuiría indebidamente en la libertad dispositiva del titular del bien jurídico. Por cierto que es mucho más preciso que el vago criterio de la adecuación social, el principio de una exclusión general del tipo con motivo del consentimiento(31).

---

(29) Sobre otros intentos de diferenciación como aquel de JESCHECK, para quien solo cuando se diera una modificación de la finalidad, y el de JAKOBS, para quien solo ligeras intervenciones en el bien jurídico, pueden llevar a excluir el tipo, ver explicaciones más detalladas en ROXIN (arriba, nota 2), § 13, n. marg. 25 y n. marg. 20, observación 39.

(30) STRATENWERTH/KUHLEN, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 5a. ed., 2004, § 9, n. marg. 9, 10.

(31) Al respecto más detalles en ROXIN, LH Klug, 1983, tomo 2, p. 303 y ss.

PAEFFGEN[32] intenta deducir el carácter meramente justificante del consentimiento en las lesiones corporales a partir del art. 228 StGB (aunque por cierto no a partir de su tenor literal). A la opinión que yo defiendo objeta: "Esta concepción no es capaz de responder, de manera sistemáticamente justa, por qué según el texto legal el efecto de un consentimiento válido pese a todo deba depender todavía de otros criterios como p. ej. en el art. 228 del criterio de la falta de atentado contra las buenas costumbres".

Ante esto se pueden decir dos cosas. En primer lugar, en los casos del art. 228 [consentimiento de lesiones] no se presenta ningún consentimiento válido, mientras que la discusión gira tan solo en torno a la clasificación sistemática de aquel consentimiento indiscutiblemente válido. Y, en segundo lugar, el art. 228 puede compatibilizar sin problemas con la idea de que el art. 223 [delito de lesiones], junto al sustrato real del cuerpo también protege la autonomía de la personalidad referida a este. Es así que tan solo se admitirá un atentado contra las buenas costumbres en aquellos casos en los cuales la lesión corporal cometida con el consentimiento de la víctima, no sirva al desarrollo autónomo de la personalidad del titular del bien jurídico, sino a la destrucción de sus posibilidades de desarrollo de la vida (como, p. ej., en caso de graves e irreparables mutilaciones)[33].

Pero también en los arts. 303 y ss. StGB, PAEFFGEN llega a excluir el tipo: "No es posible pues reconocer por qué al abandonar esta potestad sometida por completo a la libertad de disposición del titular del bien jurídico (art. 903 BGB), el 'consentimiento' no deba excluir ya el injusto típico, pues estos tipos se caracterizan por el hecho de que se concede protección al bien jurídico solo en la medida en que la voluntad del legitimado a este bien no renunciare a la protección legal (ejemplarmente la del art. 959 BGB)". Hasta aquí esto concuerda con la opinión defendida. Por cierto que no es posible reconocer por qué no deba regir lo mismo para el caso de consentimiento válido a lesiones corporales. Y es que también el cuerpo está "por completo bajo la libertad de disposición del titular del bien jurídico" hasta el límite del art. 228 StGB.

(32) PAEFFGEN en "Nomos Kommentar zum StGB", tomo 2, 2a. ed., 2005, § 228, n. marg. 7.

(33) Más detalles al respecto en ROXIN (arriba, nota 2), § 13, n. marg. 38 y ss.

V. LA CONCEPCIÓN DE AMELUNG

Para finalizar debemos ocuparnos de la concepción de AMELUNG, quien sale al frente, de manera especialmente decidida, en contra de los defensores de la solución del tipo y, por un lado, les reprocha el dejar "vacíos de protección"; y, por otro lado, también el extender en demasía la punibilidad. A continuación, refutaré ambas objeciones, una tras otra, e incluiré en ello las opiniones de otros autores.

1. El argumento del vacío de protección

Ya en el año 1981[34] AMELUNG se había dirigido en contra de autores que consideraban la potestad de disposición sobre el sustrato típico real como componente del bien jurídico tutelado mismo. Esta concepción caería en dificultades allí donde el ordenamiento jurídico desconoce a determinadas personas (como los niños pequeños) una potestad de disposición. Consecuentemente, el injusto cometido contra ellos con lesiones corporales o intervenciones patrimoniales tendría que ser valorado en menor medida que cuando el hecho se dirigiera contra alguien que sí estuviera plenamente facultado. La ley que no ofrece ningún punto de apoyo para ello, sería "falseada" mediante la solución del tipo a través de un "entendimiento previo personalizado".

En 1998, AMELUNG[35] se dirige directamente contra el "objetivo de Roxin", según el cual la autonomía de la personalidad, conjuntamente con el sustrato real protegido típicamente, conformaría el bien jurídico, de manera que un consentimiento que fuera dado ejerciendo esta autonomía, excluiría la lesión del bien jurídico y el cumplimiento del tipo. "El tipo del delito de daños protege la propiedad de bienes y no la potestad del propietario de disponer sobre sus cosas. Si esto no fuera así, quedarían penalmente desprotegidos aquellos bienes que, como *res extra commercium,* monumentos, partes de una masa concursal, etc., hubieran sido extraídos de la potestad de disposición del propietario (...) Igualmente el art. 223 StGB

(34) AMELUNG (arriba, nota 3), pp. 26-27.

(35) AMELUNG (arriba, nota 3), p. 28.

protege solamente el cuerpo y no también simultáneamente la posibilidad de utilizarlo para su autodeterminación autónoma. Si esto no fuera así, la pierna de una persona parapléjica quedaría sin protección (o sin protección plena) y uno debería preguntarse si se puede penar (plenamente) a aquel que golpea a un bebé sin capacidad de voluntad".

En el 2007[36], este planteamiento experimenta una ulterior radicalización especialmente en el tipo de lesiones corporales. A la concepción de que el art. 223 StGB protegería "dos valores estrechamente entrelazados entre ellos: el cuerpo y la persona bajo la forma de su autonomía", él opone los "vacíos de protección" que, según su opinión, se producirían en caso de lesión de personas que "no poseen reales posibilidades de acción". Tiene en la mente a "bebés lactantes, sujetos en coma consciente o los moribundos inconscientes". Si uno persiste en que la "persona" sería objeto de protección en los delitos de lesiones corporales, se protegería en tales casos o bien "solo una ficción" o se tendría que extraer la "consecuencia inhumana (...) de que los permanentemente incapaces de acción, es decir, precisamente aquellas personas necesitadas de especial protección" tendrían que "ser extraídas del ámbito de protección de los delitos de lesiones corporales".

De todo esto, AMELUNG saca la conclusión de que el bien jurídico de los arts. 223 y ss. StGB no sería la persona humana, sino únicamente el cuerpo como circunstancia biológica. Si bien esto sonaría "naturalístico", sería éticamente superior a la determinación del bien jurídico del personalismo. Y es que su concepción no se vincularía con cualquier propiedad que no posee cualquier persona, sino con aquello que une a todas las personas unas con otras como seres biológicos: la capacidad de sufrir. El art. 223 debería "a través del Derecho penal, impedir a todo aquel que infligiera un daño a otro lesionando su cuerpo". El tipo protegería "el cuerpo humano como fuente de padecimientos que surgieran con su lesión"[37].

---

(36) AMELUNG/LORENZ, LH Otto, 2007, pp. 527, 530-531.

(37) AMELUNG/LORENZ, LH Otto, 2007, pp. 527 y 531.

Para defender mi concepción yo había expuesto que, en los casos de incapacidad de acción, existiría una representación de la voluntad[38], que ella sería practicada por los padres con patria potestad, los tutores, asistentes y también representantes casuales, de manera que también aquí, en caso de consentimiento de la persona competente, faltaría la afección de la voluntad. También en el caso construido de que en ese momento no existiera ningún representante de la voluntad (AMELUNG[39]: "El autor mata a los padres y maltrata a continuación al hijo de estos que tenía cuatro años"), aun así solo el ejercicio de la potestad de disposición es el que quedaría momentáneamente en suspenso.

AMELUNG considera que estas reflexiones serían "extremadamente artificiales"[40], y manifiesta que la imposibilidad de una afección de la disposición así fundamentada se debería a que contradiría la esencia de la autonomía al declararla transferible, que también debido a los representantes legales no podrían tener autonomía, porque a ellos la ley les prescribe los objetivos de su actividad, aparte de que están vigilados por el Estado y que, por último, el poder de disposición en suspenso no sería más que una construcción puramente auxiliar[41].

Se puede discutir sobre el peso de esta contraargumentación. STERNBERG-LIEBEN[42] manifiesta que mis explicaciones sobre la representación en la voluntad son "acertadas", y JOX[43] habla de una "autonomía sustitutiva" en decisiones de representantes. Por el contrario, RÖNNAU[44] ve aquí "un punto vulnerable en la construcción del modelo de la integración" (así denomina él la concepción que yo defiendo, porque integra la autonomía del portador del bien jurídico en el ámbito de protección del tipo). En esto, sigue buena

(38) Más detalles, ROXIN (arriba, nota 2), § 13, n. marg. 92 y ss.

(39) AMELUNG (arriba, nota 3, 1981), p. 27, comentario 31.

(40) AMELUNG (arriba, nota 3, 1981), p. 27, comentario 31.

(41) AMELUNG/LORENZ, LH Otto, 2007, pp. 527, 532.

(42) STERNBERG-LIEBEN (arriba, nota 15), p. 64, comentario 36.

(43) JOX, "Ethik Med 2004", p. 401 y ss., 404 y ss., 406 y ss.

(44) RÖNNAU (arriba, nota 5), p. 71 y ss.

parte de la argumentación de AMELUNG, pero enfatiza transigiendo(45) "que para cualquier concepto de bien jurídico que colocare a la persona y sus necesidades de libertad en el punto central de la construcción dogmática habrá(...) casos límite(...) en los cuales pase a segundo plano o quede descartada la posibilidad del desarrollo de la personalidad y, según la opinión dominante y que es acertada, pese a todo deba subsistir la protección penal".

RÖNNAU, que coincidiendo conmigo considera que el consentimiento opera excluyendo el tipo, intenta solucionar el problema con ayuda del llamado modelo básico que él mismo desarrolla. Según este modelo, se protegen bienes jurídicos individuales, "porque ellos sirven al titular concreto del bien como base para su desarrollo personal"(46). Según esto, la protección penal de bienes jurídicos de personas temporalmente incapaces de acción se justificaría "a través de la posibilidad de poder seguir empleando discrecionalmente sus bienes tras haber transcurrido la fase en la que se estaba sin conciencia o ella estaba distorsionada"(47).

Esta es una idea constructiva que puede ser vinculada plenamente con la reflexión de que podría tener lugar una representación en la voluntad hasta que se alcanzare o recuperare la capacidad de acción. Pero cuando uno se centra únicamente en el modelo básico, no se podrá desconocer, y tampoco RÖNNAU lo desconoce(48), que no ayuda más en los casos en los cuales el portador del bien jurídico no tiene ninguna perspectiva de recuperar su capacidad de acción, tal como ocurre con los apálicos irreversiblemente inconscientes o con los enfermos mentales incurables.

No obstante, ulteriores reflexiones me han enseñado que las cuestiones polémicas alrededor de la capacidad de acción no tienen ninguna importancia. Y es que le atribuimos a la persona, en tanto esté en vida, una cualidad de persona que va más allá de su existencia físico-biológica. La autonomía que conforma el núcleo de la personalidad, contiene en

(45) RÖNNAU (arriba, nota 5), p. 73.

(46) RÖNNAU (arriba, nota 5), p. 453.

(47) RÖNNAU (arriba, nota 5), p. 101.

(48) RÖNNAU (arriba, nota 5), p. 109 y ss.

primera línea el derecho de las personas de permanecer incólume en su integridad corporal y en su propiedad, en tanto intereses superiores no justificaran una intervención. Recién en segunda línea surge "a partir de la autonomía" el derecho de uno a disponer sobre su cuerpo y su propiedad según su propia voluntad. Por supuesto que también tienen el derecho central a la protección de la esfera corporal y patrimonial los durmientes, inconscientes, enfermos mentales, moribundos apálicos y bebés lactantes. Cuando estas personas no pueden en absoluto, momentáneamente o no de manera plena, hacer uso de las posibilidades de acción que le ofrecen los bienes jurídicos atribuidos a su persona, ciertamente existe un déficit de la autonomía. Pero la protección interventora proveniente de la autonomía de la personalidad subsiste sin restricciones. Puesto que los tipos penales precisamente apuntan a la protección contra la intervención, el desvalor de su realización no puede ser alcanzado por las restricciones de la posibilidad de acción del portador del bien jurídico. El maltrato a un bebé lactante no fundamenta un desvalor menor que el maltrato a un adulto.

Luego, la discusión hasta ahora adolece de un estrechamiento de miras al observar la autonomía de la personalidad exclusivamente bajo el punto de vista de la libertad dispositiva. Esta perspectiva equívoca se basa en que siempre se ha mirado tan solo al consentimiento, el cual efectivamente se representa como disposición autónoma sobre el sustrato típico real. Pero los tipos deberían precisamente proteger contra intervenciones que se produjeran sin consentimiento o sin un consentimiento válido. La capacidad de disposición tiene tan solo el significado de que, cuando se hiciere uso de ella bajo una configuración autónoma, excluirá la protección típica. Pero cuando esta capacidad no existiera en pleno o momentáneamente, o cuando el portador del bien jurídico no quiere hacer uso de ella, esto no cambia para nada el que una intervención en su esfera de la propiedad o del cuerpo lesiona la autonomía de su personalidad de una manera que fundamenta el injusto en su plenitud. Entonces, no existe ningún vacío "inhumano".

Esta perspectiva de las cosas me parece más justa que el "modelo básico" de RÖNNAU. Y es que ella explica sin problemas por qué también en caso de enfermos mentales incurables, pacientes en coma consciente y

moribundos, una lesión corporal o de la propiedad se representa como una afección a la autonomía de la personalidad. Y es que esta recién desaparece con la muerte de la persona y es independiente de que este recupere alguna vez su capacidad de acción.

La solución aquí desarrollada también es superior a la concepción "naturalística" de AMELUNG, la cual quiere entender una lesión corporal no como afección de la autonomía de la personalidad, sino solo como infligir padecimientos. No pretendo devolver al ilustre homenajeado sus objeciones referidas a la "inhumanidad" o de la inferioridad ética de la posición criticada. Pero sí quisiera indicar que los supuestos "vacíos de protección" que él critica precisamente surgen en mayor medida en su concepción. Y es que un homicidio o una lesión corporal no siempre tienen que implicar infligir padecimientos. ¿Acaso el matar sin dolor no puede completar el tipo del art. 212 StGB? ¿O no constituiría lesiones corporales cuando se cortara el pelo de una mujer dormida o cuando se pone en estado de inconsciencia a otro mediante la ingesta de gotas K.O. que no causan dolores? Esto es insostenible. Y es que la autonomía de la esfera corporal también puede ser lesionada típicamente de manera distinta que mediante acciones que implicaren infligir padecimientos.

2. La crítica de la sobreextensión de la punibilidad

Por otro lado, AMELUNG –y no solo él– critica al entendimiento "personalístico" del bien jurídico que, si se aplicara consecuentemente, se tendría que llegar a una notable extensión de la punibilidad. Así, ya BRANDTS/SCHLEHOFER[49] habían opinado que, según mi concepción, se tendría que admitir siempre un delito de daños cuando se hiciere imposible a alguien el uso apropiado de sus bienes. Cuando el propietario de un inmueble, al cambiar la cerradura de la puerta de acceso, hiciere imposible el ejercicio de servidumbre a su vecino que tiene derecho de paso, entonces el vecino no podría disponer de su propiedad (la llave) según la finalidad de esta. Pese a todo, debería rechazarse un delito de daños.

[49] BRANDTS/SCHLEHOFER, JZ 1987, p. 442 y ss., 447.

Yo tampoco he admitido algo distinto, tal como BRANDTS/SCHLEHOFER mismos enfatizan, sino siempre he exigido que el autor "desatendiendo la potestad de disposición del portador del bien jurídico influyese en el objeto de disposición de manera típica"(50). Pero aquí no hay ningún influjo en el objeto de disposición (la llave) y, con ello, tampoco ningún delito de daños.

No obstante, BRANDTS/SCHLEHOFER opinan que su rechazo no sería compatible con mi tesis inicial en el sentido de que los bienes jurídicos están destinados a servir para el desarrollo de la personalidad del particular. Pero no existe esta supuesta contradicción. Y es que, en primer lugar, el principio "nullum crimen sine lege", que vincula a cualquier intérprete, fija claramente que en el art. 303 StGB, la restricción de la posibilidad de disposición debe basarse en un daño al bien. Y, en segundo lugar, la tesis de que una disposición efectiva del portador del bien jurídico excluiría la tipicidad, no lleva de ningún modo a la conclusión de que cualquier afección de la posibilidad de disposición cumpliría el tipo también sin la producción de un daño sobre el bien (es decir, sin influir en la cosa).

RÖNNAU(51) ha recogido la crítica de BRANDTS/SCHLEHOFER y la ha complementado indicando que según mi concepción también tendría que calificarse como afección al bien jurídico la "imposición de un enriquecimiento". Aclara esto con aquel caso en el cual alguien, aprovechando la ausencia del propietario, quien quiere dejar oxidar la carga de chatarra de hierro, la cubre con un toldo para retrasar el proceso corrosivo(52). Por cierto que él también ve que yo exijo un "influjo típico", es decir, en el caso dado un daño al bien, daño que aquí falta. No obstante, encuentra que esta restricción sería "poco decidida". Defiende la opinión de que mi concepción tendría que llevar a "tensiones con el principio de la protección fragmentaria de bienes jurídicos"(53).

---

(50) Así ya antes ROXIN, GS Noll, 1984, p. 275 y ss., 280.

(51) RÖNNAU (arriba, nota 5), p. 57.

(52) RÖNNAU (arriba, nota 5), p. 61.

(53) RÖNNAU (arriba, nota 5), p. 77.

Pero no puede ser para nada así, si uno, tal como yo hago, persiste en la necesidad de un perjuicio o lesión del objeto típico real. Con ello no recojo con una mano lo que había repartido anteriormente con la otra, tal como afirma RÖNNAU(54), sino tan solo tomo evidentemente en cuenta un precepto constitucional. El que un influjo modificador de la sustancia de la chatarra de hierro se hubiera producido bajo consentimiento del propietario no represente ninguna afección del bien jurídico en el sentido del art. 303 StGB, tampoco puede contener en sí la deducción de que por ello tendría que constituir un delito de daños la conservación de la incolumidad de la chatarra sin haber consultado antes con el propietario. Aquí no veo ninguna relación lógica.

RÖNNAU mismo ha expuesto que(55), entre los defensores del modelo integrador, sería "indiscutible que el enriquecimiento que ellos emprenden del bien jurídico individual a través de la voluntad o la libertad de disposición del legitimado no signifique que el componente objetivo material deba ser expulsado por completo del bien jurídico". Más bien, en caso de bienes jurídicos individuales, tal como se ha expuesto, esta constituye el componente esencial de un concepto de bien jurídico que incluye la autonomía de la personalidad. Se puede renunciar a afectar la libertad de disposición (aunque no a la autonomía de la personalidad) cuando ella faltara en el caso concreto o no hubiera sido afectada por la intervención, ¡pero no se puede renunciar a la lesión (o puesta en peligro) del bien jurídico típico!

También AMELUNG, en su última publicación sobre el tema(56), plantea otra vez la objeción de la sobre extensión típica sin, por cierto, referirse a sus predecesores. Para aclarar esto, elige un caso del ámbito de las lesiones corporales: "El paciente P, enfermo de cáncer, desea ser operado por el médico A, y esto también se le promete. Más tarde, P se entera de que, en vez del médico A, la operación ha sido realizada exitosamente por el médico B, tan capaz como A". AMELUNG quiere que esto sea impune, porque

(54) RÖNNAU (arriba, nota 5), p. 74.

(55) RÖNNAU (arriba, nota 5), p. 57.

(56) AMELUNG/LORENZ, LH Otto, 2007, p. 527, 532 y ss.

si bien se habría cumplido el tipo de lesiones corporales, no obstante "el detrimento del cuerpo" habría estado "justificado". En cambio, según su concepción, la "teoría unitaria", que hace que la lesión de la autonomía de la personalidad sea presupuesto de la realización típica, tendría que "si se la empleare consecuentemente, penar al médico B por lesiones corporales, aun cuando el cuerpo como tal no hubiera sido dañado de manera antijurídica. Con ello se llega (...) casi a afirmar que habría lesiones corporales sin detrimento del cuerpo".

Pero, tal como ya se ha expuesto, esto no es así. Y es que no basta con cualquier "lesión de la autonomía", sino que esta tiene que manifestarse precisamente en una afección lesionadora del cuerpo. Y esto falta cuando, al igual que la opinión dominante en la literatura, no se ve una lesión corporal en una operación médicamente indicada y exitosa. En tal caso, no basta con desatender la voluntad del paciente para admitir una lesión corporal.

Cuando la jurisprudencia ve las cosas de otro modo y considera como lesión corporal toda intervención médica que no estuviera cubierta por un consentimiento, ello se basa tan solo en que, como no disponemos de un tipo de tratamiento terapéutico arbitrario, ella ha incluido la lesión de la autonomía que se produce con ello como segundo tipo adicional del ámbito de protección del art. 223 StGB. A partir de mi concepción del consentimiento, sin embargo, no se pueden admitir lesiones corporales ni en el tratamiento terapéutico arbitrario ni en los casos expuestos por AMELUNG(57).

Pero al revés, AMELUNG deberá permitir que se le pregunte cómo llega a admitir la impunidad del médico B en el caso que él construye. Fascinado por su concepción naturalística de bien jurídico, ve en toda intervención médica una lesión corporal típica y luego, refiriéndose al caso de la operación que él mismo plantea, dice: "El detrimento del cuerpo está justificado y por ello B no puede ser penado mediante el art. 223 StGB".

(57) Cfr. al respecto ya en mi manual (arriba, nota 2), § 13, n. marg. 26: "El si, en caso de una intervención terapéutica sin aprobación del paciente, se produjere el tipo del art. 223, es una cuestión que radica fuera de la doctrina del consentimiento".

Pero, ¿de dónde saca una justificación si precisamente B no ha dado su consentimiento para la operación? No obtenemos respuesta alguna. Luego, se podría devolver a AMELUNG el reproche de una extensión desproporcionada de la punibilidad.

VI. PALABRAS FINALES

Con ello he llegado al final de mi exposición. He querido retomar las cuestiones polémicas que Amelung y otros autores han planteado repetidas veces para defender mejor y de una manera que espero sea la definitiva, mi posición en contra de las numerosas objeciones, y con ello, contribuir quizá también a un acercamiento entre las partes en disputa. ¡Para el período que sigue, deseo a KNUT AMELUNG, el otrora discípulo y colega amigable desde hace tiempo, quien como yo considera que las discusiones científicas son el camino para avanzar hacia el conocimiento, mucha suerte y fructíferos años de labor creativa!

Una vez más: acerca del tratamiento penal de los actos de conciencia (*)

La contribución ofrece la versión alemana de mi trabajo que había sido publicado en el Libro-Homenaje a Figueiredo Dias por su septuagésimo cumpleaños ("Estudos em homenagen ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, dirigido por Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes y Susana Aires de Sousa, volumen II, Coimbra, 2009, p. 863-887) con el título: "Mais uma vez: Sobre a valoração juridico-penal do fato de consciência" (traducido al portugués por Luis Greco).

I. INTRODUCCIÓN

Jorge de FIGUEIREDO DIAS es uno de los penalistas líderes de nuestra época. Ha participado decisivamente en la configuración del Código Penal portugués y del Código procesal portugués. Ambas codificaciones forman parte de las más modernas y desarrolladas de Europa, y pueden servir de estímulo y orientación al Derecho penal y procesal penal comunitario europeo que se está desarrollando poco a poco. Es autor de una "parte general" de Derecho penal, cuyo primer tomo (la segunda edición fue publicada el 2007), en más de mil páginas, abarca los fundamentos y

(*) Título original: "Noch einmal: Zur strafrechtlichen Behandlung der Gewissentat", GA 2011, pp. 1-18.

toda la dogmática de la parte general. El libro analiza profundamente no solo la literatura portuguesa, sino también la española, italiana y alemana, y, en el ámbito de la teoría general del delito, constituye una obra cumbre que ha obtenido reconocimiento mundial. A esto se añaden un manual de Derecho procesal penal e importantes monografías, así como numerosos trabajos referidos a todos los campos de la ciencia penal.

Se trata, pues de la obra de su vida que merece profunda admiración. Para mí, constituye una de las más felices casualidades de mi carrera que pueda considerarme vinculado desde hace varias décadas, con una profunda amistad, con mi querido colega FIGUEIREDO DIAS. Quedará imborrablemente gravado en mi memoria, como momento cumbre, el doctorado honoris causa que, gracias a sus gestiones, obtuviera en Coimbra (1991). Desde entonces hemos mantenido permanentemente nuestro contacto y nos hemos encontrado muchas veces, últimamente en marzo de 2007 en Braga con motivo de la celebración, en su honor, del vigésimo quinto aniversario del Código procesal protugués.

En sus artículos, FIGUEIREDO DIAS se ha dedicado preferentemente a problemas fundamentales de nuestra ciencia. Esto rige también para la contribución que prestó en el Libro Homenaje que se me dedicó el 2001(1). Se trata de una polémica con mi trabajo "El hecho de conciencia como causa de liberación de pena" que apareció en 1988(2). Los dos llegamos al mismo resultado: un acto de conciencia, en caso que realizare un tipo penal, no puede ser justificado, pero, en casos extremos, puede llevar a la exculpación y, con ello, a la impunidad. No obstante, en la fundamentación de este resultado seguimos caminos distintos. Esta circunstancia y el hecho de que así puedo reportar a mis lectores portugueses sobre una serie de nuevas y controvertidas tomas de posición en la literatura alemana, me han motivado a recoger otra vez el tema y proseguir el diálogo sobre un interesante problema básico de nuestro Derecho penal.

(1) FIGUEIREDO DIAS, "Gewissenstat, Gewissensfreiheit und Schuldausschluss", FS Roxin, 2001, pp. 531-548.

(2) ROXIN, FS Maihofer, 1988, pp. 389-411.

II. LOS POSIBLES EFECTOS QUE TIENE EN EL DERECHO PENAL EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA

El artículo 4, párrafo 1, de la Ley Fundamental alemana dice: "La libertad de creencias, de conciencia y la libertad de confesiones religiosas y de ideas son inviolables". De esto se pueden hacer dos deducciones: una no problemática y otra que es muy polémica en sus detalles.

1. El deber de crear, en lo posible, alternativas neutrales a la conciencia

En la actualidad, no se discute[3] que el derecho fundamental de la libertad de conciencia obliga al Estado a crear una "alternativa neutral a la conciencia" para conflictos de conciencia tipificables, es decir, para aquellos que ocurren con frecuencia, en tanto esto sea posible según el tipo de conflicto que se trate. El legislador alemán también ha hecho esto en gran medida. Así, el médico que, por razones de conciencia, se negare a participar en una interrupción del embarazo, deberá ser reemplazado en lo posible por otro médico (art. 2 de la 5ta. Ley de Reforma penal). A quien su conciencia le prohíba prestar un juramento, puede enfatizar que su declaración la da "siguiendo la conciencia de su responsabilidad ante el tribunal" (art. 65 StPO). El que, por razones religiosas de conciencia se negare a dar su aprobación a una transfusión de sangre necesaria para salvar la vida de su hijo, no será penado porque su aprobación puede ser reemplazada por la intervención de un tutor que dé tal consentimiento o, en caso necesario, por una acción de necesidad del médico. Quien, por razones de conciencia no estuviere dispuesto a prestar el servicio militar o incluso el servicio sustitutorio, puede actuar en una institución médica, curativa o asistencial (art. 15a Ley de servicio sustitutorio). Y cuando determinadas formas de beneficiar animales, necesarias por razones religiosas, contravinieren la Ley de Protección de animales, se podrá asegurar al creyente la libertad de ejercitar su conciencia gracias a autorizaciones excepcionales (art. 4a, párrafo 2 de la Ley de protección de animales).

(3) FIGUEIREDO DIAS (nota 1, p. 539) testifica también una "total aprobación".

2. Las consecuencias jurídicas de la acción condicionada por la conciencia en casos no regulados por la ley

Está claro que, en la mayor cantidad de casos, las soluciones legales a los conflictos, como las anteriormente expuestas, son las que posibilitan la libertad de conciencia garantizada por la Ley Fundamental. Pero también existen constelaciones en las cuales el legislador no ha actuado (o aún no lo ha hecho) o, porque falta una alternativa neutral a la conciencia o debido a la singularidad de los hechos tampoco puede actuar, pero en los cuales, puede por lo menos pensarse en la impunidad del autor de conciencia [delincuente por convicción] en algunos casos. Voy a mencionar un par de ejemplos sin tomar posición, por ahora, en lo referente a la cuestión de si sería posible una liberación de pena. Los ejemplos servirán para ilustrar el análisis del problema que viene a continuación.

¿Sería punible por homicidio a petición (art. 216 StGB) aquel que mata a un paciente totalmente paralítico, que tiene graves sufrimientos y no puede por sí mismo terminar con su vida, accediendo a las súplicas de éste y siguiendo los dictados de su conciencia? ¿Deberá penarse a quien, por razones de conciencia basadas en su religión, se negara a cumplir con un deber de vacunar que ha sido dispuesto penalmente bajo consecuencias penales en caso de infracción? ¿Es punible por violación de domicilio (art. 123 StGB) quien, impulsado por su conciencia y queriendo promover la paz mundial, penetra en un cuartel abandonado y, debido al efecto simbólico de la transformación pretendida, hace pastar allí un rebaño de ovejas a la vez que despliega una pancarta que invoca la paz? ¿Es punible por injurias (art. 185 StGB) por uso indebido de una bicicleta (art. 248 B StGB) quien, impulsado por su conciencia, utiliza una bicicleta ajena para llegar puntualmente a un evento religioso pero que luego se preocupa por que la bicicleta sea devuelta inmediatamente después de su uso? ¿Es punible por injurias (art. 185 StGB) un musulmán creyente cuando respondiera con una injuria verbal a una crítica satírica contra el profeta Mahoma, porque su conciencia religiosa le exige no dejar sin pena un acto que en sus ojos es sacrílego?

Punto de partida para resolver estos problemas son dos presupuestos que, para la discusión alemana en la actualidad, no son controvertidos en sus aspectos esenciales.

a) Un acto de conciencia tiene requisitos más estrictos que un acto de convicción

En primer lugar, una decisión de conciencia es más que una convicción personal(4) por más fuerte que esta fuere(5). La convicción se orienta en los criterios de "correcto" o "falso". En cambio, una decisión de conciencia exige una "decisión moral seria, es decir, una que se oriente en las categorías de 'bueno' y 'malo' (...) que el individuo, bajo determinadas situaciones, experimenta interiormente como vinculante y totalmente obligatorio para él, de manera que él no podría actuar contra ella sin tener serios problemas de conciencia"(6). Por ello, la decisión de conciencia, tal como también ha reconocido la jurisprudencia constitucional alemana(7), no debe ser sometida a ninguna valoración de contenido. Lo único que importa es el sentimiento subjetivo de tener una obligación incondicional.

b) No es posible una liberación de pena cuando el hecho de conciencia superare las barreras inmanentes del derecho fundamental

En segundo lugar, existe consenso en que una decisión de conciencia, cuando ella llevare a acciones típicas penalmente relevantes, no puede de ningún modo liberar siempre de pena o no debería hacerlo en la mayoría de casos. Ciertamente el art. 4 de la Ley Fundamental, el cual según la opinión hoy en día unánime(8), no limita la libertad de conciencia al *forum internum*(9), sino también abarca la libertad de reafirmación de la conciencia, no prevé restricciones expresas. Pero ella también está vinculada a "barreras inmanentes" que resultan del sistema valorativo de la Constitución y, sobre

(4) Así también FIGUEIREDO DIAS (nota 1), p. 531 y ss.

(5) Más detalles sobre la diferenciación y delimitación, RADTKE, "Überlegungen zum Verhältnis von, zivilem Ungehorsam'zur, Gewissenstat'", GA 2000, pp. 19-39.

(6) TFC, tomo 12, p. 45 y ss. (55). Esta descripción ha sido ampliamente reconocida en la literatura alemana.

(7) Más detalles al respecto, ROXIN (nota al pie 2), p. 392; coincidiendo con ello también FIGUEIREDO DIAS (nota al pie 1), p. 535.

(8) Más detalles al respecto, ROXIN (nota al pie 2), p. 395 y ss.

(9) Así también FIGUEIREDO DIAS (nota al pie 1), p. 535.

todo, de la necesidad de respetar otros derechos fundamentales. Según esto queda claro que, por ejemplo, los actos terroristas, los "asesinatos motivados por el honor" o la muerte de herejes, no pueden quedar impunes invocando la conciencia del actor. Por cierto que es polémico y todavía no se ha aclarado suficientemente cómo, más allá de los drásticos ejemplos mencionados, deberían fijarse en particular las barreras inmanentes para la reafirmación de la libertad de conciencia.

Sobre la base de estos presupuestos puede responderse de tres formas a la cuestión de la punibilidad de las decisiones de conciencia del tipo arriba mencionado a manera de ejemplo. En primer lugar, se puede defender la justificación de los hechos de conciencia en tanto se hubieran infringido las barreras inmanentes de la libertad de reafirmación de la conciencia (III). En segundo lugar, si bien se pueden declarar antijurídicos todos los hechos de conciencia penalmente típicos, pero podría admitirse para tales acciones, en tanto no estuvieran cubiertas por el art. 4 de la Ley Fundamental, una exclusión de la culpabilidad. Los defensores de esta solución apoyan esta exclusión de culpabilidad en razones muy distintas cuya solidez debe ser luego analizada detalladamente (IV). Y, en tercer lugar, se podría rechazar tanto la justificación como la exculpación, y abogar por la punibilidad en todos los casos de acciones típicas de conciencia, considerando que ya la existencia de una disposición penal constituiría, en todos los casos, una barrera absoluta para el alcance de la libertad de conciencia. Esto no afecta a la posibilidad de atenuar la pena o archivar el proceso (V). Estas tres concepciones, que tienen todas ellas sus defensores en la literatura, serán tratadas a continuación una tras otra.

III. ¿PUEDE JUSTIFICARSE UN HECHO PENAL DE CONCIENCIA TÍPICO?

La admisión de la justificación de un hecho penalmente prohibido cuando representare un hecho de conciencia, se defiende con cierta frecuencia en la literatura antigua[10], pero también en los últimos años ha vuelto a encontrar seguidores comprometidos. Esta teoría se basa totalmente en la suposición de que tales hechos caerían dentro del ámbito de protección

(10) Al respecto, ROXIN (nota al pie 2), p. 405.

del artículo 4, párrafo 1, de la Ley Fundamental. En lugar de ello, BÖSE[11] recurre al estado de necesidad justificante (art. 34 StGB). No obstante, en el fondo, esto no implica ninguna diferencia. Y es que la preponderancia esencial del interés del autor, que es requisito de un estado de necesidad justificante, puede deducirse exclusivamente a partir del rango de la libertad de conciencia. En caso contrario, para una justificación no se precisaría de invocar la conciencia.

La solución de la justificación, en su fundamentación, se basa, en lo esencial, en el único argumento, a primera vista por cierto irrebatible, de que la práctica del derecho fundamental no podría ser antijurídico. FIGUEIREDO DIAS, el notable homenajeado, defiende la opinión[12] de que, si las expresiones de la libertad de conciencia estuvieran cubiertas por el ámbito de aplicación de un derecho fundamental protegido constitucionalmente, se las tendría que considerar como "derechos de acción en sentido estricto". Para ello, él invoca las "reflexiones teórico-penales de más de un siglo", y encuentra que, con cualquier otra concepción, se pondría en peligro "los puntos fundamentales de la dogmática y del sistema de la teoría de la pena"[13]. FRISCH[14] opinaba en el 2005 que no se podría "dudar seriamente que con la decisión a favor de la preeminencia de la conducta externa en armonía con la conciencia, al mismo tiempo está vinculada su clasificación como conforme a derecho". Igualmente RÖNNAU escribió en la nueva edición del "Leipziger Kommentar"[15], nuestra gran obra explicativa: "Una conducta permitida constitucionalmente (aquí: artículo 4, Ley Fundamental), según el principio de la unidad (o mejor: de libertad de contradicciones) del

(11) BÖSE, "Die Glaubens und Gewissensfreiheit im Rahmen der Strafgesetze (insbesondere § 34 StGB)", ZStW 113 (2001), p. 40 y ss. (46 y ss.).

(12) FIGUEIREDO DIAS (nota al pie 1), p. 533.

(13) Por cierto que él quiere evitar la justificación y, por ello, postula una "desconstitucionalización" del problema buscando posibilidades de exclusión de culpabilidad fuera de la Constitución.

(14) FRISCH, "Grundrecht der Gewissensfreiheit und Gewissendruck im Strafrecht", edición especial en homenaje a Roxin, GA 2006, p. 273 y ss. (277).

(15) RÖNNAU, "Leipziger Kommentar StGB", 12a. ed., 2006, vor § 32, n. marg. 366.

ordenamiento jurídico, no puede ser vista penalmente como antijurídica". Y también la monografía de HÖCKER[16] está a favor de una justificación.

De todos modos, la mayoría de los autores, especialmente en tiempos más recientes, sigue defendiendo la concepción de que un hecho de conciencia penalmente típico, en todo caso –es decir, en tanto no soprepasare tampoco de este modo las barreras inmanentes de la libertad de ejercicio de la conciencia– puede ser exculpado. KÜHL[17] dice incluso: "Existen amplias coincidencias(...) en el rechazo a una causa de justificación derivada del art. 4, primer párrafo de la Ley Fundamental". Defiende, al igual que lo hago yo[18], la posibilidad de una exculpación. La misma concepción defienden SCHLEHOFER y PAEFFGEN en dos recientes y amplios comentarios: el "Münchener Kommentar" y el "Nomos-Kommentar"[19]. TENCKHOFF[20] enfatiza, remitiendo a mi exposición: "El privilegio de no verse obligado por una amenaza penal a actuar en contra de su propia conciencia exige, en todo caso, un derecho a la tolerancia, no a la legalización del propio punto de vista". Y FRISCH, quien todavía en el 2005 consideraba que no podría seriamente dudarse de la corrección exclusiva de la solución de la justificación, un año más tarde[21] ha dado un giro de ciento ochenta grados y sostiene desde entonces que el "ejercicio legal de la libertad de conciencia" encontraría "sus límites (constitucionales) inmanentes" en los derechos y bienes de los demás[22].

Incluso tras reflexionar una vez más sobre el tema, sigo considerando que es correcto rechazar la justificación de hechos de conciencia que realizaren un tipo penal. Voy a mencionar cuatro argumentos para ello:

---

(16) HÖCKER, "Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und seine Auswirkungen im Strafrecht", 2000, p. 54 y ss., 68.

(17) KÜHL, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 5a. ed., 2005, § 12, n. marg. 114.

(18) ROXIN (nota 2), p. 405 y ss.; *ídem*, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", tomo I, 4a. ed., 2006, § 22, n. marg. 21 y ss.

(19) SCHLEHOFER en "Münchener Kommentar", 2003, vor §§ 32 y ss., n. marg. 208; PAEFFGEN en "Nomos Kommentar", 2a. ed., 2005, vor §§ 32-35, n. marg. 297.

(20) TENCKHOFF, "Strafrecht und abweichende Gewissensentscheidung", FS Rauscher, 1993, p. 432 y ss. (448).

(21) FRISCH, "Gewissenstaten und Strafrecht", FS Schroeder, 2006, p. 11 y ss. (17 y ss.).

(22) Ni siquiera menciona ahora su anterior artículo.

1. El ordenamiento jurídico debe tener, para todos sus ciudadanos por igual, el mismo contenido legalmente fijado. Si el Estado concediera a la conciencia individual la facultad de imponerse legalmente en el caso particular, esto contradiría todas las reglas de una legislación democrática(23). A esto no se puede oponer que el art. 4 de la Ley Fundamental o el art. 34 StGB [estado de necesidad justificante] ofrecen una base legal para la conformidad a derecho de los hechos de conciencia que realizan el tipo penal. Y es que estas normas no pueden fijar el contenido de las decisiones de conciencia, porque este contenido se basa en una experiencia interna no verificable sobre su [supuesto] carácter vinculante y que no es accesible a una valoración cualitativa. El contenido de lo que se va a justificar sería de ese modo totalmente incierto. Expresado en palabras sencillas: no se puede hacer que lo que un sujeto experimentare como vinculable para sí mismo deba por ello ser pauta vinculable para todos. Incluso un autor de conciencia razonable no querrá que su "decisión de conciencia individualísima" tenga pretensión de "vinculabilidad general".

2. Lo que acabo de exponer desde el aspecto de la legislación, resulta de igual modo a partir de la perspectiva de un portador de bienes jurídicos afectado por un hecho de conciencia. Con razón, resalta FRISCH(24) ahora el justo interés que tienen los ciudadanos y la generalidad en derechos y bienes del individuo y de la comunidad. Rechaza que se garanticen "todos estos derechos y bienes" tan solo "bajo la reserva de que decisiones de conciencia de sujetos hagan uso de ellos". Indicando reflexiones de teoría de la legislación de la moderna teoría del discurso, él acentúa con razón: "ninguna persona razonable estaría dispuesta a que su derecho a la vida, a la integridad corporal o a la libertad rijan bajo la reserva de que otros no deban intervenir en este derecho para preservar los mandatos de

(23) Cfr. al respecto ya antes ROXIN (nota 2), p. 405: Eso sería una "abdicación del legislador y su reemplazo, como soberano, por la conciencia individual".

(24) FRISCH (nota 21), p. 17.

su conciencia, y que incluso tal derecho arrasador de otro le prive del derecho de defenderse contra tales reafirmaciones de la conciencia".

Esta dificultad no escapa a los defensores de la solución de la justificación. Ellos tratan de eludir esto minimizando el ámbito de aplicación de los hechos de conciencia justificados. Así, p. ej., RÖNNAU[25] considera que nunca estaría permitido, basándose en condicionamientos de la propia conciencia, intervenir en bienes jurídicos individuales, ni siquiera si se tratare de intervenciones temporales o mínimas. También BÖSE dice[26]: "Una intervención en el derecho de privados, por regla general no cumple con los presupuestos del art. 34 StGB".

Pero tampoco debe regir algo distinto para bienes jurídicos de la generalidad. Y es que, en primer lugar, también los bienes jurídicos de la generalidad sirven, en última instancia, al interés individual (concepto personal de bienes jurídicos[27]) y, en todo caso, no valen menos que los bienes jurídicos individuales. Y, en segundo lugar, p. ej., un policía que interviniera para preservar tal bien jurídico contra un infractor de la ley, no puede saber, por regla general, si acaso se trataría de un actor de conciencia ante quien estaría obligado a permitírsele lo que a cualquier otro tendría que estar prohibido. Con ello se perdería claridad jurídica precisamente en manifestaciones, bloqueos de protesta, etc., en donde los actos de conciencia pueden tener un rol importante.

Los defensores de la solución de la justificación tan solo pueden evitar las dificultades expuestas haciendo que casi no quede ningún caso en el cual el ejercicio de la conciencia típicamente penal se encuentre dentro del ámbito de protección del art. 4 de la Ley Fundamental, o que fundamente un interés preponderante esencial en el sentido del art. 3 StGB. Así, apenas se puede suponer que

(25) RÖNNAU (nota 15), vor § 32, n. marg. 362.

(26) BÖSE, ZStW 113 (2001), p. 60.

(27) Al respecto, ROXIN (nota 18), "Strafrecht AT", tomo I, § 2, n. marg. 11.

ellos arribarían a una justificación en siquiera uno de los casos que he mencionado, y por lo demás casi no se mencionan casos de situaciones reales de justificación.

La aparente revalorización de la relevancia penal de decisiones de conciencia mediante la solución de la justificación se transforma en lo contrario debido a su falta de importancia práctica. Así, p. ej., opinaba FRISCH[28], cuando todavía defendía la solución de la justificación: "que tales casos de justificación son raros y (debido al elevado rango de los bienes jurídicos protegidos penalmente) podrán ser relevantes, en la práctica jurídica, solo por debajo del Derecho penal".

Así, cuando RÖNNAU[29], para sostener la solución de la justificación, dice: "Si el hecho de conciencia quedara en el ámbito de garantías protegidas constitucionalmente, ya la comprobación de la antijuricidad fundamentaría un atentado contra derechos fundamentales"; a esto se puede oponer que una exculpación simultánea a la comprobación de la antijuricidad de la acción, conviene más al autor de conciencia que la admisión teórica de una conformidad a derecho, pero que no se concede a nadie en la práctica. Además, tal y como ya se ha expuesto, el autor de conciencia no puede exigir con justicia que su decisión altamente individual sea elevada a norma vinculante para todos sus demás conciudadanos jurídicos".

3. A esto se añade la indicación de SCHLEHOFER[30] de que la solución de la justificación no sería sistemáticamente realizable, porque llevaría a contradicciones insolubles. Él se refiere al caso por mí construido, de alguien que, por razones de conciencia, matare, a pedido de este, a un enfermo incurable que está sufriendo fuertes dolores y que no puede matarse por sí mismo, oponiéndose con ello a otro autor que, también por razones de conciencia, quiere

(28) FRISCH, "Festgabe für Roxin", GA 2006, p. 277.

(29) RÖNNAU (nota 1), vor § 32, n. marg. 367, indicando autores que argumentan de manera similar; igualmente BÖSE, ZStW 113 (2001), p. 61.

(30) SCHLEHOFER (nota 19), vor §§ 32 y ss., n. marg. 208.

impedir el homicidio. SCHLEHOFER deduce correctamente: "Si en este caso las decisiones de conciencia estuvieran justificadas, tanto el homicidio como su impedimento estarían permitidos". Con razón él ve aquí una contradicción valorativa por el hecho de que por un lado, el interés de la muerte, aunque también, por otro lado, el de no matar, son mejor valorados que el interés contrario respectivo. Con ello, se vuelve "inútil, como norma de conducta, el art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental".

Este es un contraargumento concluyente que tampoco deja de tener importancia práctica porque, en caso de cuestiones existenciales, no raras veces las partes contrarias sienten que actúan obligados por su conciencia. RÖNNAU(31) quiere invalidar el argumento a través de la indicación de que no se podría invocar el art. 4 de la Ley Fundamental en caso de intervenciones en bienes jurídicos de terceros. Pero, aparte de la circunstancia ya mencionada de que con ello la solución de la justificación casi no tendría ningún ámbito de aplicación, también podrían oponerse dos autores de conciencia en caso de bienes jurídicos de la generalidad (así en caso de discusiones en torno a los símbolos del Estado, art. 90a, párrafo 2 StGB). Incluso la "muerte a petición" no protege, en primera instancia, el interés individual del solicitante sino el interés general en tabuizar las acciones de matar a otros.

4. Finalmente, en contra de la solución de la justificación también habla la circunstancia de que el tenor del art. 4 de la Ley Fundamental no da pie para la clasificación sistemática penal de un acto de conciencia que realizare un tipo penal. Allí tan solo se caracteriza la libertad de credo y de conciencia como "inviolable". Luego, puesto que es indiscutible la existencia de barreras inmanentes a la actividad de conciencia, o sea, estas barreras en todo caso no lesionan el derecho fundamental, nada se opone a la elaboración de barreras inmanentes, de manera escalonada, tanto para la justificación como también para la exculpación de hechos de conciencia.

(31) RÖNNAU (nota 15), vor § 32, n. marg. 367 con la nota al pie 1439.

IV. ¿SE PUEDE EXCULPAR UN HECHO DE CONCIENCIA PENALMENTE TÍPICO?

Si según ello, y tal como al final también defiende FIGUEIREDO DIAS, queda excluida la posibilidad de justificar los hechos de conciencia típicamente penales, por lo menos es digno de reflexionar sobre la posibilidad de exculpar hasta el límite de las barreras a los derechos fundamentales que deban ser trazadas. En la literatura germana, esta es por lo demás la solución que más se defiende –aunque por cierto con distintas fundamentaciones– y también es la que prefiere FIGUEIREDO DIAS, quien hace un planteamiento muy particular.

1. La sentencia del Tribunal Constitucional en el caso de la transfusión de sangre

La solución planteada puede remitirse a una sentencia ampliamente tratada del TFC(32). Ella se basa en un caso en el cual el esposo, por razones de conciencia, había omitido aconsejar a su mujer, quien acababa de dar a luz a su cuarto hijo, que aceptara la transfusión de sangre que le hubiera salvado la vida. Ambos esposos eran miembros de una secta cristiana ("Asociación de Hermanos Evangélicos"), la cual, por razones religiosas, rechaza las transfusiones de sangre. El marido, que había sido convocado por los médicos para que convenciera a su mujer a dar su aprobación, dejó en manos de esta la decisión, pero también le había explicado que tanto la asamblea de miembros como la Biblia enseñarían el camino de la oración y que él personalmente estaba en contra de la transfusión de sangre.

La instancia previa lo condenó por "omisión de auxilio" (art. 323c StGB). En cambio, el Tribunal Constitucional ha denegado la punibilidad del acto de conciencia del marido argumentando que la decisión de aconsejar a su mujer a no permitir la transfusión de sangre, si bien debería ser "objetivamente desaprobada según las representaciones valorativas dominantes en la sociedad", no obstante no sería "tan reprochable en la medida en que estaría justificado proceder contra el marido(...) empleando

(32) TFC, tomo 32, p. 98 y ss.

el Derecho penal". Estas formulaciones permiten reconocer que el Tribunal, si bien no considera admisible una justificación, sí encuentra apropiada la exculpación del hecho.

En la literatura alemana, la importancia de esta sentencia suele ser frecuentemente relativizada, afirmando que no se habría siquiera arribado con ella al problema de la decisión de conciencia. Ya el derecho de autodeterminación de la mujer, quien también rechazaba la transfusión de sangre, habría excluido su realización(33). Si bien esto es correcto, no obstante tan solo excluye la punición del marido por un delito doloso de homicidio por omisión. Pero aparte de esto puede verse una omisión de auxilio (art. 323c StGB) en el hecho de que el marido no había por lo menos intentado, mediante exhortaciones (p. ej., resaltando las consecuencias para los cuatro niños), motivar a su mujer a permitir la transfusión de sangre. Según esta disposición, la renuncia a una punición del marido era únicamente posible en relación con la decisión de conciencia de él.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha evitado polemizar con los argumentos de la literatura que están a favor de la exculpación del autor de conciencia. Entre los defensores de la solución de la exculpación se encuentran diferentes planteamientos, los cuales serán tratados a continuación confrontándolos con nuestra propia opinión.

2. Exculpación mediante coerción

En la actualidad, la concepción que antiguamente dominaba en la literatura y que consideraba una exculpación del autor de conciencia principalmente bajo el punto de vista de la coerción practicada sobre la conciencia, ya casi no es defendida por nadie (por lo menos no basándose exclusivamente en este criterio). Esto rige en primer lugar para la admisión, vinculada con las reglas sobre la inimputabilidad (art. 20 StGB), "de que el autor de conciencia fue impulsado a cometer el hecho por una fuerza (más o menos) superior, que él, subjetivamente, no pudo haber actuado

(33) En este sentido, entre otros, HIRSCH, "Strafrecht und Überzeugungstäter", 1996, p. 18; BÖSE, ZStW 113 (2001), p. 71; FRISCH (nota 21), p. 21.

de otro modo a como actuó"(34). Aquí, el acto de conciencia pasa a ser una especie de acción forzada cercana a la inimputabilidad.

Hay tres argumentos en contra de esta solución. En primer lugar, entendemos el acto de conciencia como expresión de la autodeterminación espiritual libre y como algo éticamente positivo, lo cual difícilmente puede ser compatible con su "patologización" como una forma de inimputabilidad. En segundo lugar, es contrario a la experiencia de la vida que uno no pueda actuar en contra de su conciencia. Las expresiones "mala conciencia" y "remordimientos de conciencia" en caso de acciones que contradicen la propia conciencia, muestran que, si bien las desviaciones de los mandatos de esta pueden llevar a reproches internos, sin embargo, son plenamente posibles y ocurren además con mucha frecuencia. En tercer lugar y por último, es difícil de explicar que si únicamente la coerción interna, o sea, la sensación subjetiva de no poder actuar de otro modo, fundamenta la exculpación, no obstante, en la mayoría de los casos, son las barreras inmanentes a la libertad de conciencia –es decir, intereses objetivos opuestos– las que excluyen la exculpación, pese a que la presión de la conciencia es la misma en todos los casos.

A mí me parece que tampoco es sostenible la opinión desarrollada primero por PETERS(35) en el sentido de que el acto de conciencia podría ser exculpado de manera análoga al estado de necesidad exculpante (art. 35 StGB), porque la pérdida de la vida eterna, que es lo que amenaza en caso de actuar contra la propia conciencia, sería equiparable a un peligro para el cuerpo, la vida o la libertad, lo que la ley considera como exculpable.

También contra esta solución existen tres objeciones decisivas. En primer lugar, la "vida eterna" no constituye un bien jurídico que pueda ser protegido por el Derecho penal en un Estado neutral a todas las ideologías. En segundo lugar, el art. 35 StGB contiene restricciones a la exculpación, restricciones que no tienen una correspondencia en caso de

(34) EBERT, "Der Überzeugungstäter in der neueren Rechtsentwicklung"; 1975, p. 60. Más detalles sobre esta concepción en ROXIN (nota 2), p. 405 y ss.

(35) PETERS, "Überzeugungstäter und Gewissenstäter", FS H. Mayer, 1966, p. 257 y ss. (278 y ss.).

un acto de conciencia. En tercer lugar, tampoco un autor de conciencia se verá impulsado a cometer el hecho considerando que tiene que preservar su vida eterna (en la cual acaso él no crea); más bien él actuará sobre la base de un impulso moral inquebrantable(36).

También está a favor de aplicar el art. 35 StGB, TENCKHOFF(37), quien deja de lado la "vida eterna" y a cambio se remite a la "monstruosa presión motivadora" a la cual se vería expuesto el autor de conciencia. No importaría si en el caso concreto se habría alcanzado el umbral del "no poder actuar de otro modo". Y es que la ley generalizaría, en el marco del art. 35 StGB "presumiendo irrefutablemente la exclusión de motivabilidad en caso de presentarse determinadas constelaciones". No obstante, esto rige para peligros exteriores, mientras que los obstáculos subjetivos a la motivación caen dentro del ámbito del art. 20 StGB y sí que presuponen un individual "no poder actuar de otro modo" para admitir la exculpación.

3. Mi propia opinión: exculpación cuando faltare una necesidad preventiva de punición

En el tratamiento del acto de conciencia(38) he recurrido directamente al art. 4 de la Ley Fundamental y, a partir de este derecho fundamental, he deducido que es posible una exculpación en tanto no se infringieren las barreras inmanentes al ejercicio de la conciencia. Yo rechazo la existencia de esta infracción –y admito en consecuencia una exculpación– siempre que no fuera indispensable una punición por razones preventivas. Con ello me conecto con mi doctrina de la "responsabilidad"(39). Según ella, la tercera categoría delictiva sistemática que sigue a la tipicidad y la antijuricidad, no

(36) Sobre este último argumento, FRISCH (nota 21), p. 23.

(37) TENCKHOFF (nota 20), p. 449.

(38) En mi trabajo mencionado en la nota 2 y, con mucho detalle también, en mi manual "Strafrecht Allgemeiner Teil", tomo I (nota 18), § 22, n. marg. 100-129.

(39) Al respecto, en mi manual "Strafrecht Allgemeiner Teil", tomo I (nota 18), § 19, n. marg. 1 y ss.

solamente presupone, tal como hace la concepción tradicional, la "culpabilidad" del autor, sino también una "necesidad preventiva de punición" comprometida con los fines de la pena. Luego, en el caso de un autor de conciencia que infringiere la ley penal, no es que falte la culpabilidad, pues para él era posible actuar de otro modo, pero eventualmente podría faltar la necesidad de imponer la sanción penal. En el caso de la "transfusión de sangre", mi concepción coincide –prescindiendo del fin de la pena de la retribución que yo rechazo– con la argumentación del TFC cuando éste dice(40): "En tal constelación de casos, la pena criminal –independientemente de su magnitud– no es una sanción adecuada bajo ningún aspecto (retribución, prevención, resocialización del autor)". En ese caso, también el TFC deriva una "retirada del Derecho penal", directamente del art. 4, párrafo 1 de la Ley fundamental.

También yo he intentado concretar el criterio de la necesidad preventiva de pena(41). Según mi opinión, en caso de bienes jurídicos de la generalidad, la existencia del Estado, su seguridad, sus principios constitucionales supremos y la necesidad del cumplimiento de tareas estatales esenciales ponen un límite a la posibilidad de exculpar. En caso de intervenir en bienes jurídicos individuales, las afecciones sustanciales en posiciones de otros que están protegidas por la Constitución, constituyen una barrera inmanente para la exculpación de una actividad de conciencia. En cambio, se debe considerar la exclusión de la responsabilidad penal allí donde la libertad u otro bien fundamental ajenos no se vieran afectados o solo lo fueran en la periferia.

Sobre la base de estas reflexiones, se llegará mayormente a la exculpación en los ejemplos mencionados al principio. En caso de que alguien se negare a vacunarse por razones de conciencia(42), la posibilidad de exculpar dependerá de si la renuncia a la vacuna de unos cuantos "re-

(40) TFC, tomo 32, p. 98 (108 y ss.).

(41) El estado más reciente de estos esfuerzos está documentado en mi manual "Strafrecht Allgemeiner Teil", tomo I (nota 18), § 22, n. marg. 112-119. De manera similar, aunque de manera más reservada, TENCKHOFF (nota 20), p. 450 y ss.

(42) Sobre la importancia práctica de este caso cfr. HIRSCH (nota 33), p. 13, nota 28.

beldes de conciencia" supone un peligro para la salud de la generalidad. Allí donde esto –como probablemente sea la regla general– no ocurriera, se podrá exculpar. Pero si existiera este peligro, se tendrá que exigir la punición, porque la preservación de la salud pública constituye una de las tareas esenciales del Estado. En caso del homicidio solicitado por el paciente paralizado, que sufre padecimientos irreversibles, se podrá evaluar la decisión de conciencia del autor como liberadora de pena, porque la autonomía de la personalidad del paciente no ha sido desatendida; es más, se ha seguido por el contrario la única vía posible para su realización. Es por ello que estos hechos no merecen una evaluación distinta que en el caso de la transfusión de sangre. Lo mismo rige también para el ejemplo muy discutido en la literatura de aquel que, a petición de quien se encuentra aprisionado en un auto en llamas y que no puede ser rescatado, le dispara para evitarle una muerte cruel.

En los demás ejemplos que he citado –el penetrar en el terreno abandonado de un cuartel, el uso temporal de una bicicleta ajena o la injura al crítico de Mahoma–, si bien las acciones del actor de conciencia dejan incólume la esfera del afectado, tampoco ocasionan ningún daño sensible y, por ello, pueden ser liberadas de pena. Esto rige también para el caso aún más dudoso del musulmán que profiere injurias. Y es que el crítico injuriado tendrá que admitir que el ataque verbal apunta menos a una falta de respeto personal que a una vinculación de la conciencia con el profeta que prohíbe toda crítica.

La otra cara de la medalla de esta concepción es que, en intervenciones graves en posiciones ajenas protegidas constitucionalmente, no es posible una exculpación, por más que el autor se hubiera encontrado bajo una presión de conciencia tan fuerte y por más nobles que hubieran sido sus objetivos. Entonces, si en el caso del ejemplo, el musulmán hubiera dado una paliza al crítico de Mahoma, tendría que ser penado por lesiones corporales (art. 223 StGB); su conciencia religiosa deberá ser tenida en cuenta favorablemente solo en la medición de la pena.

Lo mismo rige para aquellos actos de conciencia motivados en razones terrenales, aun cuando puedan tener de su parte a la razón: aquel que privare a un borracho de su botella de aguardiente y vaciare el contenido,

porque su conciencia le manda proteger al bebedor de un mayor daño a su salud, deberá pese a todo ser penado por "daños" (art. 303 StGB) y probablemente también por "coacciones" (art. 240 StGB). Y es que la autonomía de la personalidad, protegida constitucionalmente, hace que resulten intolerables tales acciones de tutela impuesta a otros.

La concepción arriba apenas esbozada ha recibido cierta crítica de parte de la literatura alemana, pero no pocas veces también ha tenido aprobación en su tendencia. Así, SCHLEHOFER(43) quiere hacer depender la exculpación de una ponderación en la que lo importante es "si el interés en la libertad de conciencia predomina por sobre el interés en la protección penalmente reforzada del bien constitucional amenazado por el acto de conciencia". KÜHL opina(44): "Si nos limitamos a los auténticos apuros de conciencia y tenemos en cuenta las barreras del derecho fundamental de la libertad de conciencia, la concesión de tolerancia mediante la exculpación lleva a una concordancia práctica entre la libertad del autor de conciencia y la libertad del afectado por su hecho". JÄGER(45) dice que el art. 4 de la Ley Fundamental no sería capaz de transmitir una "legalización del propio punto de vista sino, en todo caso, una razón para tolerarlo". Por ello resultaría "más correcto, negar el merecimiento de pena a nivel de la responsabilidad y con ello negar la culpabilidad en sentido amplio cuando esto fuera tolerable preventivamente...".

4. FRISCH: obstáculos a la acción y falta de necesidad de reafirmación de la norma

En su más reciente trabajo, FRISCH(46) se acerca mucho a la concepción aquí defendida cuando él dice que admitir una exculpación extralegal derivada del art. 4 de la Ley Fundamental sería "en lo básico plenamente pertinente" y también encuentra correcto "que la no punición del injusto

(43) SCHLEHOFER (nota 19), vor § 32, n. marg. 210.

(44) KÜHL (nota 17), "Strafrecht. Allgemeiner Teil", § 12, n. marg. 114.

(45) JÄGER, "Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil", 3a. ed., 2007, n. marg. 203.

(46) FRISCH (nota 21), pp. 25 y 26.

(penal) cometido y condicionado por la conciencia debe pensarse también bajo el trasfondo de las necesidades de reafirmación de la norma mediante penas, y que estas necesidades están fuertemente reducidas y posibilitan renunciar a la pena en caso de (algunos) actos de conciencia. Pero para él los criterios que yo formulo 'todavía son muy vagos', y menciona cuatro presupuestos de la exculpación que él considera necesarios"(47): el obstáculo especialmente fuerte a un actuar jurídicamente correcto (1); movimientos del actuante que preserven valores o se orienten en valores jurídicos (2); la falta de una alternativa neutral a la conciencia (3); y finalmente, la falta de la necesidad preventiva de reforzar la norma puesta en peligro (4). Analizaremos estos puntos de vista abajo en el marco del tratamiento de la concepción de FIGUEIREDO DIAS.

5. FIGUEIREDO DIAS: recurso a la dignidad humana e invocación a las reglas sobre tratamiento del error sobre la vigencia

También FIGUEIREDO DIAS(48) arriba a una solución que coincide en parte con la mía, aunque en parte también difiere de ella. En primer lugar, critica la exculpación derivada del art. 4 de la Ley Fundamental, porque, según él, "el ejercicio de la libertad de conciencia siempre tropieza con límites inmanentes cuando el acto de conciencia (...) desembocare en la realización de un tipo penal"(49). Entonces, ve los tipos penales como barrera inmanente no solamente de un acto de conciencia legal, sino también de uno exculpado. Y para él, la no necesidad preventiva de punición de algún acto de conciencia no constituye un punto de vista directriz. Pese a todo no quiere tampoco excluir la posibilidad de una exculpación, y enfatiza expresamente que está de acuerdo conmigo en lo referente al fundamento político-criminal de la culpabilidad y su función dentro del sistema(50). En ello se apoya en la dignidad humana y una analogía con el error de prohibición exculpante. "Aquello que (...) efectivamente puede cuestionar

(47) FRISCH (nota 21), pp. 26 y 27.

(48) FIGUEIREDO DIAS (nota 1).

(49) FIGUEIREDO DIAS (nota 1), p. 540.

(50) FIGUEIREDO DIAS (nota 1), p. 542. Aquí también la cita siguiente.

la punición del acto de conciencia no es la falta de necesidad preventiva de la pena, sino algo más importante en el campo del Estado democrático de derecho: es la eminente dignidad humana del autor la que se lesionaría si se penara el hecho en ciertos casos, aunque estos sean muy raros".

Considera(51) que el autor de conciencia estaría preso en una forma de "error de derecho natural", que él quiere tratar, y eventualmente excul-par, haciendo una analogía con el "error sobre la vigencia" como ocurre en el error de prohibición: "En ambos casos el autor conoce la prohibición, pero en última instancia: niega la validez de la norma como una norma que, en el caso concreto, incumba a su conducta. El que esto ocurra por razones que son de naturaleza jurídica (como en el caso del error sobre la vigencia) o por razones de conciencia (como en el caso del acto de conciencia), si bien constituye una diferencia estructural importante, pese a todo, no está en condiciones de eliminar el sentido sustancialmente análogo de estos dos casos para la evaluación penal". Si de este modo el autor llegara al resultado de que la norma no sería válida para él en la situación concreta, FIGUEIREDO DIAS quiere exculpar cuando, pese al error, uno puede partir de que se ha dado la "continuación (...) de una conciencia proba" y la actitud del autor "para el Derecho sea aceptable o incluso digna de reconocimiento"(52).

6. Debate con FIGUEIREDO DIAS y FRISCH

Al hacer una comparación de las concepciones defendidas por FIGUEIREDO DIAS y FRISCH con mi concepción, se obtienen primero coincidencias esenciales. Si bien FIGUEIREDO DIAS quiere que una posible exculpación se base en la dignidad humana en vez de en el derecho fundamental a la libertad de conciencia, no puedo ver en ello una diferencia esencial, porque la lesión de la dignidad humana que radica en toda punición, tan solo puede provenir de desatender la decisión de conciencia adoptada por el autor, la cual es en última instancia decisiva para la exculpación. Luego, no es falso invocar la dignidad humana, porque el

(51) FIGUEIREDO DIAS (nota 1), p. 545.

(52) FIGUEIREDO DIAS (nota 1), p. 547.

art. 4 de la Ley Fundamental constituye una expresión especial del derecho a esta dignidad. Pero se trata de un rodeo para llegar al resultado correcto. Ni siquiera existe en ello una verdadera "desconstitucionalización", porque la dignidad humana, considerada como decisiva, es un valor constitucional del más elevado rango.

Algo correspondiente rige para la analogía con el error de prohibición que FIGUEIREDO DIAS favorece. Y es que si se exculpa al autor de conciencia, ello no ocurre porque el autor consideraría que la norma no rige para él, sino porque esto ocurre por razones de conciencia. Entonces, también en esta medida el art. 4 de la Ley Fundamental se encuentra en el trasfondo de la exculpación. Cuando FIGUEIREDO DIAS, en ambos aspectos, evita recurrir al art. 4 de la Ley Fundamental, eso sucede tan solo debido a que él, como ya se ha expuesto, cree poder vincular la invocación a este derecho fundamental con la solución de la justificación. No obstante, creo haber mostrado que es plenamente posible invocar al art. 4 de la Ley Fundamental, así como compatible con la solución de la exculpación.

Las diferencias se ven también relativizadas por el hecho de que la referencia de la libertad de conciencia con la dignidad humana es enfatizada expresamente tanto por mí como por el TFC. En mi trabajo se puede así leer(53): "Es útil (...) por igual al estado de Derecho, a la dignidad humana y el progreso social cuando el Estado renuncia a la sanción penal de aquellos actos de conciencia con los cuales él puede convivir sin renunciar a sí mismo". Y el TFC(54), en el caso de la transfusión de sangre, opina que una "punición criminal" del marido "que lo marcare como quebrantador de la ley, representaría una reacción social exagerada y por ello lesionadora de la dignidad humana".

También coincido con ambos autores en que los actos de conciencia exculpables presentan características positivas que ocupan un elevado rango en el ordenamiento valorativo de la Ley Fundamental. La libertad de creencias y de confesión que el autor de conciencia muchas veces alega,

(53) ROXIN (nota 2), p. 411.

(54) TFC, tomo 32, pp. 98, 108 y ss.

son mencionadas en la Ley Fundamental junto a la libertad de conciencia, como derechos fundamentales autónomos. Y los actos de conciencia, que, p. ej., apuntan a promover la paz mundial o eliminar problemas sociales, merecen reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico. Anteriormente he dicho yo también que: "Una decisión de conciencia, cuyo ejercicio fuera considerado actualmente antijurídico, podría en el futuro encontrar mayoría y, mediante su impulso innovador, contribuir a la evolución de la sociedad"(55). Esto encuentra amplia correspondencia con la exigencia que hace FIGUEIREDO DIAS para que el acto de conciencia exculpable deba expresar una "conciencia proba" y una actitud aceptable o reconocible por el Derecho(56). También FRISCH dice más o menos lo mismo cuando invoca como segundo indicio para una posible exculpación del actor, "movimientos orientados en la preservación de valores o en valores jurídicos".

La carencia de alternativas neutrales a la conciencia es exigida por ambos autores por igual y del mismo modo. Además FRISCH reconoce expresamente la falta de una necesidad de reafirmación de la norma (de una necesidad preventiva de punición) como requisito de la exculpación. Si bien FIGUEIREDO DIAS la hace pasar a segundo plano para favorecer la invocación a la dignidad humana y la conciencia proba del autor, no obstante, ahora ya la ha incluido en sus reflexiones. Y es que cuando el autor de conciencia, en tanto sea posible exculparlo, deba haber hecho patente una actitud aceptable o incluso reconocible desde el punto de vista del ordenamiento jurídico (una "conciencia proba"), esta circunstancia habla precisamente a favor de la falta de una necesidad de prevención.

Yo veo un único punto de vista diferenciador relevante en relación con ambos autores en el hecho de que ellos hacen depender demasiado la exculpación del estado de ánimo del autor de conciencia y no consideran suficientemente las consecuencias objetivas de su accionar. Con la mira puesta en la protección de bienes jurídicos afectados, me parece que esto es problemático y, además, alberga el peligro de que la valoración cualitativa

(55) ROXIN (nota 2), p. 411.

(56) FIGUEIREDO DIAS (nota 1), p. 547.

de la decisión de conciencia, que debería estar prohibida al juez, se vuelva a colar por la puerta trasera.

Permítaseme recurrir a un ejemplo ya mencionado: quien por razones de conciencia quita la botella de aguardiente al borracho (o el cigarrillo al fumador), seguramente tendrá una conciencia proba y se orientará en objetivos que tiendan a preservar valores y que también son los que persigue el ordenamiento jurídico (o sea, la protección de la salud). Pese a todo, deberá ser penado, porque su acción afecta la autodeterminación del afectado de una manera que no es tolerable. Quien, por razones de conciencia condicionadas por sus creencias, no cumpliera con su deber de permitir una vacuna, atentando contra la ley reforzada penalmente, tal como ya se ha expuesto arriba, tendrá que ser penado, cuando, por razones de salud pública, sea necesario que se produzca una vacunación sin excepción; en caso de que esto no fuera así, él puede ser exculpado. La situación de conciencia del autor es la misma en ambos casos. Sobre la posibilidad de una exculpación deciden circunstancias objetivas.

Es por eso que yo solo admito la exculpación cuando el autor de conciencia interviniere en los derechos de otros o de la generalidad de manera tan solamente mínima, que no sea seria. Creo que este punto de vista ha sido muy poco tenido en cuenta por ambos autores. FIGUEIREDO DIAS, al construir una analogía con el error de prohibición invencible, se mueve plenamente dentro del ámbito de la psique del autor. Y también FRISCH considera que "el obstáculo especialmente fuerte del actuar jurídicamente correcto" sería el principal "motivo para exculpar al autor y renunciar a la pena"(57). Pero la fuerza de la presión a la conciencia, bajo la cual se encuentra el autor, no puede ser medida y escapa a la reconstrucción forense. Tampoco hay ningún indicio de que el legislador hubiera querido diferenciar entre decisiones de conciencia absolutamente coercitivas y menos coercitivas vinculándolas luego con consecuencias jurídicas diferentes. Por ello, no será posible hacer que la exculpación dependa del grado de apremio de una decisión de conciencia.

(57) FRISCH (nota 21), p. 26 y ss.

Por cierto que FRISCH quiere, de manera que se agradece, que también los puntos de vista preventivos codecidan sobre la posibilidad de exculpar. Pero en esto piensa menos en la magnitud de la afección de bienes jurídicos causada por el autor de conciencia que en el peligro para la vigencia de la norma en la conciencia de la generalidad. Por ello, quiere limitar la exculpación(58) a hechos en los cuales "se tratare de casos extraordinarios, relativamente raros o incluso únicos, las normas correspondientes aparezcan cimentadas y no se deba temer que al renunciar a una reacción, se promueva la imitación de tales hechos".

Este es con seguridad un punto de vista respetable, pero me pregunto si no sería más importante la magnitud de la afección al Derecho. Cuando, p. ej., un autor de conciencia hace una manifestación a favor de la paz mundial recurriendo a un "sit-in", y realizando así el tipo penal de violación de domicilio, esto puede encontrar imitadores. Cuando el manifestador deja, sin resistirse, que las fuerzas del orden se lo lleven cargado, la perturbación causada por él es tan mínima que, según mi opinión, se puede renunciar a la pena, incluso si existiera el peligro de imitación. El legislador constitucional mismo (art. 4, tercer párrafo, de la Ley Fundamental: "Nadie podrá ser obligado contra su conciencia a prestar servicio militar con las armas") legitima las decisiones de conciencia que, según la experiencia, encuentran muchos imitadores.

Con todo esto no quiero decir que mis propuestas para concretar la solución de la exculpación en grupos de casos específicos hubieran respondido de manera definitiva a los problemas que aquí se presentan. Más bien quiero poner en claro que la elaboración detallada de todos los casos posibles de exculpación, debido a la conciencia, es una tarea cuya solución deberá ocuparnos a todos conjuntamente.

V. ¿NO SE DEBERÍA JUSTIFICAR NI EXCULPAR EL ACTO DE CONCIENCIA PENALMENTE TÍPICO?

Finalmente quisiera todavía ocuparme de una doctrina que considera imposible la justificación o la exculpación de los actos de conciencia

(58) FRISCH (nota 21), p. 28.

penalmente típicos. Esta doctrina también ha encontrado nuevos seguidores en los últimos años. En lo esencial, ellos argumentan que la infracción de un tipo penal siempre sería una grave violación del Derecho y, por ello, también infringiría sin excepciones, con miras a una posible exculpación, las barreras legales a la libertad de ejercicio de conciencia. Esto lo expresa FRISTER de la manera más clara(59): "Cuando el legislador amenaza con pena una conducta, con ello él al mismo tiempo ha decidido que esta conducta afecta la libertad o demás derechos fundamentales de otros no solo de manera periférica (...) Por esta razón, el Derecho penal deberá ser entendido, en su totalidad, como concreción de las barreras inmanentes del derecho fundamental de la libertad de conciencia, de manera que una convicción de conciencia, por sí sola, no puede exculpar un delito". También OTTO dice(60): "Allí donde el legislador (...) no ha tomado una decisión a favor de la decisión de conciencia y también la interpretación de la norma no permitiera ninguna posibilidad para tomar en cuenta esta decisión, las disposiciones legales exigen preeminencia". En hechos de conciencia, LENCKNER(61), en caso de una comisión, quiere siempre admitir un atentado contra las barreras del art. 5 de la Ley Fundamental, y no quiere admitir ni una justificación ni una exculpación. En los delitos de omisión, en todo caso, podría faltar la exigibilidad de otra conducta, lo cual haría desaparecer ya la tipicidad. Igualmente STRATENWERTH/KUHLEN(62) ven "tan solo la posibilidad de una atenuación de pena".

Pero, en contra de la suposición de que un hecho de conciencia no tendría ninguna influencia en la punibilidad, se pueden hacer valer dos contundentes razones constitucionales (1) y también de política criminal (2).

(59) FRISTER, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 2006, cap. 20, n. marg. 22.

(60) OTTO, "Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil", 7a. ed. 2004, § 14, n. marg. 31; extensamente, *ídem*, "Gewissensentscheidung und Rechtsgeltung", FS Schmitt Glaeser, 2003, p. 21 y ss.

(61) LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, "StGB", 27a ed., 2006, vor § 32, n. marg. 118/119.

(62) STRATENWERTH/KUHLEN, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 5a. ed., 2004, § 10, n. marg. 117.

1. Razones constitucionales en contra de la exclusión de cualquier posibilidad de exculpar

Las razones constitucionales que, por lo menos en el Derecho alemán, hablan en contra de excluir cualquier posibilidad de exculpar en caso de actos de conciencia, encuentran apoyo tanto por parte del legislador constitucional (a) como también por la jurisprudencia del TFC (b), así como por la amplísima opinión de la literatura constitucional (c).

a) Si se quisiera ver en las leyes penales barreras infranqueables absolutas para cualquier exculpación de actos de conciencia, esto significaría que el derecho fundamental del art. 4 de la Ley Fundamental (L. F.) se vería restringido por una ley simple. Se han previsto restricciones de este tipo en caso de distintos derechos fundamentales (p. ej., en el derecho a la libre opinión del art. 5, segundo párrafo, de la L. F.), pero no precisamente para el art. 4 L. F. Y esto no es casualidad, sino había sido premeditado. Es así que se había rechazado expresamente en las discusiones constitucionales incluir en el Proyecto de Ley Fundamental una reserva general a favor de la seguridad pública, las buenas costumbres y la salud(63).

b) También el TFC ha rechazado trasladar a la libertad de conciencia las restricciones constitucionales que rigen para la libertad de desarrollo de la personalidad (mediante los derechos de otros, el ordenamiento constitucional y la ley moral, art. 2, párrafo 1, L. F.). Esto sería "incompatible con la relación reconocida por la constante jurisprudencia del Tribunal constitucional en cuanto a la subsidiariedad del art. 2, párrafo 1 L. F. y la especialidad de los derechos a las libertades individuales". El intérprete alemán no puede apartarse, así como así de la fuerza vinculante de las sentencias del TFC.

c) También la literatura constitucional alemana(64), que aquí no podrá ser desarrollada en sus detalles, comparte de manera plenamente

(63) Cfr. las refs. en ROXIN (nota 2), p. 395.

(64) Cfr. las refs. en ROXIN (nota 2), p. 395.

mayoritaria el punto de vista de que los actos de conciencia no deberían ser sometidos sin más a las sanciones previstas generalmente por el Derecho penal.

2. Razones de política criminal en contra de la exclusión de toda posibilidad de exculpar

La argumentación constitucional también se ve apoyada por razones de política criminal. Y es que el Estado, si bien no puede proceder generosamente con los derechos de otros (por lo cual queda excluida la justificación de los actos de conciencia típicamente penales), debe hacer uso tolerante de su poder sancionador. Y también lo hace cuando prevé ya en el derecho material (arts. 33 y 35 StGB) posibilidades de archivamiento en los arts. 153 y ss. StPO hasta muy adentro del ámbito de la criminalidad mediana, así como la exclusión de la responsabilidad para situaciones de emergencia.

Cuando FRISTER opina –y esto es en el fondo la opinión de todos los que rechazan exculpar los actos de conciencia– que ya la conminación de pena por sí misma de una conducta constituiría prueba irrefutable de que un acto de conciencia "no solo afecta periféricamente la libertad o demás derechos fundamentales de otros", esto soslaya el hecho de que la mayoría de los tipos delictivos también incluyen, según su tenor, actos de minucia que, por lo menos en actos condicionados por la conciencia del autor, no necesitan una sanción penal. En ello radica el motivo por el cual yo veo el ámbito esencial de aplicación de las exculpaciones condicionadas por la conciencia precisamente allí donde no se afecta la autonomía de la personalidad de nadie o es solamente mínima la intervención en los derechos de otros y, en realidad, no son socialmente dañosas.

Otros ordenamientos jurídicos han reconocido esto, incluso sin que dependa de la existencia de un acto de conciencia. Así el art. 1 § 2 del Código Penal de Polonia dice: "No es delito aquel hecho prohibido cuya dañosidad social sea mínima". Si según esta disposición, ya en caso de dañosidad social mínima se considera apropiada una liberación general de pena, ¡con más razón debería estar indicado esto en caso de actos de conciencia privilegiados por la Constitución!

Los opositores a la solución de la exculpación indican frecuentemente que existiría "por encima de las posibilidades de archivamiento según los arts. 153, 153a StPO, la posibilidad de una no aplicación (conforme a la Constitución) de la disposición penal pertinente"(65). Pero, en primer lugar, es una diferencia relevante por sicología social el que se absuelva a alguien o que tan solo se disponga el archivamiento del proceso (eventualmente bajo la imposición de determinadas prestaciones) por un hecho que sigue siendo considerado punible. En segundo lugar, los mandatos constitucionales exigen su respeto en el derecho material, independientemente de que también el legislador simple hubiera escogido una solución jurídico-material para las situaciones de necesidad (arts. 33, 35 StGB).

Y, en tercer lugar, el reconocimiento de la exclusión jurídico-material de responsabilidad ofrece a la jurisprudencia y la ciencia la posibilidad de elaborar, haciendo precisiones y de manera consensuada (tal como también se ha tratado de hacer en este trabajo), los criterios de la liberación de pena cuando se produjeren actos condicionados por la conciencia, mientras que, en caso del archivamiento, se deja todo en manos de la discrecionalidad incontrolable de las partes del proceso. Precisamente en los casos de conciencia, esto no es admisible, porque en este ámbito existe el gran peligro de que las posiciones ideológicas influyan en la decisión.

Detrás del rechazo de cualquier tipo de exculpación de actos de conciencia se esconde también el temor de que pueda sufrir una merma la autoridad del Estado y las leyes, si se fuera tolerante con los autores de conciencia. Pero este temor no acierta cuando la posibilidad de exculpar, tal como aquí se recomienda, se limita a casos en los cuales se respetare la autonomía de la personalidad del afectado o se interviniera solo de manera periférica que no sea seriamente dañosa en los derechos de los individuos o de la generalidad. Por el contrario, una generosidad jurídica de este tipo puede incluso reforzar la autoridad del Estado. Y es que solo un Estado fuerte puede permitirse, dentro de determinados límites de tolerancia, dejar sin sanciones a los disidentes, incluso en caso de que estos infringieran las

(65) Así, BÖSE, ZStW 113 (2001), p. 68; HIRSCH (nota 33), p. 26, se manifiesta a favor de una atenuación facultativa de la pena.

leyes penales. De este modo, resulta también una ganancia de autoridad por el hecho de que, en una sociedad multicultural, el Estado puede conseguir integrar a los no-conformistas con sus distintas características religiosas y culturales. En todo caso, y para recoger una expresión de Figueiredo Dias, con ello se puede prestar un servicio a la *dignidad humana* de una forma que honra a cualquier Estado.

Termino este pequeño estudio deseando a JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, con motivo de su 70mo. cumpleaños, suerte, salud y muchos años más de fructífera labor creativa. Mi humilde intención ha sido continuar un poco con el diálogo internacional penal que mantengo con él desde hace décadas, tomando para ello una cuestión importante que nos ha ocupado a ambos. ¡Y espero con alegría su próxima contribución sobre este tema!

La tentativa fracasada ¿una figura jurídica superflua y derrochadora de capacidad?

Mi ilustre colega Friedrich-Christian SCHROEDER ha publicado un artículo en NStZ 2009, p. 9 y ss., en el cual califica a la tentativa fracasada con las palabras citadas en el título de la presente contribución[1] y, según cuyo resumen final[2] esta figura jurídica representaría "una dura e inútil carga para la aplicación del Derecho, la doctrina y el estudio". A él le parece insoportable que "al lado de la tentativa inacabada y la acabada, además de la inidónea, deba entrar a tallar "(...) todavía la tentativa fracasada"[3]. "Todo profesor conoce la desesperación de los estudiantes cuando estos tienen que poder manejar tal variedad de conceptos. Pero también se agregan alternativas de decisión adicionales a los tribunales y fiscalías recargando su trabajo ya de por sí considerable".

Creo que los estudiantes y la administración de justicia podrán considerarse felices si no hubieran otras razones para la desesperación

---

(*) Título original: "Der fehlgeschlagene Versuch –eine kapazitätsvergeudende, überflüssige Rechtsfigur?", publicado en NStZ 2009, pp. 319-321.

(1) SCHROEDER, NStZ 2009, p. 9 (palabras previas).

(2) SCHROEDER, NStZ 2009, p. 12.

(3) SCHROEDER, NStZ 2009, p. 10.

y la recarga laboral. Pero, aparte de ello, también considero que la tesis de SCHROEDER es incorrecta. Él la fundamenta remitiendo mayoritariamente a mis explicaciones(4) –probablemente debido a que yo, desde hace décadas, me vengo manifestando a favor de esta figura jurídica y la he explicado detalladamente en mi manual–. Y no se trata de una divergencia de opiniones entre SCHROEDER y yo, de una simple discusión entre catedráticos que pudiera ser desdeñada en una revista dedicada a la práctica. Más bien la jurisprudencia reciente del TFA (TFA, s. penal, tomo 34, p. 56) e incluso la Gran Sala en asuntos penales (TFA, s. penal, tomo 39, p. 228) trabajan también con la figura jurídica de la tentativa fracasada. SCHROEDER mismo habla de una "marcha triunfal" de la tentativa fracasada y de una apenas "pequeña pero terca oposición"(5). Es por ello que vale la pena revisar con la debida brevedad si la jurisprudencia y la opinión dominante, al haber reconocido la tentativa fracasada, han tomado un camino equivocado.

A continuación, voy a demostrar que la tentativa fracasada no hace necesario que el penalista haga un mayor derroche de capacidad (I), sino más bien que esta figura trae consigo un importante esclarecimiento derivado del sentido de la regulación referida al desistimiento (II) y que incluso implica una simplificación de la aplicación jurídica (III).

I. ¿LLEVA LA FIGURA JURÍDICA DE LA TENTATIVA FRACASADA A UNA MAYOR COMPLICACIÓN DE LA APLICACIÓN JURÍDICA Y RECARGA LABORAL?

Se presenta una tentativa fracasada cuando para el autor ya no es posible objetivamente realizar el tipo de conformidad con su plan, y cuando él, subjetivamente, tampoco cree más en tal posibilidad(6).

(4) ROXIN, "Strafrecht Allgemeiner Teil", tomo II, 2003, § 30, n. marg. 77-112, pp. 502-516.

(5) SCHROEDER (arriba, nota 1).

(6) Esta descripción contiene una precisión de la definición que había dado en mi manual (arriba, nota 4, n. marg. 77), según la cual se presentaría una tentativa fracasada "cuando el autor reconociere o por lo menos supusiere que su objetivo se ha vuelto inalcanzable en el marco del hecho concreto".

A partir de este parámetro, cuyo aprendizaje no me parece difícil, he deducido distintos grupos de casos de tentativa fracasada y, a manera de ejemplo, he mencionado otros grupos de casos en los cuales no existe un "fracaso"(7). SCHROEDER hace un listado de todo esto(8), y ve ya en ello "una clara complicación".

Pero ahora viene lo sorprendente: él no discute ni la deducción justa a partir del criterio del "fracaso" ni la corrección de los resultados que alcanzo, sino su única queja consiste en que todo esto sea caracterizado como "fracaso" y no como casos de "desistimiento involuntario". "El rendimiento de la doctrina de la 'tentativa fracasada' consiste en que ha realzado los casos de una clara falta de voluntariedad en la no continuación de la ejecución de un delito"(9). Con ello, SCHROEDER reduce toda la crítica a una cuestión meramente terminológica de si los casos en los cuales está claramente excluido un desistimiento liberador de pena, deberían ser denominados como casos de "fracaso" o de "falta de voluntariedad". Pero una mera disputa sobre la denominación no tiene nada que ver con la "complicación" y el "trabajo adicional".

II. ¿LLEVA LA FIGURA JURÍDICA DE LA TENTATIVA FRACASADA A ESCLARECIMIENTOS JUSTOS EN EL ÁMBITO DE LA DOGMÁTICA DEL DESISTIMIENTO?

De manera lógica tiene que haber una diferencia entre el desistimiento y el desistimiento involuntario; si no, no sería posible un desistimiento voluntario. Esta diferencia puede ser explicada solamente a través de la categoría de la tentativa fracasada. El desistimiento presupone un "retorno de la puesta en peligro"(10), es decir, el autor, mediante una conducta contraria, tiene que haber eliminado el peligro que él ha creado, o –en la tentativa inidónea– debe intentar neutralizar, con tal conducta, el peligro

(7) ROXIN (arriba, nota 4).

(8) SCHROEDER (arriba, nota 3).

(9) SCHROEDER (arriba, nota 2).

(10) JÄGER, "Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr", 1996, p. 65 y ss.

que él supone haber creado. Pero no existe este retorno de la puesta en peligro cuando ya no es posible realizar el tipo de manera correspondiente con el plan del hecho y tampoco el autor lo considera posible. El autor del atentado que por casualidad se ha llevado una pistola descargada, no desiste cuando, tras haber disparado inútilmente, se resigna y la guarda otra vez; y tampoco se desiste el ladrón cuando, debido a una acción defensiva de la víctima, es golpeado y pierde el conocimiento. Estas tentativas han fracasado y no permiten, desde el principio, un desistimiento, porque ya no existe ninguna situación de peligro que pudiera ser cancelada, ni siquiera según la representación del autor.

La cuestión de la voluntariedad o no voluntariedad de un desistimiento se presenta recién cuando el autor considerare que todavía es posible la realización típica siguiendo su plan. Ello ocurre, p. ej., cuando un violador, que ataca por detrás a su víctima, la reconoce como una conocida y se encuentra entonces ante la situación de si, pese al mayor riesgo de ser denunciado y penado, todavía quiere ejecutar el hecho(11). Aquí se hace necesario hacer difíciles ponderaciones que deberán seguir parámetros normativos. Actúa voluntariamente quien abandonare su plan inicial del hecho; involuntariamente, quien solamente por un cálculo egoísta toma en cuenta la modificación de la situación(12).

Luego, en caso de la tentativa fracasada se trata de comprobar hechos externos e internos, pero en la cuestión de la voluntariedad o de la falta de voluntariedad del desistimiento se trata de una valoración que debe ser deducida a partir de la *ratio* del privilegio del desistimiento(13). Estas son dos operaciones mentales totalmente diferentes, pero que se ven mezcladas cuando, como hace SCHROEDER, se consideran todos los casos de tentativa fracasada como casos de desistimiento no voluntario. Un procedimiento como este también oculta el "rendimiento" de la doctrina de la tentativa

(11) TFA, s. penal, tomo 9, p. 48 y ss.

(12) Una exposición detallada de la intrincada problemática se encuentra en ROXIN (arriba, nota 4), n. marg. 354 y ss.

(13) Sobre la llamada teoría sicológica de la voluntariedad, que desconoce esta diferencia, ver en ROXIN (arriba, nota 12).

fracasada que incluso reconoce el mismo SCHROEDER como ganancia de conocimiento, en el sentido de que se destacan claramente los casos en que se excluye el privilegio del desistimiento y se los separa de la difícil problemática normativa de una voluntariedad existente o inexistente.

La concepción aquí defendida también es la única que se corresponde con el tenor de la ley que refleja el sentido de la disposición. No puede ejecutar un "desistimiento", tal como lo exige el título del art. 24 StGB, aquel que no ve ninguna alternativa de acción. Y también solo se puede "renunciar" a "continuar la ejecución del hecho" en el sentido del art. 24, primer párrafo, primera alternativa, cuando la "continuación de la ejecución", por lo menos según la opinión del autor, estaba dentro de lo posible.

A la por mí pretendida "ganancia de claridad jurídica", que debería ser alcanzada separando el "fracaso" de la "falta de voluntariedad", opone SCHROEDER que la tentativa fracasada se debería a la "notoria propensión de la ciencia penal alemana de adelantar los elementos estructurales", tendencia que él desaprueba, y que tendría el defecto de su "carácter complicado que resulta de una negación continuada"(14). Pero estas no son objeciones coherentes. Y es que no se puede discutir que la cuestión de si existe siquiera un desistimiento es lógicamente previa a aquella de si este desistimiento sería voluntario o involuntario, y no tiene nada que ver con alguna extraña "propensión de la ciencia penal alemana". Y la "negación continua" que sería inmanente a esta construcción se agota en rechazar la posibilidad de un desistimiento. Tampoco SCHROEDER puede evitar este elemento negativo cuando tan solo rechaza la voluntariedad.

III. ¿LA FIGURA JURÍDICA DE LA TENTATIVA FRACASADA TRAE CONSIGO UNA SIMPLIFICACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO?

Se podría oponer a lo expuesto que la figura jurídica de la tentativa fracasada, si bien esclarecería las cosas teóricamente, no sería importante en la práctica. Es decir, que sería por lo demás evidente el que no se presente un desistimiento voluntario en hechos como en los casos que yo

(14) SCHROEDER (supra, nota 2).

he construido referidos al de la pistola o del ladrón. Por ello, al aplicador del Derecho le daría igual que aquí se hable de tentativa fracasada o de desistimiento involuntario.

Pero esta objeción tan solo atañe a un ámbito marginal de los casos de la incapacidad fáctica de acción. Por el contrario, existen numerosas constelaciones en las cuales la figura jurídica de la tentativa fracasada ofrece soluciones mucho más sencillas y claras a los problemas. De la abundancia de posibles ejemplos, tan solo voy a escoger cuatro.

En los hechos en los que se basó la sentencia penal del Tribunal del Reich (tomo 39, p. 37), el autor había querido hurtar una pelota de un jardín ajeno. Cuando tuvo el objeto del hurto entre sus manos, comprobó que se trataba de una bola de madera. Decepcionado, la arrojó porque no la necesitaba y solo había querido una pelota. Si se viera en esta conducta un desistimiento, razonablemente solo puede tratarse del desistimiento de un posible hurto de una bola de madera. Pero este habría sido voluntario porque, como el T. del Reich correctamente comprobó, el autor, en el apartamiento de la sustracción, no había sido motivado por circunstancias externas, sino solo por una mera reflexión interna (ibídem, p. 40). Por ello, el T. del Reich admitió un desistimiento voluntario. Pero este resultado es falso. Lo que existió fue una tentativa fracasada de hurto, la cual además era una tentativa punible, porque era imposible, y por ello, había fracasado la "realización típica correspondiente con el plan", o sea, el hurto de una pelota de goma. Entonces, la admisión de una tentativa fracasada lleva aquí a una solución sencilla y clara que no puede ser alcanzada, así como así, por reflexiones referidas al desistimiento.

En la sentencia penal del TFA, tomo 4, p. 56, el autor había necesitado una suma de "alrededor de 300 marcos alemanes" para una finalidad concreta y para conseguirlo había asaltado al dueño de un restaurante, pero en cuya caja tan solo había encontrado entre 20 y 30 marcos. Decepcionado, abandonó la suma de dinero y se escapó. Si se admitiera aquí un desistimiento, este, de manera correcta, solo podrá referirse a la suma encontrada, pues uno difícilmente podrá desistirse de robar una suma de dinero no existente. Pero el desistimiento de la posibilidad de llevarse el

dinero encontrado fue voluntario. En el caso concreto, el TFA admitió un desistimiento involuntario (en aquella época casi no se conocía la construcción de la tentativa fracasada), pero no oculta que otras sentencias supremas habían llegado a resultados opuestos en casos similares. Se elimina esta inseguridad y falta de claridad en la administración de justicia a la par que se simplifica decisivamente la fundamentación del resultado correcto –tentativa de robo agravado– cuando se admite una tentativa fracasada, porque había resultado imposible una "realización típica según el plan" (robo de 300 marcos alemanes). El TFA solo llega al resultado correcto, tras reconocer que se tendría que "partir del amplio plan original del autor" (ibídem, p. 59). El que el tribunal no llegara a hablar de tentativa fracasada se debió probablemente a que este concepto todavía no estaba a disposición en aquella época.

La sentencia penal del TFA (tomo 39, p. 244) trata el caso de la víctima que, tras ser derribada por el autor, engaña a este al decirle que él le habría "caído como anillo al dedo", porque "hace ya mucho tiempo que no había tenido un encuentro sexual con un hombre". Esto había sido una tentativa fracasada. Y es que, como el autor creía que, tras el inicio de la tentativa, la víctima habría estado de acuerdo, la ejecución del acto sexual, según su representación, ya no era una violación. Luego, también los casos de "imposibilidad jurídica" fundamentan una tentativa fracasada. El TFA rechaza esto con el argumento incorrecto de que el autor habría podido "ejecutar el acto sexual" (ibídem, p. 247). Pero un acto sexual acordado no es una violación que el autor, según su representación, ni pudo ni quiso continuar tras la declaración de conformidad de la víctima. Pese a todo, el TFA admite una tentativa de violación, porque faltaría "ya una renuncia a la ejecución planeada del hecho" (ibídem, p. 247). Pero esto no lo fundamenta considerando que ya no era posible una "renuncia" (lo que hubiera tenido que llevar a admitir un fracaso), sino con la tesis a su vez incorrecta de que, debido a la ejecución del acto sexual, no hubo una renuncia (uno tiene que preguntarse por qué entonces el TFA tan solo pena por tentativa). Luego, aquí solo debido a la complicada vinculación de dos fundamentaciones incorrectas se llega al resultado correcto. Este caso también pone en evidencia con toda claridad cómo una consecuente

aplicación de la doctrina de la tentativa fracasada ayuda a aliviar el trabajo y simplificar la fundamentación.

Finalmente habría que mencionar, como último ejemplo, el caso de la acción ejecutiva repetida que aparece muchas veces en la jurisprudencia(15). En el caso modelo, al cual me limitaré aquí, A quiere matar de un disparo a B. Tras fallar en su intento y, aunque todavía tiene más balas en el revólver con las cuales podría matar a B, abandona su plan. Aquí se presenta en primer lugar el caso opuesto de que no existe una tentativa fracasada, porque todavía le hubiera sido posible al autor realizar el tipo de manera correspondiente con el plan. Luego, deberá admitirse un desistimiento, cuya voluntariedad deberá ser evaluada según si el autor había renunciado a efectuar nuevos disparos para dejar incólume a la víctima (en tal caso había voluntariedad), o si solo lo hizo porque el primer disparo había alertado a otras personas cuyo acercamiento hizo aconsejable emprender la huida (en tal caso, no había voluntariedad). Tras muchas oscilaciones, también la jurisprudencia se ha inclinado finalmente por este punto de vista(16).

No obstante, SCHROEDER(17) considera que la cuestión decisiva es "si los actos conformaban un hecho". Pero, si diferentes disparos representan uno o más hechos, o si, tal como la jurisprudencia originalmente admitía, importa que el autor desde el principio hubiera considerado la eventual necesidad de varios disparos, es una cuestión que no puede nunca responderse en abstracto. Ello depende de la perspectiva. En cuestiones de desistimiento, esta perspectiva tan solo puede estar dirigida a si el autor todavía podía consumar su plan homicida en una relación temporal inmediata con el primer disparo. Y es que, de ser este el caso, todavía no habría fracasado la tentativa de homicidio. Únicamente la negación del fracaso se abre camino hacia la solución correcta, la cual no sería posible de alcanzar si uno no se orientara en la idea del fracaso.

---

(15) Muchas referencias individuales y fundamentaciones detalladas pueden encontrarse en ROXIN (arriba, nota 4), n. marg. 175-210, pp. 534-545.

(16) TFA, s. penal, tomo 31, p. 170; tomo 33, p. 295; tomo 34, p. 35.

(17) SCHROEDER, NStZ 2009, p. 11.

De todo esto me parece que resulta irrefutable que la doctrina de la tentativa fracasada no implica una complicación innecesaria, sino que trae consigo un alivio esencial para la aplicación jurídica. Además resulta que, en contra de la opinión de SCHROEDER(18), no tiene una "importancia reducida en la práctica", sino significativa. Muestran su importancia precisamente aquellos casos en los cuales el TFA no ha aplicado consecuentemente esta doctrina, tal como he aclarado con ejemplos. Y cuando SCHROEDER indica que "muchas sentencias del TFA se concentran en la cuestión de cuándo *no existe* una tentativa fracasada"(19), precisamente también esta cuestión es perjudicial para una correcta decisión en la problemática del desistimiento, tal como he mostrado con ayuda de las acciones ejecutivas repetidas.

Entonces, mi conclusión es la siguiente: la "tentativa fracasada" no es una construcción inncesaria que complique la aplicación correcta de la ley, sino una figura jurídica indispensable para una solución material justa de las cuestiones referidas al desistimiento.

(18) SCHROEDER (arriba, nota 2).

(19) SCHROEDER (arriba, nota 2).

Acerca de la tentativa inacabada del autor individual (*)

I

Rolf DIETRICH HERZBERG, a quien honramos con este Libro-Homenaje, no solamente es uno de los más productivos dogmáticos penales alemanes del presente, sino también uno de los más ingeniosos. Casi nunca se contenta con la opinión dominante y raras veces lo hace con una opinión solamente extendida, sino que busca y encuentra siempre, tras un análisis crítico de las opiniones tradicionales, nuevas soluciones incluso para cuestiones antiguas.

El hecho de que uno no pueda imponerse con todos sus "inventos", lo sabe todo aquel que se ha ocupado por sí mismo del ulterior desarrollo de nuestra dogmática. Y eso lo sabe también HERZBERG, quien con una imparcialidad radical a menudo ha llegado incluso a mejorar o a corregir posteriormente sus propias tesis. De esta manera, ha enriquecido las teorías generales del Derecho penal en una medida destacable. Con el autor de estas líneas, también ha sostenido una que otra discusión virulenta –independientemente de muchas coincidencias objetivas y una amistad y

(*) Publicado en alemán bajo el título "Zum unbeendeten Versuch des Einzeltäters", en el Libro-Homenaje a Rolf Dietrich Herzberg, 2008, pp. 341-354.

vinculación colegial nunca enturbiada– pero que –como creo yo– siempre ha sido favorable para la cuestión de la que se trataba.

II

Después de estas palabras previas, el lector esperará un nuevo "caso de disputa" y, efectivamente, voy a abordar uno de ellos. Se trata de la delimitación entre actos preparatorios y tentativa, para lo cual, debido al límite puesto a esta contribución, solamente analizaré la tentativa inacabada del autor individual(1).

Como es conocido, esta cuestión delimitadora es muy polémica incluso en la actualidad, y conocidos autores dudan de que sea posible una separación exacta entre preparación y tentativa(2). HERZBERG, quien hace algunos años ha tratado ampliamente en el Comentario Muniqués al StGB(3) la teoría de la tentativa, rechaza todos los conceptos auxiliares desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina para circunscribir el límite de la tentativa, y, frente a una variedad de criterios empleados, habla de un "estado actual ateórico y de impredecibilidad de la decisión concreta"(4). Un renombrado representante de esta concepción que HERZBERG denomina "ateórica" es por ejemplo JAKOBS, cuando éste dice(5): "Debido a la variedad inabarcable de las relaciones sociales posibles no se puede dar una fórmula de la tentativa, pero sí un catálogo de topoi que pertenezcan en parte a un sistema móvil, es decir, que no siempre convergerán todos los topoi y no siempre la medida suficiente será igual de grande".

---

(1) Mi concepción sobre el problema de delimitación puede ser consultada con más detalle en mi manual "Strafrecht Allgemeiner Teil", tomo 2 [n. d. t.: aún no publicado en español], 2003, § 29, n. marg. 192-345, pp. 395-445.

(2) Cfr. tan solo los autores (WEIGEND, AMBOS, M.-K. MEZYER) mencionados en mi manual (nota 1) § 29, n. marg. 104, nota al pie 113. A estos debería añadirse todavía STRATENWERTH/KUHLEN, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 5a. ed., 2004, § 11, n. marg. 42.

(3) HERZBERG, en "Münchner Kommentar-StGB", 2003, §§ 1-51.

(4) HERZBERG, en "Münchner Kommentar-StGB" (nota 3), § 22, n. marg. 119. Esta crítica se repite en § 22, n. marg. 172: "En total, domina la impresión de una falta de teorías en este campo de problemas".

(5) JAKOBS, "Strafrecht Allgemeiner Teil", 2a. ed., 1991, sección 25, n. marg. 63.

A tal variedad de puntos de vista, que podrían tener un peso variado según el tipo en cuestión, la forma de tentativa o también la configuración concreta de los hechos, HERZBERG opone un solo "criterio con validez general"(6) que regiría para todos los tipos y fenómenos de la tentativa por igual: el elemento de la inminencia directa "de segundos" de la consumación(7). A primera vista, podría parecer que esto no es especialmente novedoso, porque la idea de la "puesta en peligro inmediata" constituye una de las fórmulas más antiguas de delimitación(8) y porque el legislador mismo, en el art. 22, habla de un comenzar [disponerse] inmediatamente a realizar el tipo. No obstante, una diferencia decisiva, fina, radica en que el legislador habla de un comienzo inmediato a realizar (es decir, una acción), mientras que HERZBERG exige una inminencia inmediata ("de segundos") para la producción del resultado.

La importancia de esta diferencia se muestra en los resultados prácticos en los cuales HERZBERG admite, en numerosos casos, un acto preparatorio impune, frente a la concepción general que admite una tentativa. Esto lo quiero ilustrar con algunos ejemplos.

Así, según su teoría(9), el conseguir el ingreso con engaños o con escalamiento en una casa ajena, con la intención de hurtar, no podría constituir aún una tentativa de hurto. Cuando alguien pide que le presten un bien, pero no lo devuelve, sino lo quiere aprovechar para sí mismo, no habría cometido aún una tentativa de estafa. Cuando alguien "telefónicamente exige a su víctima que le pague dinero por su silencio bajo la amenaza de hacer revelaciones sobre ésta"(10), esto no sería para HERZBERG una tentativa de extorsión. Para él, la tentativa recién existiría cuando el autor "extiende la mano para recibir el dinero y con ello dañar el patrimonio

(6) HERZBERG, en "Münchner Kommentar-StGB" (nota 3), § 22, n. marg. 173; también en n. marg. 158.

(7) HERZBERG, en "Münchner Kommentar-StGB" (nota 3), § 22, n. marg. 157; también ya antes en n. marg. 156.

(8) Cfr. al respecto, c. más refs. mi manual (nota 1), § 29, n. marg. 123.

(9) Aquí y en lo que sigue, ver HERZBERG, en "Münchner Kommentar-StGB" (nota 3), § 22, n. marg. 158.

(10) HERZBERG, en "Münchner Kommentar-StGB" (nota 3), n. marg. 164.

ajeno"[11]. Cuando un ladrón de casas, que estaba ocupado tratando de abrir la caja fuerte, es sorprendido por el dueño de la vivienda que regresa a su casa y lo atrapa, esto todavía no sería una tentativa, porque todavía no había una inminencia directa de la consumación del hurto[12].

III

Se debe admitir que HERZBERG ofrece al operador de la ley un criterio preciso y plenamente aplicable. Y es que los segundos previos a la consumación pueden ser fijados con mucha exactitud en todos los tipos y en todos los fenómenos de la tentativa, si bien estos son determinados según la representación del autor. Y cuando HERZBERG "hace intervenir la punibilidad recién en el momento en el cual el autor se ve a sí mismo muy cerca de la realización del tipo"[13], esto se parece a la opinión que yo ya defendía al momento de la vigencia de la ley, en el sentido de que el legislador habría llevado "la tentativa muy cerca del límite con la acción típica"[14]. La tesis de HERZBERG también guarda correspondencia con la solución generalmente reconocida en el caso académico de que se produciría una tentativa tan pronto como el asesino apuntara a la víctima con la pistola que quiere disparar segundos después.

Pese a ello, quiero defender la posición de que todos los casos mencionados en el capítulo anterior (II, al final), en contra de HERZBERG y de conformidad con la doctrina dominante, son supuestos de tentativa punible. Antes de pasar a detallar esto entrando en la polémica con HERZBERG, quiero exponer los tres motivos decisivos por los cuales me parece que la solución de HERZBERG no sería practicable, pese a su seductora simplicidad y claridad, y pese a las intenciones respetuosas del Estado de Derecho que se quieren acercar al máximo a un Derecho penal del tipo.

---

(11) HERZBERG, en "Münchner Kommentar-StGB" (nota 3), § 22, n. marg. 161.

(12) HERZBERG, en "Münchner Kommentar-StGB" (nota 3), § 22, n. marg. 169.

(13) HERZBERG, en "Münchner Kommentar-StGB" (nota 3), § 22, n. marg. 157.

(14) Cfr. tan solo ROXIN, en ROXIN/STREE/ZIPF/JUNG, "Einführung in das neue Strafrecht", 2a. ed., 1975, p. 15 y ss. El modismo se encuentra también en mi manual (nota 1) § 29, n. marg. 102.

En primer lugar, hablan en contra de la demasiado rigurosa reducción de la tentativa propuesta por HERZBERG, el tenor de la ley y el entendimiento idiomático cotidiano del concepto "tentativa". El legislador exige comenzar [disponerse a] la realización del tipo, mas no que la consumación sea inminente en pocos segundos. Por ello, también yo había visto que la tentativa se había aproximado al comienzo de la ejecución "muy cerca del límite de la acción típica" y no, en todos los casos, muy cerca del momento de la consumación. Cuando yo cojo la pluma para disponerme a escribir un libro, comienzo con la tentativa de escribir un libro. Pero con ello todavía falta mucho por consumarlo. Esta comprensión literal del "comenzar", puede ser llevado sin problemas al Derecho penal. Cuando un ladrón emplea el instrumento con el cual quiere "forzar" la caja fuerte, su tentativa de hurto comienza; pero antes de que esta finalice puede transcurrir aún algo de tiempo. O sea, tras el comienzo de la realización del tipo *puede* ver la consumación en cuestión de segundos, pero ello *no tiene* que ocurrir así.

Algo parecido rige para el sentido literal del concepto "tentativa". Cuando alguien, mediante la amenaza de hacer revelaciones comprometedoras, quiere hacer que otro compre su silencio, y si la víctima hiciere caso omiso de esto y denunciara al autor, cualquiera dirá que este último ha llevado a cabo una tentativa infructuosa de extorsión. El "forzador de cajas fuertes" que es descubierto en pleno trabajo y es detenido podrá decir: he intentado sustraer el dinero pero lamentablemente me descubrieron. No se deberían descuidar estos resultados interpretativos provenientes del uso idiomático normal. Y es que el legislador solo puede articularse mediante el lenguaje. Por ello, el intérprete debe estar vinculado a aquello que expresa el lenguaje.

En segundo lugar, también consideraciones sobre merecimiento de pena se oponen a hacer que la tentativa comience, sin excepciones, inmediatamente antes de la consumación. Cuando el legislador, en los delitos graves y en los menos graves señalados expresamente por él [según la sistemática del StGB alemán] amenaza con pena la tentativa, si se quiere proteger a las personas y a la generalidad, esto tan solo puede tener el sentido de prohibir ataques a bienes jurídicos protegidos en el momento en

que se encuentra en plena marcha. Esto es así en el caso del escalamiento o de aquel que ingresa con engaños a una casa y busca en ella objetos de valor. Y también acierta en el caso del extorsionador que ha cerrado su acción extorsionadora, al igual que en el forzador de cajas fuertes que está a punto de abrir la caja. Y en aquel que está ocupado tratando de arrancar la ropa de la víctima de violación y se encuentra en medio del ataque específicamente señalado en el tipo, aun cuando todavía le faltare un buen trecho para alcanzar su objetivo. O en el estafador, con su conducta de engaño, aunque la conversación destinada a engañar a la víctima todavía deba durar un buen rato y la siguiente disposición patrimonial buscada para nada haya ocurrido aún. Podría seguirse con los ejemplos, pero los mencionados bastan para llegar a la conclusión: en un acontecimiento de ataque actual que está teniendo efectos en el círculo jurídico de la víctima, no es posible encontrar una cesura que separe las conductas de ataque merecedoras de pena de las que no lo son.

Ciertamente HERZBERG opina[15] que la posibilidad únicamente facultativa de atenuar la pena de la tentativa (art. 23, segundo párrafo, StGB) sería con "su severidad frente al autor de un delito tentado (...) solo defendible si se permitiese la punibilidad recién en el momento en que el autor se viere a sí mismo muy cerca de la realización del tipo". Pero la razón legal de prohibir una atenuación obligatoria de la pena, tal como también se puede verificar en HERZBERG mismo[16], no radica en absoluto en ello, sino en la reflexión basada en que no debería surgir una ventaja de medición de pena para aquel autor cuya consumación delictiva solamente hubiera fallado por razones independientes de su voluntad. Cuando no fueran imputables al autor las razones debido a las cuales no se hubiera consumado el delito, esto no atenúa su culpabilidad. Sin embargo, a partir de la falta de un desvalor del resultado, tal como se había hecho el Proyecto Alternativo de la parte general (art. 25, párrafo 2), siempre puede deducirse aún el postulado de una atenuación obligatoria para la tentativa. Pero tampoco este punto de vista, que no es el de la ley vigente, justifica

(15) HERZBERG, en Münchner Kommentar-StGB (nota 3), § 22, n. marg. 157.

(16) HERZBERG, en Münchner Kommentar-StGB (nota 3), § 23, n. marg. 12.

en absoluto que se haga comenzar la punibilidad de la tentativa, para todos los casos, recién unos segundos antes de la producción del resultado.

Entonces, hay ataques-relámpago y también hay ataques duraderos sin que se pueda obtener de esto un criterio convincente para delimitar entre actos preparatorios y tentativa. En algunos casos, la larga duración de la comisión del hecho incluso puede elevar claramente el merecimiento de pena. Cuando, p. ej., alguien martiriza a su víctima lenta y sádicamente durante muchas horas, esto *ceteris paribus* merece más pena que la muerte causada en segundos mediante un disparo. Pese a todo, en las torturas mortíferas, en tanto no se hubiera producido aún el proceso de muerte, HERZBERG tendrá que ver tan solo la preparación de un delito de homicidio, mientras que el tirador que apunta a su víctima y va a disparar a continuación sufriría con toda su severidad la pena de la tentativa. A mí me parece que es más apropiado admitir, en el primer caso, una tentativa de asesinato ("crueldad"), mientras que, en el segundo, tan solo lo es admitir la tentativa simple de un homicidio cuando faltaren las calificaciones del asesinato.

Tampoco parece que a HERZBERG mismo se le hubiera escapado el hecho de que estaría dejando impunes conductas merecedoras de pena. Es así que él, cuando intenta admitir una tentativa de extorsión recién en el momento en que se extiende la mano para recibir el dinero conseguido de manera extorsiva, indica "para aclarar las cosas"(17): "si la amenaza conmina a la víctima a ponerse inmediatamente en camino, entonces el autor se imagina una acción coercionadora como directamente inminente y se hará punible según el art. 240 ['coacciones'], sea por tentativa sea por consumación". Pero no siempre existe, como en el caso del art. 240, un tipo básico que pueda invocarse como disposición auxiliar para la punición que se siente necesaria. Y sobre todo: también se llegará a las coacciones solo cuando la víctima, siguiendo las representaciones del autor, se pusiere en camino ya en los segundos siguientes hacia el extorsionador, algo que casi no llegará a ocurrir. Si el dinero se llevare recién más tarde –p. ej. después de retirarlo del banco– o al día siguiente, tampoco será de ayuda el tipo de coacciones. Entonces, se dan muchas facilidades a la labor de los

(17) HERZBERG, en Münchner Kommentar-StGB (nota 3), § 23, n. marg. 161, nota 194.

extorsionadores cuando su punibilidad recién comenzare con la recepción del dinero extorsionado. Y es que, por regla general, hasta ese momento no correrán ningún riesgo de punibilidad. Si se siguiera a HERZBERG, los extorsionadores podrán sin problemas "intentarlo nomás" sin que ello –visto penalmente– sea valorado como una tentativa. Esta no puede haber sido la voluntad del legislador.

En tercer lugar, finalmente, en contra de la concepción de HERZBERG puede argumentarse que la situación de la tentativa inacabada se vería reducida a un espacio de tiempo mínimo de segundos y que con ello casi se excluyen las posibilidades del fracaso [de la tentativa] y del desistimiento. Quien hubiera llevado la ejecución del delito tan lejos que considerase la inminencia de que el resultado se produciría en cuestión de segundos, casi no podrá fracasar ni desistirse en esta situación. Y es que ya no se podrá fracasar cuando no se opusiere obstáculo alguno a la producción inmediata del resultado. Si bien todo dependerá de la representación del autor, la cual no tiene por qué corresponderse con la realidad, no obstante, cuando el autor tiene el resultado tan cerca de los ojos, su representación solo será falsa en los casos más raros. Y por regla general tampoco podrá uno desistirse de la producción de un resultado que se espera inmediatamente y que garantizará la realización del plan delictivo. Y es que, en este estadio tardío, apenas existen los presupuestos sicológicos de la "mala conciencia" y un retorno arrepentido; y tampoco existen ahora, por lo menos desde la perspectiva del autor, las dudas e inseguridades en cuanto a la ejecutabilidad del plan delictivo, dudas que en caso contrario pueden provocar el desistimiento. Pero el que casi solo existan tentativas exitosas (p. ej., de hechos consumados) y que casi ninguna tentativa que se hubiera quedado en el estadio de la tentativa y casi ningún desistimiento más, con seguridad no se corresponden con las ideas legislativas vertidas en los arts. 22 a 24 del StGB. Pongamos, p. ej., a un ladrón quien se imagina que va a tener una dura resistencia por parte de la víctima asaltada, y que esta al final incluso pone en fuga al ladrón. Resulta difícil aceptar que tal asalto no deba constituir una tentativa punible por el hecho de que el asaltante nunca se acercó de manera inmediata a su objetivo: la obtención del botín.

IV

Por ello, la concepción de HERZBERG, pese a su punto de partida orientado en el Estado de Derecho y que merece aplauso por ello, resulta ser demasiado esquemático y estrecho al hacer que la tentativa pierda mucho de su contenido como consecuencia de su restricción a pocos segundos antes de la consumación. Claro que con ello todavía no se ha dicho que mi propia concepción sobre la delimitación entre actos preparatorios y tentativa (expuesta por primera vez ya en 1979[18], y luego en forma mejorada[19] en mi manual de 2003) sea capaz de resistir a la crítica que hace HERZBERG con ejemplos impresionantes referidos a las concepciones que él rechaza. La siguiente parte de mi contribución servirá para hacer esta evaluación.

Coincido con HERZBERG en la concepción de que la mayoría de las fórmulas utilizadas en la jurisprudencia y la literatura para describir el inicio de la tentativa prácticamente "no llevan más lejos, en su contenido expresivo, que la formulación contenida en el art. 22 del 'disponerse inmediatamente' [o según la traducción tradicional: 'comenzar a'] a realizar el tipo o del principio directriz de la cercanía del tipo..."[20]. HERZBERG habla[21] de "Paraphrasierungen y metáforas sobre el elemento legal de 'disposición inmediata' que no son para nada más precisos que éste...".

Pero –a diferencia de HERZBERG– quisiera hacer una excepción en el caso de las teorías de los actos parciales o los actos intermedios que provienen de RUDOLPHI[22], y que fijan el inicio de la tentativa en el último "acto parcial", ubicado antes de la acción típica, o sea, a aquella acción del autor que, sin más "actos intermedios", desembocan en la realización del tipo. Esta teoría tiene la ventaja de aproximar el inicio de la tentativa "muy

(18) ROXIN, "Tatentschluss und Anfang der Ausführung beim Versuch", JuS 1979, pp. 1-13.

(19) ROXIN (nota 1), § 29, n. marg. 99 y ss., esp., n. marg. 139 y ss. (360 y ss., esp. 347 y ss.).

(20) ROXIN (nota 1), § 29, n. marg. 129.

(21) HERZBERG en Münchner Kommentar-StGB (nota 3), § 22, n. marg. 119.

(22) RUDOLPHI, "Zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch", JuS 1973, p. 20 y ss. (23). Última versión: RUDOLPHI en "Systematisches Kommentar-StGB" (vigésima entrega), § 22, n. marg. 13.

cerca del límite de la acción típica"[23], y de centrarse, siguiendo el tenor legal, en la conducta del autor en vez de adoptar una distancia mínima con el resultado como criterio de validez general y fijado para todos los casos. Entonces, la amenaza extorsionadora es una tentativa, porque el próximo acto parcial, la entrega del dinero, constituye ya el cumplimiento del tipo. Y el taladrado de la caja-fuerte constituye una tentativa de hurto porque la próxima acción consiste ya en la sustracción del dinero. La teoría del acto parcial consiste, luego, en una idea básica clara y por ello no sorprende que hubiera alcanzado entretanto una posición dominante en la jurisprudencia y la ciencia[24]. En los dos casos mencionados, llega a un resultado distinto del alcanzado por HERZBERG y escapa con ello a las objeciones que había yo dirigido a este.

Sin embargo, una debilidad de la teoría de los actos parciales radica en que no siempre es fácil de determinar el concepto "acto parcial". Si no se cuenta con reglas fijas será posible atribuir carácter de acto parcial a elementos aislados de la acción en un suceso actual. Pero también se podrá resumir como un solo acto parcial de larga duración a secuencias completas de la acción, cuando estas se dirigieren al mismo objetivo. Así, en los ejemplos del extorsionador y del forzador de cajas fuertes, yo he partido de que las amenazas extorsionadoras y los esfuerzos por abrir la caja, aunque hubieran durado mucho tiempo, constituyen *un solo* acto parcial correspondientemente. Pero también sería teóricamente posible, en caso de varias amenazas, ver cada una de ellas como actos parciales autónomos, así como, p. ej., el empleo sucesivo de distintas herramientas para forzar la caja fuerte puede ser concebido como un cúmulo de acciones aisladas.

Para erradicar esta inseguridad yo he desarrollado una "teoría concretizadora del acto parcial"[25] que intenta determinar con más detalle el último acto parcial a través de dos criterios que deben presentarse necesa-

(23) Cfr. al respecto en el texto referido a la nota al pie 14 y también dentro de ella.

(24) Cfr. las refs. en ROXIN (nota 1), § 29, n. marg. 126.

(25) Con más detalle y muchos ejemplos en mi manual (nota 1), § 29, n. marg. 139 y ss.

riamente de manera conjunta: el "influjo en la esfera de la víctima o en la del tipo"(26) y la "estrecha relación temporal". En los dos casos-ejemplos que propongo (y que HERZBERG utiliza aunque no hubieran sido inventados por él) existe indudablemente un influjo en la esfera de la víctima (la libertad de decisión de la víctima y su ámbito de custodia) con el inicio de la amenaza extorsionadora y el taladrado de la caja fuerte. También está dada la relación temporal necesaria, pues para ello basta con que los hechos se dirijan continuadamente hacia el resultado desde el comienzo del influjo en la esfera de la víctima. Luego, en ambos casos, existe una tentativa, porque todo el proceso de amenazas y de la apertura de la caja fuerte puede ser determinado con ayuda de ambos criterios adicionales (afección de la esfera y estrecha relación temporal) de manera clara como un acto parcial único y último antes del cumplimiento del tipo.

Ambos criterios deben presentarse conjuntamente. Una estrecha relación temporal no es siquiera suficiente en tanto la esfera de la víctima no hubiera sido aún afectada. El carterista que, en medio de la multitud, está parado de manera desapercibida a solo un metro de la víctima, todavía no ha cometido una tentativa de hurto, aun cuando él quiera actuar enseguida; la tentativa comienza recién cuando extiende la mano en dirección al bolso de la víctima. Y recién en este momento se afecta la esfera de la víctima. Por otro lado, no bastaría aún con el influjo en la esfera de la víctima, si el resultado no va a producirse de manera temporalmente inmediata, sino recién en una oportunidad posterior. Luego, quien rompe la puerta del sótano por la que va a ingresar en la casa ajena para hurtar objetos, todavía se mueve en el estadio de los actos preparatorios, si la sustracción de los objetos va a ocurrir recién al día siguiente.

La concepción anteriormente esbozada, que es concebida como precisión de la teoría del acto parcial, ha tenido una recepción más benevolente en la literatura y se le ha reconocido por lo menos su valor indiciario para la delimitación(27). JAKOBS(28) y el discípulo de HERZBERG,

(26) Se debe centrar en la esfera del tipo en caso de delitos sin víctima concreta; cfr. al respecto más abajo en el texto.

(27) Cfr. las refs. en ROXIN (nota 1), § 29, n. marg. 142, nota al pie 155.

(28) JAKOBS, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 2a. ed., 1991, sección 25, n. marg. 66 y ss.

SCHLEHOFER[29], han acogido mis ideas y las han desarrollado de manera constructiva. También en la literatura más reciente no es raro que se comparta la concepción expuesta. Así, JÄGER[30] considera "decisivo que el autor hubiera afectado la esfera del legitimado y quiera actuar en una relación espacio-temporalmente inmediata" [trad. libre]. Esta doctrina proveería "posibilidades de delimitación refinadas en lo básico" y sería "por ello preferible a las teorías tradicionales". Igualmente KREY[31] se centra en la "afección de la esfera de la víctima por el autor" y la "estrecha relación temporal". Es por eso que se puede hablar con derecho de una opinión que se está abriendo paso.

La crítica que hasta ahora se ha hecho en la literatura no es tampoco de tipo fundamental, sino solamente observa que estos criterios no ayudarían en todas las constelaciones de casos. Por cierto que no es correcta, de manera general, la suposición de que no existiría una esfera de la víctima en caso de ataques contra bienes jurídicos de la generalidad o en delitos de mera actividad. Los objetos públicos (art. 304 StGB) y el tráfico de ferrocarriles, barcos, aviones o vehículos rodados (arts. 315 y ss. StGB) sí que presentan esferas propias en las cuales se puede intervenir haciendo daño o perturbando; estos ejemplos pueden ampliarse fácilmente. Y un delito de mera actividad como la violación de domicilio (art. 123 StGB) cuenta con una delimitación clara de la esfera de la víctima al coincidir esta con aquellos espacios en los que rige el derecho de casa.

KINDHÄUSER establece un concepto de esfera demasiado estrecho cuando exige para ello siempre la existencia de dispositivos de protección externos como departamentos, cercos, autos cerrados, etc. Opina[32] que la fórmula propuesta de delimitación "casi [no podría] emplearse cuando el hecho se cometiere en lugares neutrales (tal como una calle o un parque)". Pero el ladrón o el asesino que con una pistola en la mano

(29) SCHLEHOFER, "Vorsatz und Tatabweichung", 1996, p. 79 y ss., 896 y ss.

(30) JÄGER, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 2a. ed., 2006, § 7, n. marg. 300; cfr. también ya en n. marg. 298, donde él habla de una "teoría mejorada de los actos parciales".

(31) KREY, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", tomo 2, 2a. ed., 2005, § 43, n. marg. 420 y ss.

(32) KINDHÄUSER, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 2005, § 31, n. marg. 14.

sale al encuentro de una persona que pasaba por un lugar abierto, afecta su esfera de manera duradera. Es por ello que tampoco puedo estar de acuerdo con SCHLEHOFER(33) cuando niega que se hubiera producido la afección de la esfera en el momento en que el terrorista, que quiere matar a tiros al político P desde el otro lado de la orilla del Rin, tiene colocado ya el dedo en el gatillo. Aquí "la esfera corporal de P todavía no ha sido afectada (ésta, a través del Rin, se encuentra separada de la bala mortal)". Pero, el que el arma empleada contra la víctima deba ser disparada desde una corta o gran distancia no puede implicar ninguna diferencia para la afección de la esfera de la víctima. La situación de la víctima, hacia quien se dirige un arma lista para disparar, se equipara, de una u otra manera, a la de un desprotegido y condenado a morir por una amenaza exterior. Lo que KÜHL(34) califica como "relación activa con un círculo jurídico ajeno", o ZACZYK(35) como un "tener bajo control" a la víctima, afecta su esfera y, en todo caso, deberá verse como tentativa cuando exista además una relación temporal estrecha con la producción del resultado que se intenta.

Quedarían entonces los casos en los cuales faltare una afección externa y una víctima individualizable, como p. ej, en una falsificación de moneda (art. 146) o en un falso juramento (art. 154). Aquí deberá bastar con el acercamiento a la esfera del tipo, o sea, el comienzo del proceso de falseamiento y del hacer circular o comenzar a juramentar.

V

En HERZBERG se encuentra por primera vez una crítica fundamental a la teoría concretizadora de los actos parciales que aquí se desarrolla, aunque por cierto este autor analiza en primera línea la concepción de su discípulo SCHLEHOFER, quien se acerca a la mía. Sin embargo, cuando HERZBERG

(33) SCHLEHOFER (nota 29), p. 80.

(34) KÜHL, "Strafrecht Allgemeiner Teil", 5a. ed., 2005, § 15, n. marg. 71.

(35) ZACZYK, "Das Unrecht der versuchten Tat", 1989, p. 311. Cfr. sobre el criterio de Zaczyk, por lo demás, ROXIN (nota 1), § 25, n. marg. 186/187; HERZBERG en Münchner Kommentar-StGB (nota 3), § 22, n. marg. 199.

reconduce esta concepción a "sentimientos y vivencias de certidumbre" y le critica "contradicciones valorativas palpables"[36], también alcanza al punto de vista aquí defendido y, en amplios aspectos –p. ej., en los grupos de casos enumerados a manera de ejemplo (arriba al final de II)– también las soluciones propuestas por la doctrina ampliamente dominante. HERZBERG intenta aclarar estas contradicciones valorativas de la mano de ejemplos prácticos, los cuales precisan un análisis más detallado.

Comenzaré con el ejemplo de la extorsión que se ha mencionado ya varias veces. En HERZBERG, se puede leer[37]: "Si el marido divorciado amenaza por teléfono a su ex mujer con maltratar a su hijo en caso de que ella no vuelva a su casa y se le entregue, esto todavía no es por cierto una tentativa de violación (arts. 177, 22). No sería compatible con ello ver en la misma amenaza una tentativa de extorsión bajo amenaza sobre la persona [räuberische Erpressung] cuando el autor exige la entrega de dinero". Pero el tratamiento diferenciado que HERZBERG rechaza como contradictorio (ninguna tentativa de violación en el primer caso, pero sí tentativa de extorsión en el segundo) es explicable a través de la diferente estructura del tipo. En el primer caso, el autor todavía debe emprender la acción decisiva para una violación, el acto sexual coaccionado, y esta acción todavía está algo lejana. En el segundo caso, el autor, con su llamada extorsionadora, ya ha hecho todo lo posible por su parte. Esta diferencia justifica que, en el primer caso, se rechace la relación temporal estrecha con la intervención en la esfera sexual de la víctima, si bien se pueda ver que existe ya una tentativa de coacción en la amenaza. En cambio, en el segundo caso, se presenta una completa intervención en la libertad de decisión, referida al patrimonio de la víctima, lo cual constituye la auténtica acción extorsionadora. Puesto que el curso ulterior se desarrollará tras la acción extorsionadora de manera continua y sin más intervenciones del extorsionador hasta llegar al perjuicio, aquí se deberá afirmar la relación temporal.

(36) HERZBERG, en Münchner Kommentar-StGB, § 22, n. marg. 165.

(37) HERZBERG, en Münchner Kommentar-StGB, § 22, n. marg. 165.

Lo mismo ocurre en el paralelo que hace HERZBERG entre los delitos de daños y estafa. Dice[38]: "Quien mediante una carta pide al heredero que le preste un bien heredado que en realidad, por envidia, piensa destruir, indudablemente no ha cometido aún una tentativa de daños. La solución de este caso debe ser armonizada con aquel otro en el cual el autor, tras recibir el bien, no lo quiere destruir sino aprovechar para sí mismo (art. 263 [estafa])". Es verdad que en este ejemplo no existe una tentativa de daños, porque la acción destructiva ocurrirá todavía después y, aunque se hubiera influido ya en la toma de decisión de la víctima, todavía no se ha hecho esto en su esfera de propiedad. En la estafa ocurre algo totalmente diferente, porque el autor ya ha ejecutado la realización típica de la parte que le corresponde y todo lo demás se realizará por sí mismo, debiendo la entrega del bien heredado consumar la estafa, mientras que en este momento ni siquiera ha comenzado a producirse daño alguno. Entonces, en la estafa se presentan la afección de la esfera y la relación temporal estrecha y continua, mas no en los daños.

Detrás de las equiparaciones hechas por HERZBERG y de las diferenciaciones que yo emprendo, se encuentra una fundamental disparidad de opiniones. Para HERZBERG, lo que importa en la delimitación entre actos preparatorios y tentativa es encontrar un único y abstracto "criterio con validez general"[39] que sea aplicable en igual medida para todos los tipos y hechos. Esta función es cumplida de manera ejemplar por la "cercanía de segundos en relación con el resultado". Por el contrario, a mí me parece que, ante la inagotable cantidad de tipos y hechos, es imposible hacer justicia a la cantidad de fenómenos valiéndose de un solo elemento fijo. Y es que, tal como he intentado demostrar con los ejemplos de la extorsión, la violación, los daños y la estafa, al proceder así, se soslayan las diferencias valorativas relevantes de los tipos y, al allanar las diferencias, se yerra en el resultado correcto.

El procedimiento que yo persigo no constituye una solución inventada ad hoc y de emergencia, sino descansa sobre bases metodológicas probadas.

---

(38) HERZBERG, en Münchner Kommentar-StGB, § 22, n. marg. 158.

(39) HERZBERG, en Münchner Kommentar-StGB (nota 3), § 22, n. marg. 173.

La teoría concretizada de los actos parciales que entiende el inicio de la tentativa como el último acto parcial antes del cumplimiento del tipo, y que intenta precisar más esto mediante los elementos de la relación temporal estrecha y continua y de la afección de las esferas, no otorga un concepto bajo el cual pueda subsumirse cualquier hecho bajo los mismos elementos permanentes. Más bien se trata de un parámetro normativo "una relación guía que debe ser desarrollada de manera concreta en la materia jurídica"(40). He empleado este método ya en mi primer libro sobre "Autoría y participación"(41). Y es que también el dominio del hecho no es caracterizado siempre por los mismos elementos, sino aparece, siguiendo las diferencias empíricas que se presentan en la coactuación de varios, de diferentes formas fenomenológicas(42).

Tal procedimiento exige en la tentativa, tal como muestran los ejemplos precedentes, tomar en cuenta las peculiaridades de cada uno de los tipos, que hacen que una amenaza o un engaño resulten una tentativa aquí, y solo un acto preparatorio allá. Y no solo eso: también dentro del mismo tipo, las diferentes circunstancias materiales pueden llevar a una delimitación divergente de la tentativa. Por supuesto que HERZBERG no está de acuerdo con esto y opina(43): "Si no constituye aún una tentativa punible de hurto el ingresar al supermercado con la intención de hurtar y buscar líquido de afeitar, entonces esta negación debe valer por igual cuando el autor, con la misma finalidad, penetra por una ventana en un departamento vacacional ajeno (la diferencia debe ser resuelta por el art. 123 [violación de domicilio])". Pero la diferencia, que también es vista por HERZBERG, tiene que surtir efectos igualmente en el inicio de la tentativa. Y es que cualquiera tiene acceso a un supermercado. Aquel que permanece allí, sin llamar la atención, todavía no afecta la esfera de la víctima, sobre todo porque él todavía debe adoptar medidas especiales para escapar a la observación y la

(40) ROXIN (nota 1), § 29, n. marg. 103.

(41) ROXIN, "Täterschaft und Tatherrschaft", 1963, 8a. ed., 2006.

(42) HAFFKE proporciona una exposición ilustrativa de este método con la metátofra de la agrimensura, en SCHÜNEMANN (director), "Claus Roxin, Person –Werk –Epoche"; 2003, p. 31 y ss.

(43) HERZBERG, en Münchner Kommentar-StGB (nota 3), § 22, n. marg. 158.

captura en caso de proceder a realizar la acción de hurto. Pero quien escala un apartamento vacacional desocupado –p. ej., empujando la ventana– ha atravesado la esfera de protección que el propietario ha trazado alrededor de sus bienes. Es por ello que, a diferencia de lo que pretende HERZBERG, en el primer caso, debe admitirse un acto pretaratorio, mientras que en el segundo una tentativa.

La necesidad de considerar las diferentes constelaciones materiales no solamente se muestra en un caso como el precedente, donde después de todo están en juego diferencias típicas (art. 242 [hurto] frente al art. 244, primer párrafo, número 3 [robo por escalamiento] del StGB). ¡Tomemos, por ejemplo, el robo! En tanto el ladrón de bancos tenga todavía su pistola en su maletín y espere pacientemente en la cola formada por los clientes frente a la ventanilla, todavía no existe una tentativa de robo agravado, aun cuando él quiera pasar pronto a los hechos. Y es que todavía no hay un influjo en la esfera de la víctima. En cambio, si entrare enmascarado en la sala de ventanillas, apuntando con la pistola y gritando "¡manos arriba!", esto constituye una tentativa según el art. 250, primer párrafo, número 1 StGB. Y es que aquí ya se ha producido una afección masiva en la esfera de la víctima, y la conducta del autor se encuentra en una relación temporal cercana con la sustracción del dinero que se ha planeado. El que esto eventualmente no se produzca "con una cercanía de pocos segundos", también según la representación del autor, porque todavía debe adoptar medidas de aseguramiento, y se tiene que buscar primero la llave de la caja fuerte, no puede cambiar nada en cuanto a que ya hay una tentativa. Por otro lado, en los otros dos casos paralelos que he formulado, una igual separación temporal hacia el resultado, que el autor se ha representado, no puede impedir que solamente en el segundo caso exista una tentativa y no en el primero. El influjo en la esfera de la víctima, que falta en el primer caso, pero existe en el segundo, justifica el diferente inicio de la tentativa.

También es plenamente posible una determinación diferente de la esfera de la víctima en el marco del mismo tipo cuando esto lo exigen las divergencias de las constelaciones de casos. Así, HERZBERG(44), en el

(44) HERZBERG, en Münchner Kommentar-StGB (nota 3), § 22, n. marg. 166.

"objeto del botín 'dinero de la caja-fuerte'", considera que es una cuestión de arbitrariedad si se consideran como esfera de la víctima a las paredes de la caja-fuerte, la habitación, la casa o todo el patrimonio. Pero aquí no se encuentran a disposición del evaluador numerosas soluciones, sino lo que importa es la custodia protegida de la víctima a través del art. 242 (junto a la propiedad). Quien al escalar una casa con la intención de hurtar observa bienes sustraíbles, desamparados del propietario y solo le falta aprovechar la ocasión, ya con el escalamiento influye en la esfera de la víctima y ha ingresado en el límite de la tentativa. Pero cuando el propietario crea dentro de su vivienda esferas de custodia autónomas, rodeadas de protección especial, tal como ocurre en el caso de la colocación de una caja-fuerte, en el caso concreto del objeto del botín "dinero en la caja-fuerte", la tentativa comienza recién con el inicio de la manipulación de la caja fuerte. Esto no constituye una oscilación sin fundamentos en la evaluación, sino una valoración objetiva de las graves diferencias que existen entre ambos casos.

Según esto, cuando también deba considerarse la situación concreta de los hechos como factor para determinar el límite de la tentativa, se puede recomendar elaborar y analizar constelaciones típicas de casos para alcanzar una mayor seguridad en la delimitación. Así yo he distinguido(45) entre casos de acercamiento, casos de acechanza y expectativas, casos de prueba y evaluación, casos de reducción de la protección y casos de abuso; así con esta diferenciación de formas de ataque significativas sobre la base de la teoría concretizadora de los actos parciales he intentado alcanzar resultados más exactos. En esto he sido seguido por no pocos autores(46).

Igualmente, según el método aplicado, resulta claro que deberán desarrollarse soluciones para los diferentes fenómenos de la tentativa que

(45) Ya antes en ROXIN (nota 18), p. 5 y ss.; y nuevamente –de forma algo modificada– en ROXIN (nota 1), § 29, n. marg. 145 y ss.

(46) Cfr. así WALDER, "Straflose Vorbereitung und strafbarer Versuch", SchwZStr 99 (1982), p. 225 y ss. (260 y ss.); SONNEN/HAUSEN-SIEDLER, "Die Abgrenzung des Versuchs von Vorbereitung und Volledung", JA 1988, p. 17 y ss. (19). También, STRATENWERTH/KUHLEN (nota 2), frente a las inseguridades existentes en la delimitación escriben lo siguiente: "Lo mejor es ayudarse aquí a través de la formación de casos de grupos"; ver § 11, n. marg. 42.

existen fuera de las constelaciones aquí tratadas (la tentativa acabada, la tentativa del autor mediato, la tentativa del coautor, la tentativa en la omisión). Estas soluciones deberán tener en cuenta las peculiaridades de la conformación de los casos que ellas condicionan. Pero analizar esto sobrepasaría el marco de esta contribución.

VI

Si me he ocupado una vez más de un problema discutido hasta el cansancio y sobre el cual no se ha llegado a una solución aprobada por todos –por lo menos para el ámbito parcial de la tentativa inacabada del autor individual– lo he hecho también porque la propuesta de solución de HERZBERG ha impulsado nuevamente la discusión, y porque nuestras concepciones, tomando el mismo punto de partida (la tentativa como acción cercana al tipo) siguen caminos opuestos. HERZBERG, con el criterio de la "cercanía de segundos en relación con el resultado" ofrece un modelo de tentativa reduccionista, de validez general, claro y fácil de manejar. En esto existen grandes ventajas, pero me temo que estas se obtienen a un precio demasiado elevado.

El elemento elegido para la delimitación solamente encaja en "ataques relámpago" (con disparos, puñaladas, golpes o acciones de asir algo) en lugares de acceso público. En ataques que duran más tiempo, en caso de tener que superar barreras especiales de protección y en tipos que, tras la conducta terminada del autor, necesitan aún una conducta de la víctima para la consumación del tipo, este elemento no lleva a resultados apropiados, tal como espero haber mostrado empleando los ejemplos planteados por HERZBERG.

Por ello, no queda otro camino que, con ayuda de los parámetros-guía ofrecidos por la teoría concretizadora de los actos parciales, arar pacientemente todo el campo de la tentativa (tomando en cuenta los diferentes tipos y constelaciones materiales, así como los fenómenos más variados), y con ello alcanzar soluciones muy concretas y, a menudo, relacionadas con grupos de casos que puedan contar con aprobación general. Esto no constituye una "falta de teoría", sino un procedimiento guiado

metódicamente y adecuado con la materia jurídica. La teoría de los actos parciales y los criterios concretizadores por mí añadidos tampoco son productos etéreos de un vago sentimiento jurídico, sino determinaciones más detalladas de la relación espacio-temporal, solo a partir de la cual podrá resultar la cercanía exigida con el tipo.

Si conozco bien a ROLF DIETRICH HERZBERG, no tomará a mal mis críticas, sino las entenderá como un desafío para proseguir con la discusión. Y esto me alegra. Pues todo progreso científico vive de la discusión argumentativa. Saludo al homenajeado por sus setenta años y le deseo que todavía pueda participar, como hasta ahora, muchos años más, de manera fructífera, constructiva y a veces provocativa, en esta eterna discusión, agradeciéndole por su gran obra hasta ahora realizada.

El dominio del hecho mediante aparatos organizados de poder (*)

I. DESARROLLO DE LA FIGURA JURÍDICA

En el marco de la autoría mediata solo existen tres formas de dominio del hecho. Este puede consistir en la exclusión de responsabilidad del actor directo o en sustitución de error, y además en el dominio de la organización delictiva que realiza el hecho.

Esta tercera forma de dominio del hecho bajo la forma de autoría mediata fue desarrollada primeramente por mí en 1963 y buscaba captar como autores mediatos a las autoridades responsables de crímenes violentos nacionalsocialistas. Constituyó la motivación directa el proceso que se seguía en Jerusalén a Eichmann, quien había organizado el transporte de judíos a los campos de aniquilamiento. La idea básica consistía en que el dominio de un aparato de poder al servicio de la comisión de delitos, tal como se suele encontrar en crímenes realizados en sistemas dictatoriales, garantiza la ejecución del delito ordenado, sin que el ejecutante –a diferencia de la inducción– pueda impedirlo mediante su negativa a cometerlo.

(*) Título original: "Die Täterschaft kraft organistorischer Machtapparate". El artículo es una versión reelaborada del discurso de investidura que el autor ha pronunciado con motivo del otorgamiento de un doctorado honoris causa en la Universidad Mackenzie de Sao Paulo (Brasil) en setiembre de 2014. Todas las traducciones de otros autores citados son libres.

Según la última versión de mi doctrina, la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder está vinculada a tres presupuestos. El que da la orden tiene que ejercer poder de mando en el marco de la organización (1); la organización tiene que haberse separado del Derecho en el ámbito de sus actividades relevantes para el Derecho penal (2); y el ejecutante individual tiene que ser reemplazable (fungible), de manera que, en caso de que no actuare, otro ocuparía su lugar (3).

En los crímenes nacionalsocialistas –no solamente en el caso Eichmann–, todos estos requisitos podían demostrarse sin problemas. La orden de asesinar en los campos de concentración nazis ocurría, p. ej., infringiendo el principio de la prohibición de matar y era independiente de la disponibilidad del ejecutante individual porque, en caso de que los ejecutantes individuales fallaren, su actividad era asumida por otros.

Al principio, esta forma de autoría mediata no mereció la atención de la jurisprudencia alemana y no se recurrió a ella en el juzgamiento de los crímenes nacionalsocialistas. No obstante, en la literatura había encontrado mayoritaria aprobación, y también fue muy discutida en el extranjero.

Luego, en 1994, el Tribunal Federal Alemán ha asumido esta doctrina en el llamado proceso de los "tiradores del Muro"(1), y ha condenado a los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la ex-República Democrática Alemana (RDA) como autores mediatos de los disparos mortales contra fugitivos en la frontera interna alemana (el Muro). Por cierto que el Tribunal, en contra de mi intención, ha extendido esta doctrina a los líderes de empresas económicas, y posteriormente ha confirmado el reconocimiento de esta forma de autoría mediata en numerosos fallos.

En el extranjero, la doctrina del dominio de la organización se ha impuesto ampliamente en la jurisprudencia, sobre todo en Latinoamérica(2). Esto ha ocurrido de la manera más impresionante y minuciosa en el Perú, donde la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, en su sentencia

(1) TFA, s. penal, tomo 40, p. 219 y ss.

(2) Esto no puede exponerse aquí en sus detalles. Se encuentra una exposición amplia en MUÑOZ CONDE, FS Wolter, 2013, p. 1447 y ss.

de siete de abril de 2009, ha condenado al ex presidente Fujimori como autor mediato de los crímenes cometidos por su comando de acción y, en los detalles, se ha basado en mi doctrina del dominio de la organización(3). La sentencia de segunda instancia de la Primera Sala Transitoria de 30-12-2009 ha confirmado el fallo de primera instancia haciendo una exposición detallada manifestando su "profunda convicción" en la corrección de la doctrina del dominio de la organización.

También la Corte Penal Internacional reiteradamente ha hecho suya la doctrina del dominio de la organización(4). Así dice, p. ej., en 1998, en la llamada "sentencia Katanga" de la Sala de Procedimiento Previo I, se explica de manera aprobadora: "En la doctrina jurídica, se ha desarrollado una concepción que reconoce la posibilidad de hacer penalmente responsable a una persona que hubiera actuado a través de otro, independientemente de si el ejecutante (el actuante directo) también resultare penalmente responsable. Esta doctrina se basa en los trabajos anteriores de CLAUS ROXIN" (trad. libre).

II. SOBRE LA POLÉMICA EN TORNO AL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN

En la literatura se ha reconocido mayoritariamente el dominio de la organización como forma autónoma de autoría mediata(5), aun cuando las fundamentaciones no coincidan en todos los puntos. También existen trabajos doctorales sobre el tema(6) que defienden –con algunas modificaciones en los detalles(7)– la doctrina del dominio de la organización. "Solo

(3) Los extractos del fallo de primera instancia que se refieren a la autoría han sido reproducidos, en traducción al idioma alemán, en ZIS 2009, pp. 622-657; acto seguido está el texto original en español.

(4) Cfr. al respecto, con más detalles, ROXIN, GA 2012, p. 397 y ss.

(5) Cfr. con más detalles en ROXIN, "Täterschaft und Tatherrschaft", 8a. ed., 2006, pp. 704-709.

(6) LANGNEFF, "Die Beteiligungsstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug", 2000; SCHLÖSSER, "Soziale Tatherrschaft", 2004; URBAN, "Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft", 2004.

(7) Más detalles en ROXIN, "Täterschaft und Tatherrschaft", 8a. ed. 2006, p. 706 y ss.

muy pocas voces se alzan rechazando la construcción", dice JOECKS[8]; y HEINE[9] resume: "En lo particular debería considerarse que, cuando se tratare de aparatos organizados de poder que se hubieran apartado como un todo de las normas del Derecho, regiría con amplia seguridad la autoría mediata".

Pese a ello también existen actualmente prestigiosos autores que rechazan la autoría mediata y prefieren otras construcciones. No es posible aquí analizar esto en todos sus detalles. He discutido con los críticos en numerosas tomas de posición a las cuales remito[10]. A continuación, se tratarán, a manera de ejemplo, todas las objeciones y soluciones alternativas importantes.

1. La objeción deducida a partir del principio de responsabilidad

El argumento más frecuente contra el reconocimiento de la autoría mediata es deducido del principio de responsabilidad. En tiempos recientes, aunque de manera diferente, ha sido nuevamente esgrimido por JAKOBS y HERZBERG.

JAKOBS[11] reconoce plenamente el dominio fáctico del sujeto de atrás en el marco de organizaciones delictivas[12]: "No puede dudarse de la presencia de dominio en tales casos". La "desinhibición fáctica del ejecutante" se convertiría "en el equivalente funcional del defecto de imputación que tiene el instrumento".

---

(8) JOECKS, en Münchner Kommentar, 2a. ed., 2011, § 25, n. marg. 132.

(9) HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 28a. ed., 2010, § 25, n. marg. 25a.

(10) ROXIN, "Strafrecht AT II", 2003, pp. 46-58; *ídem*, "Täterschaft und Tatherrschaft", 8a. ed., 2006, pp. 242-252, pp. 704-717; *ídem*, en Libro-Homenaje (LH) a Lange, 1976, p. 192 y ss.; *ídem*, LH Grünwald, 1999, p. 549 y ss.; *ídem*, en AMELUNG (dir.), "Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft", 2000, p. 55 y ss.; *ídem*, en ROXIN/WIDMAIER (dir.)," 50 Jahre Bundesgerichtshof", tomo IV, 2000, p. 190 y ss.; *ídem*, en "NJW-Sonderheft Schäfer", 2002, p. 52 y ss.; *ídem*, LH Krey, 2010, p. 449 y ss.; *ídem*, GA 2012, p. 395 y ss.

(11) JAKOBS, ZIS 2009, p. 572 y ss.

(12) JAKOBS, NStZ 1995, p. 27, refiriéndose a la sentencia del TFA, tomo 40, p. 219 y ss.

No obstante, el "poder jurídico del hecho (...) se basa en la responsabilidad por la situación de poder... Los que actúan en un aparato organizado de poder, precisamente no son instrumentos porque actúan por su parte de manera plenamente responsable, y según ello, el que da la orden no es autor mediato porque él, debido a la responsabilidad del ejecutante, no puede 'echar mano' [durchgreifen] jurídicamente (es decir, no puede decidir responsablemente sobre la realización del tipo)".

Pero no puede entenderse por qué la "responsabilidad por la situación de poder" tan solo deba alcanzar a aquel que actuare temporalmente "como último", mientras que el sujeto de atrás siga teniendo la mayor responsabilidad. Y es que de su orden y posibilidades de imposición depende la comisión del delito mientras que el ejecutante, si bien también es responsable como autor, debido a la intercambiabilidad de los esbirros individuales, no puede impedir el hecho (p. ej. el asesinato de un interno del campo de concentración), de manera que, en sentido amplio, la "última decisión" siempre queda en manos del sujeto de atrás que ordena el asesinato.

JAKOBS continúa diciendo(13): "Los grandes no son grandes sin los pequeños (...) El hablar de autoría mediata utilizando un aparato organizado de poder oculta esta dependencia objetiva mutua en los delitos de organización". Pero este "depender uno del otro" se ve precisamente reforzado por el hecho de que ambos son penados como autores. El ejecutante tiene el "dominio de la acción", mientras que el sujeto de atrás, con ayuda del aparato dirigido por él y en el cual el ejecutante tan solo es una ruedecilla del engranaje, practica el dominio de la voluntad. Lo decisivo no es el dominio sobre el actor inmediato sino sobre la realización del tipo.

HERZBERG considera la construcción del dominio de la organización como "fruto" de una "concepción facticista errónea"(14). "Incluso si fuera cierto (...) que (...) el aparato de poder funciona sin problemas y por ello era segura, en el caso concreto, la comisión del delito ordenado (...) no se

(13) JAKOBS, ZIS 2009, p. 573.

(14) HERZBERG, en AMELUNG (dir.) "Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft", 2000, p. 33 y ss. (47).

podría fundamentar con ello una autoría mediata". No debería entenderse el dominio del hecho de manera "fáctico-naturalística", sino tendría que interpretarse "normativamente"(15). En un sentido normativo, el dominio del hecho dependería "de que al ocasionar el resultado típico, no hubiera intervenido un actuar ajeno y punible según la norma respectiva".

Pero no es razonable enfrentar una interpretación supuestamente normativa de la autoría mediata contra el dominio fáctico de los hechos declarado como irrelevante. Y es que si el sujeto de atrás dominare realmente los sucesos, el reconocer la autoría mediata no constituye ningún "facticismo", sino tiene un decisivo sentido normativo al caracterizar como responsable primario al dador de la orden en las palancas del poder(16). En cambio, no se ve la razón normativa para desgravar al sujeto de atrás de su responsabilidad como autor mediato de una realización típica cuando este, en el marco de la organización dirigida por él, empleare esbirros anónimos para cometer asesinatos.

2. Sobre la problemática de la "organización delictiva separada del Derecho"

Según mi doctrina, es requisito para la autoría mediata, que la organización se hubiera apartado del Derecho en el ámbito de su actuar delictivo, es decir, que ella considere que las prohibiciones penales vigentes de manera general no la vinculan a ella. Esto rige para los crímenes nazis de la "solución final" de la cuestión judía que provocó millones de asesinatos, pero también es aplicable para los actos de impedimento de

(15) HERZBERG, en AMELUNG (dir.), "Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft", 2000, pp. 40-43.

(16) En este sentido también ROGALL, en ROXIN/WIDMAIER (dir.), "50 Jahre Budesgerichtshof", tomo IV, 2000, pp. 426-427; ABANTO VÁSQUEZ, LH Roxin II, 2011, p. 833. GRECO (ZIS 2011, p. 9 y ss., 13) ha fundamentado ampliamente que el principio de responsabilidad no proporciona ninguna razón "para dudar de la posibilidad (...) de una autoría mediata a través del dominio de la organización (...)". En contra de la "persistencia férrea en el principio de responsabilidad" también, de manera convincente, SCHÜNEMANN, LH Fr.-Chr.-Schroeder, 2006, p. 401 y ss. (409).

"fuga de la república" en la RDA, para atentados terroristas (piénsese en la muerte de miles de personas en el World Trade Center!), así como para genocidios y "limpiezas étnicas".

Se suele poner en duda este criterio sobre todo indicando que no tendría una función autónoma, porque tan solo designaría la punibilidad de la conducta concreta(17). Pero con el apartamiento del Derecho se quiere decir algo más que la punibilidad en el caso concreto. Y es que ella asegura la ejecución sin problemas de delitos precisamente haciendo que el ejecutante no deba ser hecho responsable penalmente. JAKOBS(18) habla con razón de una "desinhibición fáctica del ejecutante", "cuando (...) se ha establecido de manera algo estable un mundo contrario al mundo configurado por el Derecho, de manera que (...) para el ejecutante ya no importe en lo absoluto la juridicidad de lo ordenado".

La Corte Suprema peruana, en el fallo "Fujimori" de primera instancia, ha declarado que el apartamiento del Derecho sería precisamente "trascendente" para la autoría mediata de los sujetos de atrás(19), porque a través de ella se consolidaría el dominio sobre la organización y ella llevaría a que "los ejecutores estén más predispuestos hacia la comisión del delito, en tanto estos conocen e internalizan que no habrá norma o autoridad que pueda limitar o sancionar su actuar delictivo" [en la publicación oficial de la sentencia: Parte III, Capítulo 2, 735°, N° 3].

Solamente deben tenerse en cuenta dos aclaraciones(20). En delitos cometidos por el Estado, como en los de los detentadores del poder nacional-socialista, la dirección estatal de la RDA, y también en numerosas dictaduras en todo el mundo, basta con un apartamiento del Derecho que se limita a determinados campos de actividad (p. ej., la persecución de minorías y opositores al régimen). Además, para la evaluación jurídica

(17) Cfr. así HERZBERG, ZIS 2009, p. 577; ROTSCH, ZStW 112 (2000), p. 518 y ss. (534).

(18) JAKOBS, ZIS 2009, p. 572.

(19) ZIS 2009, p. 641.

(20) Cfr. al respecto las observaciones críticas de AMBOS, GA 1998, p. 241 y ss.; *ídem*, "Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts", 2a. ed., 2004, pp. 606-611.

no importa el parecer de los organizadores de los crímentes, sino el punto de vista jurídico del Tribunal que conoce el caso. Así, aun cuando, p. ej., los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la RDA hubieran considerado conforme a Derecho las muertes para impedir la "fuga de la república", con ello manifiestan una actitud que se ha apartado de las normas jurídicas reconocidas.

c) La fungibilidad de los ejecutores y la seguridad del resultado al intervenir aparatos organizados de poder

Este criterio tampoco ha quedado libre de polémica, pero ha sido reconocido por el TFA, el Tribunal Penal Internacional y por las sentencias peruanas(21). Por cierto que para la presencia de la autoría mediata fundada en un aparato de poder no basta con que un grupo de delincuentes se encuentre solamente vinculado a través de relaciones personales entre ellos. La organización debe tener una existencia independiente del cambio de sus miembros y no depender de la buena voluntad de los individuos.

La frecuente objeción de que, en tal caso, el llamado a ejecutar directamente los hechos podría salvar a la víctima desobedeciendo la órden y que esto excluiría el dominio de los sujetos de atrás, no es consistente. En los asesinatos en los campos de concentración, en las "limpiezas étnicas" y en la liquidación de opositores al régimen, el ejecutor individual casi no tiene poder para impedir los hechos, porque existen muchos otros sujetos ejecutores que participan y pueden asumir tales hechos; algo que acaso intimidaría a un solo ejecutor. En el caso de las órdenes de disparar en el Muro, incluso un solo individuo no podía dejar escapar, así como así a los fugitivos porque era observado por otros que, eventualmente, hubieran intervenido.

Si se dejara a la decisión no controlada del ejecutante el si va a cometer o no el hecho, no estaríamos ante una organización en funcionamiento y con ello faltaría también un dominio de la organización.

(21) Cfr. tan solo ROXIN, GA 2012, p. 410 y ss.

Por cierto que un dominio de la organización no puede ser excluido por el hecho de que, en raros casos individuales, se podía frustrar el hecho ordenado, cuando, p. ej., el guardián del campo de concentración que ha recibido órdenes de disparar a matar a los "fugitivos", deja escaparse a una víctima sin que nadie se dé cuenta. Pero con ello solo se ha probado que la autoría mediata, al igual que en sus demás formas de manifestación, también puede quedarse excepcionalmente en la tentativa. El TFA ha comprobado con razón, en relación con el dominio de la organización: "... en la intervención de instrumentos bajo error o incapaces de culpabilidad son frecuentes los casos en los cuales el autor mediato tiene mucho menos en sus manos la producción del resultado que en los casos del tipo descrito".

4. Los dadores de órdenes en la jerarquía intermedia

AMBOS[22] quiere restringir el dominio de la organización a la cúpula organizativa y no reconocer la autoría mediata de los dadores de órdenes de la jerarquía intermedia (como, p. ej., Eichmann), porque el dominio parcial que ellos ejercen no procuraría un dominio sobre la organización.

Pero esto no puede aprobarse. Y es que el domino del hecho de los dadores intermedios de órdenes se basa, precisamente como muestra el caso Eichmann, en que ellos, debido a su poder de mando, tienen en sus manos el aparato que se les ha puesto a disposición y con ello la realización del tipo, de la misma manera que el sujeto que se encuentra en la cúpula. El que este poder de mando sea derivado "desde arriba" no cambia nada.

Esto también es visto así en el fallo Fujimori[23]: "Por tanto, todo aquel que en atención a su jerarquía pone en funcionamiento la maquinaria del aparato de poder organizado, para la comisión del delito, deberá responder siempre como autor mediato" [en la publicación oficial: parte III, capítulo II, 731°, N° 3, al final]. Hace más de 50 años yo había dicho[24] que el dominio de la cúpula organizativa sería "posibilitada precisamente por el

(22) AMBOS, LH Roxin II, 2011, p. 850 y ss.

(23) ZIS 2009, p. 636.

(24) ROXIN, "Täterschaft und Tatherrschaft", 8a. ed., 2006, p. 248 y ss.

hecho de que, en el camino del planeamiento a la realización del delito, cada instancia, de nivel a nivel, transmite la parte que le corresponde de la cadena, aun cuando visto desde un punto de vista más elevado, cada uno de los que dirigen por sí mismos aparezcan solo como eslabones de una cadena global que, por encima de estos hacia arriba culmina con el primer dador de la orden". La literatura, cuando explica el problema, se ha aunado mayoritariamente a mi posición[25].

5. ¿La resolución al hecho y la inclinación hacia el hecho del actor inmediato como ulteriores criterios del dominio de la organización?

Friedrich-Christian SCHOEDER[26] basa la autoría mediata de los sujetos de atrás en organizaciones delictivas en la "resolución al hecho" del ejecutante que existe desde el principio, mientras que M. HEINRICH[27], de manera similar, considera la "inclinación al hecho típica de la organización" del actor directo, como fundamento de la autoría mediata de los sujetos de atrás.

Con ello se ve algo que es cierto. Pero no se trata de un criterio autónomo del dominio de la organización, sino de disposiciones que se derivan de los tres elementos de este tipo de dominio tal como ya he enunciado. Los ejecutantes están "resueltos al hecho" o "inclinados hacia el hecho", porque la orden, en el marco de una organización de poder, ejerce una presión de adaptación, porque el apartamiento del Derecho del aparato da pie para que el ejecutante crea que no deberá temer consecuencias penales, y porque la intercambiabilidad del ejecutante hace que este suponga que su conducta no importará, porque, en caso de negarse, de todos modos otro va a ejecutar el hecho.

---

(25) Cfr. AMBOS, LH Roxin II, 2011, p. 850, c. refs. en las notas 92 y 93.

(26) Fr.-Chr. SCHROEDER, "Der Täter hinter dem Täter", 1965, p. 168.

(27) M. HEINRICH, "Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft", 2003, p. 273.

III. OPINIONES DIVERGENTES

1. La inducción

Algunos autores que rechazan la autoría mediata consideran como inductores a los sujetos de atrás, situados en la cumbre del aparato organizado de poder. Así, HERZBERG(28) dice: "Hitler, Himmler y Honnecker han propiciado los delitos de homicidio que ordenaron no como autores, sino como inductores". KÖHLER(29) dice: "En los casos de 'dominio de la organización' por determinar entra en consideración la inducción". También RENZIKOWSKI(30), KUTZNER(31) y ROTSCH(32) están a favor de la inducción.

Pero cuando el autor debe ser caracterizado entre varios intervinientes en un hecho, como "figura central" o como el principal responsable de los sucesos, aquel que ordena los hechos criminales en el marco de una organización delictiva no puede ser despachado como una figura marginal. Cuando Hitler o Stalin hacen matar a sus opositores, esto ha sido su obra (aunque no solo obra suya).

El dador de órdenes en el marco de aparatos organizados de poder no guarda ninguna correspondencia con la imagen generalmente reconocida del inductor. Este no puede ordenar la comisión de hechos y no se encuentra con órganos ejecutivos, sino tiene que buscar primero a un autor de cuya voluntad depende. AMBOS(33) enfatiza con razón en "la imposibilidad, basada en lo fáctico, de comparar la conducta de quien organiza y da órdenes de crímenes masivos con la conducta de un mero inductor a determinados

(28) HERZBERG, en Amelung (dir.), "Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft", 2000, p. 48.

(29) KÖHLER, "Strafrecht AT", 1997, p. 510.

(30) RENZIKOWSKI, "Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung", 1997, p. 87 y ss.

(31) KUTZNER, "Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter und der Typus der mittelbaren Täterschaft", 2004, p. 260 y ss.

(32) ROTSCH, NStZ 2005, p. 16.

(33) AMBOS, "Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts", 2a. ed., 2004, p. 593.

hechos". La diferenciación entre autoría y participación perdería su sentido, si no reflejara las relaciones reales de dominio.

2. Coautoría

También la admisión de coautoría ha encontrado algunos seguidores. Así, JESCHECK/WEIGEND[34] opinan que el sujeto situado en el órgano central sería "coautor precisamente porque él domina la organización". La "comunidad de la decisión al hecho" se vería "producida por la conciencia de los que dirigen y ejecutan en el sentido de que debe emprenderse determinado hecho o determinados hechos (...) en correspondencia con las órdenes impartidas por la dirección". OTTO[35] opina que el ejecutante haría "suyo, de manera implícita, el plan criminal". JAKOBS[36] quiere fundamentar la comisión conjunta con las siguientes palabras: "Si el ejecutante utiliza modelos preformados, entonces el hecho no solamente lleva su letra sino también la de aquel que produce el modelo". También BAUMANN/WEBER/MITSCH[37] y FRISTER[38] abogan por la coautoría mientras que KREY/ESSER[39] opinan, de una manera muy incierta, que debería "dejar las cosas como están con las formas de intervención de la coautoría y la inducción".

Según una concepción correcta, no se presenta ninguno de los presupuestos para admitir una coautoría[40]. La "comisión conjunta" que exige el art. 25, párrafo 2 StGB presupone una decisión conjunta y una ejecución conjunta del hecho. Ambas faltan.

---

(34) JESCHECK/WEIGEND, "Lehrbuch AT", 5a. ed., 1996, § 62 II, 8 (p. 670).

(35) OTTO, "Grundkurs AT", 7a. ed., 2004, § 21, n. marg. 92.

(36) JAKOBS, ZIS 2009, p. 573.

(37) BAUMANN/WEBER/MITSCH, "Strafrecht AT", 11a. ed., 2003, § 29, n. marg. 147.

(38) FRISTER, "Strafrecht AT", 6a. ed., 2013, cap. 27, n. marg. 40.

(39) KREY/ESSER, "Strafrecht AT", 4a. ed., 2011, § 27, n. marg. 936.

(40) Al respecto también Schünemann en Leipziger Kommentar (LK), 12a. ed., 2007, § 25, n. marg. 129.

La ejecución de una orden no fundamenta una decisión conjunta, sino tan solo constituye el cumplimiento de la decisión tomada únicamente por el superior jerárquico. Cuando se quiere ver en ello un "hacer suya la orden" de manera implícita, también tendría que admitirse una decisión conjunta de coautoría en toda inducción. El ejecutor no ejecuta una decisión conjunta, sino solamente un mandato que para él es vinculante.

Tampoco puede hablarse de una ejecución conjunta del hecho. Por regla general, el motivador y el ejecutante ni siquiera se conocen, y el dador de la orden tampoco sabe nada cierto ni los detalles sobre el lugar, la hora y la forma de la comisión de los hechos. Incluso si se hicieran bastar actos preparatorios para la coautoría, el coautor tendría que prestar, en la preparación, alguna contribución al hecho concreto. La orden de realizarlo no constituye tal contribución. Cuando JAKOBS considera suficiente un "modelo preformado", se está contentando con un criterio típico de la inducción. El plan delictivo que parte del inductor contiene a menudo un "modelo preformado", pero no fundamenta la coautoría.

Cuando el legislador diferencia la "comisión conjunta" de la "comisión por otro", con ello se caracterizan, tal como BLOY(41) correctamente analiza, formas estructurales divergentes de la intervención delictiva. La coautoría tiene lugar entre sujetos del mismo nivel, o sea, está estructurada de manera horizontal, mientras que la autoría mediata lo está de manera vertical, de arriba hacia abajo, es decir, transcurre de un motivador a un ejecutor: "Cuando –como aquí ocurre– se tiene que ver con una conducta coordinada claramente de manera vertical, en la cual el rol del sujeto de atrás está desde el principio fijado a una ejecución del hecho por mano ajena, esto habla claramente en contra de la coautoría y a favor de la autoría mediata".

3. Joint Criminal Enterprise (JCE)

En el Derecho penal internacional, antes que la doctrina del dominio de la organización hubiera alcanzado supremacía, se empleaba

(41) BLOY, GA 1996, p. 440. Aquí también la cita que sigue a continuación.

la figura jurídica de la "empresa criminal conjunta" para abarcar la criminalidad de sistemas; con esta figura también se trataron casos como los asesinatos en campos de concentración y la responsabilidad por la extralimitación del plan común.

Pero, en los casos de extralimitación del plan, esto atenta contra el principio de culpabilidad(42) y, de manera similar a la construcción alemana de la coautoría, no hace justicia a la posición dominante que tiene el dador de la orden situado en la cumbre de la organización. WERLE/BURGHARDT(43) dicen acertadamente: "Aquél que está situado en la cumbre tiene la mayor responsabilidad, no porque él (...) hubiera colaborado en un plan conjunto con otros para cometer un delito, sino porque ha orquestado las acciones de aquellos que cometieron el crimen personalmente".

4. Responsabilidad de los superiores jerárquicos

También aquí se trata de una figura jurídica que proviene del Derecho penal internacional y que allí se empleaba anteriormente junto con la "joint criminal enterprise". La Sala Penal Especial de la Corte Suprema del Perú dice al respecto(44): "Ella constituye un criterio de imputación que surgió y se desarrolló al concluir la Segunda Guerra Mundial y que se aplicó en los juicios de Núremberg y de Tokio" [en la publicación oficial: parte III, capítulo II, N° 743]. Se basa en una omisión del superior jerárquico que "incumple su deber de prevención, supervisión y sanción de todo delito que pueda o sea cometido por sus subalternos" [ibídem]. El derecho alemán conoce una regla correspondiente en el art. 357 StGB.

Recientemente, JAKOBS(45), después de haber defendido con anterioridad la construcción de la coautoría, ha tratado de reconducir el dominio de la organización en el sentido de la responsabilidad del superior jerárqui-

(42) Al respecto, AMBOS, "Journal of International Criminal Justice" (JICJ), 2007, p. 159 y ss. (173 y ss.).

(43) WERLE/BURGHARDT, "Journal of International Criminal Justice" (JICJ), 2011, p. 88.

(44) ZIS 2009, p. 652 y ss. [650 y ss.]

(45) JAKOBS, ZIS 2009, p. 674.

co, a una mera violación de deberes funcionariales de los sujetos de atrás: "Si Fujimori no hubiera coorganizado los hechos en cuestión, sí que los había tolerado a sabiendas, de manera que con ello ya habría lesionado los deberes de su cargo, y esto lo habría hecho (...) como autor". Pero, "en contra de (...) una opinión muy difundida", esta violación en autoría de los deberes del cargo, también existiría si Fujimori hubiera "hecho más" e "incluso coorganizado" los hechos.

Pero esta no es una solución feliz. Ella, desde el principio no permite abarcar el dominio de la organización que fuera practicado con independencia de la existencia de deberes funcionariales. Así, p. ej., la Corte Suprema peruana, ya en el 2006 había condenado al líder de la organización guerrillera maoísta ("Sendero Luminoso") como autor mediato de los hechos cometidos por su gente, y para ello había invocado que el dominio de la organización no se limitaría a organizaciones estatales. Con el criterio de la lesión de deberes funcionariales no pueden solucionarse tales casos.

Por otro lado, el punto de vista de la "tolerancia a sabiendas", en el cual se basa JAKOBS, no acierta al reproche que importa en estos hechos. Y es que, en la responsabilidad del superior jerárquico se trata de responder por los hechos de otros, pero en el dominio de la organización está en juego la imposición de hechos propios de especial gravedad valiéndose del poder. Esto fundamenta un reproche de injusto y culpabilidad que, de lejos, no es abarcado por el punto de vista de la violación del deber de funcionario público.

IV. ¿SE PUEDEN TRASLADAR LOS PRINCIPIOS DEL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN AL NIVEL DE LA DIRECCIÓN DE EMPRESAS ECONÓMICAS?

Si bien el dominio de la organización encuentra su principal campo de aplicación en los delitos de sistemas estatales, no se limita a ellos y puede también presentarse en organizaciones terroristas, sediciosas o mafiosas, e incluso en contiendas entre clanes, cuando las organizaciones en cuestión estuvieren estructuradas jerárquicamente y fueren independientes del cambio de alguno de sus miembros.

El TFA ha trasladado ampliamente la figura jurídica también a las empresas económicas. Ya en el fallo de los tiradores del Muro(46) se decía lo siguiente: "También puede solucionarse de esta manera el problema de la responsabilidad en el funcionamiento de empresas económicas".

En la época posterior, el TFA ha penado a los directivos de empresas económicas como autores mediatos de delitos que habían partido de su empresa o contra los cuales simplemente no habían intervenido(47). Así, en un fallo de la Segunda Sala(48), que invoca la sentencia del TFA, tomo 40, p. 218, se sanciona a los gerentes de una S. R. L. como autores mediatos de la eliminación de desechos contaminantes (art. 326 StGB), porque ellos eran responsables por haber dejado los desechos en manos de sujetos que no disponían de la posibilidad de realizar su ordenada eliminación. El "dominio del hecho sostenido por la voluntad del autor" de los gerentes es deducido de que ellos habrían "abierto y trazado (...) el camino" hacia la eliminación ilegal de los desechos. Pero esto, en todo caso, si bien puede fundamentar una inducción o una punibilidad por omisión, no puede, de ningún modo, fundamentar una autoría mediata a través de una empresa de eliminación de desechos que ni siquiera estaba vinculada con la empresa y trabajaba bajo su propia administración.

En un fallo de la Cuarta Sala(49) se sanciona a los gerentes fácticos de una S. R. L. como autores mediatos de los fraudes cometidos por los empleados, pese a que no pudo comprobarse "ningún influjo concreto o siquiera conocimiento actual de los inculpados en relación con cada uno de los pedidos de mercancía". Bastaría con que, pese a la incapacidad de pago, la empresa había seguido funcionando. Y es que "como autor con dominio del hecho" entraría en consideración "también aquel que, a través de estructuras de la organización, se aprovecha de circunstancias coyun-

(46) TFA, s. penal, tomo 40, p. 237.

(47) Cfr. tan solo el panorama realizado por Imme ROXIN, LH Wolter, 2013, p. 455 y ss., así como las recientes sentencias expuestas en ROXIN, "Täterschaft und Tatherrschaft", 8a. ed., 2006, p. 610 y ss.

(48) TFA, s. penal, tomo 43, p. 219.

(49) TFA, en wistra 1998, p. 148.

turales que desatan cursos regulares". Pero, al faltar cualquier influjo en los hechos no puede haber, naturalmente, ningún dominio del hecho(50).

Lo correcto es que las reglas desarrolladas para el dominio de la organización no puedan transmitirse a las empresas económicas porque en ellas no se presenta ninguno de los presupuestos necesarios.

El poder de mando de los directivos no se extiende, desde el inicio, a la comisión de delitos. Las empresas económicas, por regla general, tampoco trabajan apartándose del Derecho, sino en el marco del Derecho vigente, de manera que se deba esperar que no se cumplan las ordenes antijurídicas. Si, por el contrario y en casos aislados, algunas personas se juntan para realizar negocios fraudulentos o cualquier otra conducta punible, faltaría, en todo caso, una organización independiente de los intervinientes individuales. Los empleados tampoco son fungibles en el sentido de que se pueda, sin más, reemplazar a aquel empleado que se negare a cometer delitos por otro que estuviere dispuesto a hacerlo.

Por ello, en la literatura se ha rechazado prácticamente de manera general(51) trasladar la figura jurídica de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder a empresas económicas.

Por cierto que esto no cambia para nada el hecho de que exista una necesidad político-criminal para hacer responder a los directivos de empresas económicas por delitos que hubieran provenido de la empresa. Existen numerosas propuestas para ello, pero esto no puede ser tratado aquí(52). Sea como fuere, no es posible dar solución a estos problemas con la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

(50) Recién la jurisprudencia más actual manifiesta una mayor reserva al respecto; así TFA en NStZ 2008, p. 89 y ss.; StV 2010, p. 363; al respecto, Imme ROXIN, LH Wolter, 2013, p. 457 y ss.

(51) Cfr. tan solo las numerosas citas textuales en ROXIN, "Täterschaft und Tatherrschaft", 8a. ed., 2006, p. 716; además, las referencias bibliográficas de Imme ROXIN, LH Wolter, 2013, p. 455; KÜHL, "Strafrecht AT", 7a. ed., 2012, § 20, n. marg. 73b, nota 114d.

(52) Más detalles en Imme ROXIN, LH Wolter, 2013, pp. 458-464.

El coautor excluido en la etapa de los actos preparatorios (*)

I. INTRODUCCIÓN

En la ley no se ha regulado cómo debería tratarse a aquel que hubiera tomado parte en una decisión conjunta –de coautoría– de cometer los hechos, pero que quedara excluido en la etapa de los actos preparatorios. Y es que el art. 24, párrafo 2 StGB, regula el desistimiento en la intervención de varios tan solo en el caso de que el hecho hubiera alcanzado la etapa de la tentativa. Por eso también se prefiere hablar de un "distanciamiento"(1) de aquel coautor que se retirare del hecho, porque no se trata de un desistimiento en el sentido de la ley.

Por cierto que no se discute la impunidad de aquel que se apartare del hecho en la etapa de los actos preparativos, cuando su retirada trajera consigo la no producción del hecho. Y es que en tal caso no solamente faltaría una acción ejecutiva punible, sino también desaparece la punibilidad de la "conspiración para delinquir" por haberse impedido el hecho, según el art. 31, párrafo 1, N° 3 StGB(2).

(*) Título original: "Der im Vorbereitungsstadium ausscheidende Mittäter", publicado en Festschrift für Wolfgang Frisch, Berlín, 2013, pp. 613-632.

(1) Por eso también la monografía de FAD referida al tema (2005): "Die Abstandnahme des Beteiligten von der Tat im Vorbereitungsstadium" [El distanciamiento de los intervinientes del hecho en la etapa de los actos preparatorios].

(2) Más detalles en ROXIN, "Strafrecht, AT", tomo II, 2003, § 28, n. marg. 102, c. más refs.

¿Pero que ocurriría si el otro o los otros coautores continuaran hasta el final la comisión de los hechos sin el excluido? La cuestión se discute sin atisbos de consenso tanto en la jurisprudencia como también en la doctrina. RENGIER(3) enfatiza igualmente que la discusión adolecería "de una cierta complejidad". Por ello, deberían esbozarse primero, de la manera más breve, los distintos planteamientos de solución, para lo cual comenzaremos con la jurisprudencia.

II. LA JURISPRUDENCIA REFERIDA AL DISTANCIAMIENTO EN LOS ACTOS PREPARATORIOS

Como es conocido, la jurisprudencia parte de que, para penar al coautor, no sería necesario que éste colaborare en la etapa de la ejecución. Y que incluso si se hubiera acordado esta colaboración, se podría admitir la coautoría ya cuando otro coautor hubiera penetrado en el estado de la tentativa (la llamada solución global). Tampoco se considera necesario que la decisión conjunta a cometer el hecho continúe hasta entrar en la etapa de la tentativa. Más bien, aquel que hubiera participado en la decisión conjunta original, pese a haberse apartado en la etapa de la preparación, podría eventualmente ser penado como coautor en un hecho de tentativa o de consumación.

A pesar de la base común que tienen con esta concepción que extiende extremadamente la coautoría(4), en la jurisprudencia se han formado cinco variantes de solución cuya relación entre ellas no ha quedado esclarecida. Las voy a exponer a continuación utilizando algunos ejemplos.

1. El distanciamiento no tiene ninguna relevancia para la coautoría

La tentativa de matar al padre (TEA en NStZ 1999, p. 449)

En este caso, hermano y hermana habían decidido matar a su padre porque este había abusado sexualmente de aquella. Los dos fueron en

(3) RENGIER, "Strafrecht, AT", 3a. ed., 2011, § 44, n. marg. 14.

(4) PUPPE, "Strafrecht, AT", 2a. ed., 2011, § 23, n. marg. 18) habla de una "dureza ilimitada".

un taxi a la casa del padre. El hermano llevaba consigo un cuchillo. La hermana hizo que el padre fuera a la cocina "para dar la oportunidad de que el hermano ejecute el hecho". Pero este se apartó del hecho porque, debido a que un vecino había visitado poco antes al padre, le pareció que el riesgo de ser descubierto era demasiado elevado. La hermana "aceptó la decisión de su hermano", pero, por su parte, hirió a su padre con otro cuchillo, quien no obstante pudo huir y sobrevivir.

El Tribunal del Land había penado al hermano por conspiración en un homicidio (art. 30, párrafo 2 StGB), mientras que el TFA admitió la coautoría en una tentativa de homicidio y en la lesión corporal peligrosa cometida por la hermana. Entonces, se admite la coautoría pese a que el hermano se había apartado del hecho antes de que la hermana hubiera entrado en la etapa de la tentativa, y no había participado más en los hechos.

El TFA se apoya para ello en que el hermano había contribuido decisivamente en el surgimiento del plan de los hechos y en que los inculpados habían "buscado conjuntamente a su padre": "Aquí tan solo entra en consideración la coautoría, puesto que el inculpado ha promovido los hechos como coautor mediante actos preparatorios"(5).

2. El distanciamiento puede hacer que la coautoría baje de rango hacia la complicidad

El caso del asalto al banco (TFA, s. penal, tomo 28, p. 346.)

Aquí el inculpado, conjuntamente con dos mujeres, había acordado asaltar un banco y ya había hurtado dos bicicletas con una de las dos mujeres, con la finalidad de utilizarlas para llegar al lugar de los hechos y para escapar de allí. Según el plan de los hechos, las mujeres debían amenazar con pistolas de gas al personal y a los clientes ocasionales, mientras que el inculpado iba a "saltar por encima del mostrador" y llenar con dinero la bolsa de plástico que iba a llevar consigo(6).

(5) TFA en NStZ 1999, p. 450.

(6) Aquí y en lo que sigue: TFA, s. penal, tomo 28, pp. 346-347.

De camino hacia el lugar de los hechos al inculpado le sobrevinieron dudas. Emprendió "un intento verbal corto" para "desanimar de su pretensión" por lo menos a una de las dos mujeres. Esto fue inútil, pero el inculpado no continuó y no entró al barco. A continuación, las dos mujeres solas ejecutaron con éxito el asalto al banco.

Ante estos hechos, el TFA quiere dejar en manos de la instancia inferior la decisión sobre si el inculpado era coautor o tan solo cómplice de un robo extorsivo. Ello dependería de la consideración valorativa que se haga de todas las circunstancias(7). Aquí entrarían a tallar, por un lado, la actitud con la cual el inculpado había dado sus contribuciones al hecho, pero por otro lado también la circunstancia "de que el inculpado no codominaba ni en cuanto al si ni en cuanto al cómo del curso real de los hechos [tendría] una importancia especial".

Luego, aquí, a diferencia del caso del "homicidio al padre" (1.), se atribuye un cierto influjo, que no es mayormente precisado, a la falta de dominio de los hechos que suceden al distanciamiento para decidir entre coautoría y complicidad.

En la misma línea está la sentencia del TFA (en NStZ 1987, p. 364) en la que se trataba de un asalto a un puesto de servicios sociales que había sido concertado entre por el inculpado y un compañero. Aquí el inculpado, "pocos metros antes de la entrada" había declarado: "no puedo subir contigo, deberíamos dejarlo". A continuación, el compañero había cometido él solo el hecho y obtenido un botín de 50,000 marcos alemanes.

La Fiscalía buscaba la condena del inculpado por coautoría en un robo. No obstante, el TFA, siguiendo la jurisprudencia de TFA, s. penal, tomo 28, p. 346, ha confirmado la condena por complicidad que había dictado el Tribunal del Land. La Sala penal, al considerar valorativamente todas las circunstancias habría tenido en cuenta "que el inculpado ni ha dominado ni ha influido en el si y el cómo de los sucesos típicos". Si el tribunal sentenciador "con respecto a esta circunstancia muy importante", al efectuar

(7) Aquí y en lo que sigue: TFA, s. penal, tomo 28, pp. 348-349.

sus consideraciones habría llegado a admitir una mera complicidad, esto no tendría "por qué ser observado". Pero por lo visto, también aquí el TFA hubiera podido considerar posible la valoración contraria de manera que, en última instancia, la delimitación entre coautoría y complicidad es puesta en manos de la discrecionalidad del juez sentenciador.

3. El distanciamiento lleva necesariamente a la mera complicidad cuando trajera consigo la desaparición del requisito de ánimo de apropiación

El caso del practicante de un Banco (TFA en NStZ 1994, p. 29)

El inculpado, que trabajaba como practicante en un Banco, sabía cómo se podía ingresar al Banco por la puerta trasera utilizando un código secreto, y cuánto dinero podía obtener. Contó esto a un cierto G, "sabiendo y queriendo que G, así como otros coautores que no conocía por su nombre, asaltaran y robaran el banco con ayuda de estas informaciones; había consenso en que el inculpado debía obtener una parte del botín como recompensa"(8).

Antes de ejecutar el hecho, el inculpado había declarado a G que "él no quería tener nada que ver con el hecho". No tomó ninguna medida para impedir el hecho. El que fue ejecutado y trajo consigo un botín de 700,000 marcos alemanes, del cual el inculpado no recibió ni pidió nada.

Aquí, según la opinión del TFA, no hay de ningún modo una coautoría del inculpado, sino –aparte de una eventual inducción– tan solo una complicidad. Si bien "básicamente, cuando un coautor cambiara su voluntad después de haber hecho su contribución al hecho, esto no haría desaparecer la coautoría (...) No obstante, esto no rige cuando debido a la modificación de la voluntad desapareciere un elemento necesario del tipo (aquí: la intención de apoderarse de la cosa). En un caso como éste, la desaparición del requisito subjetivo de la autoría lleva a que la propia contribución al hecho aún persistente tan solo pueda ser valorada como

(8) Aquí y en lo que sigue, TFA, en NStZ 1994, p. 30.

complicidad cuando la conducta hubiera sido valorada como coautoría antes de producirse tal cambio de la voluntad".

Con ello, el TFA difiere en dos sentidos del resto de la jurisprudencia referida a la coautoría excluida de manera anticipada(9). En primer lugar, no queda claro por qué la desaparición de la intención de apoderamiento (y por lo visto eventualmente también de la intención de enriquecerse) tendría que excluir necesariamente la coautoría cuando ni siquiera la anulación de la decisión conjunta al hecho tiene este efecto. Y, en segundo lugar, en la sentencia analizada en 2, sobre la base del fallo del caso del practicante hubiera tenido que rechazarse, en lo fundamental, la coautoría debido a la desaparición de la intención de apoderamiento, sin que hubiera tenido que llegarse siquiera a la evaluación valorativa de todas las circunstancias tal como se exige en aquel fallo.

4. El distanciamiento lleva a la complicidad cuando es conocido por el otro coautor

El caso del asesino de policías (TFA, s. penal, tomo 37, p. 289 y ss.)

El inculpado y un cierto D habían escapado de un establecimiento de ejecución penal en diversos momentos. D quería animar al inculpado a participar en un negocio de drogas y le entregó dinero y un revólver. D estaba decidido a "utilizar el arma para evitar su captura y, en caso necesario a matar policías"(10). El inculpado sabía que D pensaba que el inculpado eventualmente intervendría del mismo modo. En esto, el BGH vio un concierto [o una conspiración] implícito para cometer un asesinato.

Cuando apareció un auto policial patrullero, D mató a tiros a dos policías y efectuó más disparos contra otros dos pero erró. El inculpado no había sacado su arma y después del primer tiro había levantado "los dos brazos en señal de rendición". Después del segundo disparo, huyó

(9) Cfr. al respecto también GRAUL, GS Meurer, 2002, p. 89 y ss. (90, la nota al pie 10 en p. 94).

(10) Aquí y en lo que sigue: TFA, s. penal, tomo 37, p. 290.

corriendo. Pero esto no lo había notado D' sino había creído hasta el final que el inculpado se encontraba cerca de él.

El TFA consideró al inculpado como coautor de dos asesinatos consumados y dos tentados. Puesto que el inculpado no había sacado la pistola desde el principio, se tiene que admitir que, aparte del "concierto implícito" que pudiera haber reforzado la decisión de D para ejecutar el hecho, aquel no había dado prestado otra contribución al hecho. Según la opinión del TFA, para la coautoría basta con reforzar la decisión de cometer el hecho: "En el marco de una consideración valorativa de la relación del inculpado con los sucesos, su renuncia tan solo hubiera sido jurídicamente idónea si D la hubiera conocido. Solo entonces hubiera sido apropiada para influir en el actuar ulterior de D"(11).

Este fallo difiere en dos formas de las sentencias antes tratadas (1 a 3). En primer lugar, para delimitar entre autoría y complicidad, se otorga importancia esencial a la cuestión de si el o los demás sujetos conocían el distanciamiento de los hechos de su coautor, pese a que en las tres primeras constelaciones de casos no había tenido ninguna importancia la expresa renuncia de seguir participando.

Y, en segundo lugar, la circunstancia considerada relevante en los casos planteados en 2, "de que el inculpado no codominaba ni en cuanto al si ni en cuanto al cómo del curso real de los hechos", aquí no es considerada en absoluto. Y es que, frente al supuestamente acordado "respaldo" [empleando la pistola] el "refuerzo de la decisión a cometer el hecho" –basado además en un desconocimiento de la situación de D– resulta ser una contribución extraordinariamente secundaria, especialmente debido a que D también estaba decidido a disparar con independencia del inculpado. Esta es una típica manifestación de la complicidad síquica que no puede ser suficiente para afirmar la coautoría en caso de hacer "una consideración valorativa de todas las circunstancias", tal como se exige en otros casos(12).

(11) TFA, s. penal, tomo 37, p. 293.

(12) Cfr. mis observaciones al fallo en JR 1991, p. 206 y ss.

5. Cuando los hechos hubieran fracasado en la etapa de la tentativa, tan solo puede ser coautor quien hubiera prestado una contribución que hubiera ido más allá de la toma de decisión.

Los esposos ladrones de casas (T. Reich. s. penal, p. 3 y ss.)

En este caso muy antiguo aunque todavía muy citado[13], una pareja de esposos había acordado realizar un robo con fractura. Al ser descubiertos ambos, el marido estaba tratando de abrir violentamente la puerta de la cocina mientras que la mujer, que debía llevarse las cosas, todavía permanecía a su lado sin hacer nada.

Según la opinión del Tribunal del REICH, para la coautoría no sería suficiente con la inactividad completa de aquel participante que hubiera decidido concuntamente realizar los hechos. Quien "no hubiera salido en ninguna forma de la inactividad durante la acción de tentativa del otro (...) no podría ser considerado coautor solo debido a la simple promesa y dolo de querer hacer esto próximamente"[14]. El coautor tendría que haber hecho algo, más allá del planeamiento, que "se distinga del hacer o de la conducta un tercero no interviniente"[15]. Después de todo, esto podía responderse afirmativamente en el caso presente debido a la presencia de la mujer en la tentativa de robo con fractura.

Pero el fallo se diferencia de la jurisprudencia del TFA en que el refuerzo de la decisión a cometer los hechos, presente en el concierto delictivo común, por sí solo no sería suficiente para la coautoría. Por otro lado, a diferencia de las decisiones más recientes, no se da ninguna importancia a la insignificancia de lo aportado hasta ese momento.

En suma se puede decir que la jurisprudencia, pese al punto de partida común insinuado por la "solución global" en el sentido de que la coautoría no presupondría una propia acción ejecutiva, hasta ahora no ha encontrado una línea uniforme. Los distintos puntos de partida

(13) Cfr. así, p. ej., ROXIN, "Täterschaft und Tatherrschaft", 8a. ed., 2006, p. 452 y ss.

(14) T. Reich, s. penal, tomo 9, p. 6.

(15) T. Reich, s. penal, tomo 9, p. 7.

ni siquiera son tematizados en forma controvertida, de manera que da la impresión de que la decisión entre coautoría y complicidad dependería, en gran medida, de la discrecionalidad del juzgador.

III. LA LITERATURA SOBRE EL DISTANCIAMIENTO EN LA ETAPA DE LOS ACTOS PREPARATORIOS Y QUE SE BASA EN LA SOLUCIÓN GLOBAL

En la literatura no raras veces se trata, de manera expositiva, el caso del coautor excluido según los dictados de la jurisprudencia, sin tratar sus contradicciones y diferentes planteamientos en particular. No obstante, en los últimos veinte años se ha desarrollado una concepción que aporta un nuevo punto de vista a la discusión y que está ganando cada vez más adeptos. Ella se basa en la idea de que si bien el coautor no necesariamente tendría que dar una contribución esencial en la etapa ejecutiva, por lo menos debería existir aún la decisión conjunta a cometer el hecho cuando uno de los coautores entrare en la etapa de la tentativa.

Sin embargo, esta doctrina se presenta por lo menos en tres variantes distintas.

1. Ya la desaparición de la disposición interna a cometer el hecho en la etapa de los actos preparatorios excluye la coautoría

Esta concepción ha sido desarrollada probablemente por primera vez por PUPPE(16) (con motivo del caso del asesino de policías). Ella expone que la decisión "sobre el si y el cómo del hecho" recién se daría "con el inicio de la ejecución". "Por ello, el mero concierto en la etapa de los actos preparatorios no puede ser la base de la imputación a la coautoría sino solo la comunidad planeadora en la etapa de la ejecución misma. La verdadera coactuación con división de trabajo conforma la especial peligrosidad de la coautoría y justifica la imputación mutua (...) Si un colaborador, sea cual fuere el motivo, obligado o voluntariamente, ya no estuviera dispuesto al hecho en el momento del inicio de la ejecución, él ya no puede ser coautor"

(16) PUPPE, NStZ 1991, p. 571 y ss. (573).

[trad. libre]. También EISELE[17] pretende, bajo reserva de una ulterior limitación que va a explicarse más adelante, "que sea suficiente para eliminar la base imputadora, con la mera renuncia a la decisión conjunta a cometer los hechos sin informar a los demás coautores". Igualmente KÜHL[18] dice: "Quien retira su acuerdo antes del inicio de la tentativa, es excluido como coautor". Él no considera que sea necesario informar sobre el "ya no querer formar parte".

2. Solo el retiro declarado al coautor (o a los coautores) de la decisión conjunta en la etapa de los actos preparatorios hace desaparecer la coautoría

Esta concepción puede ser vinculada con una observación del TFA en el caso del asesino de policías (arriba II, 4)[19]: "En el marco de la consideración valorativa de la relación del inculpado con los sucesos, su renuncia hubiera sido tan solo jurídicamente relevante si D la hubiera conocido. Solo entonces hubiera sido idónea para influir en el ulterior actuar de D". Por lo visto, esto no deberá ser entendido en el sentido de que el retiro tenga que excluir necesariamente la coautoría, puesto que en otras sentencias (arriba II, 1-3), el TFA ha considerado plenamente posible la coautoría pese a la declaración del distanciamiento. Pero en todo caso, según esta sentencia, la renuncia deberá constituir un punto de vista relevante en el marco de la valoración global de todas las circunstancias.

La observación del TFA ha sido recogida primero por HAUF[20], quien critica a la concepción de PUPPE que esta sería "muy estrecha" y que quiera a todas luces hacer que la declaración de retirarse sea el criterio decisiva para la excluir la coautoría en la etapa de los actos preparatorios. Lo determinante sería "la representación de uno de los colaboradores de que el otro coactúa y apoya el plan de los hechos, lo cual puede influir

(17) EISELE, ZStW 112 (2000), p. 745 y ss. (761).

(18) KÜHL, "Strafrecht, AT", 6a. ed., 2008, § 20, n. marg. 105; igualmente LACKNER/KÜHL, "StGB", 26a. ed., 2007, § 25, n. marg. 10.

(19) TFA, s. penal, tomo 37, p. 293.

(20) HAUF, NStZ 1994, p. 263 y ss. (265).

reforzando la continuación de los sucesos planificados conjuntamente. El umbral sicológico del distanciamiento antes de los hechos no puede compararse con el que tendría un autor único. Uno se siente vinculado y al mismo tiempo reforzado por el otro. Esta vinculación desaparece –y uno vuelve a ser responsable solo por sí mismo– cuando el otro manifiesta su distanciamiento de los hechos".

Poco después, INGELFINGER(21), independientemente de HAUF, en una investigación sobre la pseudo-coautoría (o sea el caso en el cual el coautor que recién se integra durante la etapa de la ejecución lo hace solo en apariencia), ha declarado que la decisión conjunta a cometer los hechos sería "la base común motivadora": "El plan de los hechos crea una dependencia de cada camarada con su colaborador, dependencia que actúa motivando en la ejecución de la propia contribución al hecho". Y finalmente(22): "La coautoría se basa (...) determinantemente en que cada uno actúa no solamente para sí sino también para el otro".

Debido a que no era su tema la exclusión de la coautoría, INGELFINGER no ha tratado expresamente la necesidad de la renuncia para la desaparición de la coautoría. Esto lo hace GRAUL(23), basándose en la exposición que INGELFINGER hace sobre la "importancia decisiva de la decisión *conjunta* a realizar los hechos para la imputación a la coautoría". Por eso, ella llega al siguiente resultado(24): "Si un colaborador, que debido a la contribución asumida en el plan de los hechos debe ser calificado como coautor, se apartare de los hechos durante la etapa de la preparación y delante de su camarada, él ya no puede responder como coautor del hecho ejecutado por el otro aprovechando su contribución inicial (...) Cuando un camarada, que debería ser visto como coautor debido a la participación en los hechos asumida en el plan, se apartare de los hechos solo internamente o, en todo caso, no lo hiciere frente a su colaborador, entonces sí responderá como

(21) INGELFINGER, JZ 1995, p. 704 y ss. (708).

(22) INGELFINGER, JZ 1995, p. 710.

(23) GRAUL (nota 9), p. 97.

(24) GRAUL (nota 9), p. 99.

autor del hecho consumado por el otro sobre la base de su contribución, siempre que él ya hubiera aportado por completo en el acto preparatorio la parte que le correspondía según el plan". La frase condicional al final agrega un requisito que resulta ser adicional en la medida en que, además de faltar [la comunicación efectiva de] la renuncia a la decisión de cometer los hechos, se necesita también la contribución completa que debía darse en la etapa de la preparación.

De manera parecida a GRAUL procede RENGIER(25): "Si continuare (...) el plan común aunque hubiera habido un distanciamiento no declarado, éste también entrará en consideración como base para una imputación de coautoría de las contribuciones que hubieran seguido surtiendo efectos"(26). Por cierto que también RENGIER quiere que el "mero distanciamiento no declarado" pueda ser suficiente para la coautoría cuando "la parte aportada en la etapa preparatoria por el renunciante sea lo suficientemente importante como para (...) satisfacer los criterios de la ejecución conjunta de los hechos".

3. El distanciamiento de la decisión conjunta durante la etapa preparativa no cambia nada en la coautoría cuando el renunciante ya ha prestado todas las contribuciones que le correspondían

Esta es la opinión de EISELE(27). Con ello, él fundamenta el que en un caso como es el coautor "ha soltado los acontecimientos. Y es que el hecho, en el sentido del art. 8, oración 1 StGB ya ha sido cometido por cada coautor cuando ya hubiera sido prestada la contribución imputable mutuamente". En cambio, GRAUL(28) ha enfatizado expresamente que, en todos los casos de renuncia durante la etapa de la preparación "falta el requisito esencial de la coautoría de continuar con la decisión conjunta;

(25) RENGIER, JuS 2010, p. 281 y ss. (287); *ídem* (nota 3), § 44, n. marg. 16 y ss.

(26) RENGIER (nota 3), § 44, n. marg. 21.

(27) EISELE (nota 17), p. 766.

(28) GRAUL (nota 9), p. 99.

y para ello es irrelevante si el sujeto hubiera efectuado ya antes todas las contribuciones o las que fueren suficientes para la coautoría".

La concepción de EISELE es sostenida en la literatura en dos variantes. OTTO[29] la deduce de la teoría subjetiva: "Quien expresare durante la etapa preparatoria que ya no quiere tener nada que ver con los hechos, ya no puede querer como propios los hechos, aun cuando pueda tener todavía interés en el resultado (...) A partir de este momento, los hechos son para él ajenos (...) Solo en casos excepcionales, en los cuales el participante ya hubiera aportado totalmente su contribución con división de trabajo durante la etapa preparatoria, contribución en la cual luego se basare el suceso ulterior, podrá todavía entrar en consideración una coautoría, después del distanciamiento del participante, bajo la interpretación de los conceptos hecho 'propio' y hecho 'ajeno' a partir de los sucesos"[30].

FAD[31] se mueve igualmente en la línea de EISELE, pero exige el cumplimiento de requisitos estrictos para hacer desaparecer la coautoría. Él exige una renuncia expresa y, a partir de ella, deduce "que las acciones realizadas por los coautores restantes después de la renuncia, ya no podrán ser imputadas al renunciante". Las anteriores contribuciones del renunciante o de otros participantes de la decisión conjunta seguirán siendo imputables a la coautoría "pues en ese momento existía la representación de los camaradas de que ellos no solamente actuarían para sí sino también para los demás". Luego, no podrá admitirse la coautoría recién cuando el renunciante hubiera realizado todas las contribuciones que se esperaran de él.

IV. TOMA DE POSICIÓN

Entonces, si se juntan jurisprudencia y literatura, hemos presentado ocho o nueve propuestas distintas para el tratamiento del coautor que se aparta en la etapa de los actos preparatorios, propuestas entre las cuales

(29) OTTO, JA 1980, p. 707 y ss. (709).

(30) EISELE (nota 17), p. 765 se remite también a OTTO.

(31) FAD (nota 1), pp. 129-130.

difícilmente puede uno ubicarse. En los comentarios y manuales se informa sobre ellas tan solo de manera muy selectiva. Ninguna de estas concepciones se ha impuesto. Cierto es que han alcanzado cierta resonancia los recientes esfuerzos que otorgan mayor importancia a la continuación de la decisión conjunta hasta llegar a la etapa de la ejecución. Pero aún así, las monografías recientes siguen persistiendo en las formas más amplias de imputación a la coautoría que se encuentran en la jurisprudencia.

Así, p. ej, BUSER(32) explica que, para penar al que hubiera colaborado en la decisión delictiva, no se necesitaría para nada el que el ejecutante, al entrar en la etapa de la tentativa, hubiera tenido la sensación de ser apoyado por una decisión conjunta: "Un coautor es penado, entre otras cosas, por el hecho de que ha motivado a otro a cometer el hecho bajo coautoría, no porque el otro todavía se sienta motivado por aquél en la fase de la ejecución(...) Puesto que con ello no interesa la representación de ser apoyado por una decisión conjunta, como base de la imputación queda tan solo la decisión de cometer los hechos tomada en la etapa de la planificación".

ANGERER(33) llega al resultado de que para la imputación de coautoría sería suficiente un plan común adoptado en la etapa de la preparación: "Ni un 'largarse' puramente espiritual ni un distanciamiento expreso pueden hacer desaparecer esta base imputadora de coautoría ya creada. A través del plan de los hechos ha surgido una vinculación que ya no puede ser retirada unilateralmente. Tampoco es suficiente el distanciamiento unilateral manifiesto".

No obstante, una consideración crítica lleva a concluir que ninguna de las soluciones expuestas es convincente. En cuanto a la jurisprudencia, esto resulta primero ya de la razón destacada arriba en el momento de exponerla (II al final) en el sentido de que le falta un plan. Cuando el coautor se retira en la etapa de la preparación, en el caso de la tentativa de parricidio, únicamente la decisión conjunta de cometer el hecho y los

(32) BUSER, "Zurechnungsfragen beim mittäterschaftlichen Versuch", 1998, pp. 121 y 123.

(33) ANGERER, "Rücktritt im Vorbereitungsstadium", 2004, p. 161.

efectos que se deducen de esto fundamentarían la condena por coautoría. En cambio, en el caso del asalto al banco por parte de las dos mujeres, sería la magnitud de las contribuciones ya realizadas del hombre que se ha retirado lo que tendría una influencia, no explicada con más detalle, en la valoración global de la decisión judicial a favor de la coautoría. Por otro lado, en el caso del practicante del Banco que se retiró desde del principio, pero cuyos consejos e informaciones habían hecho posible el robo, la falta de intención de apoderamiento llevó a la exclusión de la coautoría. En el caso del asesino de policías, por su parte, a la declaración del distanciamiento –que en otros casos es considerada irrelevante– le correspondería una influencia (no aclarada) en la valoración judicial que va a decidir sobre la presencia de la coautoría.

Todo esto no armoniza. Pero incluso si se hace una consideración aislada, ninguno de los criterios utilizados resulta convincente. La decisión conjunta a cometer el hecho (p. ej., en el caso de la tentativa de parricidio) no puede ser suficiente, porque la coautoría siempre exige una contribución objetiva en el hecho incluso si se consideraran suficientes las acciones en la preparación.

Pero si, como ocurrió en el asalto al banco por las dos mujeres, se concediera importancia a la magnitud de las contribuciones ya realizadas del tercero renunciante (el hombre) para decidir entre autoría y complicidad, no se dice nada sobre las cualidades que deben tener estas contribuciones para poder seguir penando todavía como coautor al renunciante.

Y cuando en el caso del practicante del banco, que ha desarrollado el plan y que ha hecho incluso posible la ejecución, ya la desaparición de la intención de apoderamiento excluye la coautoría; no queda claro por qué no debería tener este efecto la desaparición de la decisión conjunta que eventualmente también podría abarcar los elementos subjetivos del tipo.

Finalmente, el que en el caso del asesino de policías la declaración expresa de no querer participar deba ser importante para hacer desaparecer la coautoría, no se entiende bien si se piensa que, debido a la rapidez con que todo ocurrió, casi no había tiempo para declaraciones verbales que fueran más allá de levantar los brazos y que esto tampoco hubiera influido

para nada porque el tirador asesino estaba "decidido", independientemente de la conducta del inculpado "a usar su arma de fuego y, de ser necesario, matar policías para evitar su detención"(34).

La doctrina que se está abriendo paso en la literatura y que otorga más importancia a la continuación de la decisión al hecho hasta la etapa ejecutiva, tiene la ventaja de que pone límites a una extensión ilimitada de la coautoría y evita el carácter errático de la jurisprudencia. Probablemente estas circunstancias han favorecido también su éxito relativo. Así, p. ej., en los primeros tres casos señalados al principio se descarta desde el inicio la coautoría, porque la decisión al hecho había sido anunciada en la etapa de los actos preparatorios; y en los casos 4 y 5 se llega después de todo al mismo resultado cuando se exige para la autoría, además de la decisión no declarada por lo menos una contribución de cierta importancia.

Pero esta nueva concepción tampoco satisface ni en sus desarrollos particulares ni en la tendencia básica que ella favorece.

Primero, en lo que se refiere a la opinión de que ya un distanciamiento meramente interno haría desaparecer la coautoría, únicamente en PUPPE se puede encontrar un planteamiento de fundamentación. Según ella, no es "el mero concierto en la etapa de la preparación" sino tan solo "la comunidad planeadora en la etapa de la ejecución misma (...) lo que justifica la peligrosidad especial de la coautoría así como la imputación mutua". Pero cuando alguien ya en la etapa de la preparación hubiera aportado todas sus contribuciones fundamentadoras de la coautoría y se distancia luego interiormente del plan común, no se entiende por qué el ulterior actuar de los ejecutores, y con ello todo el suceso, deba ser por ello menos peligroso. Y es que el cambio de actitud interna del renunciante no deja de tener influjo en los sucesos, pues aquellos no sabían nada acerca de la renuncia.

Cuando, como ocurre en la segunda versión de las doctrinas recientes, se exige una declaración expresa de retirarse de la decisión conjunta, es ciertamente posible que los demás intervinientes se impresionen con ello y también desistan de cometer el hecho. En tal medida, el retiro es un criterio

(34) TFA, s. penal, tomo 37, p. 290.

más apropiado que el mero distanciamiento interno. Pero a menudo este retiro no va a detener al cointerviniente o a los demás intervinientes, tal como se ve en los tres primeros casos jurisprudenciales arriba expuestos. Si, tal como defiende GRAUL, y como también está implícito en la consecuencia del planteamiento, el retiro excluyera igualmente la coautoría allí donde el que se distancia ya hubiera realizado todas las contribuciones que le correspondían, normalmente su exclusión le será indiferente a los ejecutantes, quienes ya no dependerán más tiempo de él. Esto no va a debilitar su motivación para cometer el hecho, sino más bien reforzarla, porque ya no necesitarán eventualmente compartir el botín con el excluido.

Si, por otro lado, en caso de producirse tan solo un distanciamiento interno la coautoría no deba mantenerse de manera general, sino solamente en aquellos casos en los cuales el que se distancia hubiera realizado todas sus contribuciones al hecho (GRAUL) o partes suficientemente importantes (RENGIER), si bien esto puede aprobarse por el resultado final de que no será coautor quien no hubiera emprendido acciones colaboradoras externas esenciales. No obstante, esta suposición contradice la idea básica de que la desaparición de la coautoría presupondría una retirada expresa de toda la decisión conjunta.

La tercera doctrina orientada en la decisión al hecho, tal como sale a relucir en EISELE, OTTO y FAD con acentuaciones algo distintas, quiere admitir la coautoría incluso en caso de una renuncia expresa siempre que ya antes de la renuncia se hubieran aportado todas las contribuciones al hecho o por lo menos aquellas que hubieran sido suficientes para la coautoría. Con ello, esta doctrina escapa a la objeción dirigida contra la "segunda versión" en el sentido de que pierde importancia la participación del renunciante en la decisión conjunta a cometer el hecho si ya hubiera hecho lo que se esperaba de él. Pero con ello se abandonaría la tesis central de la concepción de que la coautoría exigiría la continuación de la decisión conjunta al hecho.

Además, tampoco es convincente, a partir de una concepción que considera suficiente para la coautoría los actos preparatorios, el principio directriz según el cual la base motivadora común creada por la decisión al hecho deba continuar hasta la etapa de la ejecución. Y es que, en primer

lugar, los desarrollos de esta doctrina llevan, tal como ha mostrado mi panorama, a resultados muy diversos, lo cual cuestiona la solidez de la concepción debido ya a las inseguridades que provoca con ello. Y, como también se ha mostrado, ninguna de estas soluciones puede prescindir de contradicciones de compromiso.

Pero, en segundo lugar, tampoco entiendo que se atribuya valor fundamentador de coautoría al (muy dudoso) refuerzo motivador que provocaría la decisión conjunta no abandonada o no retirada. Y es que el refuerzo de la decisión a cometer el hecho, en la medida en que se produjera en el caso concreto, no es más que una complicidad síquica que constituye la forma más débil de participación en el hecho y que es muy distinta de la coautoría. La posibilidad y los límites de su punibilidad son muy polémicos incluso en este marco reducido, de manera que es poco factible elevar este factor hasta convertirlo en pilar básico de la coautoría.

Luego, se tiene que buscar otra solución.

V. EN DEFENSA DE LA SOLUCIÓN INDIVIDUAL(35)

Las dificultades con las cuales todas las propuestas arriba tratadas tropiezan se basan, todas sin excepción en que hacen que basten los meros actos preparatorios o –como se dice muchas veces en la jurisprudencia(36)– incluso una decisión conjunta con ulteriores efectos síquicos y además que sea alcanzando ya la etapa de la tentativa por uno de los participantes. Esto lleva a una extensión de la coautoría a formas de cooperación de simple planeamiento o de apoyo espiritual que contradicen el elemento legal de una "comisión conjunta" (¡no la "toma conjunta de una decisión"!) así como el postulado derivado de esto de un concepto restrictivo de autor orientado al tipo.

(35) MYLONOPOULOS sostiene en un artículo publicado recién después de terminada esta contribución (GA 2011, p. 462 y ss.) una "solución intermedia entre la solución global y la solución individual, según la cual se presupone la presencia y la disponibilidad a la acción del coautor". Pero su artículo no trata el problema del coautor excluido en la etapa de los actos preparatorios.

(36) Cfr., p. ej., TFA, s. penal, tomo 11, p. 271. Según ella, para la coautoría bastaría con "una contribución espiritual, también una preparación de forma tal que el coautor apoye al cointerventor ejecutante mediante un consejo dado antes de la ejecución, o en algún momento refuerce su voluntad de matar".

Los problemas señalados desaparecen de golpe cuando se exige, para la coautoría en el hecho consumado, una colaboración esencial en la etapa ejecutiva y, para la coautoría en la tentativa, que cada autor de la tentativa inicie su contribución esencial en la etapa ejecutiva (la llamada solución individual). Luego, en los casos jurisprudenciales expuestos al inicio (arriba en II) resulta con absoluta claridad que debe descartarse la coautoría en los tres primeros casos de aquel que renuncia al hecho en la etapa de la preparación, porque ninguno de esos sujetos ha contribuido en la etapa de la ejecución. En las dos sentencias mencionadas al final (el caso del asesino de policías y el caso de la pareja robacasas), el efecto de apoyo físico no constituye un inicio de una contribución esencial al hecho en la etapa ejecutiva, motivo por el cual también aquí desaparece la coautoría.

Con ello no surgen vacíos de punibilidad, porque la colaboración en el planeamiento y eventualmente en la preparación del hecho ha influido en la conducta delictiva de aquel o aquellos que ejecutan los hechos, lo cual fundamentará en todo caso una complicidad cuyo marco penal puede ser más justo al contenido de culpabilidad del interviniente que no ha contribuido en la ejecución o no lo ha hecho de manera suficiente. Por el contrario, resulta injusto que, como ocurre, p. ej., en el caso del asesino de policías, se sancione con la misma cadena perpetua que al tirador asesino a quien había claramente manifestado no querer la violencia.

Con frecuencia también existirá una inducción que pueda posibilitar la aplicación del marco penal del autor sin tener que recurrir a la construcción de la coautoría. Así, en el caso de la tentativa de parricidio (arriba, II, 1), las hermanas que habían acuchillado al padre habían adoptado su decisión asesina recién después que el hermano había dicho: "Voy a ir allí y lo voy a matar"(37). Y en el caso del practicante del Banco (arriba, II, 3), este había sabido y querido "que G, así como otros (...) coautores, asalten y roben el Banco con ayuda de sus informaciones"(38). El TFA también tiende aquí a admitir la inducción.

(37) TFA, en NStZ 1999, p. 450.

(38) TFA, en NStZ 1994, p. 30.

Entonces, se producen decisiones valorativas sencillas y que hacen justicia a todas las necesidades legítimas de pena para los casos aquí tratados, cuando la coautoría es vinculada con una contribución esencial en la etapa ejecutiva, exigiendo además que esta contribución no se hubiera quedado trabada durante el planeamiento, sino que también hubiera alcanzado la etapa de la tentativa.

Todo esto también puede fundamentarse muy bien a partir de la teoría de la autoría y de la tentativa. Si autoría significa –prescindiendo de los delitos de infracción del deber– dominio del hecho, entonces consecuentemente la co-autoría debería fundamentarse en el co-dominio en la etapa ejecutiva. Y es que el "hecho", de cuyo dominio aquí se trata, tan solo es aquello que ocurre en la etapa ejecutiva. Quien tan solo contribuyere en la planificación y la preparación, suelta tarde o temprano los sucesos y no tiene participación en el dominio durante la ejecución. Esto ya ha sido fundamentado muchas veces y con detalle, así que aquí me podré contentar con un resumen brevísimo(39).

Los defensores de las concepciones subjetivas y del llamado dominio del hecho moderado siempre toman por argumento, frente a esta concepción, el caso del "jefe de la banda", a quien quieren condenar de todos modos como coautor de los hechos cometidos por sus subordinados. Pero, aparte de que el jefe de la banda es más bien una figura artificial que casi no se puede encontrar en la práctica, todas las necesidades de sanción se ven plenamente satisfechas cuando aquel que envía a su gente a ejecutar los hechos sin participar él mismo directamente en ellos, es penado "al igual que el autor" como inductor según el art. 26 StGB.

El "planeamiento y la organización", a los que una doctrina mediadora quiere limitar la coautoría mediante contribuciones de preparación(40), también encajan mucho mejor en el marco de la inducción. Y es que, por regla general, uno solo inducirá a otro cuando se tenga un plan y una idea de la ejecución del hecho al cual se induce. Pero si un sujeto de atrás

(39) Se puede encontrar una exposición detallada, con muchas refs. en mi manual (nota 2), § 25, n. marg. 198 y ss.

(40) Más detalles en ROXIN (nota 2), § 25, n. marg. 205 y ss.

realmente dominare el hecho porque dispone de un aparato organizado de poder, él –como también admite la jurisprudencia alemana y la internacional– será autor mediato y no coautor.

Igualmente a partir de la teoría de la tentativa resulta que solo puede ser coautor de una tentativa quien, por sí mismo, hubiera entrado en la etapa de la tentativa. El art. 22 StGB dice claramente que por tentativa solamente podrá ser penado "quien se dispusiera a realizar de manera directa el tipo". Esto equivale a entrar en la etapa de la ejecución. PUPPE, quien ahora está a favor de la solución individual, enfatiza con razón en su publicación más reciente(41): "La corrección de la llamada solución individual proviene de la doctrina referida a la tentativa". "Nadie puede" quitar al autor la entrada en "el umbral de la disposición a iniciar directamente la realización del tipo (...) Recién en el momento en que el cointerventor hubiera aportado su propia contribución en la etapa de la ejecución será (...) coautor".

La "solución individual"(42) ya había sido defendida por FRANK(43) basándose en la teoría formal-objetiva. Relacionándola con el dominio del hecho, el primero en desarrollarla fue RUDOLPHI(44). Luego fue recogida por Bloy(45) y, sobre otra base, por STEIN(46), y después fue fundamentada de manera más profunda por VALDÁGUA(47). Yo me he plegado(48) a la solución de VALDÁGUA después de haber seguido inicialmente la solución global.

---

(41) PUPPE (nota 4), § 23, n. marg. 13.

(42) La expresión proviene de SCHILLING ("Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters", 1975), quien, no obstante consideraba que ya el influjo síquico en otros fundamentaría la acción de autoría de tentativa. Esta concepción no ha encontrado seguidores. Hace un profundo análisis crítico de esta teoría, KÜPER, "Versuchsbeginn und Mittäterschaft", 1978, p. 48 y ss.

(43) FRANK, StGB, 18a. ed., 1931, § 47, observación V.

(44) RUDOLPHI, FS Bockelmann, 1979, p. 359 y ss.

(45) BLOY, "Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht", 1985, p. 265 y ss.

(46) STEIN, "Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre", 1988, p. 318.

(47) VALDÁGUA, ZStW 98 (1986), p. 839 y ss.

(48) Cfr. tan solo FS Odersky, 1996, p. 489 y ss.; "Strafrecht AT II" (nota 2), § 29, n. marg. 297 y ss., c. más refs.

Luego, la solución individual constituye una opinión defendida por no pocos y que se está abriendo paso. Si ella no se ha impuesto hasta ahora, ello se debe sobre todo a dos razones. En primer lugar, no encaja con la suposición preponderante de que ya la participación en el planeamiento y la preparación de los hechos puede llevar a la coautoría. Y es que si estas acciones bastan para admitir la coautoría incluso en caso de un hecho consumado, lo mismo debería regir para la tentativa. No obstante, esta suposición básica, como ya he expuesto, no es correcta. La coautoría en un hecho consumado presupone una colaboración esencial en la etapa ejecutiva. A partir de este punto de partida, es totalmente consecuente que se exija para la coautoría tentada una colaboración en la etapa de la tentativa.

La segunda razón, que es aún más efectiva, radica en que la jurisprudencia y la doctrina dominante desde épocas muy tempranas del Tribunal del Reich se basan en la doctrina del "cómputo" [o de la "toma en cuenta" o del "descuento"] de la "actividad" o de la "imputación recíproca de acciones"(49). Si fuera cierto que a cada coautor se imputa lo que el otro ha hecho siguiendo el plan común, no importaría qué es lo que él por sí mismo hubiera hecho. Incluso podría defenderse esta "solución global" si para admitir la coautoría en un hecho consumado se exigiera una colaboración en la etapa ejecutiva. Entonces sería suficiente que esta forma de colaboración estuviera prevista en el plan del hecho. La entrada del otro en la etapa de la ejecución sería también una tentativa de aquel que todavía no ha llegado a prestar su contribución: la tentativa del otro equivaldría a su propia tentativa.

La doctrina del "cómputo" de la actividad ha sido defendida por KÜPER(50) en dos publicaciones minuciosas en contra de los seguidores de la solución individual que habían aparecido entonces. Él llegó allí a la conclusión de que la idea de tomar en cuenta las actividades sería "al final

(49) Detalladamente al respecto y también sobre la crítica, que se basa en razones distintas de lo que voy a exponer a continuación, VALDÁGUA, ZStW 98 (1986), p. 843 y ss.

(50) KÜPER, en una pequeña monografía de 1978 (nota 42); también luego en JZ 1979, p. 775 y ss.

la base indispensable de una concepción razonable de la coautoría"(51). Como con razón señala VALDÁGUA(52), la exposición de KÜPER ha merecido un fuerte aplauso entre los defensores de la opinión dominante". Ella ha contribuido de manera esencial a que la solución global se consolidara.

En este marco no puede recogerse la discusión en toda su amplitud. Pero por lo menos quiero intentar reforzar la solución individual, que, como ya he expuesto, es recomendable en nuestro tema por ofrecer los resultados más claros y justos. Y lo voy a hacer con ayuda de dos puntos de vista que creo no han sido suficientemente valorados.

El primer argumento se refiere a que nuestro ordenamiento jurídico tan solo reconoce el descuento de una conducta ajena en la medida en que alguien dominara la conducta de otro. Por la vía del engaño o de la coacción o con ayuda de un aparato organizado de poder uno puede actuar "a través de otro", tal como el legislador dice en el art. 25, párrafo 1 StGB. Pero estos casos de imputación de conducta ajena pertenecen al ámbito de la autoría mediata y manifiestan el dominio del hecho que tiene el sujeto de atrás. No obstante, tal como KÜPER ha enfatizado siempre, el coautor no domina la conducta de sus camaradas. Pero entonces no puede ser visto como autor de aquello que estos hacen.

Tampoco ha escapado a la perspicacia de KÜPER(53) el que una autoría basada en el cómputo de actividades "porta caracteres claramente 'accesorios'" y por ello, en realidad, es "una forma especial de participación". Pero difícilmente podrá aceptarse que el legislador, en el art. 25 StBG bajo el título "autoría", sanciona a alguien "como autor" de manera exactamente igual que a los autores directos e inmediatos (y no como a los instigadores "al igual que un autor") cuando solamente es responsable de una participación.

La concepción de la coautoría como "forma especial de participación" favorece por cierto que se admita la coautoría ya con la mera colabora-

(51) KÜPER (nota 42), p. 60.

(52) VALDÁGUA, ZStW 98 (1986), p. 841, nota 14.

(53) KÜPER (nota 42), pp. 60-61.

ción en el planeamiento y la preparación. Y es que se trata con ello solo de una forma especial de participación. Pero precisamente esta extensión desmesurada de la coautoría es materia de mi crítica y tampoco habrá sido deseada por KÜPER, quien después de todo defiende plantear "elevados requisitos al rol suficiente de intervención" para su punición por coautoría(54). Por su tendencia, esto se acerca a la concepción más estricta que aquí defiendo, pero no se ve precisamente promovido por la exigencia de computar la actividad ajena, y también permanece incierto, porque no se concretizan los "elevados requisitos" que por lo demás se refieren tan solo al papel jugado en el planeamiento del hecho.

Mi segundo argumento se basa en la tesis de que ha sido contraproducente para que se imponga la solución individual la estructura de dominio todavía insuficientemente esclarecida en el caso de la coautoría. Así, KÜPER(55) indica que no obligaría a aceptar la solución individual el "poder inhibidor" del coautor, con el que ya lo había caracterizado yo en mi trabajo de habilitación(56) y que hace que con su negación a prestar su contribución es capaz de frustrar el hecho planeado en común. Este "dominio negativo del hecho" no le surgiría al coautor mediante una actividad en la etapa ejecutiva, sino "con motivo del reparto de roles tal cual se hubiera adoptado en el plan delictivo conjunto"(57). Este dominio le daría el poder "de impedir la empresa en su totalidad mediante una 'negativa de aportar'. Por ello, en tal medida, bajo el punto de vista del dominio del hecho no se necesita exigir, para la coautoría tentada, que cada uno de sus compañeros ya hubiera comenzado a ejecutar su propia contribución; y es que él ya posee el codominio 'negativo' del hecho sin tal actividad".

Pero –continúa KÜPER– tampoco la contribución "positiva" al hecho del coautor, que consiste en prestar el aporte que le corresponde según el plan del hecho, podría procurar al coautor el dominio del hecho. Y es que

(54) KÜPER (nota 42), p. 61.

(55) Aquí y en lo que sigue, KÜPER, JZ 1979, p. 786.

(56) ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, 1a. ed., 1963; 8a. ed., 2006, p. 310 y ss.

(57) Yo había argumentado de manera totalmente similar en "Täterschaft und Tatherrschaft" (nota 56), p. 454, tal como también KÜPER refiere.

él siempre dominaría tan solo su propia contribución al hecho y no la de los demás intervinientes: "Pero si no existe un dominio (positivo) sobre 'la totalidad' intermediado por la propia contribución al hecho, no existe tampoco, bajo este aspecto, ningún motivo para exigir, para la tentativa del coautor, que cada compañero se disponga directamente a prestar su propia contribución de coautoría: con ello no puede producirse un codominio de 'la totalidad del curso típico de los hechos' incluso si el coautor hubiera aportado por completo su contribución".

Del diagnóstico de KÜPER me parece correcto que el coautor no hubiera poseído el dominio sobre el hecho total en ninguna etapa del suceso (es otra cuestión que esto –como opina KÜPER– excluya el "codominio" del suceso). Pero a través de una falta de dominio sobre la totalidad de los hechos todavía no se legitima un procedimiento que, a partir de cualquier contribución en la etapa de planeamiento o de preparación, construye una coautoría imputando las acciones de otros, coautoría que hace aparecer superflua la propia contribución para la ejecución de los hechos.

Más bien se debería entender la coautoría no como una forma especial accesoria de la participación, sino como un "dominio parcial". Este dominio parcial sobre la realización del tipo consiste en que cada coautor individual realiza una parte de la ejecución, parte que si no se realizara podría llevar al fracaso del proyecto en su totalidad. En contra de lo que dice KÜPER, el dominio parcial así entendido también puede denominarse "codominio", porque el coautor domina los hechos totales "con" los demás sujetos. Luego, el art. 25, párrafo 2 StGB, no ordena "la imputación recíproca de las contribuciones al hecho"(58), sino subordina a las reglas de la autoría el codominio alcanzado mediante dominio parcial, debido a la especial peligrosidad de un ataque ejecutado por varios.

INGELFINGER(59) encuentra que los argumentos de una "solución individual orientada en el dominio" como aquella tienen peso, pero no

(58) Así, KÜPER (nota 42), p. 60.

(59) INGELFINGER, JZ 1995, p. 712 y ss.

los quiere seguir y lo aclara con el ejemplo de un robo en el cual A, según el plan, derriba a X, mientras que B, a continuación, le quita el dinero. En cuanto a la conducta de B, él opina: "Casi no se puede explicar el que la complicidad síquica en el empleo de violencia, cuyo injusto ya se ha producido en ese momento, se convierta retroactiva y automáticamente en autoría al aportar la propia contribución (...) Pero si se quiere penar a B por robo en coautoría se deberá reconocer que la parte de B en el injusto del medio coercitivo, es decir, el empleo de violencia por A, posee ya una relevancia de autoría. Ciertamente, esto plantea dificultades a la teoría del dominio del hecho, pero que son inevitables y están fundadas en la estructura especial del dominio del hecho de la coautoría".

Pero las cosas no tienen por qué ser vistas de ese modo. Y es que el empleo de violencia de A no se convierte retroactivamente en un empleo de violencia de B. Más bien este, tal como en realidad ocurrió, solamente ha contribuido síquicamente en el empleo de violencia. Su coautoría basada en el dominio de una parte de la acción típica se fundamenta en la sustracción de las cosas, sin lo cual no hubiera sido posible el robo. Como ya se dijo, el hecho total es dominado solamente por todos conjuntamente. Pero también el dominio parcial o codominio es una forma de autoría, porque constituye un componente indispensable de la acción ejecutiva y, con ello, de la realización del tipo.

Luego, la solución individual, que aquí se favorece, se corresponde con la idea de dominio al igual que la fórmula del inicio en la doctrina de la tentativa, mientras que la solución global no hace justicia ni a una ni a otra de las exigencias. En el caso del coautor que se retira anticipadamente, la concepción que nuevamente aquí se pone en discusión posibilita soluciones más coherentes al ofrecer criterios manejables para las decisiones frente al confuso estado de la discusión en la jurisprudencia y la doctrina fundamentadas en la solución global. Además, la solución individual armoniza con la coautoría como manifestación de la autoría de mejor manera que una concepción que rebaja la coautoría a una forma de participación y abandona su orientación en la correalización del tipo.

VI. CONCLUSIÓN

Con ello cierro mi estudio que dedico a WOLFGANG FRISCH enviándole mis más calurosos saludos por su septuagésimo cumpleaños. Sin duda alguna, el ilustre homenajeado es uno de los dogmáticos penales más importantes de nuestros días. Él ha desarrollado ideas útiles sobre muchas cuestiones básicas de la parte general. Son muy pocos los ámbitos problemáticos y confusos sobre los cuales él no hubiera emitido palabras esclarecedoras. Por ello he recogido aquí un tema terriblemente polémico que él –hasta donde puedo apreciar– todavía no ha tratado minuciosamente. Tal vez mis tesis algo provocativas lo motiven a entrar en la discusión con un voto decisivo.

Para los años venideros le deseo salud y fuerza creativa, a fin de que también en el futuro pueda seguir enriqueciendo nuestra ciencia como lo ha hecho de manera tan fructífera en el pasado.

Delitos de infracción del deber y dominio del hecho (*)

I. APARICIÓN Y RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER

Hace ya 50 años, con mi trabajo de habilitación sobre "Autoría y dominio del hecho"(1), he introducido en la discusión penal la categoría de los "delitos de infracción del deber". Se trata con esto de determinar la autoría. Según mi doctrina –y también la de la doctrina dominante– ella se fundamenta, en primera línea, a través del "dominio del hecho" sobre los sucesos, tal como elaborara ampliamente en el mencionado libro. No obstante, en otros casos, y tal como había explicado entonces, la autoría se basa únicamente en un atentado contra una posición especial de deberes. Así, p. ej., sin importar quién tuvo el dominio del hecho, se pena como autor de una administración desleal (art. 266 StGB) tan solo a aquel que, como titular de un deber de tutelar el patrimonio de otro, perjudica al propietario del patrimonio que debía administrar lealmente. Igualmente tan solo puede realizar, como autor, el tipo de violación de secretos privados (art. 203 StGB), aquel en quien recayera el deber de guardar reserva.

(*) Artículo publicado en "Festschrift für Bernd Schünemann" Berlín, 2014, pp. 509-532.

(1) ROXIN, "Täterschaft und Tatherrschaft", 1a. ed., 1963, 8a. ed., 2006.

En aquel entonces yo había introducido esta doctrina en los siguientes términos[2]: el deber fundamentador de la autoría consistiría "en un punto de vista que debe ser separado del dominio del hecho y que lleva a una delimitación esencialmente distinta. Para caracterizar resumidamente los tipos en cuestión en la importancia que tienen para la autoría, se podría hablar de 'delitos de infracción del deber'(*). Por el contrario, se podría designar como 'delitos de dominio' a los tipos en los cuales la autoría y la participación contrastan entre ellas a través del dominio y no de posiciones especiales de deberes".

Según esta concepción, la particularidad de los delitos de infracción del deber radica en que se puede ser autor de un delito de infracción del deber incluso sin haber tenido ninguna participación en el dominio del hecho. El administrador del patrimonio ajeno (intraneus), que permite a un tercero (extraneus) llevarse parte del patrimonio que él debía administrar perjudicando así al propietario, es autor (mediato) de una administración desleal aunque a él le faltare el dominio del hecho. Pero el que ejecuta los hechos tan solo es cómplice, aunque únicamente él hubiera tenido el dominio del hecho.

Lo correspondiente rige para la coautoría. Cuando el funcionario público, en el marco de acciones extorsivas para obligar a declarar a alguien (art. 343 StGB) hace que un tercero no funcionario ejecute los maltratos, este extraneus solamente es cómplice aunque hubiera prestado una contribución esencial en la etapa ejecutiva y era por ello co-portador del dominio del hecho.

Según mi doctrina también los hechos de omisión impropia forman parte de los delitos de infracción del deber. La lesión del deber de garante por sí sola hace que el omitente sea autor, aun cuando el hecho como tal sea ejecutado por otro. Por tanto, el padre que no hubiera intervenido en contra de los abusos que otro estaba ejecutando en su hijo deberá ser penado como autor de lesiones corporales y no solamente como cómplice por omisión.

---

(2) ROXIN (nota 1), 1a. a 8a. ed., p. 354 y ss.

(*) N. d. t.: literalmente el término "Pflichtdelikt" utilizado por Claus Roxin tendría que traducirse como "delito de deber", pero en literatura hispanoparlante se ha acuñado la traducción más descriptiva de "delito de infracción del deber".

Entonces, la doctrina de los delitos de infracción del deber tiene una gran importancia práctica. Esta importancia se ha visto incluso incrementada considerablemente en las últimas décadas con el desarrollo del Derecho penal económico y del medio ambiente. Y es que precisamente para delitos en empresas e industrias, en los cuales al superior jerárquico le alcanza un deber especial, puede jugar un papel importante la autoría mediata a través del empleo de un instrumento doloso no cualificado. Así p. ej., en el art. 327 StGB (funcionamiento no autorizado de instalaciones), el "titular" [Betreiber] tendrá que ser visto como obligado especial(3). Él es autor mediato cuando motivara a los empleados de una planta química a contaminar el aire de manera no autorizada. Luego, los delitos de infracción del deber hacen posible un adecuado "reparto de responsabilidad por atentados contra bienes jurídicos" que hubieran surgido a partir de "complejos sistemas organizados"(4).

La jurisprudencia no ha admitido expresamente hasta ahora la construcción de los delitos de infracción del deber, aunque en el fondo la hubiera recogido en ocasiones, mientras que la literatura ha tenido una reacción variada pero muchas veces la ha admitido favorablemente. De todos modos esta teoría ha permanecido polémica en muchos aspectos. Así, p. ej., JAKOBS resume(5): "El grupo delictivo de los delitos de infracción del deber fue desarrollado por ROXIN (...) Sus principios y particularidades son de lo más polémico". SCHÜNEMANN dice(6): "En la ciencia se reconoce en parte la doctrina de los delitos de infracción del deber, pero raras veces se emprende una discusión profunda". Y en mi última toma de posición(7) digo que la concepción no se habría "casi topado hasta ahora con un re-

(3) Tal como WITTECK ha desarrollado detalladamente en "Der Betreiber im Umweltstrafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Pflichtdelikten", 2004, p. 188.

(4) WITTECK (nota 3), p. 114. De él también proviene el ejemplo del texto.

(5) JAKOBS, "Strafrecht AT", 2a. ed., 1991, sección 21a., n. marg. 119.

(6) SCHÜNEMANN, en "Leipziger Kommentar StGB" (en adelante: LK), 12a. ed. 2007, § 25, n. marg. 44, con numerosas citas.

(7) ROXIN (nota 1), 8a. ed., 2006, p. 739 y ss., también contiene numerosas referencias bibliográficas.

chazo fundamental, aunque por otro lado, muchas veces tan solo hubiera sido recepcionada o criticada dubitativamente o de manera puntual".

Al menos la categoría de los delitos de infracción del deber ha experimentado dos variaciones profundamente elaboradas, pero que divergen rotundamente entre ellas: las de SCHÜNEMANN(8) y JAKOBS(9). Si bien ambos autores se basan en mi teoría difieren de ella en la fundamentación, la terminología y, en parte, también en los resultados.

En los últimos 15 años, han aparecido también cuatro trabajos doctorales sobre los delitos de infracción del deber: los de SÁNCHEZ-VERA(10), CHEN(11), WITTECK(12) y PARIONA(13), que tienen un nivel apreciable pero que igualmente, con diferentes resultados, se han esforzado por fundamentar más la doctrina de los delitos de infracción del deber.

Este estado de la discusión me parece justificar el que, después de medio siglo, retorne una vez más a mi antigua concepción, concepción que desde entonces también he continuado desarrollando; y con más razón por el hecho de que Bernd SCHÜNEMANN, el venerable homenajeado, es interlocutor en este intento de hacer un balance. Para esto –debido también a los límites de espacio que tiene un aporte a un Libro-Homenaje– me concentraré en lo esencial a polemizar con SCHÜNEMANN y JAKOBS, quienes han desarrollado mi concepción de manera autónoma. En cambio, en este marco, no voy a tratar con más detalle los autores que rechazan la

(8) La última versión de la doctrina de SCHÜNEMANN se encuentra en el LK (nota 6), § 29, n. marg. 39-44 y ss. Pero hay muchas otras tomas de posición de SCHÜNEMANN sobre la problemática.

(9) JAKOBS (nota 3), sección 21, n. marg. 115-119; sección 29, n. marg. 57 y ss. JAKOBS también ha tratado el tema en muchos trabajos.

(10) SÁNCHEZ-VERA, "Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen", 1999.

(11) CHEN, " Das Garantensonderdelikt. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Unterlassungsdelikte un der Sonderdelikte", 2003.

(12) WITTECK (nota 3).

(13) PARIONA, "Täterschaft und Pflichtverletzung. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Abgrenzung der Beteiligungsformen bei Begehungs und Unterlassungsdelikten", 2009.

teoría de los delitos de infracción del deber o que, en todo caso, conceden importancia al criterio del deber junto al dominio del hecho(14).

Y es que, como no solamente SCHÜNEMANN y JAKOBS sino también todos los trabajos doctorales mencionados llegan al resultado de que el derecho de existencia de los delitos de infracción del deber "no puede seguir siendo puesto en duda como grupo delictivo autónomo"(15), resulta más fructífero dirigir la atención a la fundamentación todavía no esclarecida de esta doctrina y a sus consecuencias prácticas. En esto dejo de lado la cuestión de los "elementos personales especiales (art. 28 StGB) que constituye un tema especial(16).

II. LA FUNDAMENTACIÓN ORIGINALMENTE APORTADA POR MÍ

En el desarrollo de mi concepción me había guiado por la idea de que la autoría en delitos de infracción del deber se basaría en la infracción de un deber integrado en el tipo pero lógicamente ubicado previamente a él fuera del Derecho penal. Detrás de esto se encontraban dos reflexiones.

Por un lado, a mí me interesaba establecer un límite entre el deber constituyente de la autoría y el deber de evitar (o sea, del deber omitir o de actuar), en el que se basa toda norma penal. Por ello, en 1963, en la primera edición de mi libro sobre dominio del hecho decía(17): "No se refiere al deber que surge de la norma penal, cuya inobservancia lleva a la sanción prevista en el tipo. Este deber existe en todo delito. Se extiende sobre todo también a inductores y cómplices no cualificados; pues si los partícipes, como destinatarios de la norma, no fueran abarcados por el efecto obligacional, no podría (...) fundamentarse su punibilidad (...) Más bien, en el elemento que decide sobre la autoría de la lesión (...) se trata

(14) Al respecto remito a mi libro "Täterschaft und Tatherrschaft", 8a. ed., 2006, pp. 739-757, así como a mi manual "Strafrecht AT", tomo II, 2003, pp. 106-113.

(15) WITTECK (nota 3), p. 143.

(16) Detalladamente al respecto, ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 2 (nota 14), § 27, n. marg. 232-264.

(17) ROXIN (nota 1), p. 354.

(...) de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a cualquier partícipe delictivo, pero que es indispensable para completar el tipo. En ello se trata siempre de deberes que lógicamente están ubicados antes de la norma penal y que, por lo general, surgen en otros ámbitos del Derecho. Los (...) deberes de Derecho público de los funcionarios públicos, los preceptos sobre guardar reserva del Derecho de las profesiones, y las obligaciones civiles de prestar alimento y guardar fidelidad son solamente ejemplos de este tipo. Es característico de todos ellos el que los portadores de estos deberes destaquen de entre todos los demás coparticipantes a través de una relación especial con el contenido de injusto del hecho, y que el legislador, por ello, en aras de esta obligación los considere como figura central de los sucesos configuradores de la acción, y con ello, como autores".

Por otro lado, cuando en 1970 me ocupé por segunda vez del tema[18], me pareció que la referencia a deberes extrapenales también sería necesaria para garantizar la exigencia constitucional de taxatividad (art. 103, párrafo 2 GG): "La frase 'nulla poena' se ve (...) preservada por el hecho de que el legislador también se refiere a deberes fijados en el ámbito extrapenal entre los intervinientes".

Adicionalmente he intentado también caracterizar con más detalle la "relación especial con el contenido de injusto del hecho" que yo ya en la primera intervención había destacado como característica de la autoría en los delitos de infracción del deber. En los delitos de infracción del deber no importaría "la propiedad exterior de la conducta del autor", porque "la razón de la sanción radica en que alguien atenta contra las exigencias de rendimiento provenientes del rol social que él ha asumido". Serían[19] "ámbitos jurídicos de la vida ya plenamente formados (las relaciones entre el administrador del patrimonio y el mandante, vigilante y preso, abogado y cliente), cuya funcionabilidad debería ser protegida por los tipos; en los delitos de acción, el autor, irrumpe desde afuera y perturbando la paz (p. ej., mediante homicidio, robo, apertura de cartas ajenas, haciendo graba-

(18) ROXIN, "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem", 1970, p. 17. Aquí también la segunda cita.

(19) ROXIN (nota 18), p. 17 y ss.

ciones secretas, etc.) en ámbitos que él, por imperio de la ley, debió haber dejado incólumes".

De ello no solamente he extraído las consecuencias expuestas al principio para delimitar entre autoría y participación, sino también he deducido la tesis de que, en los delitos de infracción del deber, la delimitación entre hacer y omitir perdería su importancia(20): "El si el vigilante que quiere poner en libertad a un preso, infringiendo sus deberes, abre la puerta del establecimiento penal mediante un hacer positivo o, en contra de la disposición, omite cerrarla, no implica ninguna diferencia para el tipo del art. 346 StGB(21), así como tampoco importa si el abogado comete infidelidad al cliente mediante maniobras activas u omitiendo adoptar medidas necesarias". Lo correspondiente puede demostrarse empleando el tipo de administración desleal (art. 266).

En las décadas siguientes, he tratado de mantener, en lo esencial los contornos arriba esbozados de mi concepción (más adelante trataré las modificaciones aisladas). Aun cuando primero expondré a continuación de manera muy breve las teorías de SCHÜNEMANN y JAKOBS, debo ahora adelantar una notable observación: si bien SCHÜNEMANN sigue los resultados prácticos de mi concepción en todos los puntos, los somete a una fundamentación divergente, mientras que la tesis decisiva de JAKOBS recoge y amplía mi exposición pero, en muchos sentidos, llega a otros resultados.

III. LOS "DELITOS ESPECIALES DE GARANTES" EN LA DOCTRINA DE SCHÜNEMANN

Mientras que yo he designado al autor, de una manera que abarca a los delitos de dominio y los de infracción del deber, como la "figura central" de los sucesos típicos, SCHÜNEMANN(22) pretende caracterizar el principio unificador de la autoría penal "de manera algo más concreta como

(20) ROXIN (nota 18), p. 18.

(21) Actualmente: § 120, párrafo 2 StGB.

(22) SCHÜNEMANN en LK 6), § 25, n. marg. 39.

'dominio sobre la causa del resultado'". Este dominio consistiría[23], en los delitos de comisión, "en la forma especial de dominio sobre el propio movimiento corporal (que causa el resultado imputable) como autoría en sentido estricto"; en los delitos de omisión impropia, si se quiere imputar el resultado al autor con igual derecho como su obra, esto presupondría igualmente "una forma de dominio sobre la causa del resultado como estructura general de la autoría".

La autoría en los delitos de omisión impropia –es decir, según mi terminología, en "delitos de infracción del deber"– podría aparecer de dos maneras[24]: como "dominio sobre el desamparo del (objeto) del bien jurídico (con cada una de las posiciones de garantía de la comunidad de vida, la comunidad de peligros y la asunción de tutela) y el dominio sobre una causa esencial del resultado (con cada una de las posiciones de garantía de los deberes del círculo y del dominio sobre personas peligrosas o instalaciones incluyendo la responsabilidad del dueño del negocio). Con esto se habría "proveído con una de las bases que resaltan la causa de surgimiento" a la todavía vigente subdivisión de las posiciones de garantía en función de deberes de protección y deberes de vigilancia.

SCHÜNEMANN traslada esta construcción a los delitos de infracción del deber al afirmar[25]: "Se pueden encontrar las mismas estructuras en los delitos especiales, en los cuales solamente la persona señalada regularmente por su estatus social en el tipo (...) es calificada como autora". Él menciona como ejemplo los delitos contra la administración pública (sobre todo los arts. 331 y s., 336 y ss.), además los arts. 203, 266 y 327.

Su opinión, en el sentido de que el criterio de la autoría estaría constituido no por un deber extrapenal, sino por una relación de dominio caracterizada por este, es demostrada con el ejemplo de la "relación de fidelidad" en el art. 266 StGB: "Porque aquí la calificación del autor no es

(23) SCHÜNEMANN en LK (nota 6), § 25, n. marg. 40.

(24) SCHÜNEMANN, en LK (nota 6), § 25, n. marg. 41.

(25) SCHÜNEMANN, en LK (nota 6), § 25, n. marg. 42; aquí también la cita que viene a continuación.

fundamentada a través de relaciones jurídico-civiles sino también por una 'relación fáctica de fidelidad', lo que le importaba al legislador del art. 266 era claramente no (...) una punición de la lesión de deberes de Derecho civil sino, más bien, el tipo de quebrantamiento de fidelidad quiere penar, de manera muy general, la práctica perjudicial de una posición de tutela concedida mediante un acto de confianza, en el sentido de un dominio sobre patrimonio ajeno, de manera que entonces el criterio decisivo para la posición penal de autores el dominio y no la forma civil".

De manera similar a como en las posiciones de garantía de los delitos de omisión casi nadie discute el reemplazar la categoría de contrato por la asunción fáctica, así también se debería "buscar el criterio de autor, en los delitos especiales, no en la lesión de un deber jurídico formal extrapenal, sino en una relación de dominio sobre los sucesos, relación que debería ser tipológicamente comparable con aquella que tiene el dominio del hecho en los delitos de comisión".

SCHÜNEMANN no habla por ello de "delitos de infracción del deber", sino de "delitos especiales de garantes"(26), y caracteriza(27) su doctrina como "materialización de la idea iniciada por ROXIN de entender los delitos especiales como delitos de infracción del deber". No obstante(28), las conclusiones que yo deduje de la doctrina de los delitos de infracción del deber para delimitar entre autoría y participación "también manifiestan su corrección en la doctrina de los delitos especiales de garantes, y experimenta en ellas un refuerzo mayor. Esto rige especialmente al probar el parentesco con los delitos de omisión impropia porque con ello se hace plausible sin problemas, tanto la comisión por omisión por parte del intraneus como también la aplicación análoga del art. 13, segundo párrafo sobre la atenuación facultativa de la pena".

---

(26) Este concepto también conforma el título del trabajo doctoral de su discípulo CHEN (nota 11), en el cual se desarrolla más la doctrina de SCHÜNEMANN.

(27) SCHÜNEMANN en LK (nota 6), § 25, n. marg. 43.

(28) SCHÜNEMANN en LK (nota 6), § 25, n. marg. 44.

IV. LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER EN LA TEORÍA DE JAKOBS

JAKOBS diferencia entre delitos de dominio y delitos de infracción del deber según el tipo de conducta que se reproche al autor. Los "delitos de resultado comunes cometidos por cualquiera"(29) son caracterizados por el criterio de autor del dominio del hecho. Entonces, aquí se trata de un mero dañar a otro, es decir, tal como JAKOBS formula, de si alguien "con la conducta que domina los hechos, configurare su círculo organizacional gravando al afectado por el delito".

"No obstante, también hay delitos –continúa JAKOBS(30)– en los cuales determinadas personas deben responder en general por la permanencia de un bien y no solamente porque su propio círculo organizacional lo afecte dañosamente (delitos de infracción del deber)". En estos casos, la relación que el interviniente tiene con el bien sería "siempre la de un autor". Él sería "por lo menos autor omisivo e, incluso en caso de una contribución incidental mediante un hacer, autor comisivo"; la diferenciación "comisión-omisión" perdería "entonces, su sentido"(31).

Pero JAKOBS pretende que, para admitir un delito de infracción del deber, baste con un determinado grupo de posiciones típicas de deber: "Entre los delitos de infracción de deber cuentan todos los delitos cuyos autores están obligados como garantes a brindar al bien una tutela garantizada institucionalmente". Él aclara esto con un solo ejemplo: "El tutor que da a un tercero un consejo exitoso de cómo esta tercera persona puede sustraer el patrimonio que aquél tutela, es autor de administración desleal, aun cuando, en el momento de la sustracción, a él le faltara el dominio del hecho". Por lo demás, él remite a los "deberes de competencia institucional"(32) que él trata en el marco de los delitos de omisión y entre los cuales se encontrarían la relación padres-hijos (y "relaciones de reem-

(29) JAKOBS (nota 5), sección 21, n. marg. 115; aquí también la cita siguiente.

(30) JAKOBS (nota 5), sección 21, n. marg. 116; aquí también la cita siguiente.

(31) Al respecto también la exposición de JAKOBS en "Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen", 1996.

(32) JAKOBS (nota 5), sección 29, n. marg. 57 y ss.

plazo" como la adopción y la tutela), el matrimonio, relaciones especiales de confianza y deberes genuinamente estatales.

Entonces, en estos deberes institucionales se trata de una parte de las relaciones que, de manera general, son conocidas como posiciones de garantía de proteger, y en las cuales SCHÜNEMANN habla de un dominio sobre el desamparo del objeto del bien jurídico. Por cierto que esto rige tan solo en la medida en que la obligación se basare en una vinculación institucional. En estos casos, para JAKOBS, cualquier interviniente "sin intermediación accesoria"(33) sería autor, de manera que quiere denominar con más exactitud los delitos de infracción del deber como "delitos con un deber que se salta la [überspringend] accesoriedad"(34). En cambio, para JAKOBS, las posiciones de garantía de vigilancia (en su terminología: posiciones de garantía por competencia organizacional) son delitos de dominio y, para delimitar entre autoría y participación, siguen las reglas que rigen para estos.

Aun cuando no pocas veces se ha señalado que muchos de mis argumentos fundamentadores se reproducirían también en JAKOBS(35), lo cierto es que su doctrina sí tiene diferencias notables frente a la posición que yo he desarrollado. Esto rige sobre todo en cuatro puntos(36).

En primer lugar, JAKOBS extiende la categoría de los delitos de infracción del deber a delitos comunes (como los arts. 212 y 211 StGB [homicidio y asesinato]) cuando estos fueran cometidos por garantes(37): "El matar al propio hijo menor de edad implica para los padres un delito de infracción del deber, de manera que siempre habrá autoría sin analizar la existencia o medida de intervención". En un ejemplo práctico: "El marido que entrega los medios para que mate a su mujer, es autor"(38).

---

(33) JAKOBS (nota 5), sección 21, n. marg. 116.

(34) JAKOBS (nota 5), sección 21, n. marg. 119.

(35) Cfr. así SÁNCHEZ-VERA (nota 10), p. 33; WITTECK (nota 3), p. 163.

(36) Al respecto también SÁNCHEZ-VERA (nota 10), p. 34 y ss.

(37) JAKOBS (nota 5), sección 21, n. marg. 118.

(38) JAKOBS (nota 5), sección 29, n. marg. 106.

En segundo lugar, JAKOBS restringe, sin embargo, el círculo de los delitos de infracción del deber al limitarlos al ámbito de lo que él denomina las competencias institucionales. Entonces, según su doctrina, los deberes de la competencia organizacional (p. ej., los deberes de seguridad en el tráfico), en caso ser infringidos, no llevan sin más a la autoría[39]: "Quien solamente es garante de que objetos peligrosos no estén al alcance de otros o que se aseguren objetos en peligro (...) será por regla general únicamente un cómplice".

En tercer lugar, JAKOBS[40] tampoco quiere reconocer como delitos de infracción del deber a aquellos delitos en los cuales se restringe el círculo de autores solo porque al autor "le sería posible un actuar típico o de manera prácticamente relevante", o porque otra persona "es la única (...) que puede atacar un bien de una manera especialmente fácil o prácticamente relevante". Aquí se encontrarían tipos como los de "frustración de una ejecución forzosa" (art. 288 StGB) o la "huida del lugar del accidente" (art. 142 StGB).

Por último, en cuarto lugar, para JAKOBS, la lesión del deber es el fundamento penal de los delitos de infracción del deber, mientras que, según mi concepción, la lesión del deber tan solo determina la autoría, pero el fundamento de la pena radica en la lesión de bienes jurídicos. La "equiparación (...) de delito con lesión de bienes jurídicos" fracasaría, según JAKOBS[41] "principalmente (...) en delitos con un deber especial proveniente de una competencia institucional".

V. SOBRE LA DOCTRINA DE SCHÜNEMANN DE LOS DELITOS ESPECIALES DE GARANTE

1. Tesis básicas aceptables

En primer lugar, en tanto critica la caracterización que hiciera de los delitos de infracción del deber, SCHÜNEMANN merece aprobación inicial

(39) JAKOBS (nota 5), sección 29, n. marg. 102.

(40) JAKOBS (nota 5), sección 23, n. marg. 24.

(41) JAKOBS (nota 5), sección 2, n. marg. 16.

cuando dice que el deber que fundamenta la autoría no podría reconducirse en todos los casos a reglas extrapenales. Esto no solamente sale a relucir cuando se indica la "relación de fidelidad" a la que toma en referencia el art. 266 StGB, sino también en la circunstancia de que especialmente en las posiciones de garantía de tutela, en la actualidad, y a diferencia de lo que se hacía antes, ya no se centra en un contrato civil sino en la asunción fáctica de una función de protección; esto lleva a la autoría, aun cuando no exista contrato alguno o el existente fuera nulo(42). Por ello, en mis más recientes publicaciones(43) yo solamente digo que "la lesión de un deber especial específico al tipo fundamenta la autoría".

Por cierto que sigue en pie el que el legislador a menudo también se refiera a potestades concedidas "por ley, mandato de autoridad o negocio jurídico" (art. 266 StGB), a intereses civiles o de normas sobre ejecución forzosa (arts. 142, 177, 288 StGB), a cuestiones de derecho administrativo (art. 327: "sin la autorización exigida o en contra de una prohibición que pudiera cumplirse") o deberes funcionariales (arts. 331 y ss.), y de este modo concreta los deberes que fundamentan la autoría.

También deberá darse razón a SCHÜNEMANN(44) cuando señala que "lo que interesa no es el deber por sí mismo", sino "la estructura social que genera el deber". En todo caso, el deber solamente puede explicarse en vinculación con la base social a partir de la cual él germina. Este es el mismo punto de vista al cual se refiere mi ya mencionada tesis, según la cual en los delitos de infracción del deber se trataría de garantizar jurídicamente la funcionabilidad de ámbitos de vida ya plenamente formados. En esta misma dirección, apunta la referencia de JAKOBS a la tutela asegurada institucionalmente que debería ser garantizada a través de los delitos de infracción del deber. Luego, entre las tres concepciones aquí tratadas también hay pues similitudes en la fundamentación.

---

(42) También está en contra de deducir los delitos de infracción del deber de deberes extrapenales mi discípulo PARIONA (nota 13), p. 81 y ss.; *ídem*, LH Roxin, 2011, p. 853 y ss.

(43) Cfr. tan solo ROXIN (n. marg. 1), 8a. ed. 2006, p. 739.

(44) SCHÜNEMANN en LK (nota 6), § 25, n. marg. 44.

Por otro lado, deberá defenderse a SCHÜNEMANN cuando se le reprocha que el "dominio sobre la causa del resultado" sería algo distinto del dominio en los delitos de comisión. Así ,p. ej., dice WITTECK[45]: "Esta variada interpretación del concepto de dominio parece ser menos que la interpretación de un concepto todavía cubierto por el tenor sino más bien una forma de analogía que va más allá de éste". Esta crítica no contempla que SCHÜNEMANN mismo[46] solamente habla de una "relación de dominio sobre los sucesos comparable tipológicamente con la autoría en los delitos de comisión", y que él mismo enfatiza[47] en que el empleo de la idea de dominio en los delitos especiales no ocurriría "obviamente de una manera idéntica al concepto de dominio del hecho en los delitos de comisión". Luego, en la concepción de SCHÜNEMANN ya está considerada la mera similitud con lo que él denomina dominio del hecho en sentido estricto.

2. Sobre la defensa del criterio del deber

Si pese a todo, yo quiero mantener el concepto de delito de infracción del deber (en vez de la denominación delito especial de garante), es porque me guían diferentes reflexiones:

a) La problemática de la vinculación unilateral con los delitos de omisión impropia

En primer lugar, me parece que la estrecha vinculación de los delitos de infracción del deber con las omisiones equiparables a la comisión, en lo que SCHÜNEMANN[48] observa incluso un "refuerzo mayor" de este grupo delictivo, no siempre hace justicia a la peculiaridad de los delitos de infracción del deber. El paralelo es obviamente acertado allí donde la lesión del deber consista en una omisión, motivo por el cual la jurisprudencia también aquí otorga con razón una atenuación facultativa de la pena según

(45) WITTECK (nota 3), p. 139.

(46) SCHÜNEMANN en LK (nota 6), § 25, n. marg. 42.

(47) SCHÜNEMANN en LK (nota 6), § 25, n. marg. 16.

(48) SCHÜNEMANN en LK (nota 6), § 25, n. marg. 44.

el art. 13, párrafo 2 StGB[49]. Pero cuando, p. ej., un funcionario público aceptara ventajas (art. 331 StGB) o permitiera un soborno (art. 332 StGB), o cuando un soldado desertare (art. 16 Ley Penal Militar), difícilmente podrá interpretarse esto como una falta de vigilancia de una fuente de peligro dominada por el autor, o como dominio sobre el desamparo de un objeto del bien jurídico. Se trata más bien de normales delitos de comisión en los cuales, sin embargo, la autoría está limitada a personas que estuvieran vinculados con deberes en su condición de funcionario público o soldado.

A esto se añade lo siguiente: la búsqueda de similitudes entre delitos de comisión y de omisión tiene mucho sentido, porque el art. 13, párrafo 1 StGB, vincula la equiparación con una relación de correspondencia. El concepto "dominio del control" es muy apropiado para estos fines[50], aun cuando, tal como espero demostrar, la idea del deber mantenga su importancia autónoma incluso en las omisiones. Pero, en los delitos de infracción del deber, no se trata precisamente de similitudes con los delitos de dominio, sino de una clara diferenciación[51], tal como se expresa en las reglas totalmente divergentes para delimitar entre autoría y participación.

Por eso, el criterio común que engloba las diferencias cualificadoras de la autoría en delitos de dominio y delitos de infracción del deber puede caracterizarse mejor que con el "dominio sobre la causa del resultado", con el concepto de "figura central" que yo eligiera en su momento y que permite destacar la unidad de la autoría, así como también la variedad de sus formas de aparición.

b) La función concretizadora del concepto de deber

Tampoco quisiera renunciar aquí al concepto de delitos de infracción del deber, porque en este grupo delictivo el autor, incluso allí donde él no

---

(49) TFA, s. penal, tomo 36, p. 227.

(50) Por lo cual también he manifestado mi acuerdo en esto con SCHUNEMANN en mi manual (nota 14), § 32, n. marg. 17 y ss.

(51) Yo no había tomado suficientemente en cuenta esto en mi manual (nota 14), § 32, n. marg. 20.

hubiera podido satisfacer por completo los requisitos de control de una fuente de peligro o de una relación de protección, su posición de autor se debe tan solo a la lesión del deber especial que surge del dominio del control. El "dominio sobre la causa del resultado" no es por sí mismo el elemento fundamentador del autor sino solo un presupuesto de la realización típica que, por su parte, consiste en una lesión de los deberes que resultan del dominio del control.

Esto necesita ser resaltado porque el principio del dominio, como tal, es demasiado vago como para posibilitar la imputación de los resultados típicos. Cuando, p. ej., en un taller resultare lesionado un trabajador, el propietario, no por el simple hecho de tener el control del negocio será culpable de lesiones corporales imprudentes. Más bien, él tendrá que haber lesionado un deber concreto fundamentado por el hecho de ser propietario, como, p. ej., el de dar mantenimiento a la maquinaria, colocar escaleras o garantizar la colocación de protección contra incendios según las normas. Esto no hace superfluo el elemento de dominio del control, pero lo desplaza del centro de la fundamentación de la autoría.

La función concretizadora del deber también se torna importante en otro sentido. Y es que no sucede que cualquiera que en un negocio hubiera tenido posibilidades fácticas de control, es por ello responsable penalmente de todos los perjuicios que pudieran surgir por deficiencias de este ámbito. Más bien él deberá ser competente por el control y la eliminación de los defectos para que, como autor, resulte responsable de las realizaciones típicas que surgieran de ello. También SCHÜNEMANN(52) dice, a manera de ejemplo, "que el funcionario público, debido al poder estatal que tiene a su disposición, ejerce un control calificado sobre los sucesos en el marco de su competencia y por ello él mismo está sometido a un control penal más estricto". Pero la "competencia" que aquí se toma en referencia es una atribución de deberes a la cual no se puede renunciar en la fundamentación de la autoría.

(52) SCHÜNEMANN, en LK (nota 6), § 25, n. marg. 42.

c) *Elementos autónomos del deber en relación con el dominio del control*

El principio de la posición de deberes, en tanto no pueda ser separado de sus bases sociales, tiene además una importancia autónoma frente al dominio ejercido realmente. Así, p. ej., pregunta MAIWALD(53): "¿Qué sucede con el ladrón que, mientras que los padres están en el cine, penetra en el departamento y, fácticamente, 'domina' a los niños dormidos: pasa a tener una posición de garantía en beneficio de estos? ¿Está obligado p. ej. (más allá del tipo de omisión simple del art. 323c) a cerrar la llave del gas cuando notare que hay un escape de gas en el dormitorio de los niños?". Si permaneciere inactivo, este ladrón, con toda seguridad, no sería responsable como garante, de lo cual se deduce que los deberes resultantes de la relación padres-hijos, si bien se cimentan en relaciones fácticas de control, no se agotan en ellas, sino tienen una dimensión normativa que va más lejos.

Esto se muestra también en que difícilmente se podrá defender la opinión de que uno podría escapar al deber fundamentador de la autoría por el hecho de que se pueda renunciar al "dominio sobre la causa del resultado". Cuando una madre emprende un viaje alrededor del mundo y deja a su bebé lactante solo en su casa cerrada con llaves, en caso que el niño se muriera de hambre, ella será responsable de homicidio por omisión, aun cuando ya no tenía el dominio del control sobre el niño. Entonces, el deber dura más de lo que dura la relación real de tutela.

Más bien es posible "bajar del coche"(54) de una posición de deberes alguna vez asumida solo según las reglas que se hubieran previsto para ello (p. ej., cuando se hubiera pactado la terminación de la relación de tutela o en caso de separación del negocio que debía controlarse).

En cambio, está permitido delegar deberes, p. ej., en el cuidado de los niños por una cuidadora o por una guardería. Por cierto que también en estos casos permanece el deber subsidiario de control de las personas

(53) MAIWALD, JuS 1981, pp. 473 y 486.

(54) Más detalles en SÁNCHEZ-VERA (nota 10), p. 142 y ss.

originariamente competentes. Luego, cuando la cuidadora avisara a los padres ausentes que el niño ha sufrido un accidente, ellos deben adoptar las medidas necesarias y, por regla general, regresar. Ellos también deben intervenir si se enteraran que su hijo está siendo maltratado en la guardería. Todo esto solo puede ser abarcado penalmente con ayuda de un concepto de deber diferenciado y no recurriendo al "dominio sobre la causa del resultado".

Lo correspondiente rige para el caso discutido en la literatura de que los padres se van al cine mientras que los hijos se quedan solos en casa. SCHÜNEMANN(55) considera que los "detalles de delimitación" necesitarían análisis y admite un reducido "dominio fáctico de tutela por parte de los padres" que resultaría de la posición de la llave del departamento así como del conocimiento de las fuentes de peligro del departamento y del lugar donde se encuentran los niños. Pero todo eso no sirve si los niños necesitaran auxilio durante la estancia en el cine.

Por ello, lo decisivo para cualquier autoría por omisión de los padres tendrá que ser el que todavía subsiste su deber de vigilancia y que ellos deben cumplir con este deber, p. ej., pidiendo a los demás habitantes de la casa, que vayan a ver de cuando en cuando si todo marcha bien, o que –en caso de niños más grandes– asegurándose de que se les pueda ubicar con el celular en caso de que ocurriera algo fuera de lo común(56). El cumplimiento de estos deberes excluye de responsabilidad, mientras que su inobservancia puede desatar una responsabilidad penal. Aquí no lleva más lejos el discutir sobre los límites del "dominio".

3. Intento propio por describir los delitos de infracción del deber

Por ello quisiera continuar desarrollando la denominación originaria que hiciera de los delitos de infracción de deber de un modo que se renuncie

(55) SCHÜNEMANN, en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (coord.), "Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte", 1995, p. 49, 78, c. refs. 130.

(56) Sobre la discusión del caso cfr. también MAIWALD (nota 53), p. 489; WITTECK (nota 3), p. 140.

a tomar por referencia reglas extrapenales como requisito necesario y que destaque su fundamento social, tal como con razón enfatizara SCHÜNEMANN, pero manteniendo la idea de la lesión de deberes especiales en su importancia para fundamentar la autoría. Así podría decirse lo siguiente:

Son delitos de infracción del deber aquellos tipos penales en los cuales la autoría se ve caracterizada por el hecho de que alguien abusa o descuida el deber que surge de su rol social, y de ese modo ocasiona una lesión típica de bienes jurídicos.

A través del criterio del atentado contra las exigencias de un rol social, que yo ya había destacado como característica de los delitos de infracción del deber en 1970(57), deberá mencionarse un elemento que, también para la concepción de SCHÜNEMANN, es esencial en ellos, así como separarlos de los delitos de dominio: o sea el que el autor hubiera tenido que atentar contra una exigencia de relaciones jurídico-sociales que existía ya antes del hecho y que va más allá del deber que tienen todos de evitar delitos.

Resumiendo, puede decirse que yo recojo con gusto muchas de las sugerencias de SCHÜNEMANN, pero que conservo la concepción de los delitos de infracción del deber en la forma modificada que se ha expuesto. Como estamos ampliamente de acuerdo en los resultados, se trata tan solo de variantes fundamentadoras –que por cierto no dejan de tener importancia práctica– y que necesitan mayor discusión.

VI. ACERCA DE LA DOCTRINA DE JAKOBS DE LOS DEBERES POR COMPETENCIA INSTITUCIONAL

1. El concepto de institución como base de los delitos de infracción del deber

Tal como arriba se ha expuesto (IV), JAKOBS ve los delitos de infracción del deber como casos de "competencia institucional". Como él dice(58), se entiende por "institución (...) en sentido científico-social, como

(57) ROXIN (nota 18), p. 17 y ss.

(58) JAKOBS (nota 5), sección 29, n. marg. 57.

una forma de relaciones jurídicamente reconocida en una sociedad que ha sido retirada de la libre disposición de los particulares". "Los deberes de tal institución solamente pueden ser equivalentes a la comisión cuando la institución tuviere el mismo peso elemental que tiene ésta para la existencia social" como la responsabilidad por las consecuencias en los delitos de organización. Ya se ha mencionado cuáles son las instituciones que él considera como suficientemente importantes.

SÁNCHEZ VERA(59) ha señalado que la clasificación de los delitos de infracción del deber que yo hago en "ámbitos de vida jurídicamente ya plenamente formados" equivaldría "en su planteamiento" a la doctrina de las instituciones de JAKOBS. También WITTECK(60) dice que las instituciones del tipo que JAKOBS menciona ya pueden "encontrarse en los ámbitos de vida plenamente formados" en lo jurídico que yo he tomado en referencia.

Estas similitudes no pueden ser negadas. Pero aparte de que yo –a diferencia de JAKOBS– hablo también de delitos de infracción del deber en la competencia por el control de fuentes de peligro, a mí me parece que el concepto de institución es, pese a todo demasiado rígido y, frente a su restricción a vinculaciones importantes para el estado, de las que se priva permanentemente a la disposición individual, también es demasiado estrecho como para poder abarcar todas las relaciones sociales que eventualmente pudieran constituir la base de los delitos de infracción del deber.

Sobre todo no termino de entender que la "confianza especial", cuya lesión considera JAKOBS eventualmente como delito de infracción del deber(61), deba fundamentar una "institución" en el sentido que él señala. El que tal confianza, como opina JAKOBS(62), "tiene una raíz jurídica estable en el venire contra factum propium" no la convierte aún en una institución. ¿Cómo es que, por ejemplo, mediante la "acogida de personas necesitadas de cuidados para atenderlas en la propia casa" o la "conducción

(59) SÁNCHEZ VERA (nota 10), pp. 33 y 85.

(60) WITTECK (nota 3), p. 147.

(61) JAKOBS (nota 5), sección 29, n. marg. 67 y ss.

(62) JAKOBS (nota 5), sección 29, n. marg. 58.

de asuntos ajenos (como trabajador, funcionario público, etc.)"[63] o mediante una "comunidad de peligros" en empresas arriesgadas[64] se puede fundamentar una "institución con el efecto de que el atentado contra sus reglas fundamentaría un delito de infracción del deber? ¡Pero es que aquí no se trata, tal como JAKOBS exige, de formas de relación esenciales para la existencia social y extraídas permanentemente a la disposición individual! SCHÜNEMANN[65] hace una crítica similar cuando dice que la "confianza especial" no sería "ninguna institución social concreta sino un aspecto parcial de las interacciones sociales más variadas".

Tampoco puedo seguir a JAKOBS en cuando él separa la competencia institucional de su fundamento social. Así, él dice sobre los deberes que surgen del matrimonio[66]: "Los deberes no están vinculados a la práctica de una comunidad de vida matrimonial; y es que la comunidad *debe ser* practicada, y ello es jurídicamente suficiente". Pero cuando los consortes, sin estar divorciados, viven separados y lejos uno del otro, no puede existir, a partir de los presupuestos reales, una relación personal de tutela con los deberes que surgen de ello (el deber de alimentos es otra cosa y no está regulado de manera especial en el art. 170 StGB).

Por otro lado, es igualmente poco digno de aprobación el que JAKOBS[67] encuentre "dudosa la igualdad con la comisión de la posición de garantía que proviene del matrimonio" desde que el divorcio se ha hecho más fácil "y se ha convertido, en lo principal, en una renuncia formalizada". Y es que, en un matrimonio intacto, no cambia lo más mínimo la "configuración común del mundo" (que JAKOBS[68] describe con un vocabulario exigente como presupuesto de la vinculación institucional de deberes) como consecuencia de las formalidades legales referidas al del divorcio, algo que para una comunidad viva son irrelevantes. ¡Ya la "confianza especial" que sin duda

(63) JAKOBS (nota 5), sección 29, n. marg. 70.

(64) JAKOBS (nota 5), sección 29, n. marg. 71.

(65) SCHÜNEMANN (nota 55), p. 61.

(66) JAKOBS (nota 5), sección 29, n. marg. 64.

(67) JAKOBS (nota 5), sección 29, n. marg. 58 y 117.

(68) JAKOBS (nota 5), sección 29, n. marg. 58.

existe en tales casos debería, sin embargo, garantizar una posición de deberes que fundamente la autoría!

Es por eso que como resultado obtengo que el concepto de "rol social" que yo utilizo y el atentado contra los deberes que resultaren de ello, son más apropiados que el concepto de institución para abarcar todos los casos de posición de garantía constitutiva de la autoría.

2. El empleo acertado de las reglas sobre delitos de infracción del deber aplicadas a la conducta activa de garantes en delitos comunes

Encuentro una ganancia de conocimiento en que JAKOBS admita la posibilidad de un delito comisivo de infracción del deber como autor cuando el delito pueda ser cometido por cualquier persona, o sea, cuando una autoría también fuera posible sin deber especial. Si mata al hijo o a la esposa, el padre, o correspondientemente, el marido, también son autores (y no meros cómplices) cuando hubieran prestado una contribución activa al hecho no fundamentadora del dominio, por más mínima que hubiera sido esta contribución.

SÁNCHEZ VERA(69) y WITTECK(70), siguiendo a JAKOBS, han fundamentado esto ampliamente. Si ya la mera omisión de un sujeto con obligaciones especiales fundamenta la autoría, algo que actualmente también se ver reconocido de manera creciente por la jurisprudencia(71), entonces no se puede considerar como simple complicidad la conducta activa que vaya más allá de la omisión, aun cuando ocurriere sin dominio del hecho. Es verdad que, bajo el punto de vista del dominio del hecho, se trata de tal complicidad simple. Pero la posición de deberes fundamentadora de la autoría, según el principio básico de los delitos de infracción del deber, abarca todas las formas de colaboración.

(69) SÁNCHEZ-VERA (nota 10), pp. 149-158, 159.

(70) WITTECK (nota 3), pp. 153-158.

(71) Ver TFA, s. penal, tomo 41, p. 113 y ss. para el caso del padre que no interviene ante los maltratos al hijo infligidos por la madre.

CHEN[72] opina que tal suposición atentaría contra la prohibición de analogía "pues la posibilidad de autoría en comisión directa (...) frente a los casos de participación expresamente elevados a autoría, p. ej., en las lesiones corporales a través de funcionarios públicos según el art. 340, o de la administración desleal según el art. 266, son indudablemente casos de delitos de infracción del deber (...) excluyéndose otra cosa". Pero tales disposiciones no legitiman una deducción a contrario, sino permiten "deducir el principio general de los delitos de infracción del deber" que también rige allí donde, como p. ej., en el art. 343 StGB, "el tipo no equipara expressis verbis todas las contribuciones al hecho"[73], o donde, como en los delitos comunes, esto ni siquiera es posible.

Por cierto que no es especialmente grande la importancia práctica de admitir una autoría por comisión en tales casos. Y es que si se juzgara tan solo como complicidad la contribución activa, por regla general todavía quedaría la autoría por omisión. Como en una contribución que va más allá de la omisión casi no se emplearía la posibilidad de atenuar la pena según el art. 13, párrafo 2 StGB, seguramente no se producirían diferencias en la medida de la pena. Claro que, según la opinión que aquí se defiende, siguiendo a JAKOBS, la tentativa de omisión puede obtener importancia autónoma cuando la contribución activa no alcanzara el estadio de la tentativa.

3. Crítica a la exclusión del ámbito de los delitos de infracción del deber a los deberes por competencia organizacional

No puedo estar de acuerdo con JAKOBS en la reducción de los delitos de infracción del deber a casos de competencia institucional, excluyendo los deberes por competencia organizacional, es decir, los deberes de garante de control en el sentido del uso idiomático corriente. Él quiere castigar "por regla general" solo como cómplices a los garantes obligados a controlar que permiten dolosamente un hecho comisivo al no cerrar puertas o no cuidar a los niños, "debido a que la figura del hecho (...) no se ve determinada por

(72) CHEN (nota 11), p. 61.

(73) CHEN (nota 11), p. 61.

la falta de seguridad en igual medida que mediante el hecho principal"[74]. También quien "es garante de que no se pueda disponer libremente de determinado veneno", según JAKOBS, será penado por regla general tan solo como cómplice si mediante omisión se lo dejara a un homicida ("no asegurar", "no revocar")[75]. En el mismo sentido, también SÁNCHEZ-VERA[76] quiere penar tan solo por complicidad mediante omisión a un experto en explosivos que, intencionalmente, no interviniera "al notar que un terrorista ha sustraído explosivos de un polvorín para cometer un atentado".

Pero JAKOBS[77] volvió a relativizar esta restricción de la autoría "cuando confluyeran varias causas de responsabilidad (...) Quien entrega un medio destinado a realizar lesiones corporales, omitiendo, independientemente de ello, el aseguramiento del objeto del hecho que le corresponde, y, a su vez de manera autónoma de las causas de responsabilidad mencionadas, omitiendo la llamada de ayuda que le corresponde, es por regla general coautor. Por ello también son coautores los padres cuando toleran la comisión de delitos por parte de los niños menores de edad que estuvieran bajo su cuidado. Ello son garantes de que sus hijos no adopten resoluciones delictivas, así como por que no se produzcan hechos de cualquier forma".

Es difícil dar plausibilidad a la subdivisión de los delitos de omisión impropia en casos de competencia institucional y organizacional, de las cuales la primera sería considerada delito de infracción del deber y la última, delito de dominio. Solamente mencionaré tres puntos que ponen en cuestión tal diferenciación.

a) La equivalencia legal de todos los deberes por los que se debe responder

En primer lugar, para todas las formas de omisión impropia según el art. 13, párrafo 1 StGB, el legislador tan solo conoce un único deber de hacerse responsable. Quien deba tener a los "niños bien

(74) JAKOBS (nota 5), sección 29, n. marg. 102.

(75) JAKOBS (nota 5), sección 29, n. marg. 101.

(76) SÁNCHEZ-VERA (nota 10), p. 153, n. marg. 22.

(77) JAKOBS (nota 5), sección 29, n. marg. 102.

cuidados"[78], tendrá que hacerse responsable como autor de lesiones corporales dolosas, si los niños, al emprender empresas arriesgadas, sufrieran un accidente y aquel hubiera contado con ello. ¿Por qué tendría que ser diferente cuando el cuidador, intencionalmente, no se opone a una lesión dolosa de los hijos por terceros, habiendo podido impedirlo? En ambos casos, la lesión del deber tiene el mismo peso, y la intermediación de un hecho comisivo doloso en el segundo caso no impide la punición como autor porque esta, tal como JAKOBS enfatiza, "se salta la accesoriedad".

También el Tribunal Federal alemán, en su reciente jurisprudencia, admite, en casos de deberes de garantía de supervigilar (deberes por competencia organizacional), una autoría por omisión cuando se presentare al mismo tiempo delitos de comisión. Así el tribunal dice sobre el tipo de contaminación de aguas[79]: "El alcalde de una comunidad de Hesse tiene una posición de garante en el ámbito de tareas destinadas a eliminar aguas residuales, en virtud de la cual le alcanza el deber de evitar las contaminaciones de aguas provenientes de los propietarios locales de inmuebles y que se realizaren de manera antijurídica". El tribunal arriba luego al siguiente resultado[80]: "Según esto, el inculpado ha realizado por omisión el tipo de contaminación de aguas (art. 324, párrafo 1 StGB), en tanto fue causal en la producción del resultado típico la omisión, contraria al deber, de las medidas que él debía adoptar". Aquí ni siquiera se menciona la posibilidad de una mera complicidad por omisión. En efecto, no se entiende por qué el garante, que permite que agentes contaminantes hagan lo que quieran, deba estar sometido a un marco penal más favorable que cuando no emprendiere nada ante sucesos naturales que contaminan el agua.

También tiene que cumplir con un rol social quien es colocado en un puesto para controlar peligros. Si se sigue la opinión que aquí se defiende, en el sentido de que la autoría en los delitos de infracción del deber se basa en un atentado contra los requisitos de un rol social, no podrá existir

(78) JAKOBS (nota 5), sección 29, n. marg. 102; ver también ya arriba en la nota 74.

(79) TFA, s. penal, tomo 38, p. 325 y ss. (cita proviene de la sumilla).

(80) TFA, s. penal, tomo 38, p. 337.

ninguna duda de que se trata de un delito de infracción del deber en los casos de violación de deberes organizacionales.

b) La relativización de la solución de la complicidad en JAKOBS

Luego, las propias relativizaciones que JAKOBS hace en la solución de la complicidad vuelven incierta la diferenciación, porque él también aquí admite una autoría del garante cuando "confluyeren varias causas de responsabilidad"(81). Pero cuando alguien descuida varias posibilidades de evitar el resultado, esto no es menos grave que cuando él no emprende la única acción que, con seguridad, era efectiva. De cualquier modo, él no hubiera tenido que elegir más de una opción evitadora. Y si, en los casos de responsabilidad organizacional las prestaciones de auxilio activo van a fundamentar tan solo una complicidad, ya hay también necesariamente dos causas de responsabilidad (la omisión y el hacer); lo cual contradice la tesis de que "varias causas de responsabilidad" llevarían a la autoría.

También es muy extraña la fundamentación que JAKOBS da para que los padres respondan siempre como autores por los delitos que ellos toleran por parte de los hijos menores a su cargo: que ellos serían garantes tanto "por la no producción de resoluciones delictivas de sus hijos como también por la no producción de hechos". Si de lo que se trata con ello es de describir "varias causas de responsabilidad", se estaría soslayando que las resoluciones delictivas, como sucesos internos, por regla general no pueden ser impedidas por los padres, y que además, la resolución y su ejecución, conjuntamente son *un solo* hecho, cuya no evitación también proporciona siempre una sola causa de responsabilidad.

c) La problemática de la delimitación entre diferentes formas de deberes de aseguramiento

Finalmente, cuando se trata de obligaciones de proteger, también es difícil realizar una delimitación entre competencia organizacional y competencia institucional, aparte de que sus consecuencias divergentes

(81) Ver el ejemplo arriba en la nota 77.

tampoco convencen. JAKOBS(82) diferencia entre asunción de deberes en sentido estricto, que junto con un hecho comisivo tan solo fundamentaría una complicidad; y la asunción en sentido amplio que llevaría a una competencia institucional y, con ello, a una autoría sin excepciones.

En el primer grupo, es decir, en la asunción en sentido estricto, él ubica, p. ej., al guía de montañas que acompaña "por una ruta difícil, según lo acordado, a turistas inexpertos", o al cuidador de niños(83) y al "salvavidas en la playa"(84).

En estos casos, además, tan solo surgiría una posición de garante cuando la asunción reemplazare la protección que hubiera existido en caso contrario. Según esto, la cuidadora de niños no es "garante por asunción" cuando "los padres, en caso necesario, hubieran dejado solo al niño". El salvavidas sería "también garante por asunción por aquellos bañistas que no saben nada de su existencia; esto rige, no obstante, solo en la medida en que su vigilancia, tras una evaluación ex-ante, hubiera impedido la protección efectiva de otro modo".

No puedo entender esta limitación del deber de asunción. Y es que lo que los padres hubieran hecho, si no hubiesen contratado a un cuidador de su hijo, es una cuestión hipotética que no puede responderse. Esta cuestión tampoco puede cambiar nada en cuanto a que de uno u otro modo se ha asumido una obligación concreta de dar protección. Aun cuando un salvavidas fuera designado para proteger a los bañistas, no me parece razonable hacer depender esta obligación de lo que hubiera ocurrido, si no se hubiese producido esta designación.

En cambio, JAKOBS deduce las obligaciones de proteger por competencia institucional con efecto fundamentador de autoría para todo tipo de intervención a partir de la "confianza especial"(85) o de "deberes estatales genuinos"(86).

---

(82) JAKOBS (nota 5), sección 29, n. marg. 46.

(83) Ambos ejemplos en JAKOBS (nota 5), sección 29, n. marg. 48.

(84) JAKOBS (nota 5), sección 29, n. marg. 49.

(85) JAKOBS (nota 5), sección 29, n. marg. 67 y ss.

(86) JAKOBS (nota 5), sección 29, n. marg. 74 y ss.

El espectro de la confianza especial abarca los casos[87] ya mencionados de la prestación de cuidados y de la dirección de negocios, pero también[88] la "comunidad de peligros", o sea, el llevar a cabo una empresa peligrosa "acordando ayuda mutua en caso de emergencia". Un ejemplo de competencia institucional fundamentadora de autoría por obligaciones estatales es la actividad policial: "La policía es (...) garante en la protección ante la delincuencia"[89]. "El policía que no impide la inducción a un delito (...) es autor del delito"[90].

Esta concepción lleva a diferenciaciones en la forma de participación delictiva que no he podido entender. Así, cuando un grupo de escaladores de montaña, bajo la dirección del guía, inicia un peligroso escalamiento a la cumbre y en una situación difícil uno de los participantes pierde los nervios y ataca a un miembro del grupo, todos los demás deberían ponerse del lado de este, y si no actuaren, serán penados por competencia institucional (derivada de la confianza especial) como autores de lesiones por omisión. En cambio, el guía, en el cual solamente existe la asunción de una obligación en sentido estricto, tan solo sería hecho responsable por complicidad en lesiones corporales, pese a que él, viendo las cosas en la realidad cotidiana, es el principal responsable de que la empresa se lleve a cabo con normalidad.

Cuando un policía no interviniera frente a un hecho violento que se está produciendo ante sus ojos, pese a que no hay dudas sobre la posición de garantía del policía, JAKOBS lo castiga como autor de un delito de omisión, lo cual, según mi opinión, es justo[91]. Pero no entiendo por qué el guardaespaldas que uno ha contratado para la protección personal, en caso de su inactividad, tan solo deba ser penado por complicidad, tal como JAKOBS tendría que admitir por tratarse de una mera asunción de deberes en sentido estricto. Y es que la relación

(87) Ver arriba en la nota 63.

(88) JAKOBS (nota 5), sección 29, n. marg. 71.

(89) JAKOBS (nota 5), sección 29, n. marg. 77d.

(90) JAKOBS (nota 5), sección 29, n. marg. 106.

(91) Más detalles en ROXIN, "Strafrecht AT", tomo II (nota 14), § 32, n. marg. 85 y ss.

del guardaespaldas con la persona que debe proteger es más cercana y estrecha que la del policía.

También queda vago y sin precisión el paso de una obligación de protección asumida (en sentido estricto) por competencia organizacional hacia una obligación de protección institucional a partir de la "confianza especial". Así JAKOBS dice, p. ej.(92): "Quien comenzare a asumir determinado papel, p. ej., como samaritano, puede eventualmente verse encasillado en las expectativas del rol de un modo que para él surja una obligación jurídica de comportarse de conformidad con el rol. En ello se trata de una confianza calificada en cuanto a la constancia del esquema de conducta, es decir, de una responsabilidad por competencia institucional. Es distinto en el caso de la asunción en sentido estricto...".

Pero no se aclara cuáles serían cada una de estas "circunstancias" en las cuales la asunción de deberes cedería ante una "confianza especial". En cambio, parece materialmente correcto admitir que, cuando alguien "comenzare a asumir determinado rol", está sometido de todos modos a un "deber jurídico de actuar de conformidad con el rol". El entendimiento que yo sostengo, en el sentido de que los delitos de infracción del deber son conductas penalmente relevantes en las cuales el autor no cumple con las exigencias de un rol social especial, no da espacio para diferenciar entre roles sociales de diferente calidad.

4. Sobre la problemática de los delitos especiales sin vinculación a deberes especiales

JAKOBS, además de los deberes que surgen de competencias organizacionales, también excluye los "delitos especiales sin vinculaciones especiales de deberes"(93), en los cuales se trataría de limitar el círculo de autores a determinadas situaciones y formas de comisión(94).

---

(92) JAKOBS (nota 5), sección 29, n. marg. 46.

(93) Así la formulación de LESCH ("El problema de la complicidad sucesiva", 1992, p. 295), siguiendo la formulación de JAKOBS (nota 5), sección 23, n. marg. 24.

(94) Cfr. sobre una caracterización más detallada ya arriba en la nota 40.

En sí, esta es una idea acertada. Así, p. ej., solo puede ser autor del art. 183 StGB (exhibicionismo) un hombre que comete el hecho en su propia persona; se trata entonces de un delito de mano propia. Pero el hecho no consiste en un atentado contra una vinculación de deberes existente antes de la comisión; el hecho tan solo presupone fenotípicamente la ejecución por un hombre. No se trata entonces de un delito de infracción del deber. Lo mismo rige para el motín de presidiarios (art. 121 StGB) o la puesta en peligro de barcos, por parte del armador, cargándolo de bienes cuya introducción al país estuviera prohibida (art. 297 StGB).

Pero JAKOBS también quiere extraer del ámbito de los delitos de infracción del deber, aquellos tipos en los cuales el autor sí hubiera sido caracterizado por un rol social que fundamenta el deber. Esto rige, p. ej., para la frustración de una ejecución forzosa (art. 288 StGB). Aquí el autor actúa en el rol social de un deudor al cual va dirigida la ejecución y que tiene el deber de poner a disposición su patrimonio para eventualmente satisfacer al acreedor. Si se encontrara de viaje y encargare a su amigo apartar partes patrimoniales, él será autor mediato del art. 288 StGB, mientras que el amigo, como instrumento doloso no cualificado, será penado como cómplice(95). La opinión contraria que aboga por la impunidad de ambos sujetos en tal caso lleva a resultados inaceptables, tal como dice FISCHER(96) con toda razón: "Esta solución tendría que trasladar la energía criminal de los autores potenciales a tratar de ganar, sin riesgo alguno, cómplices situados fuera [de los deberes especiales]". Por cierto que es difícil fundamentar una competencia institucional en un caso de este tipo, mientras que el concepto ampliamente concebido de rol social puede cubrir sin problemas esta constelación de casos.

En este marco no es posible analizar en detalle los numerosos tipos polémicos. Pero de entre todos los tipos en los que JAKOBS reconoce(97) que el autor no sería "portador de deberes especiales", tendrá que reconocerse como delitos de infracción del deber al uso no autorizado de objetos

(95) Detalladamente, SCHÜNEMANN en LK, 12a. ed., 2008, art. 288, n. marg. 41.

(96) FISCHER, "StGB", 60a. ed. 2013, § 288, n. marg. 5.

(97) JAKOBS (nota 5), sección 23, n. marg. 24.

dados en prenda (art. 29 StGB), la bancarrota (art. 283 StGB con los tipos conexos) y la fuga del lugar del accidente (art. 142 StGB)(98). Y es que en todos estos casos el autor, ya antes del hecho, se encuentra en determinada relacion social de roles (como prendatario, deudor y potencial obligado a dar indemnización por daños) y, mediante su conducta típica, lesiona el deber que se genera con ello.

5. ¿La lesión del deber como fundamento penal de los delitos de infracción del deber?

No puedo estar de acuerdo tampoco con la tesis de JAKOBS de que la lesión de un deber específico al tipo no fundamentaría solamente la autoría de los delitos de infracción del deber, sino también constituiría el fundamento de su punición. Más bien se debe insistir en que en estos grupos delictivos, al igual que en los delitos de dominio, la razón de su punición es la afección de bienes jurídicos.

Como JAKOBS reconoce delitos de infracción del deber solamente en el marco de vinculaciones institucionales, el fundamento de la pena radica para él en el atentado contra las reglas de conducta de la institución. Esto no puede ser correcto, porque –para tomar tan solo este ejemplo– no cualquier atentado contra el matrimonio o no cualquier descuido de una obligación institucional de dar tutela es punible. Más bien el legislador sanciona solamente determinadas lesiones a bienes jurídicos que surgen de tales infracciones de deberes. Es por eso que tiene razón WITTECK(99), cuando enfatiza que "la solidaridad penalmente reforzada en relación con las instituciones" no debería ser desacoplada "de su tarea (...) de proteger bienes humanos".

Las instituciones –y lo correspondiente rige para las posiciones de garantía de protección en el sentido usual de la terminología– fundamentan una obligación especial de preservar los bienes jurídicos que han sido incluidos en esta relación. El obligado es autor, porque se sitúa más cerca de este bien jurídico que lo que ocurre con personas que estuvieran fuera

(98) Al respecto es especialmente instructivo SCHÜNEMANN en LK (nota 6), § 25, n. marg. 51.

(99) WITTECK (nota 3), p. 152.

de la vinculación de deberes: "Debido a su especial posición social, el perteneciente a la institución tiene acceso directo a cada uno de los bienes jurídicos y puede perjudicarlos de manera más sencilla y considerable que los que estuvieren situados fuera". En tal medida, el "dominio sobre la causa del resultado" de SCHÜNEMANN, se acerca más que la concepción de JAKOBS a la ratio de los delitos de infracción del deber.

VII. PALABRAS FINALES

Con esto cierro mi trabajo, en el cual he intentado de merituar críticamente, desde mi perspectiva, los distintos desarrollos que SCHÜNEMANN y JAKOBS han realizado a partir de mi teoría de los delitos de infracción del deber. Ellos han visto algunas cosas de las que yo no era consciente hace más de 50 años cuando por primera vez me ocupara del tema, de manera que, en algunos puntos, he rectificado mi posición original. A pesar de todo, en numerosos aspectos he defendido mi propio punto de vista polemizando con mis adversarios y he tratado de profundizar la fundamentación. No creo con ello haber dicho la última palabra. Pero quizás pueda dar un impulso para una ulterior discusión sobre un tema tan importante y que todavía es tratado de manera insuficiente en la literatura de comentarios y manuales.

Dirijo especiales felicitaciones a BERND SCHÜNEMANN, mi amigo y antiguo alumno, a quien dedico esta contribución con motivo de su septuagésimo cumpleaños. Reconozco gustosamente estar orgulloso de este "discípulo": él es, como creo poder decir más allá de cualquier parcialidad amical, uno de los penalistas más importantes de nuestros días. Es difícil encontrar un paralelo a la magnitud de su trabajo, la variedad de sus temas que abarcan la totalidad del derecho penal y procesal penal, y sobre todo la creatividad con la cual él siempre desarrolla nuevas y originales soluciones a los distintos problemas. En muchas cuestiones fundamentales estamos de acuerdo, pero a veces discutimos también un poco (como debe ser y como habrá mostrado este trabajo). ¡Hago votos por que tenga toda su vida salud, fuerza creativa y felicidad familiar, así como la amistad que nos une!

Suicidio utilizando un intermediario no doloso (*)

I

En los años 2002 y 2003, la jurisprudencia decidió por primera vez sobre dos casos en los cuales un suicida, para cometer el hecho, utilizó a otro que había actuado sin dolo y que tampoco conocía el deseo de morir de quien lo indujera.

Caso 1 (Tribunal Superior del Land Núremberg, auto de 18-09-2002 en JZ 2003, p. 745). Un hombre había pedido a su mujer, que quería divorciarse de él, que apuntara con una pistola a su frente o a su sien y disparara. Él le había asegurado a ella que la pistola no estaba cargada y se lo había demostrado quitando el cargador. La mujer se convenció por sí misma que el cargador estaba vacío. Pero la pistola sí estaba cargada y ella no lo notó. Por ello, cuando presionó el gatillo se produjo la muerte del marido.

Caso 2 (Tribunal Federal Alemán, fallo del 20-04-2003, en NJW 2003, p. 2326). Un hombre totalmente paralítico, de 28 años, que solo podía mover la boca y la lengua, y apenas tenía un 10% de la capacidad respiratoria de una persona sana, quería morir, y para ello se sirvió de un joven de 20 años que prestaba el servicio social sustitutorio del servicio

(*) Título original: "Selbstmord durch Einschaltung eines vorsatzlosen Tatmittlers", publicado en Festschrift für Harro Otto", Colonia-Múnich, 2007, pp. 441-452.

militar. El paralítico le pidió al joven envolverlo en una bolsa y colocarlo dentro del contenedor de basura. Como explicación dijo que esto ya habría sido hecho muchas veces y que por las tardes era seguro que lo sacarían de allí. El inculpado hizo lo que le pidió el paralítico tratando así de asistir lo mejor posible a la persona que le había sido confiada. Pero este se asfixió en el contenedor, tal como había planeado.

Se podría opinar que, en ambos casos, nada estaría más claro que la persona provocadora del engaño tendría que ser el único autor de un suicidio doloso en el cual la contribución de los intervinientes no dolosos tan solo podría ser valorada como participación impune de tal suicidio. Esto puede ser fundamentado con la impunidad de la participación en un suicidio, pero también con la autorresponsabilidad del suicida (sin que ambas argumentaciones se excluyan). Hay famosos ejemplos jurisprudenciales del TFA a favor de ambas argumentaciones. La sumilla de la sentencia del TFA, tomo 24, p. 342 dice: "Quedará impune quien cocausare imprudentemente la muerte de un suicida". Y en TFA, s. penal, tomo 32, p. 262 (también en la sumilla) se dice: "Las autopuestas en peligro deseadas y realizadas de manera autorresponsable no entran en el tipo de lesiones corporales u homicidio cuando se realizare el riesgo que se corre conscientemente a través de la puesta en peligro. Aquel que tan solo (...) promueve (...) tal autopuesta en peligro (...) no se hace punible por lesiones u homicidio".

Harro OTTO, el venerable homenajeado, desde muy temprano, se ha manifestado a favor de la impunidad del inculpado en el caso del TFA(1) y ha reafirmado esta concepción para ambas sentencias en su manual(2). Por lo demás, también en la literatura(3) se defiende muchas veces la impunidad

(1) En Jura-Rechtsprechungskartei (JK), 3/04, StGB, § 216/7.

(2) "Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte", 7a. ed., 2005, § 6, n. marg. 49.

(3) ENGLÄNDER, JZ 2003, p. 747; *ídem*, Jura 2004, p. 234; HECKER/WITTEK, JuS 2005, p. 397 (solo para el caso de la pistola); KÜHL, "Strafrecht. AT", 5a. ed., 2005, § 20, n. marg. 138; ROXIN, "Strafrecht. AT", tomo 1, 4a. ed., 2006, § 11, n. marg. 126 y ss.; WESSELS/BEULKE, "Strafrecht. AT", 35a. ed., 2005, n. marg. 684a; WESSELS/HETTINGER, "Strafrecht. BT", tomo 1, 29a. ed., 2005, n. marg. 65a.

en ambos casos. Por otro lado, el TSL Núremberg y el TFA han penado, en ambos casos, al "instrumento" por homicidio imprudente. Igualmente, HERZBERG(4) y KÜPPER(5) han tratado de fundamentar de manera detallada el homicidio imprudente(6). En todo esto resulta notorio que ambos tribunales y ambos autores hubieran traído a colación argumentos muy diferentes para llegar a admitir el homicidio imprudente. Puesto que los hechos expuestos son muy polémicos y el estado de la discusión todavía no se ha aclarado, vale la pena revisar una vez más la opinión de OTTO, que yo también comparto, y discutir, haciendo un análisis más profundo, con los que defienden la punición por imprudencia.

II

Mi punto de partida es que se presentaría indudablemente un suicidio cuando alguien hubiera causado dolosa e incluso intencionadamente su propia muerte sin la participación dolosa (aunque sea eventual) de otro. Así, se descartan desde el principio la muerte a petición o una cuasi coautoría de terceros ajenos, casos en los cuales surgen complicados problemas de delimitación. En los dos casos que aquí se discuten se presenta claramente un suicidio como el explicado. El que el autor no hubiera ejecutado de mano propia su suicidio, sino que se hubiera servido de un instrumento no doloso, caracteriza tan solo la diferencia entre "autoría" directa y mediata, pero no cambia para nada el hecho de la existencia de un suicidio de un autor único.

La colaboración imprudente en un suicidio como ese es impune en todas sus formas imaginables. Y es que, si la provocación dolosa de un suicidio libremente responsable (la llamada inducción y complicidad en el suicidio) es, como generalmente se reconoce, impune por falta de un hecho típico principal, la causación imprudente (y con ello la causación menos intensa) de tal resultado, razonablemente, también tendrá que ser

(4) En NStZ 2004, p. 1; *ídem*, en Jura 2004, p. 670.

(5) En JuS 2004, p. 757.

(6) También a favor de la posibilidad de un homicidio imprudente, GÖSSEL/DÖLLING, "Strafrecht BT", tomo 1, 2a. ed., 2004, § 2, n. marg. 104; MURMANN, "Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht", 2005, pp. 343 y 364, nota al pie 188.

impune. La autorresponsabilidad dolosa del suicida también excluye la imputación de la imprudencia de terceros ajenos. El fin de protección del art. 222 solo abarca la causación de daños ajenos, no la evitación de una colaboración en las autopuestas en peligro dolosas y autorresponsables y en los daños propios.

Esto también lo ve así OTTO(7): "La 'acción cómplice' (...) fue una complicidad imprudente en un suicidio doloso (...) y, según los principios reconocidos por el TFA (cfr. TFA, s. penal, tomo 24, p. 342), no pueden ser abarcados (...) como homicidio imprudente". ¡Revisemos, entonces, los argumentos de los partidarios del homicidio imprudente!

III

Comenzaré con el auto del TSL Núremberg(8), la primera toma de posición detallada sobre la problemática que hasta entonces había sido poco atendida. El argumento decisivo del Tribunal radica en que el caso de "la mujer pistolera" se diferenciaría de todos aquellos otros hechos en los cuales el TFA había declarado impune la colaboración imprudente en un suicidio doloso y responsable. En todas las constelaciones que el TFA había tratado hasta entonces, se dio "el último paso por aquel que había deseado morir o que corrió el riesgo para sí mismo y su vida; en ninguno de... los casos, esta persona deja a otro los últimos actos decisivos para el resultado mortal". Por ello, no podría convencer el trasladar los principios desarrollados por el TFA al presente caso: "Más bien, la causación imprudente de la muerte de otro deberá valorarse aquí como homicidio imprudente punible...".

Pero la diferencia valorativa estatuida se basa solamente en la circunstancia de que en los casos anteriormente decididos se presentaba una autoría directa, mientras que en el caso de Núremberg se trataba de un suicidio en autoría mediata. Esta circunstancia no sostiene una evaluación jurídica divergente. No es comprensible por qué la colaboración impru-

(7) JK 3/04, StGB § 216/7.

(8) JZ 2003, 746.

dente, que es impune en un suicidio cometido en autoría directa, deba ser repentinamente punible en un suicido cometido con autoría mediata. Está en la esencia de la autoría mediata que el acto que directamente provoca el resultado sea ejecutado corporalmente por el intermediario. Pero, aparte de esto, el dominio del hecho y la autoría radican únicamente en el sujeto de atrás, a quien se imputa como *suya* la conducta del instrumento no doloso. Luego, en tal medida también aquí la última acción es la del suicida. El centrarse exclusivamente en la conducta corporal del "instrumento" no doloso es muy naturalista, y soslaya la importancia jurídica que tiene la acción suicida dolosa del sujeto de atrás que dirige los hechos.

También independientemente de esto, la diferenciación entre suicidio directo e indirecto (o mediato) no justifica un tratamiento penal diferente de los intervinientes imprudentes. Y es que la autorresponsabilidad dolosa del suicida es independiente de ello. Tampoco es que en el suicidio en autoría mediata la imprudencia del "instrumento" sea típicamente mayor que en la colaboración imprudente en un suicidio directo. ¡Recuérdese tan solo los precedentes judiciales que se toman en referencia! Cuando alguien coloca su revólver cargado al alcance inmediato de una persona considerablemente ebria, de la cual se sabe que ha intentado suicidarse ya varias veces, y que tiende especialmente a ello tras ingerir alcohol (TFA, s. penal, tomo 24, p. 342), esto es una imprudencia grave. Lo mismo rige cuando alguien entrega a un conocido, que se encuentra corporalmente debilitado y ligeramente alcoholizado, una inyección de heroína de propiedades especialmente peligrosas (tres de "cien golpes") (TFA, s. penal, tomo 32, p. 262).

En cambio, en el caso de Núremberg, el marido, además de expresiones contrarias, también había hablado de la posibilidad de una muerte a tiros, aunque finalmente había demostrado visualmente a su mujer, no entendida en asuntos de armas, la aparente descarga del revólver y, con ello, la falta de peligro de su accionar. La conducta de ella aún puede ser considerada imprudente debido a lo extraño de la situación. Pero como la mujer había sido víctima de un engaño astutamente urdido por el suicida, esta imprudencia era menor que en los casos precedentes. Mucho menos existen motivos para penar aquí precisamente la colaboración imprudente a un suicidio.

Por último, el TSL de Núremberg intenta enervar el argumento ya mencionado según el cual la intervención imprudente al suicidio tendría que ser con mayor razón impune cuando lo fuera ya la colaboración dolosa a este. Se habría "tratado de una muerte a petición y no de una mera complicidad a un suicidio, si la inculpada hubiera sabido que había una bala en el cañón(...) Con ello no tiene aquí validez inmediata el argumento en el sentido de que, si fuera impune ya la colaboración consciente, también tendría que serlo la colaboración imprudente".

Por cierto que si la inculpada hubiera sabido que había aún una bala en el cañón incluso se habría presentado un homicidio (art. 212); para el art. 216 hubiera faltado el requisito del pedido por parte de la víctima de los disparos. Pero en todo esto se han elegido mal los modelos comparables. El argumento del cual habla el TSL Núremberg se refiere a la relación entre promoción dolosa y culposa del suicidio, pero no a la ejecución dolosa de disparos. Y tampoco dice que una colaboración imprudente e impune a un suicidio, en caso de tratarse de una acción dolosa, siempre tenga que constituir una complicidad a un homicidio. Entonces, las razones expuestas por el TSL Núremberg para admitir la punibilidad del inculpado no convencen ni en lo general ni en lo particular.

IV

El caso del "saco de basura", decidido por el TFA, presenta la misma estructura que el caso de la "mujer pistolera"(9). Solo se diferencia de este último por el hecho de que la conducta del prestador de servicios sociales, debido a su grave desconocimiento de la situación, por un lado, da la apariencia de ser grave, pero por otro lado, también aparece como menos grave debido al deseo de ayudar del inculpado que el TFA destaca de manera especial ("tratando de asistir así de la mejor manera posible al gravemente discapacitado que le había sido confiado") y la situación desesperada del suicida. Por cierto que de estas divergencias no resultan diferentes consecuencias jurídicas.

(9) HECKER/WITTEK (Jus 2005, p. 397) no están de acuerdo con esto; al respecto ver más abajo en el texto.

El TFA[10] se apoya en la jurisprudencia iniciada por la s. penal, tomo 32, p. 262, y pretende delimitar entre homicidio imprudente y complicidad impune a un suicidio según si el inculpado "disponía de dominio de la puesta en peligro o actuaba como instrumento del suicida(...) Debido a la ejecución de propia mano de las acciones de puesta en peligro por parte del inculpado, esto último solo debería admitirse en caso de que la persona cansada de vivir hubiera engañado al inculpado en cuanto a los sucesos que llevaban a la muerte y, gracias a este error provocado, lo hubiera convertido en un instrumento contra sí mismo(...)".

Este es un planteamiento correcto, y uno podría pensar que el TFA habría llegado a absolver admitiendo la alternativa mencionada en último lugar. Pero, sorprendentemente, esto no ha sido así. Según el TFA, el engaño provocado por el suicida y la buena fe de su asistente no fundamentaban "un error que cuestionara el dominio del hecho que tenía el inculpado". Ni la explicación del suicida de que "él, en anteriores oportunidades, ya había dispuesto que se hiciera lo mismo muchas veces", ni "la afirmación falsa del cansado de vivir de que un tercero (desconocido) vendría por la tarde a rescatarlo", podrían fundamentar tal error, porque el inculpado habría conocido las circunstancias a partir de las cuales resultaba la extrema situación de peligro para el suicida.

En lo que concierne al conocimiento de las circunstancias de peligro, esto es un diagnóstico parcialmente acertado. Y es solo acertado en parte porque los engaños del deseoso de morir habían ocultado a su asistente la magnitud de la peligrosidad. Pero en todo caso, a partir de este diagnóstico, y en tanto fuera cierto, se extrae una consecuencia insostenible. Y es que si, como no discute nadie, el inculpado ni siquiera había tenido un dolo eventual, en contra de lo que dice el TFA, él sí que ha sido "engañado en cuanto a los sucesos que llevan a la muerte". De los hechos no se desprende con claridad en qué medida él, pese a los datos del suicida que sugerían inocuidad, estaba consciente de la peligrosidad de su conducta. En palabras del TFA[11], que habla de "sobreexigencia, inocencia" y "total confianza" en

(10) En NJW 2003, p. 2327.

(11) NJW 2003, p. 2328.

el inculpado, ni siquiera habría existido una imprudencia consciente. Pero, en última instancia, lo que importa no es la claridad ni la magnitud de la conciencia del peligro: en todo caso, el suicida ha utilizado un instrumento no doloso para provocar su propia muerte y, como consecuencia de esta circunstancia, él era el único que tenía el dominio del hecho(12).

Cuando el TFA atribuye al inculpado el "dominio del hecho" (en otro lugar habla del "dominio de la puesta en peligro"), este es un uso idiomático totalmente errado. El conocimiento de los indicadores del peligro, en tanto el autor no sea consciente del posible resultado o confiara en que este no va a producirse, siempre fundamentará tan solo una imprudencia. Pero el dominio del hecho únicamente puede ser practicado por un autor que actuare dolosamente. Por ello, en el ámbito de la imprudencia, como se suele admitir, tampoco rige la doctrina del dominio del hecho, sino el concepto unitario de autor, mientras que las restricciones de responsabilidad solo ocurren allí según las reglas de la imputación objetiva. Debido a esto, es falso también cuando HECKER/WITTEK(13), a diferencia de la mujer en el caso de la pistola, quieren atribuir al inculpado "y solamente a él, el dominio del hecho sobre los hechos que llevaron (...) a la muerte", y con ello quieren fundamentar un homicidio imprudente. En cambio, dice con razón ENGLÄNDER(14), que no sería cierto y contradiría los principios desarrollados para determinar la autoría mediata mediante el dominio del error, que la "conciencia sobre la puesta en peligro por parte del inculpado" excluiría "el dominio de la dirección del suicida".

De todo esto se desprende lo siguiente: la persona lamentablemente paralizada ha provocado su propia muerte, que no podía realizar de propia mano, como autor mediato empleando a un instrumento manipulado por él y que actuó sin dolo de matar. El paralítico ha sido el único que, conscientemente ha dirigido los hechos hacia su muerte y, por ello, era el único que poseía el dominio del hecho sobre los acontecimientos.

---

(12) Así también OTTO, JK 3/04, StGB, § 216/7; pero, por sus resultados finales, se asemejan al TFA, KÜPPER, JuS 2004, p. 757 y ss. (al respecto abajo en V); y HECKER/WITTEK, JuS 2005 (a continuación en el texto).

(13) JuS 2005, p. 401.

(14) Jura 2004, p. 237.

De manera loable, el TFA entra también a discutir las opiniones de la literatura(15) que se oponen a su concepción, aunque, por cierto, no aporta argumentos adicionales y menos aún sostenibles que sustenten su opinión divergente. Existirían "aún reticencias para admitir conceptualmente un suicidio en caso de que el dominio del hecho no permaneciera, sin restricciones, en el suicida". Al menos aquí –a diferencia de la exposición anterior– se reconoce al cansado de vivir un dominio del hecho restringido. Pero como este, tal como se ha expuesto, tenía el pleno y único dominio del hecho, deberían desaparecer las reticencias "conceptuales" contra la admisión de un suicidio.

La sala opina además: "Se opondría también a una eutanasia activa impune, la protección prioritaria de la vida humana que resulta del ordenamiento valorativo de la Ley Fundamental". Pero este punto de vista no viene al caso, porque el inculpado no quería ni prestar asistencia activa a morir ni tampoco quería para nada causar la muerte del gravemente impedido. Luego, absolver del cargo de homicidio imprudente no implicaría para nada reconocer la eutanasia activa.

La admisión de un homicidio imprudente por parte del TFA sorprende aún más, porque la Sala parece desaprobar por política jurídica el resultado que ella misma alcanza. Y es que indica con razón que su sentencia sigue negando ampliamente a "un gravemente impedido y moribundo" –como ocurre aquí– despedirse de la vida, sin que tenga que implicar penalmente a terceros, haciendo con ello que su derecho a la vida se pueda volver para él un deber de vivir difícilmente soportable". No obstante, estaría "reservado en todo caso del legislador las modificaciones de la protección del bien jurídico". En realidad, la sentencia del TFA no se basa para nada en preceptos legales vinculantes, sino en un falso entendimiento del dominio del hecho. Un correcto análisis jurídico habría tenido que llevar a la absolución.

(15) Entre otras, la de OTTO, FS Tröndle, 1999, pp. 157 y 171; y ROXIN, "Strafrecht AT", tomo I, 3a. ed., 1997, p. 343 y ss.

V

En ambos casos puestos a discusión, HERZBERG[16] ha destacado como defensor comprometido de la punición por imprudencia. En principio, él está de acuerdo con la concepción de que la colaboración no dolosa en un suicidio libremente decidido, no sería imputable a un hecho imprudente, pero traza los límites entre autoría imprudente y colaboración no dolosa de otra manera. Tan solo debería producirse la impunidad[17] cuando "la víctima, tras el aporte (...) hubiera podido evitar su muerte sin problemas y con seguridad, sea mediante una simple omisión, sea escapándose". Esto coincide con la argumentación del TSL Núremberg que se basa en el último acto ejecutado por el intermediario, y se expone a todas las objeciones que hemos expuesto en contra de ello.

Aparte de esto, tampoco encuentro una fundamentación sustancialmente convincente en esta forma de delimitación. HERZBERG dice[18]: "el aspecto de la autorresponsabilidad de la víctima que... extrae del tipo algunas co-causaciones no dolosas" no podría "ayudar al autor si su contribución fuera tan grosera como en los casos contemplados". Pero ya se ha mostrado que la contribución imprudente de un tercero ajeno a un suicidio, en autoría mediata, no sería para nada, ceteris paribus, más merecedora de pena ("más grosera") que la contribución a un suicidio en autoría directa.

Desde un punto de vista víctimo-dogmático, el cocausante imprudente de un suicidio en autoría mediata debería incluso ser juzgado de manera más benigna que el promotor imprudente de un suicidio directo. Y es que, mientras en el último caso mencionado la imprudencia se ha producido de algún modo "a pulso" (sin colaboración del suicida), en caso de autoría mediata la imprudencia se basa en el engaño dirigido por el suicida que es quien recién la provoca y quien ha tenido de lejos la mayor participación.

---

(16) Este autor se ocupa en NStZ 2004, p. 1 y ss. mayoritariamente del fallo del TFA; en Jura 2004, p. 670 y ss., del auto del TSL Núremberg. No obstante, en ambos artículos se superponen y complementan sus argumentaciones.

(17) NStZ 2004, p. 6.

(18) NStZ 2004, p. 7.

HERZBERG opina además[19] que lo que importaría sería "si (...) la víctima puede ser subsumida en el concepto del 'muerto por otro' y la participación en ello según el concepto de 'homicidio' (art. 216 StGB). Si no existieran dudas de ello, como por ejemplo cuando se mata a tiros, entonces no es sostenible negar la autoría por el hecho de que también la víctima misma ha influido autorresponsablemente en la muerte y uno por cierto es libre de llamar suicidio a su propio accionar".

Pero en esto se soslaya la diferencia decisiva que existe entre homicidio doloso a petición y causación no dolosa de la muerte. La mujer, en el caso decidido por el TFA, no solamente no había querido matar, sino ni siquiera había querido disparar (porque creyó que el revólver no estaba cargado). El disparo estaba únicamente en el dominio del hecho del marido, quien de este modo se ha matado (disparado) a sí mismo a través de la mano de otro que él ha instrumentalizado. Él no era un "muerto por otro", sino autor de un suicidio. Luego, la argumentación con los conceptos de "matar" y de "ser matado" habla más bien en contra de aquello que HERZBERG quiere probar.

Pero HERZBERG aporta otras razones más que, si bien no están destinadas primariamente a probar su delimitación, sí pretenden probar la posibilidad o incluso necesidad de la punición por autoría imprudente del tercero extraño, pese al homicidio cometido por la "víctima" en autoría única. Mencionaré cinco de estas razones.

En primer lugar, HERZBERG traza un paralelo con los delitos de infracción del deber. Cuando el administrador de un patrimonio, sin tener el dominio del hecho, motivara a un extraneus a actuar teniendo solo este, el dominio del hecho, y sustraer el patrimonio que le ha sido confiado a aquel, el administrador sería autor mediato según el art. 266, pese a que no sería posible la inducción debido a la falta de un hecho principal típico. Correspondientemente, en nuestros casos de suicidio podría afirmarse una autoría imprudente del tercero ajeno pese a que sería imposible la inducción punible a un homicidio[20].

(19) NStZ 2004, p. 6.

(20) NStZ 2004, p. 4; Jura 2004, p. 670 y ss.

Pero aquí se compara cosas incomparables. Y es que el art. 266 es un delito de infracción del deber en el cual –por lo menos según la doctrina que yo defiendo– de hecho únicamente la lesión del deber de administrar lealmente el patrimonio por un colaborador puede fundamentar la autoría, mientras que en el art. 222 la autoría debe ser determinada según criterios muy diferentes, a saber mediante los de la imputación objetiva. Es cierto que HERZBERG deja entrever una cierta tendencia a interpretar todos los delitos como delitos de infracción del deber(21), pero esto significaría poner de cabeza la teoría de la autoría y, en última instancia, llevaría a un concepto unitario de autor, en el cual, con seguridad, no se basa la ley. El paralelismo de HERZBERG deja de lado la diferencia decisiva por la cual, en el caso de la pistola y en el del saco de basura, la única responsabilidad por dolo de la "víctima" que busca su propia muerte excluye la imputación de imprudencia, mientras que en el caso de la "administración desleal", ambos coactuantes apuntan dolosamente a un perjuicio ajeno, algo de lo cual no se puede hablar para nada en ninguno de los intervinientes de los casos de suicidio. En el ejemplo de la administración desleal se trata de repartir penas entre el autor y el partícipe; en los casos del suicidio mediato, se trata de imputación o no imputación del resultado de muerte al "instrumento". Se trata de dos problemas totalmente distintos.

En segundo lugar, HERZBERG(22), polemizando con ENGLÄNDER(23), pretende demostrar que un suicidio doloso y responsable no excluiría el homicidio típico y antijurídico a través de un tercero ajeno. Para demostrar su tesis construye el caso de un padre que hace que su hijo de 13 años lo mate a disparos. Aquí, afirma él, "el acto ejecutivo del instrumento es un 'elemento' del suicidio mediato y simultáneamente la 'muerte típica de otro'(...) La autoría propia y autorresponsable por el suicidio de aquel que quiere morir no excluye que un cocausante hubiera, por su parte, matado antijurídicamente a éste".

(21) NStZ 2004, p. 4.

(22) Jura 2004, p. 671.

(23) Jura 2004, p. 235 y ss.

Por supuesto que, en el ejemplo puesto como comparación, el hijo comete una muerte a petición antijurídica, aunque inculpable. Pero, así como a partir de la autoría en los delitos de infracción de deber no se puede deducir nada que sirva para la imputabilidad de la colaboración imprudente al homicidio, así tampoco, a partir de la estructura del dominio de la voluntad mediante el empleo de inimputables, puede derivarse algo para la imputación de imprudencia de los intermediarios que actuaren sin dolo en casos de suicidio. El empleo de un "instrumento" que actuare dolosamente, pero sin culpabilidad, deja subsistente el injusto de su acción, dando lo mismo que esta sirva para causar un perjuicio a otro o para dañar al propio incitador de la acción; pero la acción misma es impune. En cambio, el empleo de un "instrumento" no doloso plantea el problema totalmente distinto de si el intermediario puede ser penado por un hecho imprudente antijurídico y culpable; algo que es eventualmente posible en caso de perjuicios a terceros, pero que queda excluido a partir de las razones expuestas en caso de prejuicios propios y autorresponsables del motivador de los hechos. También aquí se trata de una problemática totalmente distinta cuyo entrevero no trae ninguna ganancia de conocimiento.

En tercer lugar, HERZBERG[24] opina que, a partir de la presencia de un homicidio en autoría mediata, no se podría extraer nada para evaluar al instrumento en caso que este intermediario hubiera actuado sin culpabilidad o sin dolo: "Ya había pasado el turno de esta evaluación y había arrojado, p. ej., una muerte a petición antijurídica pero sin culpabilidad o un homicidio imprudente. Y esto no puede ser posteriormente modificado argumentando que no se habría cometido la 'muerte típica de otro'".

Pero, en la clasificación jurídica de una conducta no hay nada que pueda depender de que "su turno" era "antes" o "después". La conducta del hijo de trece años es de cualquier modo un hecho antijurídico inculpable según el art. 216; mientras que en los casos decididos por el TSL Núremberg y el TFA no es que se había levantado "posteriormente" la imputación al resultado, sino que ni siquiera había sido realizada. La evaluación jurídica

(24) Jura 2004, p. 671.

del intermediario se produce, como es común, no a partir de la presencia de una autoría mediata –en ello HERZBERG tiene razón–, sino a partir de la valoración jurídica de la conducta de intermediario. Pero esta conducta, debido al suicidio doloso y responsable del incitador, no da lugar a una imputación del resultado. Y es que –a diferencia de lo que por lo visto opina HERZBERG– no está permitido valorar "anticipadamente" y casi "aisladamente" como homicidio imprudente, la conducta del intermediario sin considerar su manipulación a través del suicida que dirige los hechos.

En cuarto lugar, HERZBERG se remite al art. 216[25]: "El art. 216 pone en claro que la vida también queda protegida penalmente frente a su abandono autónomo". Por ello, intuitivamente uno se resistiría a "ver desligado del deber de protección y de cuidado" al intermediario tan solo por el hecho de que este habría sido engañado por el suicida. Pero la intuición no es un argumento de peso cuando el defensor de una opinión divergente sigue otra intuición. Y tampoco se discute la imprudencia del intermediario, sino la imputación del resultado; y es que es impune la colaboración imprudente en un suicidio doloso y responsable. Pero sobre todo HERZBERG, en su expresión de "que la vida también queda protegida penalmente frente a su abandono autónomo", oculta lo más importante en nuestro contexto: que esto rige solamente frente a la muerte a petición cometida dolosamente, pero no en la participación imprudente en un suicidio.

En quinto lugar y por último, HERZBERG, empleando un caso práctico[26], quiere demostrar la insostenibilidad de la absolución en las dos sentencias mencionadas al inicio. Remite "al conductor que, por un grave descuido atropella mortalmente a un suicida que se encuentra echado en la calle. El conductor no evita aquello que indudablemente estaba obligado a evitar según la ley, y que también hubiera podido evitar si hubiera guardado el cuidado debido; por ello interviene el art. 222 StGB, aunque el cansado de vivir había utilizado al conductor como instrumento de su suicidio".

(25) Jura 2004, p. 671.

(26) Jura 2004, p. 671; de manera similar ya antes en NStZ 2004, p. 7.

Pero tampoco este ejemplo me prueba lo que se supone debía probar. Para provocar la impresión de un especial merecimiento de pena, HERZBERG ha recurrido a una variante poco realista de un tipo de suicida en realidad muy frecuente. Y es que cuando alguien quiere suicidarse –lo que ocurre todos los días– arrojándose frente a un auto o un tren, no lo hará echándose en la pista de una manera que sea visible desde lejos, de modo que solo un "grave descuido" puede llevar al resultado deseado, el atropellamiento. Este proceder constituiría un método de suicidio que promete poco éxito. Más bien, y como ocurre una y otra vez, el suicida se arrojará frente al vehículo de una manera que el conductor no tenga tiempo de frenar o evitar el encuentro. En tales casos, sería poco equitativo querer penar al conductor por homicidio imprudente cuando, en caso de una atención aguda, apenas hubiera sido posible evitar el accidente.

Y es que se trata de una forma de homicidio especialmente inescrupulosa, porque lleva a estados de shock y daños traumáticos en el infortunado conductor que necesitará tratamiento médico. Sería una sobrerreacción estatal querer imponerle además una pena criminal, haciendo quizá así que se desvíe definitivamente del camino de vida ordenado. Los dos intermediarios de nuestros casos iniciales, que no han querido hacer nada malo, tendrán que padecer durante mucho tiempo como consecuencia de los hechos en los cuales se vieron involucrados sin desearlo. No se entiende por qué tenga que incrementarse más mediante la pena de estos padecimientos pese a que la "víctima" tan solo ha querido imponer su voluntad.

Por todo esto me parece que, pese a la gran agudeza empleada, no se ha visto coronado por el éxito el intento de HERZBERG de querer apoyar las sentencias condenatorias en los casos de la "pistola" y del "saco de basura".

VI

Lo mismo rige también para el artículo de KÜPPER[27], según quien "casi todas las reflexiones dogmáticas", en los dos casos expuestos, llevan a

(27) JuS 2004, p. 757 y ss. (760).

la punibilidad por homicidio imprudente. En lo esencial, este autor aporta dos argumentos que tampoco son convincentes.

En primer lugar, KÜPPER apoya la responsabilidad imprudente del intermediario de una manera nada clara, en la supuesta falta total o parcial de dominio del hecho del suicida. Al inicio dice correctamente lo siguiente(28): "La acción dolosa supone que el dominio del hecho habría tenido que estar en manos del inculpado...". De esto se tendría que deducir que no ocurriría en caso de una acción meramente imprudente. Pero KÜPPER opina distinto. Habla de un "dominio fáctico del hecho" del intermediario engañado y deduce(29): "En los hechos que nos ocupan, la cuestión (...) culmina en si el dominio del hecho del autor se ve sobrepuesto por el influjo determinante de la víctima". Al final parece arribar a una forma de "división del dominio del hecho"(30). Y es que él basa su resultado en la tesis de que la colaboración impune en un suicidio presupondría "el dominio del hecho exclusivo" del suicida; recién entonces este dominio excluiría aquel del "autor". Luego, los intermediarios habrían tenido un dominio parcial de los hechos, lo cual, según la opinión de KÜPPER, bastaría para la punición por imprudencia.

Pero todo esto, de manera similar a lo que se ha visto en el análisis crítico del fallo del BGH, se basa en un erróneo entendimiento del dominio del hecho. Un dominio del hecho (aunque se trate de uno parcial) sin dolo no es un concepto. KÜPPER, quien proviene de la escuela finalista, recordará que WELZEL siempre ha hablado exclusivamente de "dominio final del hecho". Ciertamente el partícipe también actúa finalmente. No obstante, la conceptualización de WELZEL es, en todo caso, plenamente correcta en cuanto a que uno nunca podrá tener el dominio del hecho sobre sucesos que uno no ha acogido en su dolo y que queda fuera del nexo de la finalidad. Dado que los intermediarios no querían la muerte ni tampoco la habían acogido siquiera como dolo eventual en sus objetivos, el dominio sobre la causación de la muerte estaba solamente en

(28) JuS 2004, p. 758.

(29) JuS 2004, p. 759.

(30) JuS 2004, p. 760.

el suicida. Pero, con ello, la colaboración imprudente del engañado era impune también siguiendo las premisas de KÜPPER.

KÜPPER(31) extrae su segundo argumento del caso del perjuicio a terceros mediante un intermediario no doloso. Dirige su mirada "al caso normal de autoría mediata en una relación de tres personas (autor-intermediario-víctima). El sujeto de atrás también puede ser autor mediato cuando el 'instrumento' actuare imprudentemente. A la inversa se deduce de ello que la punibilidad por imprudencia del ejecutor no se ve afectada por la acción de la dirección de los hechos".

Esto es, por supuesto, plenamente correcto para el caso del perjuicio a terceros. Pero KÜPPER descuida que la colaboración imprudente en un perjuicio a terceros y en un autoperjuicio doloso y responsable están sometidos a una evaluación jurídica totalmente diferente. El primer caso es indudablemente punible; el segundo no lo es debido a las razones mencionadas al principio y que también han sido reconocidas por la jurisprudencia. Entonces, tampoco este planteamiento lleva a la punibilidad de aquellos que, como intermediarios engañados, colaboraren en la muerte del suicida.

VII

Con ello concluyo esta contribución dedicada a HARRO OTTO, deseándole mis más cariñosos saludos por sus 70 años. El homenajeado no es discípulo mío en el sentido estricto de la palabra, pero sí ha sido uno de mis primeros pupilos. Y es que puedo vanagloriarme de haberlo "descubierto" hace 50 años cuando el joven estudiante OTTO visitaba los cursos de preparación para los exámenes que yo solía dirigir como "asistente científico" en la Universidad de Hamburgo. Y si mal no recuerdo, él también colaboró en el equipo estudiantil de correctores que yo fundé. Más tarde hemos recorrido unidos por una entrañable amistad la vida catedrática y espero que este camino conjunto pueda continuarse durante mucho tiempo más. ¡Deseo al septuagenario HARRO OTTO suerte, salud y continua creatividad durante muchos años!

(31) JuS 2004, p. 760.

¿Atípica muerte a petición? (*)

I

La punibilidad de la "muerte a petición" se ha convertido en la actualidad en uno de los temas centrales de la discusión tendente a la reforma del Derecho penal médico. La toma de posición del "Consejo Nacional de Ética" de 13 de julio de 2006 acerca de la "autodeterminación y asistencia al final de la vida" y de la Jornada de Juristas de 2006, en el cual el tema también está a la orden del día(1), van a intensificar aún más la discusión pública y en los medios de comunicación referida a estas cuestiones.

GÜNTHER JAKOBS, en dos minuciosos trabajos, ya había analizado críticamente el problema de si la "muerte a petición" debería ser penada, en un momento en el que el debate todavía discurría tranquilamente y apenas

---

(*) Título original: "Tatbestandslose Tötung auf Verlangen?", FS Günter Jakobs, Colonia, 2007, pp. 571-581.

(1) Al momento de la elaboración de estas líneas, todavía no estaba a disposición el Informe C de VERREL, "Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung" (agosto 2006). Sobre el estado actual de la cuestión ver también: OTTO, "Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung", NJW 2006, p. 2217 y ss.; VERREL, "Sterbebegleitung –eine Regelungsaufgabe des Strafrechts", anexo a NJW 22/2006, p. 14 y ss.; SCHROTH, "Sterbehilfe als strafrechtliches Problem", GA 2006, p. 549 y ss.; MERKEL, "Aktive Sterbehilfe – Anmerkungen zum Stand der Diskussion und zum Gesetzgebungsvorschlag des 'Alternativ-Entwurfs Sterbebegleitung'", FS Friedrich-Christian Schroeder, 2006, p. 297 y ss.

si se podían oír voces que clamaran la intervención del legislador[2]: primero en 1993 en el Libro-Homenaje a Arthur Kaufmann[3] y luego en 1998 en una conferencia dada ante la Academia Bávara de las Ciencias[4]. En ambas contribuciones, él arriba al resultado de que toda razonable "muerte a petición" excluiría el tipo del art. 216. En esto, renuncia a medidas de garantía como las que incluyen los actuales partidarios de la admisibilidad de una "muerte a petición", sea que estas consistieren en conversaciones esclarecedoras con un médico, recurrir a la opinión de un segundo médico, la legalización notarial de la petición de morir, la autorización dada por una comisión de ética o la revisión ulterior a través de una comisión contralora[5]. Con una propuesta como esta, que da carta libre a la muerte a petición y que tan solo permite el control de un juicio objetivo de la razón, JAKOBS se encuentra prácticamente en una posición solitaria ya según el derecho vigente e incluso también de cara al futuro según las propuestas de lege ferenda existentes. Luego, su voto constituye por lo menos una toma de posición muy valiente. Compagina bien con esto el que él, refiriéndose al mencionado Proyecto-Alternativo que persiste en la punibilidad de la "muerte a petición"[6], lo hubiera criticado de "pusilánime"[7].

Por cierto que podría ser que los autores de esta propuesta de ley, que habían reafirmado su concepción en el 2005 continuando con el proyecto

(2) Constituía una excepción el "Proyecto Alternativo de Ley sobre asistencia a morir" de 1986, el cual persistía en la punibilidad de la "muerte a petición" y solamente quería permitir una exención facultativa de pena en casos extremos. La 56ta. Jornada Alemana de Juristas (1986) se había aunado a esto, pero rechazó la regulación legal amplia (NJW 1986, p. 3073).

(3) JAKOBS, "Zum Unrecht der Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen", FS Arthur Kaufmann, 1993, p. 459 y ss. (a continuación se tomará referencia a este texto de manera resumida como TV I).

(4) JAKOBS, "Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem", 1998 (resumidamente: TV II).

(5) Más detalles sobre estas propuestas en ROXIN, "Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe", en ROXIN/SCHROTH (coords.), "Medizinstrafrecht"; 3a. ed., 2007 (de próxima aparición).

(6) Cfr. nota 2.

(7) TV II, p. 470, nota al pie 39.

de 1986[8], hubieran llegado a sus conclusiones menos por pusilanimidad que por convencimiento acerca de su corrección. Puesto que yo he colaborado en ambos proyectos alternativos, me será permitido recoger una vez más el diálogo sobre un tema tan actual. Esto no se hace con ánimo de discutir por discutir, sino en aras de la cuestión misma; pero tampoco la exposición tendrá visos polémicos, sino un espíritu de respeto entre colegas que siempre nos hemos guardado el uno con el otro[9]. En este contexto, no podré tratar toda la problemática del auxilio activo y directo a morir con las numerosas propuestas de solución de la literatura y las variadas regulaciones extranjeras[10], sino me concentraré, en lo esencial a la discusión con las tesis de JAKOBS.

II

El punto de partida de JAKOBS me parece indiscutible: el estado no tiene derecho a someter a pena el suicidio (o sea, su intento) ni la participación en él. Para mí, la razón de esto está en que veo que la finalidad del Derecho penal radica en la protección de bienes jurídicos y el suicidio no afecta ningún bien jurídico ajeno. El impedir que otras personas plenamente responsables se perjudiquen a sí mismas no forma parte de las tareas del Derecho penal. JAKOBS[11] manifiesta la misma idea a través del precepto: "Mantén tu organización en tal estado que tú no te conviertas en motivo de un perjuicio para otros (...). No dañes (...)". Los argumentos morales no podrían fundamentar la penalización de los que cooperaren en suicidios[12]: "La moral por sí misma ya no constituye un contenido estatal y, en un estado que garantiza con derechos fundamentales el pluralismo

(8) SCHÖCH/VERREL, "Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung", conjuntamente con los catedráticos alternativos, en GA 2005, p. 553 y ss.

(9) La conferencia aparecida en el Informe de las Sesiones de la Academia Bávara (TVII) tiene la observación siguiente: "presentado por Claus Roxin el 08 de mayo de 1998".

(10) Cfr. al respecto mi panorama –que se queda aún corto– en la contribución mencionada en la nota al pie 5.

(11) TV I, p. 460.

(12) TVI, p. 464 y ss.

y el individualismo, tampoco puede serlo por definición (...)". Todo esto merece aprobación.

De esto, JAKOBS deduce que la "muerte a petición", en todo caso no podría ser entendida como delito de lesión contra la persona del solicitante. Y es que el deseoso de morir organizaría su muerte por sí mismo. Faltaría siempre una "arrogación de organización" en la muerte a petición(13). "La única diferencia entre suicidio y muerte a petición" consistiría en "aquella que existe entre la persecución de objetivos realizada de propia mano o mediante reparto de tareas; es el propio sujeto cansado de vivir quien, en ambos casos, decide por sí mismo cuál es la finalidad y cómo debería perseguirse"(14).

Sobre la base de estas suposiciones, JAKOBS encuentra la razón de por qué sería punible la "muerte a petición", pero no la complicidad en un suicidio: en la protección del dispuesto a morir ante un suicidio precipitado, no suficientemente meditado, el cual estaría mejor garantizado en caso de una ejecución de propia mano que en la mera petición a otro.

"El criterio de decisión encuentra su sentido tan solo en la preocupación paternalista de que el solicitante sea quien tome por sí mismo la decisión definitiva (...), que se le (...) ponga a la vista de manera drástica, con la imposibilidad de la delegación, la importancia de su petición. Luego, la muerte a petición (...) no sería un delito de lesión contra la persona, la disposición estatuye más bien (...) una norma contra las eventuales decisiones precipitadas en relación con la propia vida"(15).

En su ponencia posterior, JAKOBS caracteriza estas "precipitaciones" como "falta de madurez ejecutora"(16). Al faltar la realización de propia mano en el suicidio, el legislador presumiría falta de madurez ejecutora. La "muerte a petición" sería por ello un "delito de peligro abstracto"; su punibilidad garantizaría que "el deseo de matarse del cansado de vivir

(13) TV I, p. 467.

(14) TV II, p. 16.

(15) TV I, p. 467 y ss.

(16) TV II, pp. 22 y 23 (aquí también la cita que sigue).

solo se realizare cuando él subjetivamente alcanzare la madurez ejecutora, es decir, cuando la voluntad esté fundamentada por completo a partir del objetivo del cansado de vivir que ya no tenga que ser verificado por nadie más. Al limitar la liberación de pena al suicidio que se realiza sin reparto de labores, se excluyen *a limine* las dudas sobre la madurez ejecutora subjetiva".

Hasta aquí puedo seguir sin problemas a JAKOBS. Por más que la garantía de la "madurez ejecutora subjetiva" no constituyere la única razón valedera para la punibilidad de la "muerte a petición" –al respecto se tratará más abajo– de todos modos nos provee un argumento importante. Hace ya cuarenta años he dicho yo mismo(17): "... muchos se han puesto la pistola (...) en la sien, pero pocos han tenido el valor de apretar el gatillo. Quien –presuponiendo la imputabilidad– superare esta última resolución, deberá responder él mismo por su muerte. No obstante, cuando un tercero ajeno librare al cansado de vivir de la decisión irrevocable antes de una ejecución de la cual acaso se hubiera apartado finalmente, es este mismo quien asume la responsabilidad por la muerte de la víctima y se hace punible según el art. 216".

A mí me parece que esto, en su sustancia argumentativa, coincide con el proceso mental de JAKOBS, aun cuando yo persisto en admitir constructivamente un delito de homicidio (aunque por cierto bastante atenuado).

Mis objeciones comienzan recién en el siguiente paso mental de JAKOBS con el cual hace desaparecer otra vez en mucho la punibilidad de la muerte a petición que había fundamentado con su exposición precedente. Él opina, a saber, que la precipitación y la falta de "madurez ejecutora subjetiva" de un deseoso de morir podrían ser excluidas, además de por su ejecución de propia mano, también a través de la "razonabilidad" de la petición de morir. La protección ante precipitaciones perdería su razón de ser "cuando, a partir de la situación objetiva, resultara que el deseo de morir tiene razones que (...) son por lo menos aceptables"(18).

---

(17) ROXIN, "Täterschaft und Tatherrschaft", 2a. ed., 1967; el pasaje se encuentra ahora en la 8a. ed., 2006, p. 569 y ss.

(18) TV I, p. 470.

"Si el peligro de una precipitación no pudiera ponerse en duda, el derecho de la persona de determinar su vida y su muerte tiene en su contra (...) tan solo la mera exigencia de obedecer la norma. Según las reglas del estado de necesidad prevalece el derecho de la persona frente al interés de que no se produzcan tales peligros abstractos"(19).

Posteriormente(20), pretende incluso excluir ya el tipo de "muerte a petición"(21).

"La prohibición de la 'muerte a petición' que sirve para garantizar la madurez ejecutora no puede, entonces, regir para dar muerte ante *cualquier* petición, más bien solamente ante tales peticiones de las que es seguro que son objetivamente razonables. Ya el tipo de muerte a petición debería ser reducido de la manera correspondiente porque deberá presumirse jurídicamente de una petición objetivamente razonable que por más que exista le falta la madurez ejecutora"(22).

III

Como ya he dicho, aquí comienzan mis dudas, las cuales resumiré en cinco puntos.

En primer lugar, me parece que la propuesta de JAKOBS sobrepasa los límites de la interpretación legal posible. Menciona como ejemplos de una muerte a petición no razonable, las "penas de amor"(23) y "una desazón claramente pasajera"(24), en cambio, hace valer para una razonable petición a morir la "irreversible y grave postración", los "dolores agudos" que no pudieran ser combatidos o solo lo fueran reduciendo la

(19) TV I, p. 471.

(20) TV II, p. 29.

(21) Ya lo había sopesado en TVI, p. 470, nota al pie 34.

(22) TV II, p. 29.

(23) TV II, p. 31.

(24) TV I, p. 471, n. marg. 38.

conciencia, aunque también –sin enfermedad– la "pérdida de cualquier sentido de vida privada"(25).

No se puede desconocer que según esto la inmensa mayoría de todas las muertes a petición, sobre todo el ámbito del auxilio activo a morir, ya no caería dentro del art. 216 StGB. Los casos en los cuales las "desazones pasajeras", entre las cuales también contarán los males de amor, puedan dar motivos para dejarse matar por otro, serán extremadamente raros; y si se produjeran alguna vez, se deberán a alteraciones síquicas que pondrían en duda la seriedad de la petición.

Ahora bien, si el tenor de la ley ha sometido a pena, de manera categórica y sin dar lugar a ninguna excepción la muerte a petición, ya no puede verse como interpretación aquella que llega al resultado de que la muerte a petición casi nunca es penada. Ciertamente, no es inadmisible la reducción teleológica de disposiciones demasiado amplias. Pero una interpretación que extrae del tipo el núcleo básico de los casos de aplicación –y de esto se trata siempre con las situaciones de auxilio a morir– no lo está interpretando según las intenciones del legislador, sino prácticamente lo está derogando.

No se puede tampoco escapar de esta objeción procediendo, como JAKOBS también sopesó al principio, de tal manera que, en caso de muertes a petición "razonables", si bien se declara realizado el tipo del art. 216, se recurre a la admisión de un estado de necesidad justificante (art. 34). Y es que cuando en caso de "madurez ejecutora subjetiva", no se lesionare ningún interés digno de protección, tendría que desaparecer ya el tipo, puesto que la justificación presupone un interés superior a la lesión del bien jurídico. Por otro lado, un tipo cuya realización estuviera justificada en la gran mayoría de casos, sería una construcción retorcida que no puede atribuirse al legislador. Si él hubiera querido algo así, hubiera formulado el tipo, desde el principio, de forma restringida y hubiera incluido como requisito del tipo la "petición no razonable". Si, independientemente de ambas razones mencionadas, el legislador hubiera querido prever una justificación

(25) TV I, p. 470.

en caso de peticiones razonables de muerte, se hubiera debido esperar además una correspondiente regulación en el art. 228: "Quien realizare la muerte a petición por motivos razonables, no actuará antijurídicamente".

En segundo lugar, doy a pensar que, en caso de decisiones individualísimas sobre la vida y la muerte, no puede haber parámetros de "razonabilidad objetiva de la petición" que podrían ser "controladas por el derecho"(26). Tal como lo muestra la discusión, los puntos de vista éticos son tan controvertidos que a partir de ellos no es posible obtener reglas objetivas. Y el estado no puede imponer al individuo las opiniones fundadas religiosamente, que también varían mucho. JAKOBS, también por ello, al determinar lo razonable, se centra en lo "usualmente querido"(27), es decir, en "aquello que rige como estándar". Puesto que en la eutanasia indirecta y la pasiva se centraría en lo usual, podría procederse exactamente por igual en caso de la concreción del parámetro de la razonabilidad: "Lo que la mayoría exige (...) conforma el estándar según el cual se deberá actuar en caso de duda".

Pero, independientemente de la justificación de una estandarización como esa, se tendrá que reconocer que ellas nunca serán posibles en decisiones existenciales, tales como las que aquí se deberán adoptar. En uno de los casos, el sujeto, pese a su postración grave, lucha en cada momento de la vida que le queda; en el otro, el sujeto, pese a un padecimiento comparativamente menor, ya no tiene más fuerzas para vivir. Uno, al perder el sentido privado de la vida, no ve otra posibilidad que "terminar con todo"; el otro, pese a que su vida es considerada sin sentido, sigue viviendo fatalistamente o hedonistamente, e incluso hay quien busca y encuentra un nuevo sentido a su vida. Aquí no se puede estandarizar nada; no habrá nunca una determinada solución que uno "usualmente" querrá obtener en tales situaciones.

JAKOBS mismo cita el conocido fallo del Tribunal Federal Alemán (TFA), tomo 40, p. 257 y ss., referido a la interrupción de tratamiento médico de una enferma incurable, incapaz de decidir e inconsciente du-

(26) TV II, p. 35.

(27) TV II, p. 26.

rante más de dos años. Aquí el TFA no se había centrado en si la interrupción del tratamiento era "razonable", sino ha exigido que se averigue la voluntad presunta teniendo en cuenta puntos de apoyo concretos. Y había exigido "requisitos estrictos" para la admisión del acuerdo presunto. JAKOBS considera que esto sería un "sobreentendido en tanto no exisitera un estándar"(28). Pero si incluso en los casos mucho más serios de "grave postración", que JAKOBS menciona para el caso del art. 216, no se puede decir qué es lo que la "razón" ordena, ¿cómo va a ser esto posible en la muerte a petición?

En tercer lugar, el problema recién tratado de la imposibilidad de estandarizar las decisiones existenciales, nos deja entrever que tanto la jurisprudencia como la legislación, en el campo del auxilio a morir, en ninguna parte han adoptado como criterio de decisión la razón en el sentido de lo usualmente querido, sino tan solo y siempre la voluntad real del afectado que deberá investigarse en la medida de lo posible. Ciertamente JAKOBS opina que en la eutanasia indirecta y en la pasiva existiría una voluntad presunta "en el sentido de una voluntad que en caso de duda se presumirá como estándar, como algo de carácter general y en este sentido como algo objetivamente vigente y razonable"(29), y de ello deduce que también una petición razonable a morir que corresponda al estándar, tendría que hacer atípica la acción de matar.

Pero la premisa no es correcta. Ya en caso del auxilio indirecto a morir no se debe decidir según un estándar general, sino según la posición individual del moribundo. Cuando él, antes de caer en la incapacidad de declarar, hubiera explicado que, por razones religiosas, no quisiera un tratamiento contra el dolor que eventualmente recortaría la duración de su vida, o que, por razones filosóficas, quisiera experimentar el dolor de la muerte, se tendrá que respetar esto y no se podrá ignorar remitiendo a lo generalmente usual. Con más razón rige esto en el auxilio pasivo a morir, el "dejar morir" en la terminología del Consejo Nacional de Ética(30).

(28) TV II, p. 34.

(29) TV II, p. 29.

(30) Cfr. la "toma de posición" del Consejo de Ética sobre la "autodeterminación y asistencia al final de la vida" de 13-07-2006, p. 29.

Toda la discusión de la reforma y también todas las iniciativas de ley que se han aunado a la sentencia arriba mencionada sobre la interrupción del tratamiento médico, tienden a hacer que la admisibilidad del dejar morir a pacientes incapaces de decidir dependa del contenido de una disposición vinculante del paciente(31), o sea, de la voluntad individualísima del afectado y no de un "estándar". También en caso que faltara tal disposición deberá averiguarse individualmente la voluntad presunta. Incluso si esta coincidiera con lo generalmente usual, la decisión se basará de todos modos en la voluntad del afectado y no en una razón independiente de ella.

Entonces, a partir del tratamiento jurídico de la eutanasia indirecta y pasiva no se puede deducir que una petición razonable de morir excluiría la realización del art. 216 por parte del ejecutor de la muerte. Además de ello, a partir de la impunidad de la participación en el suicidio y de la ratio del art. 216, resulta que el legislador también en el suicidio se centra exclusivamente en la voluntad del suicida y no en la razonibilidad de su deseo de morir. Para la complicidad en el suicidio, esto está claro. Aquí, como también dice JAKOBS(32), "el simple arbitrio del cansado de vivir (excluye) del control jurídico cualquier participación en el suicidio". Pero la misma idea también sostiene la punibilidad de la muerte a petición, porque el legislador parte de que la firme decisión existencial y la irrevocabilidad de la resolución a morir –sea esta razonable o no– solo puede ser probada mediante su ejecución de propia mano.

Luego, en el suicidio, el legislador exige, para la impunidad de terceros participantes, una *voluntad calificada que despeje hasta la última duda sobre su continuidad*, lo cual tampoco deberá criticarse teniendo en cuenta la irrevocabilidad de la decisión que acaba para siempre con cualquier otra posiblidad. Entonces, no es la falta de razonabilidad (o mejor: la inusualidad) de la petición a morir la que sostiene la punibilidad, sino la idea de que únicamente el suicidio de propia mano es capaz de probar, de manera judicialmente practicable, el deseo de morir definitivo y que no es más accesible a ningún consuelo ni tratamiento paliativo.

(31) Cfr. más detalles sobre sus características en ROXIN (nota 5).

(32) TV II, p. 32.

En cuarto lugar, de todo lo expuesto resulta que, sobre la base del programa legal que se manifiesta en la impunidad de la complicidad al suicidio simultáneamente con la punibilidad de la muerte a petición, se tendrá que considerar no como indiferente, sino como decisiva la forma en que se realizare el deseo de morir. JAKOBS opina(33) que constituiría una "arrogación de organización del estado, es decir, una coacción a aquel que deseare su propia muerte, el que se prohíba bajo amenaza de pena a terceras personas ejecutar los hechos". Pero eso es exactamente lo que hace el art. 216 y, como he intentado mostrar aquí, lo hace con buenas razones. Por lo menos, "en caso de una petición con plausibilidad objetiva" no le importaría "para nada al estado como el solicitante llegare a poner fin con su vida: nadie deberá verse obligado a renunciar a aceptar la ayuda de otro con el argumento de que también podría alcanzar su objetivo por sí mismo".

Pero, por otro lado, JAKOBS mismo dice(34) que al estado no le estaría prohibido hacer que la impunidad de la participación en un suicidio se vinculare con un "elemento significativo, precisamente con la ejecución de propia mano y, en caso de faltar este elemento, presumir la falta de madurez ejecutora". En caso contrario, existiría el peligro "de que se asuma el objetivo ajeno, considerado después de todo como propio, sino que se renuncie por completo al propio objetivo". Pero esto no compatibiliza con la impunidad defendida por JAKOBS de toda muerte a petición "razonable". Y es que, si solamente se solicitare la muerte porque en dicha situación eso es lo que usualmente se quiere y constituye el estándar, entonces esto es lo contrario de aquel objetivo propio, individualmente sostenible, de cuya necesariedad también partía JAKOBS originalmente.

En *quinto lugar*, por último, de todo lo dicho anteriormente quisiera deducir el postulado de que los problemas de la colaboración al suicidio no deberían ser abandonados a las tendencias de la época, tal como ocurre en sus consecuencias con el planteamiento de JAKOBS, sino deberían tener como pauta interpretativa los parámetros de una

(33) TV I, p. 470 y ss.

(34) TV II, p. 22.

política criminal humana, respetando la libertad de decisión del deseoso de morir, pero agotando todas las posibilidades médicas, sociales y familiares que pudieran preservar la vida.

Lo que ha denominado "abandono a las tendencias de la época" no constituye una exageración de las tesis de JAKOBS, sino que él mismo lo expone de ese modo. Así, él opina que en la eutanasia pasiva, al final no importaría el dejar morir a pacientes incapaces de decidir, incluso tampoco importaría su voluntad pues ella podría ser averiguada: "Si la renuncia al tratamiento (...) fuera usual, en tal caso cambia también lo que tenga que regir como estándar para los médicos, y en caso de una voluntad presunta que no pueda averiguarse y por ello solamente pudiera ser determinada de forma estandarizada, se deberá proceder de igual modo; luego, en contra de la ampliación de la eutanasia pasiva ayudarán protestas –plenamente averiguables– solo hasta el momento en que pudieran ser desdeñadas como extravagancia de algunos retrasados"(35). "Algo análogo", continúa JAKOBS, ocurriría en la eutanasia directa. Se deberá "poner cada vez más lejos el umbral de aquello que tendría que amenazar como dolor para poder demostrar como razonable un deseo de morir".

Semejantes tesis son plenamente deducibles a partir de las concepciones de JAKOBS. Pero ellas llevan a una dudosa erosión de la protección de la vida en su estadio final. Cuando se convierte en "estándar" el exigir la muerte en la fase final de la vida, porque ello guardaría concordancia con la "razón", se ahorrarían muchos costos al sistema de salud pública, así como a los médicos y la familia muchos esfuerzos, a quienes les será muy difícil negar una petición a morir de los ancianos postrados.

Pero, ¿podemos desear eso? En este ámbito, frente a un desarrollo más bien fatalista como el adoptado por JAKOBS, me gustaría oponer una alternativa más optimista con la vida: en tanto una persona no se cierre a cualquier ayuda y persista categóricamente en su voluntad dirigida a causar su muerte de propia mano, deberá intentarse todo lo necesario para

(35) Aquí y también en la siguiente cita: TV II, p. 34.

respetar el deseo de vivir de personas con enfermedades y padecimientos graves, y permitir así que experimente la última fase de su vida como plena de sentido: mediante el apoyo de personas (por parte de la familia, el personal asistencial, la iglesia y organizaciones caritativas), mediante esfuerzos médicos por prolongar su vida y mediante una terapia paliativa efectiva. Las medidas de este tipo harán, en la mayoría de los casos, que ni siquiera surja el deseo de ser matado por mano ajena.

En cambio, una amplia liberación de la muerte a petición, así como su estandarización, irían en contra de tal manejo de la muerte porque, debido a la habitualidad y la "razonabilidad" de la muerte solicitada a otro, aparecerían como superfluos los esfuerzos en favor de la persona mortalmente enferma. Los elevados costos de un auxilio médico y humano efectivos al final de la vida podrían favorecer una tendencia como esta. Una política criminal humana tiene que plantear al legislador la tarea de oponerse a tal desarrollo. Por ello, debería mantenerse la punibilidad de la muerte a petición y tampoco debería ponérsele a disposición por la vía de la interpretación de manera cada vez más creciente.

IV

Sin embargo, como ya dije, concuerdo plenamente con JAKOBS en que el Estado no tienen ningún derecho a prohibir que una persona quiera quitarse la vida en contra de todos los esfuerzos por preservarla. Esto no solamente se deriva, como se ha expuesto del principio (abajo II) de la restricción del Derecho penal a impedir daños ajenos, sino también de un punto de vista pragmático. Y es que no se debe cerrar los ojos ante el hecho de que no siempre se puede realizar en la realidad la imagen deseable de una muerte bajo cuidados intensivos, en lo posible sin dolores y que es aceptada como muerte natural producto del destino. Padecimientos corporales gravísimos podrían, en casos aislados, hacer que la vida se vuelva tan cruel y se reduzca tanto que la muerte decidida por uno mismo se sienta como una liberación.

Por ello, el Proyecto Alternativo de 2005 ha propuesto una ley de acompañamiento durante la muerte que atenúa la prohibición de las reglas profesionales médicas en cuanto a su participación en suicidios:

§ 4 Suicidio asistido médicamente

A petición expresa de un enfermo mortal, y tras agotar todas las posibilidades terapéuticas que impidan el padecimiento incurable e insoportable, está permitido que un médico preste su colaboración en el suicidio.

El médico no está obligado a prestar tal auxilio, pero, por deseo expreso del paciente, deberá remitir a otro médico que estuviera dispuesto a hacerlo.

Una regulación como esta que concuerda desde hace tiempo con la situación jurídica vigente en el Derecho penal –la impunidad de la complicidad al suicidio– allanaría el camino que haga posible un suicidio liberador y libre de dolores a personas con padecimientos graves para las cuales no habría ninguna otra salida ("tras agotar todas las posibilidades terapéuticas"). Ella es preferible de lejos a una tentativa de suicidio emprendida por su propia cuenta que puede fallar provocando terribles dolores o poniendo en peligro a otras personas (p. ej., al saltar de una ventana o arrojarse a un auto en movimiento), y esto también se corresponde con el derecho de autodeterminación del individuo, al cual no se puede renunciar en situaciones humanas límite, sin reducir la protección penalmente necesaria de la vida.

Se deberá tener en claro que también una propuesta como esta, que al admitir la colaboración ajena en el suicidio se queda muy por detrás de las ideas de JAKOBS, a la par que rechaza por completo una muerte a petición, tendrá que luchar todavía mucho para alcanzar reconocimiento. Recién pocas semanas antes de escribir estas líneas, un artículo publicado en el periódico "Frankfurter Allgemeiner Zeitung" (*Stephan Sham*, 21-06-2006) afirmaba que tanto el exigir la "legalización del auxilio activo a morir" como el postulado a favor de un reconocimiento ético-profesional para el suicidio asistido por médicos en los raros casos de padecimientos irreversibles, estaría basado en un "revoltijo de suposiciones falsas". Frente a un punto de vista fundamentalista como este, se tornan relativas las diferencias de opinión como las expuestas aquí entre JAKOBS y yo. Y tampoco una voz representativa como el "Consejo Ético Nacional", pese

a su nombre, sabe ya qué aconsejar. Si bien el gremio quiere permanecer con la punibilidad básica de la muerte a petición coincidiendo con la solución aquí defendida, no obstante, los miembros del Consejo tienen distintas razones para ello; estas llegan hasta el "respeto de la situación especial en la que se encuentra Alemania frente a la historia de los crímenes de eutanasia durante el régimen nazi"(36). Y en relación con la "complicidad médica en el suicidio", en el Consejo Ético Nacional existen "diferentes concepciones"(37). Unos ven en ello "una contradicción con la ética médica y rechazan por ello admitirla en las normas profesionales". En cambio, según otros, y coincidiendo con el Proyecto Alternativo y la concepción aquí seguida, debería permitirse tal complicidad a los médicos.

O sea que la discusión va a continuar.

V

Con ello, cierro mi contribución que dedico a GÜNTHER JAKOBS en su septuagésimo cumpleaños ofreciéndole mis más calurosos saludos. Si con este motivo he osado presentarme ante él con observaciones en parte críticas, ello se ha debido a que en problemas como los aquí tratados, un progreso de conocimiento presupone una clara confrontación entre las distintas posiciones posibles, y porque yo veo el atrevimiento menos en una excesiva exigencia a la tolerancia de nuestro homenajeado que más bien en el riesgo de verme refutado por él con argumentos perspicaces. GÜNTHER JAKOBS, quien cuenta en la actualidad entre los penalistas alemanes más destacados, es un colega del cual no me separa lo más mínimo en lo personal, aunque sí mucho en la materia (p. ej., en cuanto al Derecho penal del enemigo, el concepto de culpabilidad, la teoría de bienes jurídicos y su concepción sistémica), pero con el cual estoy vinculado en mucho en cuanto a la orientación dogmático-penal y cuya potencia creativa siempre he admirado. ¡Ojalá siga gozando aún por mucho tiempo de su brío y fuerza creativa!

(36) Como en la nota 30, p. 53.

(37) Como en la nota 30, p. 56.

Acerca de la punibilidad del incesto entre hermanos (*)

Sobre la evaluación constitucional de las disposiciones penales materiales



I. INTRODUCCIÓN

Como se sabe, el Tribunal Federal Constitucional (TFC), con su resolución de 26 de febrero de 2008, ha declarado conforme con la Constitución, la punibilidad del incesto entre hermanos mayores de edad (art. 173, párrafo 2, segunda oración, y párrafo 3 del StGB)(1). Desde hace siglos es polémica la legitimidad de esta disposición penal. Ya en 1778, HOMMEL(2) escribía: "Casarse con su propia hermana es para los cristianos un pecado, pero no constituye un injusto civil. Y es que tan solo significa delito o injusto aquello con lo cual yo ofendo a alguien (...) Puede ser algo infame, puede ser algo pecaminoso, pese a lo cual no puede tratarse de un delito. Persona, ciudadano y cristiano son tres conceptos diferentes". El punto de vista de HOMMEL es compartido ampliamente por la actual ciencia penal. Debería dar que pensar al TFC que no solamente el

(*) Título original: "Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests. –Zur verfassungsrechtlichen Überprüfung materiellrechtlicher Strafvorschriften–", StV 9/2009, pp. 544-550.

(1) Sentencia del TFC, tomo 120, pp. 224-255.

(2) K. F. HOMMEL, "Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen. Hommelische Vorrede", p. 2, editado por Leckschas, 1966.

único penalista de la Sala sentenciadora, HASSEMER, en un voto singular hubiera abogado por la inconstitucionalidad de la disposición(3), sino que todas las recensiones de la resolución a las que he tenido acceso hubieran considerado, sin excepciones, errónea la resolución(4). Pero el legislador siempre se ha aferrado hasta ahora a la legitimidad de la punibilidad del incesto entre hermanos, y la gran mayoría de la Sala sentenciadora ha seguido esta concepción haciendo una fundamentación detallada. Por ello, vale la pena someter la resolución del TFC a un análisis crítico. Si bien los casos de incesto entre hermanos son muy raros en la práctica, y es aún más raro que lleven a condenas, el tipo plantea cuestiones básicas sobre el alcance de la potestad penal estatal y según este punto de vista también es de gran interés para el defensor penal.

Comenzaré con una triple expresión de asombro sobre la resolución del TFC, que a continuación deberá arrojar frutos con las reflexiones posteriores.

En primer lugar, también en la presente resolución resalta el hecho de que nuestro Tribunal Constitucional casi nunca se decide por declarar la inconstitucionalidad de una disposición penal, mientras que en el marco del Derecho procesal, en aras de las libertades ciudadanas, sí coloca límites muy enérgicos al legislador(5). Anteriormente incluso ha dado su visto bueno(6) a la punibilidad de la homosexualidad, la cual en la actualidad ha sido reconocida como una conducta privada legítima y que hace mucho ha quedado fuera del alcance del legislador penal. Con razón dice HÖRNLE, indicando una resolución reciente(7): "Si se comparase el peso de las in-

(3) Sentencia del TFC, tomo 120, pp. 255-273.

(4) En orden alfabético: BOTTKE, LH a Volk, 2009, p. 93; CORNILS, ZJS 2009, p. 87; GRECO, ZIS 2008, p. 234; HÖRNLE, NJW 2008, p. 2085; HUFEN/JAHN, JuS 2008, p. 550; NOLTENIUS, ZJS 2009, p. 15; ZABEL, JR 2008, p. 453; ZIETHEN, NStZ 2008, p. 617. De entre los comentarios que se manifiestan con especial énfasis: FISCHER, StGB, 55a. ed., 2008, § 173, n. marg. 2.

(5) Cfr. tan solo las recientes referencias de HÖRNLE en NJW 2008, p. 2088; también BOTTKE (LH Volk, 2008, p. 107) considera esto "extraordinariamente insólito".

(6) Sentencia del TFC, tomo 6, p. 389 y ss.

(7) HÖRNLE, NJW 2008, p. 2088.

tervenciones, el contraste solo podrá caracterizarse como paradójico. El archivamiento de la matrícula de su auto es para el afectado una bagatela, pero con seguridad no lo será el cumplimiento de una privación de libertad de varios años. Precisamente cuando sería necesario un serio control para proteger a los ciudadanos ante graves intervenciones en derechos fundamentales, el TFC lo deniega".

En segundo lugar, se puede comprobar que el Tribunal enfatiza, de manera muy unilateral, tan solo los posibles efectos dañosos (que nunca han sido concretamente probados) de las relaciones entre hermanos, pero no menciona para nada sus aspectos positivos y los efectos negativos de la pena criminal. Y es que resulta evidente que la vinculación incestuosa entre aquellos hermanos que habían crecido sin padres y bajo las más difíciles condiciones de socialización, significaba para ellos, frente a su aislamiento interno, el único apoyo en la vida y les trasmitía un poco de cobijo y felicidad[8]. Con toda seguridad, la aplicación de medidas de previsión social sería más moderada y humana que la destrucción violenta de una cuasi familia como ocurre con la punición y el encarcelamiento del padre, hecho que todas las partes solamente podrán sentir como una tragedia. Para los hijos, puede constituir una conmoción y una experiencia traumatizadora el tener que ir por la vida con la conciencia de que su concepción ha llevado a su padre a la cárcel. La jurisprudencia constitucional de un Estado social de Derecho no debería soslayar estos aspectos.

En tercer lugar, por último, resulta notable que nuestro Tribunal Constitucional no hubiera hasta ahora desarrollado una concepción para limitar el poder punitivo estatal. Ciertamente, es correcto que las intervenciones estatales deban ser idóneas, necesarias y proporcionales para alcanzar su objetivo. Pero también es igualmente correcto que no deba ser objeto de una conminación penal cualquier objetivo arbitrario, sino que también este objetivo, por sí mismo, precise de una justificación. La jurisprudencia no ha aclarado nunca este requisito básico. Es allí donde

(8) ZIETHEN (NStZ 2008, p. 618) resalta acertadamente que, en la legislación referida al matrimonio, el legislador ha atribuido a la paternidad de hermanos carnales un efecto preservador del ordenamiento.

seguramente radica la causa de que el Derecho constitucional hubiera hasta ahora tenido tan poca influencia en el Derecho penal material: si está permitido conseguir cualquier objetivo legislativo mediante amenazas penales, esto puede convertirse en una carta libre para intervenir en las libertades ciudadanas; algo que ha sido reconocido desde hace mucho como inadmisible en el Derecho procesal penal. Si no se da respuesta a la cuestión referida a la legitimación del objetivo perseguido por el legislador quedan en suspenso, al igual que la evaluación de la proporcionalidad, todas las reflexiones sobre la idoneidad y necesidad de una conminación penal para alcanzar esta finalidad, motivo por el cual, a continuación, estas solo serán mencionadas ocasionalmente.

Según el estado actual de conocimiento, existen dos límites para el derecho que tiene un Estado a intervenir utilizando el Derecho penal: la necesidad de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico mediante la conducta incriminada y el deber de respetar este núcleo de la esfera privada de la configuración de la vida. El mérito de la resolución sobre el incesto radica en que tematiza ambos límites, aunque por cierto no reconoce haberlos infringido. Esto será explicado a continuación con más detalle.

II. LA TAREA DEL DERECHO PENAL COMO PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS

La resolución comienza primero de manera muy prometedora haciendo una declaración programática(9): "El Derecho penal es empleado como 'ultima ratio' en la protección de bienes jurídicos cuando determinada conducta, más allá de su carácter prohibido, fuera especialmente dañosa para la sociedad e insoportable para la ordenada vida común de las personas, y por ello resultare urgente impedirla".

Pero, en vez de explicar por qué sería insoportable la impunidad de los raros casos de incesto entre hermanos mayores "para la vida común ordenada de las personas", el Tribunal se escapa de las consecuencias de su concepción pretendiendo dejar al legislador "al igual que los fines de

(9) TFC, tomo 120, pp. 239-240.

la pena (...) también el fijar los bienes que deban protegerse mediante el Derecho penal (...) Esta potestad no puede ser restringida invocando a bienes jurídicos supuestamente preexistentes o 'reconocidos' por instancias situadas más allá del legislador. Ella más bien encuentra sus límites (...) tan solo en la Constitución misma en tanto y en cuanto ella excluyera desde el principio la persecución de determinada finalidad"(10).

Esto alberga una contradicción inexplicable. Con razón dice NOLTELIUS(11): "No es inteligible por qué la mayoría de la Sala caracteriza al principio al Derecho penal como ultima ratio en la protección de bienes jurídicos (...) pero cuatro párrafos más adelante explica que no podrían deducirse exigencias para las normas penales a partir de la teoría penal de bienes jurídicos (...)". Y es que el Tribunal mismo había planteado antes un concepto de bien jurídico de contenido suficientemente concreto al atribuir al Derecho penal la tarea de impedir toda conducta que fuera "especialmente dañosa para la sociedad e insoportable para la ordenada vida común de las personas, y por ello resultare urgente impedirla". Las conductas de este tipo constituyen lesiones a bienes jurídicos, de manera que el concepto de bien jurídico podría ser descrito positivamente en el sentido de que pueden designarse como bienes jurídicos a los presupuestos para una coexistencia libre y pacífica entre las personas dentro de una organización estatal(12). Tal restricción del Derecho penal a lesiones y puestas en peligro de bienes jurídicos también puede ser fundamentada constitucionalmente, porque, según el modelo de teoría del Estado tradicional proveniente de la Ilustración, que constituye la base de la Constitución y también las tesis de HOMMEL citadas al principio, el soberano (el pueblo) transfiere al Estado el poder punitivo únicamente para proteger sus libertades y derechos (y no, p. ej., para imponer determinadas creencias, ideas morales o ideologías,

(10) TFC, tomo 120, p. 242.

(11) NOLTELIUS, ZJS 2009, p. 17.

(12) Significando materialmente lo mismo, aunque con una formulación algo más detallada, digo en mi manual ("Strafrecht AT", tomo 1, 4ª. ed., 2006, § 2, n. marg. 7) que serían bienes jurídicos "todas las circunstancias o finalidades (...) que fueran necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal basado en la idea de este objetivo".

o para una protección paternalista)[13]. Allí donde el Estado utilizare el poder punitivo con finalidades que fueren más allá de esto, estará atentando contra la prohibición de exceso.

En una frase tópica resumida podría caracterizarse la lesión de bienes jurídicos como la producción de un "daño social". El que no se pueda dejar de lado esta exigencia como presupuesto de la potestad interventora penal, también lo muestra la sentencia del TFC cuando, dando otro giro, sí que menciona tres bienes jurídicos cuya lesión "en todo caso en su totalidad" legitimaría la punibilidad. "El legislador no ha infringido su margen de libre decisión (...) al haber considerado suficiente (...)" para una sanción penal "... la preservación del orden familiar, la protección de la pareja 'inferior' de una relación incestuosa así como, de manera complementaria, la evitación de enfermedades genéticas en los descendientes de una relación incestuosa..."[14].

El margen de la libre decisión del legislador, que menciona repetidas veces la resolución comentada, existe realmente en la medida en que no tiene para nada que penarse cualquier lesión de bienes jurídicos. Son lesiones de bienes jurídicos, p. ej., también las sustracciones de propiedad y las infracciones contractuales, que pese a todo no son generalmente punibles. Pero de esto no se deriva que, al faltar cualquier lesión a un bien jurídico, se pueda imponer una sanción penal. Pese al proclamado rechazo a la fuerza restrictiva penal de la idea de la protección de bienes jurídicos, en el fondo tampoco el TFC se aleja de este entendimiento. Y es que, en caso contrario, no tendrían sentido las amplias exposiciones sobre la dañosidad social del incesto entre hermanos que contiene la resolución. No obstante, las tres supuestas lesiones de bienes jurídicos, que la Sala cree haber descubierto (el perjuicio del "ordenamiento familiar", la afección de la pareja "inferior" y alguna enfermedad genética de los descendientes),

(13) Este no es el lugar para desarrollar con detalle una moderna teoría de bienes jurídicos. Por ahora basta con remitir a los trabajos previos en mi manual (nota 12, § 2, n. marg. 51 y ss., p. 63 y ss.).

(14) TFC, tomo 120, p. 243.

si se las examina con detenimiento, no demuestran ser apropiadas para fundamentar un daño social que legitime la punibilidad[15].

1. El perjuicio para el orden familiar

La Sala –al igual que antes el legislador– se apoya sobre todo en la protección del matrimonio y la familia como motivo para la punibilidad del incesto entre hermanos. No obstante, tal fundamento penal no puede acompañar a la disposición. Esto deberá exponerse, en forma breve, en seis argumentos.

Primeramente, la disposición no presupone que los hermanos hubieran vivido alguna vez juntos en una familia. También en el caso que ocupó al TFC los hermanos habían vivido desde su más temprana niñez fuera de su familia original (destrozada y separada). Recién el año 2000 habían tomado conocimiento uno del otro, cuando el hermano tenía ya 24 y la hermana 16 años[16]. No se comprende qué "familia" habría podido ser perjudicada a través de su relación.

En segundo lugar, la circunstancia de que la punibilidad recién comienza al alcanzar los 18 años de edad (art. 173, párrafo 3 StGB), muestra que lo que interesa no puede ser la protección de la familia. Y es que los hermanos adultos viven mayormente fuera de su familia originaria y, a través de su conducta, ya no la pueden afectar. Si se quisiera extender el concepto de familia más allá de la vida en común en la organización familiar a todos los casos de parentesco carnal[17], quedaría totalmente sin saberse por qué la punibilidad podría contribuir a "preservar el ordenamiento familiar"[18] y por qué la "estructura del orden presupuesto"[19] se vería "conmovida" a través de la relación entre hermanos. Y es que la suposición de una "es-

(15) Cfr. al respecto ya antes el voto singular de HASSEMER en TFC, tomo 120, pp. 266-268, así como HÖRNLE, NJW 2008, p. 2086; BOTTKE en FS Volk, 2009, p. 103 y ss.

(16) TFC, tomo 120, p. 234 y ss.

(17) Al respecto, HÖRNLE, NJW 2008, p. 2086.

(18) TFC, tomo 120, p. 43.

(19) TFC, tomo 120, p. 245.

tructura ordenativa" existente fuera de la vida familiar común constituye una ficción y no un bien jurídico.

En tercer lugar, un perjuicio familiar tampoco puede apoyarse en una "superposición entre relaciones familiares y reparto de roles" ni en la "afección de las imputaciones estructuradoras dentro de una familia" que derivaría de la primera(20). Y es que tan solo se puede llegar a ella en caso de que surgieran hijos de la relación, algo que el tipo precisamente no exige. E incluso si hubiera niños cuya madre fuera simultáneamente su tía, y cuyo padre fuera su tío, tampoco hay en ello ningún daño, sino tan solo una caracterización de la filiación. Cuando la Sala dice: "Tales superposiciones de roles no se corresponden con la imagen de la familia en la cual se basa el art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental"(21), esto es ciertamente correcto. Pero el art. 6, párrafo 1, de la Ley Fundamental, no exige naturalmente que todas las relaciones sexuales tengan que encajar en esta imagen. Tampoco lo hacen las relaciones extramatrimoniales u homosexuales, pese a lo cual no pueden ser penadas.

En cuarto lugar, no se encuentran suficientes puntos de vista para las consecuencias negativas del incesto entre hermanos, consecuencias que la Sala considera posibles, y según ella podrían ir desde una "autoconciencia disminuida" hasta una "insatisfacción general con la vida" y llegar a cualquier perturbación síquica imaginable(22). El Tribunal mismo dice que tales efectos "son difíciles de aislar de los efectos causados por otros influjos y por ello no son accesibles así como así"(23). Perjuicios tan difusos como esos, que se basan en suposiciones no verificables, no son lesiones de bienes jurídicos; para esto se exige un perjuicio comprobable y delimitable. En el caso concreto resulta mucho más lógico hacer responder por cualquier perturbación a las totalmente destrozadas relaciones familiares

(20) TFC, tomo 120, p. 245.

(21) TFC, tomo 120, p. 245.

(22) TFC, tomo 120, p. 244.

(23) Al respecto también ZIETHEN, NStZ 2008, p. 618.

de las cuales provienen los hermanos(24). La relación entre ambos sería ya una manifestación de tales perturbaciones, frente a las cuales sería mejor reaccionar con ofertas de ayuda social que con el Derecho penal.

En quinto lugar, en contra de la suposición de que efectos dañosos para la familia provenientes del incesto entre hermanos podrían proveer un fundamento penal está el hecho de que el legislador tan solo pena el coito y no otras conductas sexuales entre hermanos, cuya intensidad y drasticidad no son menores para nada en comparación con la ejecución de las relaciones sexuales "regulares"(25). Y es que, si para proteger a la familia fuera necesario expulsar de esta mediante amenazas penales toda relación sexual que no fuera proveniente de las relaciones conyugales, la limitación de la disposición al acto sexual no tendría sentido.

Por último y en sexto lugar, tampoco encaja en el fundamento penal asumido el hecho de que quede impune el acto sexual entre hermanastros, hermanos adoptivos o hermanos de tutela(26). Cuando la Sala justifica esto "por el hecho de que las conductas correspondientes contradicen en una menor medida la imagen tradicional de la familia"(27), se deberá objetar que esto no podría cambiar nada en cuanto al requisito penal del efecto perjudicial de la familia, si realmente existiera este requisito. Además, la protección de la imagen tradicional de la familia no es ninguna razón que pueda apoyar la punibilidad. Y es que esta imagen tradicional ha sido puesta en cuestión impunemente a través de muchos desarrollos sociales.

Por eso, resumiendo, se puede decir que la punibilidad del incesto entre hermanos no puede basarse en la necesidad de proteger a la familia,

(24) En este sentido también ALBRECHT, en el informe elaborado por el Instituto Max Planck de Derecho penal extranjero e internacional de Friburgo (http://www.mpicc.de/ext/aktelles/pressematerialien.htm#down08), p. 99. El informe será publicado también en un libro.

(25) Al respecto también HASSEMER, TFC, tomo 120, p. 257.

(26) También al respecto HASSEMER, TFC, tomo 120, p. 262.

(27) TFC, tomo 120, p. 250.

porque no es verificable un daño que satisfaga los requisitos penales de taxatividad[28]. ¡Piénsese también que existen numerosas acciones dañosas para la familia que parten de la infidelidad, el egoísmo o la crudeza sentimental sin que se hubiera alguna vez pensado en conminar con pena una conducta como esa por sí misma!

2. La afección de la determinación sexual

Tampoco es sostenible que la disposición penal del art. 173, segundo párrafo, segunda oración StGB, sería necesaria para proteger la autodeterminación sexual[29]. Ciertamente, se trata aquí de un bien jurídico de elevada jerarquía. Pero su lesión no es objeto de la disposición penal. Los "delitos contra la autodeterminación sexual" han sido regulados de manera amplia y diferenciada en los arts. 174 y ss. StGB. El art. 173 StGB se sitúa fuera de estas regulaciones y tampoco puede reconocerse o siquiera insinuarse que la autodeterminación sexual deba constituir la justificación penal de esta disposición. Hubiera sido fácil formular esta disposición en este sentido haciendo una pequeña complementación. No obstante, tal como correctamente asevera HASSEMER[30], la comprensión del tipo no tiene "dentro de su programa este bien jurídico". Es más, el tipo excluye esto. Y es que cuando el art. 173, párrafo 2, oración 2 StGB, sanciona de igual manera a ambos hermanos, resulta imposible que se interprete que la ley parte de que uno de los hermanos sería el autor y el otro la víctima.

Además hay que indicar que al alcanzar la mayoría de edad, todos son responsables por sí mismos de su conducta sexual, en tanto no llegare a ser víctima de una coacción sexual o sea incapaz de oponer resistencia (arts. 177, 179 StGB). Cuando el TFC opina que en una relación entre hermanos que habría comenzado ya antes de que uno de los dos hubiera alcanzado

---

(28) SIEBER (p. 25 en el informe mencionado en la nota 24) llega al resultado de que no se puede "sin más deducir una puesta en peligro para el bienestar del niño" a partir del incesto entre hermanos adultos.

(29) Acertadamente al respecto también HASSEMER, TFC, tomo 120, p. 268 y s.; HÖRNLE, NJW 2088, p. 2086 y ss.

(30) TFC, tomo 120, p. 268.

la mayoría de edad, la "víctima", incluso tras alcanzar la mayoría de edad, "debido a las dependencias provenientes de la relación familiar existente, no da a conocer claramente su rechazo al coito aún indeseado, y que entraría en consideración la punición del autor por coacción sexual"(31), motivo por el cual el art. 173, párrafo 2, oración 2 StGB, tendría que posibilitar la punición, esto, por cuatro razones, no puede ser una justificación suficiente para la punición general del incesto entre hermanos:

En primer lugar, si no existiera una coacción sexual, no existe ninguna lesión de bienes jurídicos debido a la autorresponsabilidad de la pareja. Las dependencias de menor grado no pueden bastar para afirmar lo contrario. Las relaciones sexuales de larga duración producen, especialmente cuando se tiene hijos, variadas dependencias cuyo aprovechamiento no es de ningún modo punible.

En segundo lugar, la ley no exige de ningún modo que la relación hubiera empezado antes de que uno de los hermanos o ambos hubieran alcanzado la mayoría de edad(32). No puede por eso hablarse de la continuación de una dependencia basada y comenzada en la minoría de edad, de manera que la disposición penal perdería su objeto.

En tercer lugar, cuando se trata de una relación de varios años que ha producido cuatro hijos, no se puede razonablemente admitir que la mujer, durante todo ese tiempo, había rechazado interiormente todo acto sexual y que tan solo no había dado a conocer su rechazo de manera suficientemente clara. Más bien –al faltar toda coerción exterior– resulta más razonable admitir que ella había aceptado la relación. En todo caso, no se puede apoyar una punibilidad basándose en suposiciones meramente hipotéticas y que no están sustentadas para nada en datos empíricos.

En cuarto lugar, en contra de lo que hace el TFC, uno no puede invocar dependencias "específicas" enraizadas en la "cercanía dentro de la familia

(31) TFC, tomo 120, p. 246.

(32) HÖRNLE, NJW 2008, p. 2087.

o en el parentesco"[33]. Y es que no es necesario que exista una "cercanía dentro de la familia", y esta tampoco existía en el caso que se analiza. Y el parentesco carnal como tal no fundamenta para nada una dependencia, tal como el mismo Tribunal Constitucional resalta cuando en otro lugar señala el usual temor existente al incesto entre las parejas de hermanos[34].

Después de todo lo dicho no es posible comprobar una lesión al derecho de autodeterminación sexual en los casos previstos en el art. 173, párrafo 2, oración 2, StGB.

3. La evitación de descendencia con enfermedades genéticas como fundamento de la punición

La Sala, por último, también dedica un párrafo a fundamentar la finalidad penal de evitar la producción de perjuicios genéticos[35]. Ella quiere tan solo "complementar" este punto de vista eugénico, es decir, considera evidentemente que por sí solo no sería consistente. Pero en contra de este procedimiento complementario también se pueden exponer cinco argumentos:

- Primero: para tal finalidad de la pena, el tipo ha sido concebido de manera demasiado amplia porque solo en casos raros podrían surgir hijos a partir de un incesto entre hermanos. Los modernos métodos anticonceptivos permiten un impedimento seguro de embarazos, y la ley permite también la interrupción de un embarazo ya producido (art. 218a StGB). Dado que el tabú del incesto, independientemente de su punibilidad, está muy difundido en la población, por lo general, las parejas incestuosas van a querer mantener en secreto su relación, lo cual tan solo será posible si no se tuvieran hijos. Los pocos casos que sí se produjeren no pueden justificar una disposición penal, cuya ratio no alcanza desde el principio a la aplastante mayoría de todos los demás casos de realización del tipo.
- Segundo: la cuestión de si el incesto entre hermanos traería consigo un elevado peligro de daños hereditarios no deja de ser polémica, tal como

(33) TFC, tomo 120, p. 246.

(34) TFC, tomo 120, p. 252.

(35) TFC, tomo 120, p. 247 y ss.

se desprende de la literatura citada por el mismo Tribunal Constitucional(36). En todo caso, se podrá excluir la "suma de factores hereditarios recesivos" allí donde estos factores no existieren en absoluto. Con ello, al demostrarse que nunca ninguno o ni siquiera la mayor parte de los hijos provenientes de relaciones incestuosas sufre daños, decrece más aún el "peligro" que supuestamente debería evitar la disposición, y que por la primera razón mencionada, ya era muy reducido.

- Tercero: en la producción incestuosa de un niño con daños hereditarios, si llegaran a producirse, tampoco existe una lesión de bienes jurídicos. Y es que el bien jurídico *vida humana* ha surgido recién y precisamente con su producción(37).

- Cuarto: tampoco se puede hablar, p. ej., de un menor valor del niño inmanente a su procreación o de un perjuicio para la sociedad (p. ej., a través del aumento de la necesidad de ofrecer apoyo social). Ambos argumentos atentarían contra la dignidad humana. Una persona impedida no es menos valiosa que una no impedida. Y el deber del Estado social de apoyar a los débiles e impedidos constituye una tarea humanitaria que no debe ser entendida como un perjuicio.

- Quinto: por último, la dignidad humana y las experiencias del pasado nacionalsocialista prohíben, en lo fundamental, practicar una política de salud genética con los medios del Derecho penal. Si esto no fuera así, consecuentemente tendría que prohibirse bajo pena el tener hijos a toda persona que padeciera de graves enfermedades congénitas. Queda fuera de toda duda que esto es indiscutible(38).

Por lo anterior, resumiendo, puede decirse que, pese a los grandes esfuerzos de fundamentación, han fracasado todos los intentos de nuestro Tribunal Constitucional tendentes a comprobar, en el incesto entre hermanos, una violación de bienes jurídicos capaz de legitimar la punibilidad.

---

(36) TFC, tomo 120, p. 247. Más refs. en ZABEL, JR 2008, p. 456.

(37) Al respecto, c. más refs., NOLTENIUS, ZJS 2009, p. 19.

(38) Al respecto también ZABEL, ZR 2008, p. 457.

III. EL NÚCLEO DE LA CONFIGURACIÓN PRIVADA DE LA VIDA COMO BARRERA INFRANQUEABLE PARA EL PODER INTERVENTOR ESTATAL

También un segundo aspecto puede hacer que parezca constitucionalmente inadmisible la conminación penal del incesto entre hermanos adultos: el que con ello se estuviera interviniendo en el núcleo de la configuración privada de la vida(39). Esta segunda barrera adquiere una especial importancia precisamente tras la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Y es que, mientras el Tribunal se muestra dubitativo y escéptico frente a la teoría de los bienes jurídicos, por otra parte, ha otorgado al núcleo de la configuración privada de la vida, una protección absoluta garantizada por la dignidad humana(40).

Es verdad que en el análisis del presente caso el Tribunal no ha pasado por alto este punto de vista, pero lo ha tratado sin prestarle la debida atención. El Tribunal opina que ciertamente el art. 173, párrafo 2, oración 2 StGB "penaliza determinadas formas de expresión de la sexualidad entre personas allegadas... Pero con ello no se produciría una intervención en el núcleo de la configuración privada de la vida, intervención que el legislador ha prohibido desde el principio. El coito entre hermanos no les atañe exclusivamente a estos sino puede surtir efectos en la familia y en la sociedad además de tener consecuencias para los hijos que pudieran surgir de la relación. Puesto que la prohibición penal del incesto tan solo tiene por objeto una conducta estrechamente delimitada y, solo de manera puntual, reduce las posibilidades de comunicación íntima, los afectados tampoco son colocados en una situación desesperada e incompatible con el respeto a la dignidad humana"(41).

No obstante, existen cuatro razones que se oponen a esta argumentación constitucional:

---

(39) Este punto de vista es destacado con especial énfasis por GRECO, ZIS 2008, p. 237 y ss.

(40) De la manera más impresionante ha ocurrido esto en el fallo pionero referido al "espionaje acústico masivo", TFC, tomo 109, p. 279, esp. 391. Cfr. al respecto más detalles en mi trabajo en el LH a Böttcher, 2007, p. 159 y ss.

(41) TFC, tomo 120, p. 243.

- En primer lugar, la conducta conminada con pena forma indudablemente parte del núcleo de la configuración privada de la vida. En su fallo sobre el "espionaje acústico masivo"(42), el Tribunal Constitucional ha incluido las "formas de expresión de la sexualidad" expresamente dentro del núcleo, y de entre estas "formas de expresión", el coito constituye indudablemente la más íntima. La punición del acto sexual consentido entre personas adultas y responsables de sus propias acciones interviene incluso de manera más grave que el espionaje acústico de conversaciones privadas íntimas.

- En segundo lugar, los efectos presumidos por el Tribunal para la familia, la sociedad y los hijos no pueden hacer admisible la intervención estatal en el núcleo de la configuración privada de la vida, porque este núcleo, también según la jurisprudencia constitucional, es protegido "de manera absoluta", es decir, no es accesible a una ponderación de intereses. Y también las restricciones que el Tribunal Constitucional ha dispuesto para el "espionaje acústico masivo" tienen efectos en la sociedad al dificultar la persecusión penal, pese a lo cual no afectan para nada la intangibilidad del núcleo. Del mismo modo, las expresiones injuriosas de un prisionero en sus cartas dirigidas a sus parientes pueden lesionar los derechos del injuriado, y a pesar de ello el Tribunal Constitucional, con razón, no quiere que se castigue al prisionero, porque la correspondencia familiar cuenta dentro del núcleo de la personalidad(43).

- En tercer lugar, incluso si pudieran ser tomados en cuenta los efectos del incesto entre hermanos para la familia, la sociedad y los hijos (efectos que no son detallados más), estos no podrían bastar para legitimar la conminación penal porque, tal como se ha expuesto arriba, no constituyen lesiones tangibles para bienes jurídicos.

- En cuarto lugar, tampoco puede salvar la conminación penal el punto de vista expuesto por el Tribunal, con aparente intención apacigua-

(42) TFC, tomo 109, p. 313.

(43) TFC, tomo 290, p. 255 (260) y al respecto GRECO ZIS 2008, p. 257.

dora, de una reducción únicamente "puntual" de la comunicación íntima, porque incluso una afección meramente "puntual" del núcleo de la configuración privada de la vida implica una relativización de la protección absoluta. Aparte de ello, por supuesto que en una comunicación íntima el "coito" tampoco es naturalmente una cuestión marginal "puntual" y desdeñable, sino atañe, por decir así, el "núcleo de los núcleos" de la comunicación íntima.

Evidentemente la Sala, al mencionar el ámbito de la punibilidad de una "conducta estrechamente delimitada" y hablar de una reducción únicamente puntual de las posibilidades de comunicación íntima, quiere remitir a los hermanos, que se encontraran en tal relación, a otras formas no punibles de comunicación sexual. Pero también con eso se inmiscuye de manera constitucionalmente prohibida, reglamentando, en el núcleo de la configuración privada de la vida. Por lo demás, recomienda conductas que, para la protección de la familia y la autodeterminación, no tienen efectos distintos que el coito conminado con pena, con lo cual la propia Sala reconoce la irrelevancia de la supuesta exigencia de protección.

Luego, la disposición penal del art. 173, párrafo 2, oración 2 StGB, fracasa no solo ante la falta de un objeto de protección capaz de legitimar la punibilidad, sino también debido a su intervención inconstitucional en el núcleo privado de la configuración de la vida.

IV. ESFUERZOS COMPLEMENTARIOS DE JUSTIFICACIÓN

Por lo visto, en la propia mayoría de la Sala surgieron dudas en cuanto a si los tres bienes jurídicos que, según su opinión, son protegidos por la disposición penal (familia, autodeterminación sexual, salud genética) realmente serían suficientes para la legitimación de esta. Por ello, la fundamentación de la resolución incluye otras razones más destinadas a disipar las dudas subsistentes. Se trata de cuatro fundamentos:

1. La totalidad de las finalidades perseguidas

La Sala resalta que las finalidades perseguidas por el legislador y que son cuestionadas críticamente en este supuesto, podrían "en todo

caso en su totalidad legitimar la restricción del derecho general de la personalidad", aunque no pudieran hacerlo por sí solas(44). Pero esto no es un argumento consistente. Y es que la sumatoria de tres fundamentaciones inútiles tendrá que seguir arrojando una fundamentación inútil(45), porque los tres planeamientos, debido a su distinto carácter, no pueden compensar sus déficits unos a otros.

2. La convicción histórico-cultural aún vigente sobre el merecimiento de pena del incesto entre hermanos

La mayoría de la Sala todavía intenta sustentar las finalidades penales que ella favorece, pero que no son suficientes aisladamente, además de mediante su unión, invocando más puntos de vista: la historia cultural y la convicción popular. El legislador habría recogido "una conciencia de injusto consagrada en la sociedad"(46). La norma penal atacada se justificaría "en la sumatoria de las finalidades reconocibles bajo el trasfondo de una convicción social histórico-culturalmente fundada, aún vigente y referida al merecimiento de pena del incesto, tal como también puede comprobarse a través de una comparación internacional".

En primer lugar, en lo atinente a la historia cultural –el fallo menciona, además del Derecho alemán antiguo también el Código de Hammurabi, la legislación mosaica, el Derecho islámico romano, canónico y el germano(47)–, es obvio que esta no puede poseer una función directriz para la legislación penal de un moderno Estado social y de Derecho(48).

(44) TFC, tomo 120, p. 243.

(45) Así también HASSEMER, TFC, tomo 120, p. 265; HÖRNLE, NJW 2008, p. 2088; CORNILLS, ZJS 2009, p. 88; ZIETHEN, NStZ 2008, p. 617.

(46) Aquí y en lo que sigue: TFC, tomo 120, p. 248 y ss.

(47) TFC, tomo 120, p. 224 y ss.

(48) BOTTKE (LH Volk, 2009, p. 97 y ss.) muestra además que, según la historia cultural, también se pueden encontrar "numerosos ejemplos contrarios" de reconocida impunidad. Hay una exposición detallada en lo referente a la historia cultural y el Derecho comparado en el Informe de Friburgo (nota 24), pp. 4-16 (sobre la historia alemana) y pp. 26-85 (comparación internacional); autor de ambas partes es SIEBER.

Y es que numerosas disposiciones penales de tiempos pasados ya no se corresponden con las exigencias del actual Derecho constitucional y hace mucho que se han vuelto obsoletas. La punibilidad del incesto entre hermanos concuerda con una antiquísima idea tabuizadora que tenía, en la historia de la evolución, un sentido, pero que actualmente ya no cumple ninguna función. También tenían un trasfondo "histórico-cultural" los numerosos tipos de delitos menos graves contra las "buenas costumbres" que fueran sacrificados en las reformas de los años 1969 y 1973. Pero esto no cambia para nada el hecho de que hubieran sido derogados con toda razón, porque no encajaban en un entendimiento ilustrado de los límites constitucionales a las potestades de la intervención penal.

Y tampoco la "comparación internacional"(49) puede aportar argumentos a favor de la punibilidad del incesto entre hermanos. Esto no solo es así debido a que existen importantes países (China, Rusia, Francia, España) que no conocen tal punibilidad. Y es que las bases constitucionales internacionales son tan diferentes que se carece de una base comparativa concordante. A ello hay que añadir que en muchos otros países, que no solamente son países exóticos, se encuentran muchas disposiciones penales que, según nuestro entendimiento constitucional, son totalmente inaceptables. Así, el mismo fallo analizado informa sobre "la prisión perpetua en algunos estados norteamericanos" para el incesto entre hermanos(50). A partir de estas fuentes no se pueden obtener conocimientos que avalen la constitucionalidad según el Derecho alemán.

Además, nuestro Tribunal Constitucional invoca una "convicción social aún vigente referida al merecimiento de pena del incesto". Pero no se aporta ninguna prueba que demuestre la existencia de tal convicción. Probablemente tampoco exista. En primer lugar, puede sustentarse esta última suposición en el hecho de que las capas sociales influyentes de nuestra sociedad tienen una postura liberal e incluso permisiva en cuanto a los límites de lo sexualmente permitido. Así, p. ej., el Tribunal Federal Alemán (TFA) considera que ya estaría "superada, no en última instancia

(49) TFC, tomo 120, p. 249.

(50) TFC, tomo 120, p. 231.

por la concepción moral cambiante"[51], aquella concepción para la cual las acciones sadomasoquistas atentarían contra las buenas costumbres y, por ello, serían punibles bajo el punto de vista de las lesiones corporales. Si esto es así, ¿por qué tendría que regir algo distinto en el caso de una relación íntima normal entre hermanos adultos y plenamente responsables? En los medios de comunicación masivos, se ha informado detalladamente sobre el caso decidido por el TFC, sin que se hubiera podido reconocer, en estos informes, que exista una tendencia que reclame la punición. Por cierto que tampoco pueden tener importancia, para la constitucionalidad de una disposición penal, las opiniones profanas sobre el merecimiento de pena de una conducta. Esto no solamente se deriva de la diferencia de los parámetros de evaluación, sino también porque el "sano sentimiento del pueblo", muy favorecido en la época nazi actualmente desacreditado con toda justicia, es manipulable y puede cambiar tan rápidamente como una simpatía electoral. Aun el Proyecto de 1962[52] había visto en la relación homosexual entre hombres adultos un caso de "conducta especialmente reprochable éticamente e infame según la convicción general", y había deducido de ello el merecimiento de pena. En la actualidad, se ve cuán errada era esta vía[53], pues se ha reconocido acertadamente que tal disposición es una variante normal de la orientación sexual, e incluso cuando los políticos, que sirven de modelo, reconocen abiertamente su inclinación sexual, eso no tiene ninguna consecuencia relevante en las elecciones. Por estas razones, el invocar convicciones sociales no puede reforzar la fundamentación de nuestro Tribunal Constitucional.

3. El reclamo de respetar normas penales de manera absoluta, amplia y desligada de las circunstancias

Un punto especialmente débil de la resolución que nos ocupa, y que ha sido repetidamente aludido, consiste en que la versión del tipo del art. 173, párrafo 2, oración 2 StGB, muchas veces, incluso en la mayoría de

(51) TFA, s. penal, tomo 49, p. 172.

(52) Exposición de Motivos, p. 376.

(53) Vía que el TFC había impulsado (TFC, tomo 6, p. 389 y ss.).

los casos ni siquiera cubre las finalidades de protección que el Tribunal reclama; p. ej., porque no existe ninguna familia que hubiera podido ser perjudicada, porque no se puede dudar de la resolución autodeterminada de la pareja plenamente responsable, o porque desde el principio quedaba descartada la procreación de niños con enfermedades genéticas.

En lo referente al bien protegido de la "familia", el Tribunal recoge la crítica para el caso decidido por él, cuando frente a la afirmación de que "los hermanos recién se conocieron cuando eran mayores" opina que la disposición penal adquiriría "su importancia a través del carácter absoluto con el cual ella reclama un respeto amplio e independiente de las circunstancias"(54).

Esto significa, hablando claro, que una disposición obtiene importancia por el hecho de que ella –independientemente de la situación– también sería aplicable cuando el supuesto fin de protección que ella tiene no encajara con los hechos sobre los cuales se va a decidir. Es decir, sería ventajoso que una disposición también llevara "absoluta" y "ampliamente" a la punición allí donde los fines de protección en los que se basare no lo exigieren. Esta no es una idea seriamente defendible(55). La indicación que hace el Tribunal sobre las posibilidades de archivamiento(56) no cambia para nada el hecho de que, incluso según las (insuficientes) reflexiones del Tribunal sobre las finalidades de protección, una punibilidad sin fundamento alguno es desproporcionada e inconstitucional.

4. La intrascendencia práctica del incesto entre hermanos como argumento a favor de la punibilidad

El Tribunal pretende aún fundamentar la proporcionalidad de la punición basándose en que las acciones incestuosas serían raramente penadas(57). La conminación penal afectaría "tan solo un estrecho ámbito de la

(54) TFC, tomo 120, p. 251.

(55) Al respecto también HÖRNLE, NJW 2008, p. 2087: "Esto desvaloriza el reconocimiento del principio de proporcionalidad".

(56) TFC, tomo 120, p. 252.

(57) TFC, tomo 120, p. 252.

forma personal de vida. Hay mucho que habla a favor de que, debido a la aversión al incesto, existen tan solo pocas parejas de hermanos que serían alcanzadas por la prohibición de una manera sensiblemente restrictiva". Pero esto no cambia para nada la desproprocionalidad existente contra los pocos afectados. Más lógico sería deducir que la disposición tampoco sería necesaria debido a su escasa importancia práctica. Ya HASSEMER(58) ha acentuado esto con razón: "En el Derecho penal, que desde siempre se ha orientado de manera especial hacia la persona, estos argumentos pueden parecer cínicos. Quien se viere afectado por la prohibición de incesto, se encontrará afectado en un ámbito central de su forma de vida, y esta afección puede alcanzarlo profunda y duraderamente".

V. RESUMEN

Se deberá reconocer que estamos ante una resolución que se ha esforzado por dar una fundamentación profunda y amplia, y que sopesa todos los puntos de vista imaginables a favor de la punibilidad del incesto entre hermanos. Pero el esfuerzo no se ha visto coronado con el éxito. Las objeciones pueden resumirse en cinco tesis:

1. Falta la comprensión de que la constitucionalidad de una disposición penal no depende únicamente de si esta, para alcanzar el objetivo perseguido por el legislador, es idónea, necesaria y proporcional. También el objetivo mismo, si se quiere valer de medios penales, necesita una legitimación constitucional.

2. Esta legitimación solo puede resultar de la tarea del Derecho penal, la cual, según la teoría del Estado, únicamente consiste en la protección de bienes jurídicos (no en la protección de la moral, las tradiciones históricas o las opiniones sociales). El Tribunal se comporta de manera contradictoria en cuanto a esto. Por un lado, discute que los bienes jurídicos tengan relevancia constitucional; por otro lado, en su fundamentación se apoya preponderantemente en las supuestas afecciones a bienes jurídicos (la familia, la autodeterminación sexual o la salud

(58) TFC, tomo 120, p. 273. Al respecto también CORNILS, ZJS 2009, p. 89.

genética), a las cuales añade, por lo demás, otras consideraciones ajenas a los bienes jurídicos.

3. No obstante, los esfuerzos son inútiles por demostrar la existencia de daños concretamente sensibles o por lo menos mayoritarios para uno de los bienes jurídicos que el Tribunal menciona. En este caso, una intervención estatal con los medios coercitivos del Derecho penal que ponen en peligro la existencia de uno, atenta contra la prohibición constitucional de exceso que se deriva del principio de proporcionalidad.

4. La disposición, al penar la conducta íntima consensuada entre adultos plenamente responsables, atenta también contra la intangibilidad constitucionalmente reconocida del núcleo de la configuración privada de la vida. Puesto que esta protección es absoluta, no debe ser relativizada indicando efectos sociales no deseados.

5. Son inútiles los intentos del Tribunal por compensar los déficits de su fundamentación mediante consideraciones auxiliares (la conjunción de objetivos aisladamente insuficientes, la historia cultural, el Derecho comparado, las convicciones sociales, el refuerzo de la importancia de las conminaciones penales mediante su independencia situacional y la poca cantidad de afectados). Y es que estas consideraciones no pueden proveer complementariamente la falta de justificación de la disposición penal ni ofrecen argumentos de peso para la fundamentación penal.

Como resultado final se puede reafirmar que se ha perdido una ocasión para aprovechar la gran oportunidad (y quizá única oportunidad debido a la especial constelación del caso) de colocar, sobre una base constitucional segura, las potestades de intervención penal del Estado. Pese a todo, el debate jurídico que ha provocado el caso y su resolución, quizá surtan efectos como llamada de atención al legislador para que elimine de una buena vez la obsoleta disposición penal[59].

(59) A favor de ello también BOTTKE, FS Volk, 2009, p. 104.

Sesenta años de ley fundamental alemana desde la perspectiva del Derecho penal (*)

I. INTRODUCCIÓN

Si bien la Ley Fundamental [alemana; en adelante: L. F.] presupone la existencia de un Derecho penal (art. 74, párrafo 1, N° 1) no se manifiesta, sin embargo, expresamente sobre las tareas y los límites del Derecho penal. El mandato de conminar con pena los actos de preparación de una guerra de agresión (art. 26), la abolición de la pena de muerte (art. 102) y el principio de taxatividad (art. 103, segundo párrafo) son las únicas disposiciones de nuestra Constitución que atañen al Derecho penal material.

Pero por supuesto que el Derecho penal debe medirse con el parámetro de la dignidad humana (art. 1 de la Ley Fundamental) y los demás derechos fundamentales que pueden llevar a que la pena y la ejecución penal deban ser configuradas de determinada manera o que se declaren nulas las disposiciones contrarias a la Constitución o que deban ser reducidas a una medida conforme con ella. Según las circunstancias, los derechos fundamentales (como los arts. 4, 5 y 8 L. F.) pueden llevar a una justificación de la conducta típica o por lo menos a excluir la responsabilidad

(*) Título original: "60 Jahre deutsches Grundgesetz aus der Sicht des Strafrechts", publicado en "Jahrbuch des öffentlichen Rechts. Neue Folge", tomo 29 (2011), pp. 1-28.

penal. Por último, también a partir de los principios democráticos de la teoría del Estado, que constituyen la base de nuestra Constitución, y desde el principio de Estado de Derecho se deducen restricciones a la potestad sancionadora del Estado.

Luego, existen variadas posibilidades para que la Ley Fundamental sea fructífera en la configuración del Derecho penal. Esto lo puede hacer sobre todo y con efecto vinculante nuestro Tribunal Federal Constitucional, motivo por el cual su jurisprudencia tendrá que situarse en el punto central de nuestra exposición siguiente. Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional es sorprendentemente discreto cuando trata algunos puntos (no todos) del Derecho penal material. Mientras que, en caso de invasiones del Derecho procesal en la libertad ciudadana, se colocan barreras estrictas al legislador prohibiendo tajantemente la intervención en el núcleo de la configuración privada de la vida, solo raras veces se ha declarado nula una disposición del Derecho penal material. El Tribunal Constitucional tampoco se ha manifestado de manera muy concreta sobre los límites de la potestad penal interventora ni sobre la finalidad de la pena estatal (las llamadas teorías de la pena).

Sea como fuere, existen numerosas sentencias orientadoras sobre cuestiones penales en el marco de la Constitución y también mucho material relacionado con la discusión en la jurisprudencia constitucional. Cuando a continuación se proceda a hacer una evaluación (desde la perspectiva del Derecho penal), deberá tenerse en claro que esta perspectiva no siempre es uniforme ni tampoco coincide con las concepciones jurídicas del autor(1).

(1) Son relativamente raras las exposiciones resumidas sobre la influencia de la Ley Fundamental en el Derecho penal (debido seguramente también a la extensión de la materia). Tan solo mencionaré las siguientes: TIEDEMANN, "Verfassungsrecht und Strafrecht", 1991; VOGEL, StV 1996, p. 110 y ss.; KÜHL, FS Stöckel, 2010, p. 117 y ss. También TIEDEMANN (ibídem, p. 3 y s.) enfatiza que la "cuestión en qué medida el Derecho constitucional contenido en la norma fundamental influye sobre el ordenamiento penal, es decir (...) cuáles sean las 'directrices e impulsos' que la Constitución ha dado al ordenamiento penal, es algo que se aborda muy raramente a pesar del efecto de vinculación directa de los derechos fundamentales y del principio de estado de Derecho".

No obstante se puede decir que en el Derecho penal alemán predomina claramente la opinión (que yo también defiendo) a favor de un Derecho penal liberal de Estado de derecho, basado en la Ilustración europea y desarrollado por el movimiento moderno de los derechos humanos. Puesto que también nuestra Constitución se apoya en esta base, se podrá discutir de manera especialmente fructífera a partir de objetivos comunes.

También el desarrollo penal de toda Europa debería seguir esta vía. Es por ello que el recientemente publicado "Manifiesto por una Política Criminal europea"(2), elaborado por un grupo de trabajo de penalistas europeos, se ubica con razón en la "tradición de la Ilustración europea" y enfatiza "que todas las reglas penales necesitan un máximo de legitimación democrática y acuñación de estado de Derecho, que también y precisamente en la política criminal solo los principios jurídicos de libertad garanticen la seguridad de manera permanente".

Esto debe ser enfatizado porque las concepciones contrarias, orientadas unilateralmente en la seguridad, han encontrado alguna resonancia en la legislación y la literatura. En el Derecho público, estas concepciones han tenido una expresión especialmente polémica, p. ej., en DEPENHEUER(3) y, en el Derecho penal tienen como representante más prominente a JAKOBS(4), quien, junto al "Derecho penal de ciudadanos", quiere establecer un "Derecho penal del enemigo" para luchar contra infractores continuados de la ley, delincuentes a quienes se quitaría la cualidad de persona(5): "Quien no prestare ninguna seguridad cognitiva suficiente de conducta personal no podrá esperar no solo ser tratado como persona sino que el Estado ya

(2) ZIS, "Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik", 2009, p. 697.

(3) DEPENHEUER, "Selbstbehauptung des Rechtsstaates", 2007. En contra de él y de la orientación que representa, también de manera polémica, TROJANOW/ZEH, "Angriff auf die Freiheit –Sicherheitswahn, Überwachungsstaat und der Abbau bürgerlicher Rechte", 2009.

(4) Solamente mencionaré aquí el artículo: "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht", HRRS 2004, p. 88 y ss.

(5) JAKOBS, como en la nota 4, p. 93.

no debería seguir tratándolo como persona porque, en caso contrario, vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas".

Pero todo, tal como he dicho en otro lugar(6), atenta contra numerosos principios constitucionales básicos: "la dignidad humana, el principio de culpabilidad, el principio de estado de derecho (que incluye la igualdad ante la ley), el principio del hecho (pues del Derecho penal del enemigo sería un Derecho penal del autor) y la presunción de inocencia". Es por eso que tales tesis, con razón, hasta ahora no han encontrado eco en la jurisprudencia y, si bien han tenido alguna resonancia en la ciencia alemana, han encontrado allí un rechazo casi unánime(7). Por ellos, no serán tenidos en cuenta a continuación.

Hay dos criterios que juegan un papel destacable en el análisis que hace el Tribunal Federal Constitucional de cuestiones penales: la dignidad humana y el principio "nullum crimen sine lege". Pero ambos principios se presentan en contextos muy variados, de manera que deberían ser tratados, no *in abstracto*, sino en el contexto de los problemas materiales centrales.

II. LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO

1. ¿Qué puede conminar con pena el Estado?

Nuestro Tribunal Constitucional no ha logrado aún dar una respuesta definitiva a esta cuestión decisiva para la constitucionalidad de la legislación penal. Él trabaja con criterios que son válidos de manera general para la admisibilidad de intervenciones legales: idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Pero nunca se ha planteado, de forma vinculante, el problema de que también la finalidad perseguida por el legislador necesita, por sí misma, una legitimación constitucional.

(6) ROXIN, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", tomo I, 4a. ed., 2006, § 2, n. marg. 129.

(7) Tan solo remitiré a dos libros publicados hace poco: la colección de artículos "Kritik des Feindstrafrechts", 2009 (editado por VORMBAUM) y el "Handbuch Terrorismusstrafrecht" de ZÖLLER, 2009, p. 272 y ss.

Para aclararlo con un viejo ejemplo: aun cuando la conminación penal contra la homosexualidad entre hombres adultos (art. 175 StGB, versión antigua), vigente hasta 1969, hubiera sido un medio idóneo, necesario y proporcional para evitar esta conducta, la finalidad perseguida por el legislador, por sí misma, no guardaba correspondencia con las exigencias de la Constitución. En la actualidad, esto seguramente estará reconocido, pese a que en aquel entonces el TFC hubiera reconfirmado la validez jurídica de la disposición penal(8). Durante mucho tiempo, esta jurisprudencia ha sido también apoyada por aquella literatura penal que tenía una posición contraria al control constitucional de la legislación(9).

Recién en los últimos años ha empezado a regir en la literatura alemana una clara oposición contra este derrotero. Según ella, se postulan dos límites al derecho que tiene el Estado de amenazar con pena una conducta: la conducta incriminada debe lesionar un bien jurídico ajeno, y no debe intervenir en el "núcleo básico de la configuración privada de la vida".

En esto, se entiende como "bien jurídico" toda circunstancia que, bajo preservación de los derechos fundamentales, formara parte de los presupuestos de la libre y pacífica coexistencia dentro de la sociedad estatal. Aquello que no afectare gravemente esta coexistencia, o sea que no fuera socialmente dañoso de manera significativa, no debería ser penado. Esto puede fundamentarse constitucionalmente en que, según el modelo teórico del contrato social, en el cual se basan las democracias modernas, el soberano (el pueblo) tan solo transmite al Estado el poder punitivo y únicamente para que este proteja las libertades y los derechos de aquél (y no para imponer ideas morales e ideologías o una tutela paternalista). Allí donde el Estado utilizara el poder punitivo para fines que no tuvieran ningún fundamento en la protección de bienes jurídi-

(8) TFC, tomo 6, p. 389 y ss.

(9) Esto es especialmente claro en las monografías de LAGODNY, "Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte", 1996, y APPEL, "Verfassung und Strafe", 1998. Según LADOGNY, "el Derecho penal material" escapa "casi de manera genial a un control constitucional" (p. 536). También APPEL quiere dejar la conminación penal de manera exclusiva a la labor parlamentaria de formación de voluntad y rechaza "deducciones constitucionales" (597).

cos, estaría atentando contra la prohibición de exceso que se deriva del principio de proporcionalidad[10].

La segunda barrera que debe respetar el legislador está conformada por el "núcleo básico de la configuración privada de la vida". Este tópico ha sido deducido por el Tribunal Constitucional mismo a partir de la dignidad humana. Tiene una larga tradición[11] en su jurisprudencia y ha sido utilizado, en la importante sentencia sobre el "espionaje acústico masivo"[12], por primera vez para declarar parcialmente nula una ley procesal penal que permitía la vigilancia acústica de viviendas. En el Derecho penal material, no pueden ser distintos los efectos que deba acarrear la violación del núcleo básico.

Luego, cuando una conducta incriminada no lesionara un bien jurídico ajeno y su punición, además, no interviniere en el núcleo básico de la configuración privada de la vida del destinatario de la norma, la conminación penal es ilegítima según el entendimiento expuesto del Derecho penal. Esto tendría la consecuencia práctica de que al legislador penal le estaría constitucionalmente vedado amenazar con pena una conducta privada que solamente fuera desaprobada moralmente por la sociedad, pero que fuera por lo demás inocua, así como no estaría tampoco permitido tratar de proteger de sí mismas y mediante amenazas penales a personas plenamente responsables. Las disposiciones penales motivadas exclusivamente de manera moral o paternalista se topan por ello con objeciones constitucionales que el TFC todavía no ha valorado de manera suficiente[13]. Esto se va a exponer brevemente.

---

(10) Aclarando al respecto, HASSEMER, FS Androulakis, 2003, p. 207 y ss. (217): "El bien jurídico penal se incluye sin problemas dentro de la prohibición constitucional de exceso". También STÄCHELIN ("Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat", 1998, pp. 163-165) vincula la doctrina de bienes jurídicos con la prohibición de exceso.

(11) Más detalles en ROXIN/SCHÜNEMANN, "Strafverfahrensrecht", 26a. ed., 2009, § 24, n. marg. 55 y ss.

(12) TFC, tomo 109, p. 279 y ss.; al respecto, detalladamente, ROXIN, FS Böttcher, 2007, p. 159 y ss.

(13) Más detalles sobre todo esto en ROXIN, "Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutdebatte", FS Hassemer, 2010, p. 559 y ss.

a) La inadmisibilidad constitucional de disposiciones penales puramente moralistas

Una disposición penal puramente moralista en el sentido expuesto fue, p. ej., la ya mencionada amenaza penal contra las relaciones homosexuales de común acuerdo entre hombres adultos. Estas conductas no perjudican a nadie; además, la disposición interviene de manera masiva en el núcleo básico de la configuración privada de la vida. Cuando el TFC decía en aquella época, con la intención de legitimar la disposición(14): "La actividad sexual entre personas del mismo sexo atenta claramente contra la ley moral"; hoy en día esta opinión casi no es defendida por nadie y, aparte de esto, tampoco podría justificar la criminalización.

Por cierto que las cosas no siempre están tan claras. Al evaluar la cuestión de si una conducta afecta un bien jurídico digno de protección, se tendrá que reconocer al legislador un campo de discrecionalidad no reducido, dentro del cual el dogma del bien jurídico tan solo tendrá una función orientadora de política criminal. Por ello, no se podrá juzgar sin más que, p. ej., la lesión de meros sentimientos –en tanto no se tratare de una amenaza a la seguridad de la vida– en una sociedad pluralista constituiría una lesión de bienes jurídicos y recomendar al legislador renunciar a la pena de la "provocación de perturbaciones públicas" (art. 183ª StGB). Pero no por ello tal disposición es inválida, así como no lo es, alguna otra penalización de conductas meramente escandalosas(15).

Pero allí donde no sea reconocible siquiera un bien protegible, y donde además se interviniere en el núcleo básico de la configuración privada de la vida, se deberá considerar infringido el límite de lo constitucionalmente permitido. Son ejemplo de ello no solo la ya obsoleta punibilidad de la homosexualidad, sino también la jurisprudencia y legislación recientes.

---

(14) TFC, tomo 6, p. 434.

(15) Una monografía importante es la de HÖRNLE, "Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus", 2005. Muchos ejemplos hay también en ROXIN (igual que en la nota 6) § 2, n. marg. 13-50.

Así, aún en 2008 el TFC, en una resolución muy detallada, ha mantenido la punibilidad del incesto entre hermanos mayores (art. 173, párrafo 2, segunda oración, y párrafo 3 StGB)[16]. También aquí se trata de una conducta que no perjudica a nadie y que además afecta al ámbito más íntimo de la vida privada. En esta sentencia, el Tribunal ha recogido por primera vez los planteamientos de la moderna discusión arriba expuestos, pero se ha apartado de sus consecuencias[17].

La resolución quiere dejar sin responder[18] –y con ello insinúa al menos la posibilidad de reconocer el punto de vista penal expuesto– "el si la diferenciación entre normas penales que tan solo se basan en representaciones morales y aquellas que sirven a la protección de bienes jurídicos (...) es sostenible y si, en caso afirmativo, las normas penales del primer tipo serían constitucionalmente objetables". Y ella también escoge el punto de partida correcto cuando dice[19]: "El Derecho penal es utilizado como 'ultima ratio' en la protección de bienes jurídicos cuando determinada conducta (...) es de manera especial socialmente dañosa y, por ello, intolerable, y cuando impedirla resulta especialmente urgente para la coexistencia ordenada de las personas".

Pero a continuación, en vez de evaluar si la punición del incesto entre hermanos es "especialmente urgente" por razones de la protección de bienes jurídicos, el Tribunal opina que[20] a partir de la doctrina penal de los bienes jurídicos no se derivarían exigencias en lo relacionado con las finalidades perseguidas por las normas penales. Más bien sería "cuestión del legislador (...) fijar el ámbito de la conducta punible".

No queda claro cómo podría armonizar esto con el punto de partida. Esta falta de claridad se incrementa más por el hecho de que la resolución

(16) TFC, tomo 120, p. 224 y ss.

(17) En un artículo mío (StV 2009, p. 544 y ss. [traducido y publicado aquí en las p. 186 y ss.]) se encuentra un minucioso análisis.

(18) TFC, tomo 120, p. 248.

(19) TFC, tomo 120, pp. 239-240.

(20) TFC, tomo 120, p. 241.

encuentra luego tres bienes jurídicos, cuya supuesta afección, por lo menos en su actuar conjunto, justificaría la amenaza penal: la familia, la autodeterminación sexual y la salud genética de los hijos. No obstante se pueden aportar pruebas de que ninguno de estos bienes jurídicos sirven de base a la amenaza penal(21), de manera que la disposición no tiene ningún fin de protección sostenible.

Las cosas se agravan por el hecho de que la amenaza penal interviene en el ámbito más íntimo de la configuración privada de la vida. Si bien la resolución ve este punto de vista, lo deja de lado con la observación(22) de que el acto sexual entre hermanos no sería cuestión "solo de ellos exclusivamente", sino podría "tener efectos ulteriores en la familia y en la sociedad (...)". Pero la protección del ámbito básico es absoluta y, como parte integrante de la dignidad humana, no puede estar sometido a ponderaciones. Y también las restricciones impuestas al espionaje acústico en viviendas tienen efectos en la sociedad al dificultar la persecución penal. Pese a ello, estas restricciones han sido dispuestas constitucionalmente.

Según todo esto, no sorprende que el único especialista de Derecho penal en la Sala sentenciadora, HASSEMER, se hubiera manifestado, en un voto singular, por la inconstitucionalidad de la punición del incesto entre hermanos(23), y que ninguno de los comentaristas penales que conozco hubiera aprobado el fallo del Tribunal Constitucional(24). Luego, aquí la "perspectiva del Derecho penal" dirigida hacia la Ley Fundamental es distinta de la que tiene el Tribunal Constitucional. Según los datos de la prensa(25), actualmente estaría pendiente de resolver por el Tribunal de escabinos de Nördlingen un caso muy similar. Tal vez este caso dé una nueva oportunidad para repensar la problemática.

---

(21) Debo remitir para esto a mi artículo mencionado en la nota 17 [traducido y publicado aquí en las p. 186 y ss.].

(22) TFC, tomo 120, p. 243.

(23) TFC, tomo 120, p. 255 y ss.

(24) Ver las refs. en ROXIN (como en nota 17), p. 544, punto 4.

(25) Ver en "Süddeutsche Zeitung" de 19-01-2010.

Pero no solamente a partir de disposiciones penales tradicionales pueden surgir cuestiones constitucionales del tipo expuesto. Todavía a finales de 2009, el legislador ha introducido una disposición penal contra la posesión de escritos e imágenes que contuvieran pornografía juvenil e infantil (art. 184c, párrafo 4 StGB)[26], según la cual sería punible un joven de 18 años de edad que poseyera una foto sexualmente acentuada de su novia de 17 años. Puesto que está permitida la relación sexual como tal y los hechos incriminados se desenvuelven en el ámbito más estrecho de la privacidad, el TFC se tendrá que ocupar seguramente de la cuestión de lo que aquí realmente se encuentra protegido. Sería deseable que en ese momento se acordara de los principios de protección de bienes jurídicos y del ámbito básico.

b) La inadmisibilidad constitucional de disposiciones penales paternalistas

A partir de los principios de protección de bienes jurídicos y del núcleo básico se puede fundamentar la inadmisibilidad de disposiciones penales fuertemente paternalistas destinadas a proteger de sí mismos a personas que actuaran libre y responsablemente. Y es que la tarea del Derecho penal consiste solamente en impedir la lesión de bienes jurídicos de otros. La posibilidad de conductas de autopuesta en peligro o autolesión forma parte del ámbito de la configuración privada de la vida.

Independientemente de ello, la inadmisibilidad de amenazas penales paternalistas también puede ser deducida directamente de la autonomía de la personalidad que es un componente de la dignidad humana. Es así que también el TFC dice[27]: "El art. 1, párrafo 1 GG protege la dignidad de las personas tal como él mismo la entiende en su individualidad (...) Forma parte de esto la forma como la persona puede disponer de sí misma y configurar su destino de manera autorresponsable".

---

(26) Más detalles al respecto, M. HEINRICH, "Kieler Antrittsvorlesung" [clase inaugural] de 27-01-2010: "Strafrecht als Rechtsgüterschutz – ein Auslaufmodell?", todavía no publicado.

(27) TFC, tomo 49, p. 286 (298). De manera correspondiente se manifiesta también en otras sentencias.

Esto también coincide con la opinión totalmente mayoritaria en el Derecho penal. En una de las monografías más minuciosas sobre el tema, MURMANN[28] arriba al resultado que puede ser tomado como representativo de la "perspectiva penal" dominante: "Las decisiones de autodisposición se ubican dentro del (...) derecho de autodeterminación de la persona, tal como, constitucionalmente, es expresado en la dignidad humana y protegido en su realización externa a través de la libertad general de acción. Los límites de esta libertad no pueden ser fundamentados a partir de la protección contra sí misma de la persona que decide sin déficit alguno, sino solamente allí donde la persona decidiere deficitariamente o lesionare los derechos de otros".

Tanto la legislación como la jurisprudencia siguen respetando este principio. Así, p. ej., el consumo de alcohol y tabaco son impunes incluso si ello causare perjuicios a la salud. Tampoco el consumo de drogas está penado por sí mismo. Lo mismo rige para la práctica de deportes arriesgados o el correr otros riesgos para la vida. Y no solamente está permitido negarse a recibir tratamiento médico en caso de una decisión que pueda parecer no razonable según criterios objetivos –p. ej. resistirse a una transfusión de sangre necesaria para salvar la vida–, sino es incluso vinculante para terceros[29].

Pero este amplio consenso no cambia para nada el hecho de que nuestro Tribunal Constitucional, en el caso concreto, casi no hubiera podido decidirse por declarar una disposición penal que interviene en la autonomía de la personalidad del portador de bienes jurídicos y que no sirve para evitar perjuicios a terceros. Esto se demostrará con ayuda de dos ejemplos.

Una conocida resolución de 1994[30] ha conservado la amenaza penal contra la posesión de drogas (art. 29, párrafo 1, N° 3 BtMG [Ley contra el tráfico de Estupefacientes]) incluso cuando alguien poseyere solo pequeñas cantidades para su propio consumo. Esto se acerca mucho y

(28) MURMANN, "Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht", 2005, p. 535.

(29) Cfr. al respecto TFC, tomo 32, p. 98 y ss. (Asociación Evangélica de Hermanos).

(30) TFC, tomo 90, p. 145 y ss.

de manera dudosa a la punición del consumo de drogas y, con ello, a una conducta que, en el peor de los casos, es peligrosa para el propio actor. Ciertamente, el Tribunal intenta construir un "peligro ajeno abstracto"(31) que consistiría en la posibilidad de que la droga sea entregada a un tercero y que todo esto apoyare el mercado ilegal de drogas. Pero precisamente el propio consumo no es una "entrega" (que por lo demás, en caso de producirse entre adultos, no pasaría de constituir complicidad en una autopuesta en peligro). Y toda experiencia práctica enseña que es imposible paralizar el mercado internacional de drogas criminalizando a los pequeños consumidores. Es precisamente la criminalización lo que alienta al mercado ilegal, al hacer que pequeños e inofensivos consumidores tengan que recurrir al medio ilegal.

Seguramente la Sala decisoria habrá visto también esto y ha recomendado eximir de pena (art. 29, párrafo 5 BtMG) o de la persecución penal (arts. 153 y ss. StPO) cuando se tratare de conductas "destinadas a preparar exclusivamente el propio consumo ocasional de pequeñas cantidades de productos de hachís y no estuvieren vinculadas con la puesta en peligro de otros"(32). Pero esto produce una gran inseguridad jurídica y contradice además el principio de taxatividad (art. 103, párrafo 2 GG), según el cual debe ser la ley y no un órgano de justicia penal quien deberá decidir sobre la punibilidad de una conducta(33). Por ello, la "resolución del hachís" también ha encontrado un amplio rechazo en la literatura penal(34).

En el ámbito de las normas referidas al transplante de órganos, el TFC ha tolerado, todavía de manera más amplia, las intervenciones penales en la autonomía de la personalidad. Según el art. 8, párrafo 1,

(31) TFC, tomo 90, p. 145 y ss., 187.

(32) TFC, tomo 90, p. 146, pauta 3.

(33) Así también el voto divergente del magistrado SOMMER, TFC, tomo 90, p. 224 y ss.

(34) De la amplísima bibliografía –la que también presenta más referencias bibliográficas–, puede consultarse: HAFFKE, ZStW 107 (1995), p. 761 y ss.; NESTLER, en Institut für Kriminalwissenschaften, Fráncfort del Meno, "Vom unmöglichen Zustand des Strafrecht", 1995, p. 72 y ss.; PAEFFGEN, FS al TFC, 2000, p. 695 y ss.; WOHLERS, "Deliktstypen des Präventionesstrafrechts", 2000, p. 187 y ss.; SCHÜNEMANN, en HEFENDEHL/ VON HIRSCH/ WOHLERS, "Die Rechtsgutstheorie", 2003, p. 145 y ss.

oración 2 de la Ley de Transplantes de Órganos (LTO), estaría permitido donar órganos no regenerables entre personas vivas únicamente cuando se tratare de parientes de primer y segundo grado, y entre personas "evidentemente allegadas y que se encontraren en estrecha relación con el donante". Un médico que, infringiendo esta ley extrajere un órgano, será penado según el art. 19, párrafo 1 LTO, con privación de libertad de hasta cinco años o con multa. Luego, quien por razones altruistas quisiera salvar la vida de un receptor que no tuviera la calidad de allegada personal de él –en la mayoría de los casos incluso de manera anónima donándole un riñón–, se verá impedido por la ley. El médico que le posibilitara tal donación, sería incluso penado. Puesto que, como es conocido, no hay muchos donantes de riñón a disposición, esta regulación legal llevará a la muerte de personas que hubieran podido ser salvadas con la donación de órganos.

Con más razón sorprende que, precisamente en un caso como este exista una disposición penal que esté destinada a proteger al donante de su propia decisión libre y que el TFC hubiera dado su visto bueno a tal paternalismo(35). El TFC opina(36): "Ciertamente, frente a la libertad de acción consagrada en el art. 2, párrafo I GG, la protección de la persona contra sí misma (...) precisa una justificación constitucional. También la conducta peligrosa para uno mismo constituye ejercicio de la libertad como derecho fundamental. Pero esto no cambia para nada el que sea una pretensión legítima del bienestar general el preservar a las personas de causarse graves daños personales a sí mismos".

No obstante, esta "pretensión del bienestar general" no debe ser perseguida con los medios del Derecho penal, porque la donación altruista de órganos no lesiona bienes jurídicos ajenos, sino, por el contrario, los preserva, y porque por lo demás el impedir la donación interviene masivamente en el núcleo básico existencial de la configuración privada de la vida y afecta continuadamente la autonomía de la personalidad del

(35) En NJW 1999, p. 3399 y ss.

(36) En NJW 1999, p. 3401.

donante de órganos. Además, los motivos esgrimidos por el legislador y recogidos por el Tribunal Constitucional no son para nada sólidos: la voluntariedad de una donación no puede ser garantizada por una prohibición ilimitada, sino tan solo mediante su revisión objetiva. También se puede prohibir el tráfico de órganos permitiendo al mismo tiempo la donación altruista que salva vidas. No constituye ninguna razón para impedir, bajo amenaza de pena, la donación de órganos vitales, el querer promover la extracción postmortal de órganos, y además este objetivo podría realizarse de manera mucho más efectiva a través de otros medios (como, p. ej., introduciendo la posibilidad de oponerse a la donación). Una donación de órganos que salva la vida ni siquiera es especialmente peligrosa. En el trasplante de riñones, que es el caso práctico de primer plano, la esperanza de vida de los donantes es incluso mayor que la de los no donantes(37).

Por ello y con razón, la sentencia ha recibido mayormente rechazo(38). Esto también debería dar motivo para que el TFC reflexione de nuevo profundamente sobre los límites constitucionales de las intervenciones penales.

La punibilidad de la "muerte a petición" (art. 216 StGB) –por cierto, polémica– y de las lesiones corporales inmorales bajo consentimiento del lesionado (art. 228 StGB) no constituyen entonces un atentado contra el principio de autonomía, y esto también puede justificarse a partir del punto de vista aquí defendido cuando se partiera de que, en decisiones existenciales de tal tipo, solo la ejecución de propia mano es capaz de manifestar con fuerza probatoria la voluntariedad y seriedad del deseo de dañarse a sí mismo. Por cierto que en tal caso se deberá limitar la punibilidad de

(37) SCHROTH en HIRSCH, A./ NEUMANN, U./ SEELMANN, K. (coords.), "Paternalismus im Strafrecht", 2010, p. 205 y ss. (206).

(38) GUTMANN en SCHROTH/KÖNIG/GUTMANN/ODUNCU, "Kommentar zum Transplantationsgesetz", 2005, § 8, n. marg. 28, c. más refs. Además, SCHROTH en el mismo libro-comentario, § 19, n. marg. 174 y ss. También: GUTMANN, NJW 1999, p. 3387 y ss.; SCHROTH, FS Scholler, 2002, p. 35 y ss.; *ídem* en "Jahrbuch für Recht und Ethik", tomo 15, 2007, p. 395 y ss.

las lesiones corporales con el consentimiento del lesionado, a acciones peligrosas para la vida y a la lesión irreversible de funciones corporales básicas, tal como hace también la reciente jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán [BGH][39].

2. ¿Existen mandatos constitucionales que exigen la punición?

Ciertamente, nuestro Tribunal Constitucional hasta ahora no ha podido derivar claras limitaciones al poder punitivo estatal a partir de la Ley Fundamental. Pero sí ha reconocido –en el primer fallo sobre el aborto[40]– la posibilidad de una obligación constitucional para emitir disposiciones penales.

Los pasajes centrales dicen[41]: "En caso extremo, o sea, cuando la protección exigida por la Constitución no se puede alcanzar de otro modo, puede obligarse al legislador a emplear el Derecho penal para proteger la vida en desarrollo. La norma penal representa en cierto modo la 'ultima ratio' del legislador. Según (...) el principio de proporcionalidad, solamente se podrá hacer uso cuidadoso y reservado de este medio. No obstante, también este último medio deberá ser empleado cuando no se pudiera alcanzar la protección efectiva de la vida de otro modo. Esto lo exigen el valor y la importancia del bien jurídico que debe ser tutelado".

Esto ha permanecido polémico[42], pero merece aprobación desde el punto de vista del Derecho penal. Así, si como se ha expuesto arriba, la tarea del Derecho penal, basada constitucionalmente, consiste en la pro-

(39) Más detalles sobre la "muerte a petición", ROXIN, en ROXIN/SCHROTH, "Handbuch des Medizinstrafrechts", 4a. ed., 2010, p. 86 y ss., 111 y ss.; sobre las lesiones corporales inmorales a petición, *ídem,* igual que en la nota 6, § 13, n. marg. 38 y ss. Sobre todo esto también MURMANN, igual que en la nota 28, pp. 496 y 504.

(40) TFC, tomo 39, p. 1 y ss.

(41) TFC, p. 46 y ss.

(42) Cfr. las refs. en ROXIN (igual que en la nota 6, § 2, n. marg. 95 y s.) además de los datos de la literatura en las notas al pie.

tección de bienes jurídicos, el Estado debe ya por mandato constitucional emplear una amenaza penal cuando no tuviera a disposición otro medio menos grave para garantizar la protección de bienes jurídicos(43). Solo sorprende que el Tribunal haya hecho aquí que el principio de protección de bienes jurídicos constituya un requisito sobreentendido de un deber de penar, pero no quiera hacerlo valer como medio para limitar el poder punitivo estatal. Pero si el Derecho penal, como correctamente argumenta el fallo, solamente puede ser considerado como medio extremo de la protección de bienes jurídicos, no puede ser razonablemente objeto de una amenaza penal aquella conducta que no lesionare ningún bien jurídico.

También merece consideración y aprobación que el Tribunal Constitucional considere que, en la protección de la vida en formación, sea preferible recurrir a medios jurídicos más leves cuando estos, en sus efectos, no fueran menos eficaces que el empleo del Derecho penal. De este modo y al tolerar la solución del asesoramiento actualmente vigente, el Tribunal, en su segunda sentencia sobre el aborto(44), ha podido contribuir a la pacificación social en una cuestión políticamente muy disputada.

III. LAS TEORÍAS DE LA PENA A LA LUZ DE LA LEY FUNDAMENTAL

Junto a la tarea que plantea el Derecho penal al legislador también deberá medirse el fin de la pena concretamente impuesta o que se fuera a imponer tomando como parámetro la Constitución. En la evaluación de las llamadas teorías de la pena, por un lado, nuestro Tribunal Constitucional, como ya lo ha hecho en cuestiones referidas a la legislación penal, ha sido muy reservado. Pero, por otro lado, ha proporcionado orientaciones directrices a la jurisprudencia en cuestiones básicas aisladas (aunque sin vincularse a ninguna teoría general)(45).

(43) También HASSEMER (igual que en la nota 9, p. 222) indica "que no se puede construir una prohibición de insuficiencia [o "infraproporción"] sin la representación de un bien jurídico".

(44) TFC, tomo 88, pp. 203-366.

(45) Más detalles al respecto en ROXIN, FS Volk, 2009, p. 601 y ss.

Sobre las teorías de la pena dice lo siguiente(46): "El Tribunal Federal Constitucional se ha ocupado repetidamente del sentido y la finalidad de la pena estatal sin tomar en lo fundamental partido por ninguna de las teorías de la pena que se defiende en la ciencia". No habría "ningún motivo para ocuparse de las diferentes teorías de la pena pues no puede ser tarea del Tribunal Federal Constitucional, en aras de la Constitución, terminar con la disputa teórica de la ciencia penal". Con algo de aprobación distanciada opina a continuación: "Compensación de culpabilidad, prevención, resocialización del autor, expiación y retribución por el injusto cometido son designados como aspectos de una sanción penal apropiada ...".

Esto es, en primer lugar, decepcionante. Y es que casi no se puede entender por qué la tarea y los límites de la más dura intervención en la vida de los individuos que conoce nuestro ordenamiento jurídico deban ser desdeñados como "disputa teórica en la ciencia penal" que no interesaría al Derecho constitucional. También sorprende la despreocupación con la cual se mezclan los diferentes fines de la pena sin esclarecimiento conceptual alguno. No se aclara si y cómo deberían diferenciarse "compensación de culpabilidad", "expiación" y "retribución". Tampoco se dice que la socialización sería una forma de prevención (especial). Por lo demás, resulta evidente que intervenciones en derechos fundamentales, como las que posibilita el Derecho penal, necesitan una legitimación constitucional.

Por cierto que, cuando uno se ocupa con más detalle de la jurisprudencia constitucional, encuentra que el Tribunal ha estatuido dos postulados constitucionalmente vinculantes para la limitación y la tarea de la pena estatal: el principio de culpabilidad (1) y el objetivo de la resocialización (2), postulados a partir de cuya coactuación es posible incluso desarrollar los trazos de una teoría de la pena (3).

(46) TFC, tomo 45, p. 253; en parte todavía coincide textualmente con el fallo TFC en NJW 2004, p. 745.

1. El principio de culpabilidad

En primer lugar, el TFC ha basado la consagración constitucional del principio de culpabilidad en el art. 2, primer párrafo de la Ley Fundamental y en el principio de Estado de Derecho. En la sentencia del TFC, tomo 20, p. 331 se dice lo siguiente: "Con la pena (...) se reprocha al autor (...) un atentado jurídico. Pero ese reproche penal presupone reprochabilidad, o sea, la culpabilidad penal. En caso contrario, la pena sería retribución incompatible con el principio de estado de derecho por sucesos de los cuales no puede responder el afectado. La conminación penal o cuasipenal de un hecho sin culpabilidad del autor es, según esto, contraria al estado de derecho y lesiona al afectado en su derecho fundamental del art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental...".

Más adelante se añade a esto la invocación a la dignidad humana(47): "En el campo de la administración de justicia penal (...) el art. 1, párrafo 1 determina la concepción sobre la naturaleza de la pena y la relación entre culpabilidad y expiación. El principio 'nulla poena sine culpa' tiene el rango de una proposición constitucional...". En nuevas sentencias se destaca incluso la prohibición de exceso(48): el principio de culpabilidad coincidiría "en sus efectos limitadores de la pena con el principio constitucional de la prohibición de exceso".

La importancia central que el Tribunal Constitucional otorga al principio de culpabilidad para fundamentar y limitar cualquier pena también se hace notar en el énfasis especial que recibe en el fallo referido al Tratado de Lisboa(49): "El principio de que toda pena presupone culpabilidad se basa en la garantía de la dignidad humana del art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental (...) El principio de culpabilidad forma parte de la identidad constitucional indisponible, según el art. 79, párrafo 3 L. F., identidad

(47) TFC, tomo 45, p. 228.

(48) TFC en NJW 2004, p. 2073. Aquí se renuncia a una enumeración de las numerosas sentencias que se han ocupado del principio de culpabilidad.

(49) TFC, tomo 123, p. 267 y ss. (413).

que también está protegida de intervenciones provenientes de un poder público ejercido de manera supranacional".

Todo esto debe ser aprobado. Esto rige especialmente para la vinculación del principio de culpabilidad con la dignidad humana(50). La "fórmula del objeto" que se remonta materialmente a KANT y que en la teoría del Derecho público de la posguerra hubiera sido reanimada especialmente por DÜRIG, según la cual se atentaría contra la dignidad humana cuando el Estado no tratara al individuo como persona, sino como mero objeto, encaja en toda lesión al principio de culpabilidad. Y es que, cuando alguien es penado sin culpabilidad o más allá de la medida de su culpabilidad, no está siendo tratado según la medida de su responsabilidad como persona, sino se vuelve mero objeto de la coerción estatal.

El principio de culpabilidad, así como lo entiende el TFC, ha sido reconocido casi unánimemente en la ciencia penal alemana como límite indisponible de la pena(51). También el "Manifiesto por una Política Criminal Europea" que se ha mencionado al principio(52) enfatiza que el principio de culpabilidad serviría para "la garantía amplia de la dignidad humana". Tendencias de la moderna investigación cerebral, que al cuestionar la libertad de voluntad también cuestionan el Derecho penal de la culpabilidad, no han afectado a este reconocimiento. Y es que la culpabilidad tan solo exige que el autor, al momento de cometer el hecho, hubiera sido capaz de dirigir el hecho y hubiera sido normativamente asequible. En principio esto, al igual que sus niveles, también puede ser verificado empíricamente y es independiente de la cuestión de cómo se

(50) Ampliamente, HÄBERLE, "Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft", en ISENSEE/KIRCHHOF (coords.), "Handbuch des Staatsrechts", tomo I, 1987, p. 815 y ss.

(51) Solo constituye una excepción, JAKOBS ("Strafrecht. Allgemeiner Teil", 2a. ed., 1991, sección 17, n. marg. 18 y ss.) para quien la culpabilidad es imputada según las necesidades de la prevención general. Al respecto, críticamente, ROXIN (igual que en la nota 6), § 19, n. marg. 33 y ss.

(52) Igual que en la nota 2, p. 697.

producen las resoluciones de la voluntad[53]. Entonces, nuestro Tribunal Constitucional merece gran reconocimiento por haber afrontado todas las pretensiones del Derecho penal de la seguridad que no compatibilizan con el principio de culpabilidad.

2. La resocialización como tarea constitucionalmente exigida por la ejecución penal

Igualmente es de agradecer la fundamentación constitucional de la resocialización en la ejecución penal. En el llamado "fallo Lebach"[54] se dice: "Como portador de (...) derechos fundamentales (...) derivados de la dignidad humana (...) se tiene que dejar la oportunidad al sujeto condenado de poder reintegrarse en la sociedad tras cumplir con su pena. Visto desde la perspectiva del autor, este interés en la resocialización surge de su derecho fundamental del art. 2, primer párrafo, en concordancia con el art. 1 de la Ley Fundamental".

Siguiendo consecuentemente este orden de ideas, el Tribunal[55] incluso ha reconocido al condenado a prisión perpetua su derecho a la resocialización (al respecto, ver aún abajo en IV 1). El Tribunal también ha subordinado a la finalidad resocializadora el trabajo que se prestare en el establecimiento penal[56]: "El trabajo en la ejecución penal tan solo constituirá un medio resocializador efectivo cuando el trabajo prestado encontrare un reconocimiento apropiado".

El Tribunal utiliza, al fundamentar constitucionalmente la finalidad resocializadora, el principio de la dignidad humana, tal como lo ha hecho también al reconocer un núcleo básico intangible de la configuración privada de la vida, en un sentido que va más allá de la "fórmula del objeto". Según

(53) En el presente marco, no se puede naturalmente proporcionar una fundamentación más detallada de estas tesis; cfr. sin embargo, ROXIN (igual que en la nota 6), § 19, n. marg. 36 y ss.

(54) TFC, tomo 35, p. 235 y ss.

(55) TFC, tomo 45, p. 238 y ss.

(56) En NJW 2004, p. 739 y ss. (746).

esto, la dignidad humana no solamente prohíbe que el individuo sea hecho objeto mediante tortura, abusos, humillaciones o punición indiferente a la culpabilidad, sino también manda que se le garantice la posibilidad de una vida bajo condiciones humanas dignas. También forma parte de esto la reintegración del autor en la comunidad jurídica y una configuración de la ejecución penal destinada a hacer posible al condenado una vida posterior en libertad.

Esta jurisprudencia merece tanto más consideración que la legislación, y la política desde hace algún tiempo tiende a anteponer intereses exagerados de seguridad al objetivo de la resocialización. También en la ciencia ya casi no se encuentra el ímpetu resocializador de los años sesenta y setenta. Por ello, con razón se ha considerado al TFC como "motor del desarrollo de la idea resocializadora en Alemania"(57).

3. Consecuencias de teoría de la pena

A partir de la fundamentación constitucional del principio de culpabilidad y el objetivo resocializador, en contra de las reservas del Tribunal, se pueden deducir algunas consecuencias para la teoría de la pena. Se podría caracterizar como "prevención limitada por la culpabilidad" la finalidad constitucionalmente legitimada de la pena impuesta en el caso concreto. Para la ejecución penal esto es evidente. Y es que la resocialización constituye un fenómeno de la prevención especial que solo puede ser practicado en el marco de lo apropiado a la culpabilidad.

En relación con la imposición de la pena, ciertamente el Tribunal también menciona como fines de la pena la "compensación de culpabilidad", la "expiación" y la "retribución". Pero el que con ello no se pueda aludir a una opción, desvinculada de la prevención, a favor de la teoría "clásica" de la retribución, resulta del énfasis repetido que hace el Tribunal(58) "de que, bajo el dominio de la Ley Fundamental, la pena jamás deberá constituir un fin por sí misma".

(57) LEYENDECKER, "(Re-)Sozialisierung und Verfassungsrecht", 2002, p. 32.

(58) TFC, tomo 72, p. 114; igualmente ya antes el TFC, tomo 39, p. 46.

Según esto, los conceptos mencionados solamente pueden ser entendidos en sentido preventivo-general; es decir, de tal modo que al medir la pena también se deba considerar el efecto en la conciencia jurídica de la población. Pero esto se entiende por sí mismo, puesto que la prevención especial y la prevención general tendrán que ser armonizadas en cada una de las disposiciones sancionadoras(59). Por cierto que en la ejecución penal solamente tiene efectos preventivos generales la sanción como tal (la privación de libertad); su configuración es una tarea resocializadora.

IV. ¿SANCIONES PENALES INCONSTITUCIONALES?

1. La pena de prisión perpetua

Nuestro Tribunal Constitucional, en una sentencia fundamental(60), se ha ocupado de la constitucionalidad de la pena de cadena perpetua bajo un doble aspecto. En primer lugar, ha evaluado su admisibilidad básica; y, en segundo lugar, ha analizado aún si se respeta el principio de proporcionalidad cuando se amenaza, sin excepciones, con cadena perpetua la realización de determinados elementos del tipo de asesinato.

a) Su admisibilidad básica

El Tribunal ha admitido su admisibilidad, pero la ha vinculado con dos restricciones. Su admisibilidad general es deducida de consideraciones de prevención general. A falta de conocimientos criminológicos seguros, quedaría en el marco de la libertad de configuración legislativa cuando el legislador otorga a la amenaza y la imposición de una prisión perpetua efectos en la conciencia jurídica general "que no partirían de la amenaza de una privación temporal de la vida"(61).

(59) En este marco no es posible tomar posición sobre las particularidades de la jurisprudencia constitucional en caso de finalidades preventivas divergentes. Pero puedo remitir a mi trabajo mencionado en la nota al pie 45.

(60) TFC, tomo 45, p. 187 y ss.

(61) TFC, tomo 45, p. 257.

Por cierto que (y allí radica la primera restricción) también la cadena perpetua debería ser configurada de manera resocializadora(62): "los establecimientos penitenciarios también están obligados a buscar la resocialización de los presos condenados a cadena perpetua, a mantenerlos con vida, y con ello también y sobre todo a contrarrestar los cambios que deformaren la personalidad. Se trata con ello de tareas de la ejecución penal fundadas en el Derecho Constitucional que se derivan de la intangibilidad de la dignidad humana garantizada en el art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental". También el condenado a cadena perpetua deberá tener la oportunidad de "poder recuperar su libertad". Luego, la prisión de por vida, si bien permanece en la emisión de la condena, no lo hace en la ejecución.

La segunda restricción radica en la exigencia de consagrar en la ley la práctica excarceladora de los condenados a cadena perpetua: "La posibilidad de indultar, por sí sola, no es suficiente; más bien el principio de estado de derecho obliga a regular legalmente los presupuestos bajo los cuales se puede suspender una pena de cadena perpetua, así como el proceso correspondiente"(63).

En este fallo, veo una feliz síntesis de necesidades de prevención general y especial. La tarea del Derecho penal de proteger bienes jurídicos hace que resulte razonable conminar con cadena perpetua la lesión de los bienes jurídicos de mayor rango. No se puede descartar que, en caso contrario, podría disminuir el umbral de la inhibición frente a su violación. Pero la dignidad humana, a la que también tiene derecho el asesino, manda impedir los efectos destructores de la personalidad que surgirían en caso del cumplimiento real de la pena de cadena perpetua sin ayudas resocializadoras ni la oportunidad de reintegración social.

Una cosa distinta es que el art. 57a StGB, introducido por el legislador a finales de 1981 en cumplimiento del fallo constitucional, el cual prevé la posibilidad de suspender condicionalmente la cadena perpetua

(62) TFC, tomo 45, p. 238 y ss.

(63) TFC, tomo 45, p. 187, pauta 3, oración 2.

tras quince años de ejecución, no hubiera tenido éxito en la práctica(64). Esto se debe sobre todo a que pueden oponerse a la suspensión de la pena no solamente los "intereses de seguridad de la generalidad", sino también la "gravedad especial de la culpabilidad del condenado" (art. 57a, párrafo 1, N° 2 StGB). Esto lleva a una incertidumbre de los requisitos de la suspensión que atentan contra el Estado de Derecho y que debió haber sido evitada a la hora de elaborar la ley. Además, esto ha tenido como consecuencia un creciente desborde de la práctica ejecutora de la prisión más allá del límite de los quince años. Quizá el Tribunal Constitucional debiera revisar una vez más la cláusula referida a la gravedad de la culpabilidad bajo el punto de vista de las intenciones que su propio fallo perseguía preponderantemente.

b) *La falta de proporcionalidad de algunos elementos del tipo de asesinato*

Nuestro Tribunal Constitucional, en la misma sentencia, ha analizado la cuestión de si, en los elementos típicos del delito de asesinato, no se llegaría a una desproporcionalidad de la sanción que superaría la gravedad de la culpabilidad cuando su realización es amenazada, sin excepciones, con cadena perpetua. Ha llegado a la conclusión de que, en caso de la muerte con "alevosía" o "para ocultar otro delito", la cadena perpetua tan solo estaría en conformidad con la Constitución si se interpretaran restrictivamente estos elementos(65).

Lamentablemente, los esfuerzos del TFC por hacer que estos mandatos constitucionales se cumplan en la práctica no se han visto coronados con el éxito. La Sala Mayor en Asuntos Penales(66) ha desarrollado la llamada solución de las consecuencias jurídicas para la "alevosía"(67), teoría según

(64) Cfr. tan solo el "Proyecto Alternativo Vida" –coeditado por mí– GA 2008, p. 193 y ss., 255 y ss.

(65) TFC, tomo 45, p. 187, pauta 4.

(66) TFC, tomo 30, p. 105 y ss.

(67) Sobre la "alevosía" y los esfuerzos para restringirla, ver más detalles en ROXIN, FS Widmaier, 2008, p. 741 y ss.

la cual se debería aplicar el marco penal atenuado del art. 49, párrafo 1, N° 1 StGB en caso de "circunstancias extraordinarias". Esta no es una solución feliz, porque rebasa las competencias del juez el reemplazar una amenaza legal de pena por otra, porque el efecto estigmatizador de la condena por asesinato también permanece en casos fuera de proporción, y porque la práctica casi no ha hecho uso de la posibilidad de atenuar la pena. En el caso de la intención de ocultar otro delito, los esfuerzos limitadores de la jurisprudencia han sido abandonados por completo después de algunos intentos vanos.

Entonces, el TFC no ha causado ningún remedio contundente. Este solo podrá ser conseguido mediante una nueva regulación legal de todos los delitos de homicidio, regulación que ya ha sido presentada por un grupo de círculo de trabajo de penalistas en un proyecto detalladamente fundamentado(68). Tal reforma también debería ser exigida constitucionalmente, porque el vigente art. 211 StGB contempla los variados casos merecedores de las mayores penas solo de manera insuficientemente diferenciada(69).

2. La pena patrimonial

La pena patrimonial (antiguamente en el art. 43a StGB) constituye uno de aquellos raros casos en los cuales una disposición del Derecho penal material ha sido declarada nula por el Tribunal Constitucional(70). La disposición preveía que en determinados –numerosos– delitos que mayormente atentaban contra el patrimonio, además de una privación de libertad de por lo menos dos años podía exigirse el pago de una suma de dinero "cuyo monto estaba limitado por el valor del patrimonio del autor".

(68) Igual que en la nota 64.

(69) Sobre la reforma de los delitos de homicidio cfr. también mi ponencia introductora al 2do Diálogo de Derecho Penal de Karlsruhe, en JAHN/NACK (dirs.), "Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelst das Strafrecht?", 2010, p. 21 y ss.

(70) TFC, tomo 105, p. 135 y ss.

Con razón, el TFC ha decidido que también para la conminación penal rige el principio de taxatividad de la ley(71) y que este principio es lesionado cuando, como ocurría en el caso presente, ni siquiera se preceptuaba el marco penal(72): "En lo referente a la medida de la pena en cuestión, el legislador debe determinar un marco penal del cual pueda extraerse básicamente el mínimo de una pena al igual que un límite superior de la sanción". A través de la posibilidad abierta por el art. 43a, párrafo 1, oración 3, de estimar el valor del patrimonio, esta indeterminación se ve incrementada todavía más. Y también, ante la falta de cualquier pauta para la medición judicial de la pena, existía el peligro de una colisión con el principio de culpabilidad(73). La idea legislativa de poder acceder así a las ganancias obtenidas presumiblemente de manera ilícita, no puede ser realizada, con respeto a la Constitución, mediante una disposición penal del tipo explicado. Esto es tan claro desde la perspectiva penal que debe sorprender el que la sentencia estuviera acompañada de votos divergentes de tres magistrados(74).

V. CUESTIONES CONSTITUCIONALES DE LA JUSTIFICACIÓN, LA EXCULPACIÓN Y LA EXCLUSIÓN DE PENA

En este ámbito, hay tres problemas que merecen ser destacados y de los cuales se ha ocupado el TFC. De los tres, los dos primeros pertenecen a las cuestiones penales polémicas más discutidas de los últimos años.

1. ¿Tortura para rescatar?

La cuestión de si para rescatar una vida humana se pueda torturar o siquiera amenazar con una tortura, se ha vuelto actual con el llamado "caso Daschner". El Vicepresidente de la Policía de Fráncfort del Meno, el Sr. Daschner, había obligado a un secuestrador, bajo la amenaza de torturarlo,

(71) TFC, tomo 105, p. 135, pauta 1.

(72) TFC, tomo 105, p. 135, pauta 3.

(73) TFC, tomo 105, p. 165.

(74) TFC, tomo 105, p. 172 y ss.

a revelar el lugar donde tenía escondida a su víctima. Con esto quería salvar la vida de la persona secuestrada, pero ello no se consiguió, porque ya había sido muerta antes. Se discute si las coacciones que implican la amenaza de la tortura (art. 240 StGB) pueden ser justificadas, sea mediante auxilio necesario (art. 32 StGB) o estado de necesidad (art. 34 StGB).

El espacio aquí disponible no permite reproducir en todos sus detalles el estado de la discusión tan controvertida(75). El TFC se ha ocupado solo ocasionalmente del caso con motivo de una queja constitucional inadmisible del asesino amenazado con ser torturado(76). Ha admitido una violación del art. 1, párrafo 1, y el art. 104, párrafo 1, oración 2 de la Ley Fundamental: "Y es que el (...) empleo de tortura convierte a la persona interrogada en mero objeto de la lucha contra la criminalidad violando sus derechos de ser valorado y respetado protegidos constitucionalmente y destruyendo los presupuestos básicos de la existencia social e individual de la persona".

El caso ha generado tanta sensación pública que el entonces presidente del TFC también se ha manifestado al respecto en la prensa. El presidente PAPIER ha enfatizado lo siguiente(77): "Hay principios básicos del estado de derecho que no deben ser abandonados de ningún modo. Forman parte de ello la protección de la dignidad de la persona. De esto resulta una prohibición absoluta de la tortura". PAPIER rechaza expresamente cualquier relativización o ponderación con otros bienes jurídicos. Y también el vicepresidente HASSEMER dice(78): "... núcleo de la prohibición de tortura es (...) el ataque a la dignidad de la persona. El afectado no puede ser convertido en objeto dentro del proceso. Esto ocurre cuando él ya no es persona sino un manojo de dolores".

(75) No obstante puedo remitir a dos trabajos propios en los que he tratado y analizado extensamente la problemática polemizando con la literatura; ver en FS Eser, 2005, p. 461 y ss.; FS Nehm, 2006, p. 205 y ss.

(76) TFC en NJW 2005, p. 656.

(77) PAPIER en "Leipziger Volkszeitung", citado aquí según la versión del FAZ de 02-01-2006, p. 2.

(78) HASSEMER, "Süddeutsche Zeitung" de 27-02-2003, p. 7.

Este entendimiento constitucional deberá saludarse sin reparos. Coincide con la opinión predominante en el Derecho penal que se opone a todas las tendencias de los últimos años, producidas también en Alemania, así como a dudosos modelos de la práctica en otros países que intentan relativizar la protección de la dignidad humana. La dignidad humana debe seguir siendo indisponible (arts. 1 y 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental). Si uno empieza a permitir excepciones a la prohibición de torturar, muy pronto se encontrarán razones supuestamente buenas para suspender la prohibición. Con ello se derrumbaría un pilar que sostiene el Estado de Derecho.

Una cuestión distinta es si deba penarse a alguien que, en aras de un objetivo jurídico laudable, atentare en el caso concreto contra la prohibición de torturar(79). Si se pone en la balanza el objetivo perseguido por el autor que quería salvar la vida de otro y al actuante que creía encontrarse en un callejón sin salida, podría considerarse una exclusión extralegal de la responsabilidad penal(80). Pero esta es una cuestión de necesidad de pena que no cambia para nada la inadmisibilidad constitucional de tal proceder.

2. Ley de Seguridad de los Aires

Una constelación similar y que ha desatado una polémica parecida a la anterior fue impulsada por la "Ley de Seguridad de los Aires" [por sus siglas en alemán: LuftSiG] de 2005, según cuyo art. 14, párrafo 3, estaría permitido derribar un avión secuestrado por terroristas cuando solo de esa manera se pudiera evitar el peligro para otras personas derivado del uso del avión contra ellas. Según el art. 14, párrafo 4 de la Ley, solo el Ministro de Defensa o, eventualmente, el representante facultado de otro Ministerio Federal puede adoptar la medida. Con esta disposición se abarcarían casos como los que ocurrieron con el ataque al World Trade Center el 11 de setiembre de 2001.

(79) También HASSEMER plantea esta cuestión; ver igual que en la nota 78.

(80) Más detalles al respecto, ROXIN (igual que en la nota 6), § 22, n. marg. 166-169.

El TFC[81] ha declarado nula esta disposición y, en sus fundamentos, ha criticado nuevamente la existencia de un atentado contra la dignidad humana, tal como había interpretado esta garantía en el sentido de la fórmula del objeto. Los pasajeros secuestrados, totalmente inocentes, serían así no solo objeto de los secuestradores[82]: "También el Estado, que en tales situaciones para defenderse recurre al artículo 14, párrafo 3 LuftSiG, los trata como meros objetos de su acción de salvamento para proteger a otros (...) Un trato como este no respeta a los afectados como sujetos con dignidad y derechos inalienables. A través de esto, al utilizar su muerte como medio para salvar a otros, son cosificados y simultáneamente desposeídos de sus derechos; al disponer el estado unilateralmente de su vida, aun cuando estuviera al servicio de los intereses de vida de otros, se desposee de valor a los pasajeros del avión que, como víctimas, necesitan ellos mismos de protección, valor que toda persona tiene por sí misma".

Esto merece fundamental aprobación, aun cuando en la literatura las tomas de posición aprobatorias y las de rechazo se encuentran más o menos equilibradas[83]. El Estado no tiene ningún derecho a matar víctimas inocentes de delitos, aunque esto sirviera para proteger la vida de otros. En caso contrario, también debería estar permitido matar a los moribundos cuando con el transplante de los órganos de estos se pudiera salvar la vida de otros. Eso remecería la protección penal de la vida en sus fundamentos. Si, según la opinión ampliamente dominante en el Derecho penal, incluso las coacciones que sirvieran para salvar la vida en el caso de la donación de sangre, atenta contra la dignidad humana y deben estar prohibidas[84], no puede hacerse plausible por qué debiera permitirse la muerte de unos para salvar la vida de otros.

---

(81) TFC, tomo 115, p. 118 y ss.

(82) TFC, tomo 115, p. 154.

(83) Ver un resumen de las refs. según el estado más reciente, en el trabajo de STRENG (FS Stöckel, 2010, p. 135 y ss.), con citas en las notas al pie 2, 3, 7 y 8.

(84) Más detalles, ROXIN (igual que en la nota 6), § 16, n. marg. 48 y ss., donde se critica esta concepción.

La más reciente investigación de STRENG[85], que pondera una vez más todos los argumentos, también llega a rechazar claramente la justificación. En la literatura penal tampoco se encuentra una crítica al fallo constitucional como la que hace DEPENHEUER[86], quien exige al particular que tolere que el Estado lo mate como "víctima ciudadana". STRENG[87] comenta la concepción de DEPENHEUER con las siguientes palabras: "Solo puede (...) asustar el retorno a un entendimiento del estado que subyace a esto y en el cual ante todo sea el ciudadano quien deba estar para el estado y no el estado para el ciudadano".

Una cuestión distinta aquí es también si debe penarse necesariamente al piloto de un avión interceptor que derribare el avión secuestrado por los terroristas para salvar a otros civiles, al considerar que esta sería la única solución posible en la situación concreta. El TFC ha visto esta cuestión y la ha dejado expresamente sin responder[88]. No se tendría que "decidir sobre cómo debería evaluarse penalmente el disparo que se hiciera así como la orden dada para ello".

En el Derecho penal, esta constelación ha sido discutida desde épocas tempranas de la posguerra desde el punto de vista de la "comunidad de peligros"[89]. Servía como ejemplo el caso de los llamados médicos de la eutanasia, quienes en la época nazi habían mandado a la muerte a un número limitado de enfermos mentales para impedir la amenaza de muerte de todos sus pacientes. En el Derecho penal, se ha admitido aquí, mayoritariamente una exclusión extralegal de la culpabilidad o de la responsabilidad penal. Podría considerarse también tal solución en el caso del derribamiento del avión secuestrado cuando con ello se redujere con seguridad el número de víctimas. Pero esta es una cuestión

(85) STRENG (igual que en la nota 83), p. 155.

(86) DEPENHEUER (igual que en la nota 3), p. 75 y ss.

(87) STRENG (igual que en la nota 83), p. 154.

(88) TFC, tomo 115, p. 157.

(89) Detalladamente al respecto, ROXIN (igual que en la nota 6), § 22, n. marg. 146 y ss.

penal situada fuera del Derecho constitucional. Con ello tampoco se afecta la inadmisibilidad del permiso legal para matar a inocentes.

3. Actos de conciencia y desobediencia civil

Se ha discutido mucho y también ha ocupado a nuestro Tribunal Constitucional, aunque relativamente poco, la cuestión de si la realización de tipos penales pueda ser justificada o exculpada invocando el art. 4 de la Ley Fundamental, como acto de conciencia o, apoyándose en los arts. 5 y 8 de la Ley Fundamental, como desobediencia civil.

a) El acto de conciencia

En lo que concierne al acto de conciencia(90), este, si bien es defendido no pocas veces en la literatura penal, no puede proporcionar una causa de justificación. Y es que la conciencia del individuo no puede desposeer de validez al derecho objetivamente vigente, sobre todo porque la decisión de conciencia no presupone determinada cualidad de contenido. Pero con ello entra en consideración una exclusión de la responsabilidad penal cuando la decisión de conciencia no afectare tareas esenciales del Estado, ni interviniere duraderamente en derechos fundamentales individuales. Si no se presentare un caso excepcional como este, se infringirían las barreras inmanentes de la libertad de conciencia que son garantizadas solo en el marco de la organización estatal vigente y con el respeto de los derechos de los demás.

Es así que, para una liberación de pena condicionada constitucionalmente, quedarían sobre todo aquellos casos en los cuales existiera una alternativa neutral a la conciencia. Esto ocurre, p. ej., cuando los padres, por razones de conciencia religiosamente motivadas, se opusieren a una operación necesaria de sus hijos. Aquí, su consentimiento puede ser reemplazado por un cuidador designado judicialmente o, en casos

(90) Al respecto, ROXIN (igual que en la nota 6) § 22, n. marg. 100-129, con numerosas referencias de la literatura; además *ídem* FS Maihofer, 1988, p. 389 y ss.; GA 2011, p. 1 y ss.

de urgencia, por una acción médica en estado de emergencia (art. 34 StGB). Algunos de estos casos están actualmente regulados por la ley; así p. ej. la negación de los médicos, condicionados por su conciencia, a realizar actos abortivos, en cuyo caso, por regla general, puede recurrirse a otro médico (art. 2, de la 5ta. Ley de Reforma Penal); o la negación, por razones de conciencia, a prestar juramento, caso en el cual –siguiendo el fallo del TFC, tomo 33, p. 23– puede reemplazarse el juramento por una ratificación (art. 65 StPO).

Tal como ya se ha dicho, entra en consideración una liberación de pena legitimada constitucionalmente, cuando mediante el acto de conciencia no se afectaren, o no se afectaren considerablemente, las tareas estatales o los derechos de otros. Esto también guarda correspondencia con la jurisprudencia constitucional. En la sentencia del TFC, tomo 32, p. 98 y ss.(91), una mujer, al nacer su cuarto hijo, se había negado, por razones de conciencia de su secta religiosa, a recibir una transfusión de sangre que le hubiera salvado la vida. El marido fue condenado por omisión de auxilio (art. 323c StGB), porque él –igualmente por razones de conciencia– en contra del deseo de los médicos ni siquiera había aconsejado a su mujer admitir la transfusión de sangre.

Aquí, el Tribunal Constitucional ha aceptado, con razón la impunidad porque el marido, si bien no había actuado para que su mujer diera su aprobación, tampoco había intervenido en la libertad de decisión de ella. El Tribunal considera(92) que la decisión del marido sería ciertamente "desaprobable de manera objetiva siguiendo las representaciones valorativas dominantes de manera general en la sociedad", no obstante lo cual "no sería tan reprobable en una medida que estuviere justificado proceder contra el autor utilizando el arma más grave que la sociedad tiene a su disposición, el Derecho penal". De las palabras elegidas por el Tribunal ("no tan reprochable en una medida...") se puede deducir que este, coincidiendo con mi opinión, no admite ni una justificación ni una exculpación,

(91) Cfr. al respecto ya arriba en II, 1, b) en la nota al pie 28.

(92) TFC, tomo 32, p. 98 y ss. (109).

sino una exclusión de responsabilidad por falta de necesidad preventiva de punición. O sea, si bien es rara la exclusión de pena a partir del art. 4 GG, por lo menos ella es posible.

b) Desobediencia civil

Las personas que, en el marco de protestas políticas, infringieren leyes penales, invocan a menudo la "desobediencia civil"(93). Según la definición dada por nuestro Tribunal Constitucional(94), esta es una "resistencia del ciudadano frente a algunas importantes decisiones estatales (...) a fin de oponerse a una decisión que se considera fatal y éticamente ilegítima, mediante la protesta manifiesta y significativa hasta llegar a llamativas violaciones de reglas".

El TFC rechaza una justificación de las conductas argumentando(95) que la violación de reglas "per definitionem incluye la ilegalidad con el riesgo de las correspondientes sanciones". En tal medida, sería "absurdo hacer valer el punto de vista de la desobediencia civil como causa de justificación en infracciones a la ley". En la literatura penal y de Derecho público también se rechaza plenamente la causa de justificación(96). Se debe concordar con esto porque las decisiones democráticas de la mayoría que se hubieran consagrado en leyes no pueden ser derogadas por actos de protesta individuales.

Pero cuando menos habrá que reconocer, siguiendo en esto a DREIER(97), que los actos de desobediencia civil "caen dentro del ámbito de protección de los derechos fundamentales de libertad de opinión y/o libertad de reunión". Es cierto que, por las razones expuestas, estos actos no pueden llevar, eventualmente por la vía de una ponderación, a una justificación, tal como propone DREIER. No obstante, en caso de impedimentos y molestias mínimas y temporalmente limitadas, podrá considerarse

(93) Más detalles al respecto, ROXIN en FS Schüler-Springorum, 1993, p. 441 y ss. Allí también (p. 444 y ss.) sobre los esfuerzos aislados en la literatura a favor de la justificación.

(94) TFC, tomo 73, p. 206 y ss. (250).

(95) TFC, tomo 73, p. 252.

(96) Ver las refs. en ROXIN (igual que en la nota 93), p. 443, nota 6.

(97) DREIER en Glotz (coord.), "Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat", 1983, p. 54 y ss.

una exclusión extralegal, aunque constitucionalmente fundamentada, de la responsabilidad penal. En un caso como el que ha decidido el Tribunal Superior del Land de Stuttgart(98), en el cual los opositores al rearme, habían penetrado en un área militar estadounidense no utilizada durante años, a fin de plantar flores y hacer pastar ovejas para resaltar sus finalidades pacíficas, no tiene que producirse necesariamente una punición por allanamiento de morada(99).

4. Libertad de opinión y de arte

Aquí solamente se podrá valorar en un resumen apurado la abundancia de sentencias sobre la libertad de opinión y del arte (art. 5, párrafos 1 y 3 GG) que influyen en el Derecho penal(100). Estos derechos fundamentales juegan un gran papel en la justificación de atentados contra el honor, donde se sobreponen ampliamente a la regulación original del art. 193 StGB; pero también tienen una considerable importancia en la eventual justificación de delitos según los arts. 130 y 130 a StGB [incitación al odio racial, incitación a cometer delitos].

El TFC considera que todavía estarían cubiertas por la libertad de opinión aquellas expresiones ofensivas y denigrantes hasta el límite de la crítica difamatoria y una lesión de la dignidad humana, pese a que el art. 5, segundo párrafo de la Ley Fundamental hace que este derecho encuentre sus límites en las "leyes generales". Así, está permitido hacer afirmaciones en el sentido de que una revista de actualidad sería en el campo de la política lo que la pornografía es en el campo de la moral (TFC, tomo 12, p. 113 y ss.), que la CSU [partido político alemán: Unión Cristiana Socialista] sería el NPD [partido político alemán supuestamente de tendencias nacionalsocialistas: Partido Nacional Democrático] de Europa (TFC, tomo 61, p. 1 y ss.), que una persona en silla de ruedas que quisiera absolver un

(98) NStZ 1987, p. 121.

(99) Más detalles al respecto, ROXIN (igual que en la nota 93), p. 451 y ss.

(100) Ver un panorama en ZACZYK, "Nomos-Kommentar zum StGB", 2a. ed., 2005, § 193, n. marg. 4 y ss. (libertad de opinión), p. 39 y ss. (libertad del arte).

ejercicio militar sería un "asesino nato" (TFC en NJW 1992, p. 2073), que "Strauß apoyaría a los fascistas" (TFC, tomo 82, p. 272, 280 y ss.) y sería un "democrático a la fuerza" (TFC, tomo 86, p. 1, 8 y ss.), que "los soldados son asesinos" (NStZ 1994, p. 580 y s.) y cosas similares.

Esta jurisprudencia ha provocado mayoritariamente críticas e incluso indignación, tanto en el Derecho penal(101) como en el Derecho público(102). Esta crítica es justa. Y es que aun si se siguiera la teoría de los efectos recíprocos (TFC, tomo 7, p. 198; tomo 12, p. 124) y se interpretaran las barreras de las leyes generales a la luz del art. 5, párrafo 1, de la Ley Fundamental, esto no puede significar una derogación amplia de la protección del honor, protección que después de todo también está garantizada constitucionalmente a través del derecho general al libre desenvolvimiento de la personalidad. También en medio de la lucha política de opiniones uno puede expresar abiertamente sus pareceres sin afectar el honor de otros. Tal exigencia no pondría en peligro la democracia, sino contribuiría, de manera deseable a hacer que las discusiones públicas sean más objetivas.

Para la libertad de arte no rigen las barreras del párrafo 2. Esta libertad encuentra sus barreras inmanentes solamente en los derechos fundamentales de otros, dentro de los cuales se encuentran después de todo también el derecho general del libre desenvolvimiento de la personalidad y la dignidad humana. Un punto de apoyo esencial es aquí, en qué medida personas concretas se vieran expuestas de manera reconocible y afectadas en sus derechos.

VI. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad tiene varias facetas entre las cuales cuatro son de especial actualidad constitucional: los límites de la interpretación del sentido literal posible (1), el mandato de taxatividad (2), la prohibición de la retroactividad (3) y el concepto de "acto" del art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental que raras veces ha sido problematizado (4).

(101) Al respecto p. ej. KREY, JR 1995, p. 221 y ss. (224 y ss.), c. más refs.

(102) Ver las refs. en ZACZYK (igual que en la nota 100), n. marg. 5, nota al pie 18.

1. El sentido literal posible como límite a la interpretación

El TFC, en numerosas sentencias, ha expresado que toda interpretación deberá mantenerse en el marco del tenor literal posible. Citaré tan solo el conocido fallo sobre el bloqueo de personas sentadas ["plantón"](103): "El tenor literal posible de la ley marca el límite extremo de la interpretación judicial admisible. Puesto que el art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental quiere garantizar la predictibilidad de la amenaza penal para los destinatarios de la norma, el límite deberá ser fijado desde su perspectiva". Esto se corresponde con la opinión predominante aunque polémica(104) en el Derecho penal, y merece aplauso, y rige no solamente porque la predictibilidad de la amenaza penal debe ser garantizada, sino también porque el efecto preventivo de la norma depende de ello.

Sin embargo, en la aplicación del principio al caso concreto el Tribunal Constitucional no siempre ha procedido felizmente. El que no sería idiomáticamente posible considerar los "bloqueos de sentados", debido a la coerción corporal que parte de ellas, como coacciones "con violencia", se contradice con una jurisprudencia cimentada en décadas, que cualquier manifestante pudo haber tenido en cuenta. Puesto que el Tribunal Constitucional ha dejado sin criticar numerosas interpretaciones judiciales que casi eran incompatibles con el tenor de la ley, la resolución sobre los "bloqueos de sentados" del TFC, adoptada recién en un tercer intento(105), ha sido entendida por doquier como una "decisión política"(106) y ha sido mayoritariamente rechazada(107). Seguramente hubiera sido mejor liberar

(103) TFC, tomo 92, p. 1 y ss. (12). Más refs. jurisprudenciales en ROXIN (igual que en la nota 6), § 5, n. marg. 33, nota al pie 52.

(104) Sobre las opiniones divergentes en la literatura penal, ROXIN (igual que en la nota 6), § 5, n. marg. 36 y ss.

(105) La precedieron las sentencias del TFC, tomo 73, p. 206 y ss. (297 y ss., 254 y ss.) y tomo 76, p. 211 y ss., que no pudieron corroborar la existencia de un atentado contra la Constitución.

(106) AMELUNG, NJW 1995, p. 2580.

(107) Cfr. tan solo ALTVATER, NStZ 1995, p. 278 y ss.; AMELUNG, NJW 1995, p. 2584 y ss.; KREY, JR 1995, p. 265 y ss.; SCHOLZ, NStZ 1995, p. 417 y ss.; SCHROEDER, JuS 1995, p. 875 y ss.

de pena bajo el punto de vista de la desobediencia civil (cfr. V, 3, b) los casos de minucia en los cuales los manifestantes se dejan transportar sin ofrecer resistencia. Y es que este caso forma parte de este ámbito también según el entendimiento propio de los manifestantes.

Pero incluso una decisión con seguridad "no política" como aquella para la cual la amenaza de cometer un delito contra una "persona cercana" (art. 241 StGB) presupone la existencia de esta[108], está expuesta a dudas. Y es que la amenaza como tal no depende de su ejecutabilidad. Por cierto que es conforme con una interpretación teleológica razonable subsumir dentro del art. 241 StGB tan solo la amenaza de muerte contra personas existentes[109]. Y es que solo esta amenaza puede desatar la inquietud que quiere prevenir la disposición. Pero esto no es un problema de Derecho constitucional.

En cambio, era correcto que el TFC en su sentencia del tomo 87, p. 209, referida a la punibilidad de las exposiciones de violencia en escritos en el art. 131, párrafo 1 StGB, hubiera excluido evaluar como "personas" en el sentido de la ley a los seres parecidos a las personas. Esto sería un caso clásico de analogía prohibida. En el 2004, el legislador ha tomado en cuenta esta situación a través de una modificación de la ley.

2. El precepto de taxatividad

El mandato de taxatividad contenido en el art. 103, párrafo 2, es tratado de manera tan floja por nuestro legislador constitucional que casi nunca ha sido declarada nula una disposición penal por falta de taxatividad[110], pese a que incluso en el núcleo del Derecho penal con frecuencia se vincula la punibilidad con valoraciones que en gran medida no tienen

(108) TFC en NJW 1995, p. 2776.

(109) KÜPER, JuS 1996, p. 783 y ss.

(110) Cfr. así TFC, tomo 14, p. 245 y ss; tomo 26, p. 41 y ss., tomo 47, p. 109 y ss.; tomo 75, p. 329 y ss. Afirma la existencia de indeterminación el TFC en NStZ 1989, p. 229, para el caso de que un tipo penal se vinculara con el atentado contra deberes de conducta que fueren fundamentados en un acto administrativo.

contenido, tal como ocurre con el atentado "contra las buenas costumbres", en las lesiones corporales realizadas bajo común acuerdo (art. 228 StGB), la "reprochabilidad" en las coacciones (art. 240 StGB) o los "motivos viles" en el asesinato (art. 211 StGB).

En la literatura penal, esto ha sido totalmente criticado y con razón. Ya WELZEL(111) había dicho: "¡El verdadero peligro para el principio nulla poena sine lege no proviene de la analogía sino de las leyes penales indeterminadas!". SCHÜNEMANN(112) ve en el mandato de taxatividad de la ley "el punto más bajo de la premisa de nulla poena".

Nuestro Tribunal Constitucional parte de la suposición de que el legislador tendría que "determinar los presupuestos de la punibilidad de manera tanto más precisa cuanto más grave sea la pena amenazada"(113). Pero el art. 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental no conoce ninguna diferenciación entre delitos leves y graves. Y en las disposiciones que menciono y que provienen del núcleo del Derecho penal no se trata con seguridad de delitos leves.

También deberá bastar con que una disposición "hubiera sido precisada a través de una jurisprudencia cimentada por décadas"(114). No obstante, el art. 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental exige una taxatividad *legal* y no quiere dejar la precisión a la jurisprudencia. El ciudadano debe poder extraer la punibilidad a partir de la ley y no recién tras haber tenido que estudiar la jurisprudencia (que además muchas veces deja espacio para muchas interpretaciones).

Finalmente, se indica(115) que el mandato de taxatividad no debería "ser entendido de manera exagerada; en caso contrario la ley sería dema-

(111) WELZEL, "Das Deutsche Strafrecht", 11a. ed., 1974, § 5 II, 3.

(112) SCHÜNEMANN, "Nulla poena sine lege?", 1978, p. 6.

(113) Así continuamente desde la sentencia del TFC, tomo 14, p. 251.

(114) Así desde las sentencias del TFC, tomo 26, p. 41 y ss. (43) sobre los "desórdenes públicos", últimamente aún el TFC en NStZ 2009, p. 560, sobre el tipo de "administración desleal" (art. 266 StGB).

(115) Esto también ya desde la sentencia del TFC, tomo 14, p. 251.

siado rígida y casuística". Pero lo que importa es solo la medida de taxatividad que deberían producir los tribunales siguiendo la jurisprudencia constitucional, lo cual no exceptúa de una formulación legal (como lo demuestran las directivas de la jurisprudencia y las propuestas de ley).

Tendríamos actualmente un mejor Código Penal, si nuestro Tribunal Constitucional, al interpretar el mandato de taxatividad, hubiera sido más estricto y hubiera obligado al legislador a efectuar las reformas necesarias de precisión. Se habría ahorrado mucho trabajo a la jurisprudencia, y nuestro Derecho penal económico sería más transparente si, p. ej., un tipo penal tan vago como el de la "administración desleal" [o "infidelidad patrimonial"] (art. 266 StGB) hubiera recibido un perfil más claro mediante una reforma legal exigida por el Derecho constitucional.

Cuando menos se ha reconocido constitucionalmente que también la pena amenazada (y no solamente sus presupuestos) deban respetar cierta medida de taxatividad, lo cual ha sido ya expuesto en el contexto de la pena patrimonial (arriba IV, 2).

3. La prohibición de retroactividad

La prohibición de retroactividad impide la fundamentación y la agravación retroactivas de la punibilidad. En el art. 2, párrafo 1 StGB, se menciona expresamente que esto debe abarcar también la agravación posterior de la pena, aunque el art. 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental lo omita. No obstante, esto se deriva de una interpretación racional de la disposición constitucional que también comparte el TFC(116).

En el centro de atención de la discusión constitucional se encuentran tres problemas: la cuestión de la vigencia de la irretroactividad en casos de criminalidad del sistema (a), su aplicabilidad o no aplicabilidad a los cambios jurisprudenciales (b) y el problema de si la prohibición de retroactividad también rige para las medidas de seguridad (c).

(116) TFC, tomo 25, p. 295; tomo 45, pp. 363, 371 y ss.

a) ¿Rige la irretroactividad también en casos de la criminalidad del sistema [político]?

El TFC[117] ha negado esto y, con ello, ha allanado el camino para la punición de delitos cometidos por los miembros de la cúpula directiva de la ex República Democrática Alemana, o de los que hubieran actuado siguiendo sus órdenes, aun cuando estos actos hubieran sido legitimados por la legislación del país (lo cual también era muy dudoso en casos particulares). Según el entender del Tribunal Constitucional, la irretroactividad encuentra "su justificación de estado de derecho en la especial base de confianza que tiene la ley penal cuando hubiera sido emitida por un legislador democrático vinculado con los derechos fundamentales". Las "causas de justificación contrarias a los derechos humanos" que fueron creadas "para el injusto criminal más grave" (p. ej., los disparos mortales en el Muro de Berlín contra los que fugaran del país), no estarían cubiertos por la prohibición de retroactividad.

Considero que esto es convincente, aunque la cuestión se hubiera discutido mucho en la literatura penal[118]. Toda disposición constitucional debe ser entendida dentro del contexto global de la Constitución. Luego, el art. 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental rige en el marco de una legislación de Estado de Derecho, tal como manda la Ley Fundamental. No puede tener el sentido de dejar impunes los crímenes cometidos dentro de un sistema no democrático. También el art. 7, párrafo 2, de la Convención Europea de Derechos Humanos tiende en esta dirección.

b) ¿Rige la irretroactividad también para modificaciones jurisprudenciales?

Esto no es así según la opinión predominante, porque el art. 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental, según su tenor literal, prohíbe las agravaciones legales, pero no los cambios jurisprudenciales que pudieran tener efectos negativos para el autor. Con frecuencia se objeta esto argumentando

(117) TFC, tomo 95, p. 96 y ss. (133).

(118) Cfr. las refs. en ROXIN (igual que en la nota 6), § 5, n. marg. 54, nota al pie 93, 94.

que uno tendría que confiar en la jurisprudencia al igual que en la ley y no debería ser penado por una conducta que había sido considerada hasta entonces como impune.

Aunque esto sea atractivo, en última instancia, no es convincente, porque deroga la diferencia entre legislación y jurisprudencia que es constitutiva del principio de legalidad. El art. 103, segundo párrafo, de la Ley Fundamental solo se refiere expresamente a las leyes en las cuales uno deba confiar, mientras que la confianza en la jurisprudencia, que puede cambiar en cualquier momento y con facilidad –aparte de ser muchas veces controvertida–, no goza de protección constitucional.

Además, el ciudadano puede ser suficientemente protegido de otro modo. En primer lugar, las modificaciones jurisprudenciales pueden ejecutarse tan solo dentro del marco del tenor legal, o sea, pueden preverse mucho mejor en las concretas situaciones problemáticas. Pero cuando no pueda reprocharse a alguien su confianza en una jurisprudencia modificada, también podrá admitirse un error de prohibición invencible (art. 17 StGB) que lo libere de pena.

Entonces, deberá concederse razón al TFC[119] cuando no ha sometido al art. 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental, la reducción del valor límite de la incapacidad absoluta de conducir por el Tribunal Federal alemán, lo cual lleva a extender la punibilidad según el tipo del art. 316 StGB [conducción de vehículos motorizados en estado de ebriedad].

c) *¿Irretroactividad en relación con la duración de la custodia de seguridad?*

En 1998, el legislador ha incrementado el plazo máximo de diez años que regía hasta entonces para el internamiento por primera vez en custodia de seguridad (art. 67d, párrafo 1, versión antigua StGB) para los internos que siguieran siendo peligrosos (art. 67d, párrafo 3, nueva versión). El TFC[120],

(119) TFC en NStZ 1990, p. 537. Las opiniones de rechazo pueden verse en ROXIN (igual que en la nota 6), § 5, n. marg. 61, nota al pie 112.

(120) TFC, tomo 109, p. 133 y ss.

en un fallo extensamente motivado, ha comprobado que la derogación del plazo de diez años para los que ya estaban condenados no atentaría contra el art. 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental, ni tampoco contra el precepto de la protección de la confianza en el Estado de Derecho (art. 2, párrafo 2 en concordancia con el art. 20, párrafo 3, de la Ley Fundamental). En cambio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos(121), en diciembre de 2009, ha fallado declarando que la ampliación posterior de la custodia de seguridad atentaría contra el art. 5, párrafo 1 y art. 7, párrafo 1, de la Convención Europea de Derechos Humanos, concediendo al mismo tiempo una indemnización de 50,000 euros al recurrente.

Ambos fallos no se contradicen directamente, porque se refieren a distintas normas. Y es que los atentados contra la Convención Europea de Derechos Humanos no fundamentan sin más una violación de la Ley Fundamental. No obstante, la República Federal Alemana deberá someterse al fallo del Tribunal Europeo.

En lo material, a mí también me parece que esto tiene lugar. El TFC se apoya en lo esencial, en la idea de que el art. 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental, estaría destinado a "impedir que el Estado desapruebe con posterioridad, de manera soberana, una conducta imponiéndole una sanción y reprochando al afectado una conducta antijurídica y culpable"(122). En efecto, esto no encaja con la custodia de seguridad que está desvinculada de la culpabilidad. Pero, la prohibición de retroactividad está destinada, en primera línea, a impedir que el afectado esté expuesto a graves intervenciones estatales que no habían sido legalmente previstas en el momento de la comisión de los hechos. Este punto de vista es el que sirve de trasfondo a la prohibición de la agravación posterior de pena y que también rige del mismo modo para la custodia de seguridad.

Nuestro Tribunal Constitucional tampoco ha descartado esto por completo, cuando enfatiza(123) que "el interno seguramente sentirá sub-

(121) En StV 2010, p. 181 y ss.

(122) TFC, tomo 109, p. 172.

(123) TFC, tomo 109, p. 185.

jetivamente la custodia de seguridad no como una medida de seguridad independiente de la culpabilidad, sino como algo comparable con la pena también en relación con su ejecución efectiva. La intervención en el derecho de libertad, motivada por el delito, en la perspectiva del afectado, es comparable tanto en la privación de la pena como en la custodia de seguridad. Con ello, la expectativa del interno (...) de recuperar su libertad en algún momento, adquiere una especial importancia".

Por lo menos desde el punto de vista de la protección de la confianza, las circunstancias hubieran justificado que se extendiera la irretroactividad a la duración de la custodia de seguridad. También hubiera sido plenamente posible extender los conceptos de "pena" y de "punibilidad" en el art. 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental, a la custodia de seguridad, la cual es equiparable a ellos en puntos decisisivos. Eso es lo que también ha hecho el Tribunal Europeo al haber extendido el concepto de "pena" en el art. 7, párrafo 1, de la Convención, concepto que "es autónomo en su extensión", a la custodia de seguridad(124). En la literatura penal, esto es lo que siempre se ha recomendado(125).

d) El concepto de "acto" en el art. 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental

Hay otro tema que aquí tan solo podrá tocarse brevemente, porque apenas si ha alcanzado a la discusión constitucional: el si debieran exigirse determinados requisitos de contenido al concepto de "acto", tal como lo emplea el art. 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental. Nuestro Tribunal Constitucional se ha ocupado de esto solo ocasionalmente con motivo de la posesión de drogas que es penada según el art. 29, párrafo 1, N° 3, de la Ley de Estupefacientes (BtMG)(126). Aquí había habido una queja constitucional por el hecho de que la posesión no sería un "acto" en el sentido del art. 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental. Se debería tratar

(124) Igual que en la nota al pie 121, n. marg. 120, 126.

(125) Cfr. tan solo ROXIN (igual que en la nota 6), § 5, n. marg. 55/56, c. más refs.

(126) TFC en NJW 1994, p. 2412 y s.; también TFC en NJW 1995, p. 248 y ss.

más bien de una acción consistente solo en un hacer o un omitir. Pero la posesión sería un mero estado. Esta concepción tiene también seguidores en la literatura alemana(127).

El TFC ha rechazado este argumento alegando que a partir del concepto "acto", utilizado en el art. 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental, no resultaría "que la conducta punible tendría que corresponderse con determinado concepto penal de la acción". De esto es cierto que los "delitos de posesión"(128) no son siempre inconstitucionales. La posesión consciente de objetos peligrosos (p. ej., armas y explosivos) sí puede ser interpretada como "acto" en el sentido de la Constitución.

Pero acaso no cabe preguntarse si la penalización de acciones situadas demasiado lejos de una lesión de bienes jurídicos puede compatibilizar con un Derecho penal del "acto" [o "hecho"]. Tras la entrada en vigor en el verano de 2009 de la "Ley para la persecución de la preparación de graves hechos violentos peligrosos para el Estado", resulta punible quien, para preparar estos hechos, hiciere que le enseñen o enseña a otro a usar armas de fuego, quien se procurare objetos necesarios para la fabricación de los medios de comisión del hecho, quien reuniere o tan solo pusiere a disposición valores patrimoniales para la comisión de tales hechos (art. 89a StGB).

Aquí el centro de gravedad de la punibilidad se sitúa en la manifestación de una actitud peligrosa para el Estado. El tradicional Derecho penal del "acto" –siguiendo ampliamente mandatos de Derecho europeo– se ve transformado en un Derecho penal preventivo de la seguridad. El TFC debería en el futuro dirigir su atención a la cuestión de si tales disposiciones son aún compatibles con un concepto constitucional del "acto" o siquiera con el principio de Estado de Derecho, especialmente porque el fallo sobre el Tratado de Lisboa, con razón, ha hablado en favor de limitar el poder punitivo estatal.

(127) LAGODNY (igual que en la nota 9), pp. 325-327; STRUENSEE, FS Grünwald, 1999, p. 713 y ss.

(128) Más detalles en ROXIN, Libro-Homenaje a Struensee, Buenos Aires, 2010 (en idioma español).

VII. CONCLUSIÓN

Con ello, he llegado al final de mi panorama que necesariamente ha debido ser breve. Esto muestra que, aunque me hubiera limitado a problemas centrales, el Derecho penal material, en una serie de cuestiones, se sostiene en bases constitucionales y que casi no se puede sobrevalorar el poder configurador del Derecho penal que tiene la Ley Fundamental.

En lo concerniente a la jurisprudencia constitucional referida al Derecho penal, el veredicto desde la perspectiva de este último –o dicho de manera más humilde: desde la del autor de esta contribución– es en parte aprobatorio y en parte crítico, como no podía esperarse frente a la variedad de los problemas tratados. Pero si se me permite osar un resumen simplificador, me atrevería a decir que la jurisprudencia del TFC producida hasta ahora, si bien no siempre ha agotado el potencial de la Ley Fundamental y en algunos puntos a veces incluso lo hubiera extremado, ha demostrado después de todo ser un bastión del Estado de Derecho y, recurriendo muchas veces a la dignidad humana para concretarla, ha contribuido a humanizar esencialmente nuestro Derecho penal.

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos
de Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
<info@grijley.com>,
en el mes de enero 2016.